

INFORME AUDITORÍA DE CUMPLIMIENTO

**FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS PARA LOS AZÚCARES
CENTRIFUGADOS, LAS MELAZAS DERIVADAS DE LA EXTRACCIÓN O DEL
REFINADO DE AZÚCAR Y LOS JARABES DE AZÚCAR –FEPA**

(VIGENCIA 2020)

CGR - CDSA No. 00917
JUNIO DE 2021

**INFORME AUDITORÍA DE CUMPLIMIENTO
FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS PARA LOS AZÚCARES
CENTRIFUGADOS, LAS MELAZAS DERIVADAS DE LA EXTRACCIÓN O DEL
REFINADO DE AZÚCAR Y LOS JARABES DE AZÚCAR –FEPA**

Contralor General de la República	Carlos Felipe Córdoba Larrarte
Vicecontralor General de la República	Julián Mauricio Ruiz Rodríguez
Contralor Delegado	Gabriel José Romero Sundheim
Directora de Vigilancia Fiscal	Sonia Alexandra Gaviria Santacruz
Supervisor Encargado	Juan Carlos Abuabara Eljadue
Líder de Auditoría	Fernando Augusto Rodríguez Carrillo
Auditores	Gina del Carmen Brigante del Guercio James Tunjano Hernández José Luis Gómez Sarmiento José Eufasio Piraquive Sierra Alexander Quiroga Anzola Sergio Luis Álvarez Manjarres

TABLA DE CONTENIDO

	Página.
1.1. OBJETIVO DE LA AUDITORIA	5
1.1.1. Objetivo General.....	5
1.1.2. Objetivos Específicos	6
1.2. FUENTES DE CRITERIOS.....	6
1.3. ALCANCE DE LA AUDITORÍA.....	8
1.4. LIMITACIONES DEL PROCESO.	8
1.5. RESULTADOS EVALUACION CONTROL INTERNO	8
1.6. CONCLUSIONES GENERALES Y CONCEPTO DE LA EVALUACIÓN REALIZADA.	9
1.6.1. Concepto Evaluación Objetivo Específico 1.....	10
1.6.2. Concepto Evaluación Objetivo Específico 2.....	10
1.6.3. Objetivo Específico 3	11
1.6.4. Objetivo Específico 4	11
1.6.5. Objetivo Específico 5	11
1.7. RELACION DE HALLAZGOS.....	12
1.8. ATENCIÓN DE DENUNCIAS.....	12
1.9. PLAN DE MEJORAMIENTO.....	12
2. RESULTADOS DE LA AUDITORÍA.....	14
2.1. RESULTADOS EN RELACION CON EL OBJETIVO ESPECÍFICO N° 1.	14
2.2. RESULTADOS EN RELACION CON EL OBJETIVO ESPECÍFICO N° 2	66
2.3. RESULTADOS EN RELACION CON EL OBJETIVO ESPECÍFICO N° 3	71
2.4. RESULTADOS EN RELACION CON EL OBJETIVO ESPECÍFICO N° 4.	77
2.5. RESULTADOS EN RELACION CON EL OBJETIVO ESPECIFICO N° 5.	88
3. ANEXOS	89

1. CARTA DE CONCLUSIONES

Doctor
RODOLFO ZEA NAVARRO
Ministro
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural - MADR
Bogotá D.C.

Doctora
CLAUDIA XIMENA CALERO CIFUENTES
Presidenta
Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia -ASOCAÑA
Cali (Valle del Cauca)

Doctor
JORGE ERNESTO REBOLLEDO
Secretario Técnico
Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar – FEPA
Cali (Valle del Cauca)

Respetados doctores.

Con fundamento en las facultades otorgadas por el artículo 267 de la Constitución Política y de conformidad con lo establecido en la Resolución Orgánica 022 del 31 de agosto de 2018, la Contraloría General de la República realizó auditoría de cumplimiento (PVCF 2021) al Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar –FEPA, en virtud del Contrato de Administración No. 026 del 12 de mayo de 2000 y sus prórrogas, suscrito entre el MADR y la Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia -ASOCAÑA, para la administración del Fondo.

Es responsabilidad de la Administración, el contenido en calidad y cantidad de la información suministrada, así como con el cumplimiento de las normas que le son aplicables a su actividad institucional en relación con el asunto auditado.

Es obligación de la CGR expresar con independencia una conclusión sobre el cumplimiento de las disposiciones aplicables para el Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción

o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar –FEPA, conclusión que debe estar fundamentada en los resultados obtenidos en la auditoría realizada.

Este trabajo se ajustó a lo dispuesto en los Principios fundamentales de auditoría y las Directrices impartidas para la auditoría de cumplimiento, conforme a lo establecido en la Resolución Orgánica 022 del 31 de agosto de 2018, proferida por la Contraloría General de la República, en concordancia con las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI¹), desarrolladas por la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI²) para las Entidades Fiscalizadoras Superiores.

Estos principios requieren de parte de la CGR la observancia de las exigencias profesionales y éticas que exigen una planificación y ejecución de la auditoría, destinadas a obtener garantía limitada de que los procesos consultaron la normatividad que le es aplicable.

La auditoría incluyó el examen de las evidencias y documentos que soportan el proceso auditado y el cumplimiento de las disposiciones legales, que fueron remitidos por las entidades consultadas, tales como bases de datos de los Ingenios que pagan cesiones y reciben compensaciones y contratos seleccionados para su análisis.

El análisis y conclusiones se encuentran debidamente documentados en papeles de trabajo, los cuales reposan en el Sistema Integrado para Control de Auditorías - SICA -, establecido para tal efecto y los archivos de la Contraloría Delegada para el Sector Agropecuario.

La auditoría se adelantó *ex situ*, debido a las medidas de aislamiento preventivo tomadas por el Gobierno Nacional, frente a la pandemia mundial Covid-19.

Los hallazgos se dieron a conocer oportunamente a la Entidad dentro del desarrollo de la auditoría, las respuestas fueron analizadas y en este informe se incluyen los hallazgos que la CGR consideró pertinentes.

1.1. OBJETIVO DE LA AUDITORIA

1.1.1. Objetivo General

¹ ISSAI: The International Standards of Supreme Audit Institutions.

² INTOSAI: International Organisation of Supreme Audit Institutions.

Evaluar y conceptuar sobre los resultados de los instrumentos de estabilización de Cesiones y Compensaciones, acorde con lo establecido en el Título 4 del Decreto 1071 del 26 de mayo del 2015 y el capítulo V, VI de la ley 101 de 1993.

1.1.2. Objetivos Específicos

1.- Evaluar y conceptuar sobre cómo ha sido el cumplimiento de la normatividad aplicable al fondo en la asignación y ejecución de los recursos para procurar un ingreso remunerativo para los productores, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones, mediante el financiamiento de la estabilización de los precios del azúcar a través de los instrumentos de Cesiones y Compensaciones.

2.- Evaluar y conceptuar sobre el cumplimiento de los mecanismos de control implementados por el administrador de los recursos y por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en su papel de supervisión y/o vigilancia administrativa del contrato.

3.- Verificar la estrategia TI para el gobierno del dato y confirmar su aplicación con la evaluación de la calidad del dato contenido en los campos de las bases de datos consultadas durante el proceso auditor.

4- Hacer seguimiento al Plan de Mejoramiento sobre las acciones de mejora de competencia de la auditoría de cumplimiento.

5.- Atender las denuncias que sean remitidas al equipo auditor y que sean de competencia de la auditoría.

1.2. FUENTES DE CRITERIOS.

Constitución Política de Colombia Artículos 64, 65, 66 que establecen lineamientos para el Sector Agropecuario, artículo 209 Principios de la Función Administrativa, ibidem.

Ley 101 de 1993, capítulo V y VI, ley que desarrolla los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Nacional. En tal virtud se fundamenta en los propósitos que deben ser considerados en la interpretación de sus disposiciones, con miras a proteger el desarrollo de las actividades agropecuarias y pesqueras, y promover el mejoramiento del ingreso y calidad de vida de los productores rurales.

Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y efectividad del control de la gestión pública.

Ley 610 de 2000. Por el cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

Decreto Ley 403 de 2020. Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal.

Ley 1437 de 2011 Por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Ley 1712 de 2014 Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Decreto No. 1071 de mayo 26 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural.

Decreto 569 de 2000. Por medio del cual se crea el Fondo de Estabilización de precios para los azúcares centrifugados, melazas derivadas de la extracción o de refinado de azúcar y los jarabes de azúcar.

Resolución MADR Número 9554 del 1 de noviembre de 2000. Por la cual se aprueba el instructivo para la Presentación de los Presupuestos y los Proyectos de Inversión de los Fondos Parafiscales Agropecuarios y Pesqueros.

Contrato de Administración 026 de mayo 12 de 2000, suscrito entre la Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia ASOCAÑA y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Contrato de Auditoria interna suscrito entre el Fondo de Estabilización Precios para los azúcares centrifugados, melazas derivadas de la extracción o de refinado de azúcar y los jarabes de azúcar y la firma PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA el 29 de diciembre de 2017.

Sentencia C-543 de 2001 y Sentencia C-132 del 2009.

Resoluciones 1 y 2 de 2016, y Resoluciones 1 y 2 de 2019, y 1 de 2020 por medio del cual adoptan procedimientos para las metodologías para el cálculo de las operaciones de estabilización.

1.3. ALCANCE DE LA AUDITORÍA.

Con fundamento en los objetivos planteados, la auditoria se revisó el cumplimiento, por parte de la Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia –ASOCAÑA, como administrador del Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar –FEPA, de la normatividad aplicable para la correcta liquidación de las contribuciones parafiscales, el debido pago, recaudo y consignación de las mismas, así como la administración, inversión y contabilización de estas durante la vigencia 2020; y al cumplimiento del contrato de administración.

1.4. LIMITACIONES DEL PROCESO.

Para la realización de la auditoría se presentaron limitaciones por las medidas de aislamiento preventivo tomadas por el Gobierno Colombiano con ocasión de la pandemia mundial del virus Covid-19, encaminado a evitar el contagio y propagación del mismo en el territorio nacional.

Lo anterior, originó un proceso de cambios que obligó a la Contraloría General de la República, a desarrollar *ex situ* los procesos de auditoria y a realizar el análisis a través de pruebas de detalle y documentales y a la no realización de visitas para verificar en campo el cumplimiento de los objetivos misionales del Fondo.

1.5. RESULTADOS EVALUACION CONTROL INTERNO

Se evaluó el Control Interno del Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar –FEPA, emitiéndose un concepto sobre la calidad y efectividad de los controles, utilizando la metodología establecida en la Guía de Auditoría de Cumplimiento de la CGR.

Se evaluaron los mecanismos del Sistema de Control Interno implementados e implícitos en cada uno de los procesos, la evaluación realizada al asunto auditado arrojó una calificación total para el diseño y efectividad del Control Interno de **1,740** ubicándolo en el rango de **PARCIALMENTE ADECUADO** y una calificación final para el Control Interno de **1,840** ubicándolo en el rango **CON DEFICIENCIAS**.

La anterior calificación, obedece a que los controles diseñados para la mitigación de los riesgos identificados no fueron efectivos, teniendo en cuenta las debilidades

encontradas en el desarrollo de la auditoría por parte de la CGR, a través del análisis documental de los procesos relacionados con los objetivos específicos planteados.

1.6. CONCLUSIONES GENERALES Y CONCEPTO DE LA EVALUACIÓN REALIZADA.

Los recursos parafiscales del Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar –FEPA, tienen origen constitucional en los Artículos 64, 65 y 66, los cuales fueron desarrollados por:

- Artículo 209 Principios de la Función Administrativa, ibidem.
- Ley 101 de 1993 Artículos 29, 30, 31, 32 y 33, que desarrolla los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Nacional. En tal virtud, se fundamenta en los propósitos que deben ser considerados en la interpretación de sus disposiciones, con miras a proteger el desarrollo de las actividades agropecuarias y pesqueras, y promover el mejoramiento del ingreso y calidad de vida de los productores rurales.
- Decreto No. 1071 de mayo 26 de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural”*.
- Decreto 569 de 2000, *“Por medio del cual se crea el Fondo de Estabilización de precios para los azúcares centrifugados, melazas derivadas de la extracción o de refinado de azúcar y los jarabes de azúcar”*

Los mandatos normativos referidos en precedencia y las fuentes de criterios establecidos en la etapa de planeación fueron la base de la Auditoría de Cumplimiento realizada a los recursos parafiscales del Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar –FEPA, administrados por la Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia -ASOCAÑA, y es a partir de ellos, que se rinde el concepto bajo los parámetros establecidos para el desarrollo de esta.

Sobre la base del trabajo de auditoría efectuado, consideramos que, salvo en lo referente a los hallazgos evidenciados en el presente informe, la información acerca de la materia controlada en el Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar –FEPA **resulta conforme en todos sus**

aspectos significativos con los criterios aplicados. (Incumplimiento Material con Reserva).

1.6.1. Concepto Evaluación Objetivo Específico 1

Evaluar y conceptuar sobre cómo ha sido el cumplimiento de la normatividad aplicable al fondo en la asignación y ejecución de los recursos para procurar un ingreso remunerativo para los productores, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones, mediante el financiamiento de la estabilización de los precios del azúcar a través de los instrumentos de Cesiones y Compensaciones.

Sobre la base del trabajo de auditoría efectuado, consideramos que, la información acerca de la materia controlada en el Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar –FEPA **resulta conforme en todos sus aspectos significativos con los criterios aplicados, salvo en lo referente a los hallazgos evidenciados en el presente informe. (Incumplimiento Material con Reserva)**

Dicha conclusión se fundamenta en los hallazgos establecidos por la CGR en el desarrollo del proceso auditor, en los que se destacan deficiencias que, a manera general se enuncian a continuación:

- Acceso a la información pública
- Pagos sin soportes
- Ajustes a cesiones y compensaciones
- Instructivo reporte de información
- Revelación de información financiera
- Rendimientos de inversiones temporales (como instrumento financiero³)
- Información página web FEPA

1.6.2. Concepto Evaluación Objetivo Específico 2

Evaluar y conceptuar sobre el cumplimiento de los mecanismos de control implementados por el administrador de los recursos y por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en su papel de supervisión y/o vigilancia administrativa del contrato.

³ Marco normativo contable ítem 11.9 de las NIIF.

Sobre la base del trabajo de auditoría efectuado, consideramos que, la información acerca de la materia controlada en el Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar –FEPA **resulta conforme en todos sus aspectos significativos con los criterios aplicados, salvo en lo referente a los hallazgos evidenciados en el presente informe. (Incumplimiento Material con Reserva).**

Dicha conclusión se fundamenta en los hallazgos establecidos por la CGR en el desarrollo del proceso auditor, en los que se destacan deficiencias que, a manera general se enuncian a continuación:

- Régimen Sancionatorio

1.6.3. Objetivo Específico 3

Verificar la estrategia TI para el gobierno del dato y confirmar su aplicación con la evaluación de la calidad del dato contenido en los campos de las bases de datos consultadas durante el proceso auditor.

En el desarrollo del proceso auditor se estableció un hallazgo por deficiencias relacionadas con la:

- Consistencia de la información en liquidación de cesiones y compensaciones vs. información reportada por los ingenios en la liquidación de ajustes a meses anteriores y la definición de datos maestros.

1.6.4. Objetivo Específico 4

Hacer seguimiento al cumplimiento de las acciones y actividades planteadas en el Plan de Mejoramiento.

En el desarrollo del proceso auditor se estableció un hallazgo por deficiencias relacionadas con:

- Los medios democráticos

1.6.5. Objetivo Específico 5

Atender las denuncias que sean remitidas al equipo auditor y que sean de competencia de la auditoria.

Durante el proceso Auditor no se allegaron denuncias para su trámite, por tal razón no se desarrolló este objetivo.

1.7. RELACION DE HALLAZGOS.

Como resultado de la auditoría, la Contraloría General de la República constituyó diez (10) hallazgos Administrativos de los cuales uno (1) tiene presunta connotación Fiscal y dos (2) tienen presunta incidencia Disciplinaria.

1.8. ATENCIÓN DE DENUNCIAS

En el desarrollo del proceso auditor, no se allegaron denuncias para su trámite durante el proceso auditor.

1.9. PLAN DE MEJORAMIENTO.

La Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia –ASOCAÑA, como administrador del Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar –FEPA, deberá elaborar el Plan de Mejoramiento con acciones y metas de tipo correctivo y/o preventivo, dirigidas a subsanar las causas que dieron origen a los hallazgos identificados por la CGR, como resultado del proceso auditor y que hacen parte de este informe.

Tanto el Plan de Mejoramiento como los avances del mismo, deberán ser reportados a través del Sistema de Rendición de Cuentas e Informes – SIRECI, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al recibo de este informe, según lo establecido en la Resolución Reglamentaria Orgánica 0042 del veinticinco (25) de agosto de 2020 y deberá contener las acciones y metas que se implementarán por parte de la entidad que deben responder a cada debilidad detectada y comunicada, el cronograma para su implementación y los responsables de su desarrollo.

Para efectos de autorizar el registro y transmisión de la información correspondiente a la modalidad Plan de Mejoramiento, a través del SIRECI, el Representante Legal del sujeto de control debe remitir al correo electrónico soporte_sireci@contraloria.gov.co, el documento en el cual se envía la fecha de recibo por parte de la entidad su recepción, con copia a los correos electrónicos: juan.abuabara@contraloria.gov.co, fernando.rodriguez@contraloria.gov.co y cecilia.gomez@contraloria.gov.co.

Sobre el Plan de Mejoramiento elaborado por la entidad interviniente, la Contraloría General de la República no emitirá pronunciamiento, sino que dentro de la siguiente actuación de vigilancia y control fiscal se evaluará la efectividad de las acciones emprendidas por los diferentes entes objeto de control fiscal, para eliminar la causa de los hallazgos detectados.

Bogotá, D. C., **30-JUNIO-2021**



GABRIEL JOSÉ ROMERO SUNDHEIM
Contralor Delegado para el Sector Agropecuario

Aprobó: Sonia Alexandra Gaviria Santacruz – Directora Vigilancia Fiscal
Revisó: Juan Carlos Abuabara Eljadue - Coordinador de Gestión
Elaboró: Equipo Auditor
JAFC

2. RESULTADOS DE LA AUDITORÍA

2.1. RESULTADOS EN RELACION CON EL OBJETIVO ESPECÍFICO N° 1.

Evaluar y conceptuar sobre cómo ha sido el cumplimiento de la normatividad aplicable al fondo en la asignación y ejecución de los recursos para procurar un ingreso remunerativo para los productores, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones, mediante el financiamiento de la estabilización de los precios del azúcar a través de los instrumentos de Cesiones y Compensaciones.

HALLAZGO No. 1 - ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (A)

Artículo 209 Constitución Política de Colombia. *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.*

Ley 1712 de 2014:

Artículo 5°. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

f) Las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público. Las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o beneficios públicos territoriales y nacionales y no cumplan ninguno de los otros requisitos para ser considerados sujetos obligados, solo deberán cumplir con la presente ley respecto de aquella información que se produzca en relación con fondos públicos que reciban o intermedien. Subrayado fuera de texto

ARTÍCULO 9o. - INFORMACIÓN MÍNIMA OBLIGATORIA RESPECTO A LA ESTRUCTURA DEL SUJETO OBLIGADO. *“Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva en los sistemas de información del Estado o herramientas que lo sustituyan:*

- a) (...) *La descripción de su estructura orgánica, funciones y deberes, la ubicación de sus sedes y áreas, divisiones o departamentos, y sus horas de atención al público (...).*

PARÁGRAFO 1o. *“La información a que se refiere este artículo deberá publicarse de tal forma que facilite su uso y comprensión por las personas, y que permita asegurar su calidad, veracidad, oportunidad y confiabilidad”*

Del análisis a la documentación que forma parte de la etapa preliminar de la auditoría, encaminada al conocimiento del Fondo de Estabilización del Azúcar – FEPA, la CGR observa que, en la página web del FEPA, ASOCAÑA no da cumplimiento a lo exigido en el artículo 9 de la ley 1712 de 2014, a través de la cual, se puedan establecer las funciones y deberes que deban cumplir cada una de las áreas encargadas de ejecutar las disposiciones legales que les ha impuesto la ley, de tal manera que permita a cualquier persona conocer su engranaje y la segregación de funciones de las actividades que ejecuta el FEPA.

Lo anterior, no permite a la ciudadanía que acceda a la página web del FEPA pueda conocer las funciones y responsabilidades que deben cumplir cada una de las personas que prestan el servicio de apoyo para el funcionamiento del Fondo, de tal forma que se pueda identificar de manera clara y precisa quiénes son los funcionarios que prestan su servicio para el buen funcionamiento del objeto del FEPA y cuáles son las líneas de comunicación existente entre los distintos departamentos o procesos para lograr el fin asignado en la Ley.

Hallazgo administrativo

Respuesta del Fondo

En el acápite CONCLUSIÓN, el secretario técnico del Fondo manifiesta en su respuesta:

“-El FEPA publica la estructura y funciones de acuerdo con la estructura legal de los Fondos administrados por particulares, detallando las funciones de cada responsable en forma amplia y de manera similar al realizado por otras entidades del mismo tipo, como lo son los demás fondos de estabilización de precios que operan en el país.

- La información que la CGR esperaba ver en dicha publicación fue proveída por el FEPA en forma amplia y detallada, razón por la cual no se comparte que la CGR se encontrara en imposibilitada (sic) para realizar sus funciones de control fiscal”.

Análisis de la respuesta

Con respecto al primer párrafo del acápite CONCLUSIÓN hay que señalar que es parcialmente cierto lo manifestado, la razón de esta aseveración por parte de la CGR radica en el hecho de que en la página web del fondo, en la pestaña funciones aparecen cinco enlaces o links como se puede ver a continuación:



FEPA Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar

INICIO QUIENES SOMOS TRANSPARENCIA CONTÁCTENOS INGRESO USUARIOS

INICIO > FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS > DESCRIPCIÓN > FUNCIONES

Ver registros

Visualizando documentos 1 a 5 de 5

- FUNCIONES PERSONAL DE ASOCAÑA PARA EL FEPA**
Funciones del personal de Asocaña para apoyar la operación del FEPA.
Elaborado por: FEPA Publicado: 28-05-2021 Tamaño: 105 Kb
- FUNCIONES DEL SECRETARIO TÉCNICO**
Principales funciones del Secretario Técnico
Elaborado por: FEPA Publicado: 28-05-2021 Tamaño: 104 Kb
- FUNCIONES DE LA ENTIDAD ADMINISTRADORA**
Relación de las funciones que de acuerdo con el contrato ACN-AC-2021011300004 suscrito entre Asocaña y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, debe realizar Asocaña como administrador del Fondo de Estabilización de Precios.
Elaborado por: FEPA Publicado: 28-05-2021 Tamaño: 180 Kb
- FUNCIONES DE LA AUDITORÍA**
Funciones de la Auditoría de los Fondos de Estabilización, según Decreto 2025 de 1996 y contrato ACN-AC-2021011300004 entre Asocaña y el MADR.
Elaborado por: FEPA Publicado: 28-05-2021 Tamaño: 101 Kb
- FUNCIONES COMITÉ DIRECTIVO**
Funciones asignadas por el Decreto 569 de 2000 al Comité Directivo.
Elaborado por: FEPA Publicado: 09-10-2014 Tamaño: 69 Kb

Sin embargo, con respecto al enlace o link FUNCIONES PERSONAL DE ASOCAÑA PARA EL FEPA, al abrir este, no se puede consultar porque el archivo no existe como se puede ver a continuación:



FEPA Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar

INICIO QUIENES SOMOS TRANSPARENCIA CONTÁCTENOS INGRESO USUARIOS

Server Error

404 - File or directory not found.
The resource you are looking for might have been removed, had its name changed, or is temporarily unavailable.

Regresar
Documento:
FUNCIONES PERSONAL DE ASOCAÑA PARA EL FEPA
Funciones del personal de Asocaña para apoyar la operación del FEPA
Elaborado por: FEPA

En cuanto a lo señalado en el segundo párrafo, se acepta que la información fue suministrada a la CGR; sin embargo, no desvirtúa la observación porque la esencia de esta se encuentra en el hecho de que la misma no aparece publicada en la página web del fondo como se evidencia en el párrafo precedente.

Se valida como hallazgo administrativo

HALLAZGO No. 2 – PAGOS SIN SOPORTES (A) (D1) (F1)

Constitución Política de Colombia. Artículo 209. *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.*

Ley 610 de 2000 modificada por el Decreto Ley 403 de 2020, artículo 3. *“Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”*

Ley 1437 de 2011, artículo 3. *“Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales”.*

Ley 101 de 1993. Artículo 44. *“(…) Las secretarías técnicas se integrarán con personal de alta calificación profesional, que en forma permanente elaborarán los estudios, propuestas y evaluaciones técnicas requeridas para el funcionamiento y eficiencia administrativa de los Fondos de Estabilización. Los gastos de funcionamiento y los costos de administración serán sufragados con cargo a sus propios recursos”.*

Ley 610 de 2000. Por el cual se establece el trámite de la responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías.

Cláusula Novena Contrato De Administración “ASOCAÑA *rendirá cuenta a la Contraloría General, sobre el recaudo, manejo e inversión de los recursos*”.

Resolución No 09554 de 2000 1. Por la cual se aprueba el instructivo para la Presentación de los Presupuestos y los Proyectos de Inversión de los Fondos Parafiscales Agropecuarios y Pesqueros.

Acuerdo 11 de 2019, mediante el cual se aprobó el Presupuesto de Ingresos y Gastos para la vigencia 2020.

Acuerdo 2 de 2021 aprobado mediante acta 01 de 15 de abril de 2021. Por el cual se aprueba el cierre de la vigencia presupuestal para la vigencia 2020.

Sentencia C-557/09 Corte constitucional. Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

“Señala la Contraloría que esta entidad es de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, que no tiene funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización.

En criterio de la Contraloría, resulta claro que el Contralor General de la República sí está expresamente facultado para requerir la información que estime necesaria para efectos de cumplir con sus obligaciones constitucionales, tanto de informar la situación de las finanzas del Estado, como sobre la ejecución presupuestal de recursos públicos, a los empleados de cualquier orden, y aún a los particulares cuando su gestión involucre bienes o recursos públicos, siempre que la participación pública supere el 50% en patrimonio o recursos, lo cual no contraría ningún artículo constitucional y permite tener certeza sobre el manejo de los recursos públicos, independientemente de quién los maneje”.

Por tanto, en relación con los sujetos de control fiscal, ha considerado la Corte que “ningún ente, por soberano que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares”

En este sentido, el Ministerio Público encuentra que es válido desde el punto de vista constitucional y con el fin de salvaguardar los intereses de la sociedad que el “concepto de fondos de la Nación abarque todos los bienes y recursos públicos

que por una u otra razón se encuentren en manos privadas, especialmente los parafiscales y los bienes de uso público”

“Por tanto, la Vista Fiscal evidencia con claridad que “dada la finalidad de los bienes y recursos públicos, es perfectamente viable que los particulares y entidades que manejen fondos de la Nación formen parte del concepto “presupuesto general del sector público”, para efectos del control fiscal que sobre ellos debe recaer por mandato constitucional, eso sí teniendo en cuenta que ese control sólo puede ejercerse sobre dichos fondos, tal como lo establece el artículo 37 de la Ley 42 de 1993”

No obstante, lo anterior, el Contralor al prescribir los métodos y la forma de rendir las cuentas, no puede variar las reglas de contabilidad dictadas por el Contador General para efectos de hacer los registros contables, y a las cuales deben someterse todas las entidades públicas. Su labor en este campo es simplemente la de señalar la manera o modo como los encargados de los bienes o fondos públicos deben presentar a ese organismo de control fiscal las cuentas, junto con los documentos que las respaldan, los plazos para hacerlo, etc., con el fin de determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía en la utilización de los recursos del Estado, y la forma como se ha ejecutado el presupuesto”.

Del análisis realizado al numeral 1.1.1 Reintegro Asocaña del rubro de Servicios Personales de Gastos de Funcionamiento aprobado por el Comité Directivo, mediante el acuerdo de cierre presupuestal vigencia 2020 No. 2 de 2021, la CGR observa que, no obstante, haberse dado cumplimiento a las disposiciones legales relacionadas con la presentación del presupuesto, en cuanto a la aprobación, ejecución y cierre, se evidenció que los gastos correspondientes a servicios personales asignados para el cumplimiento del objeto misional de la operatividad del Fondo, a través de las diferentes áreas y que se encuentran reconocidos en los Estados Financieros en la cuenta denominada Otros Gastos Generales, identificado con el código contable 511190, no están sustentados, ni individualizados con documentos que permitan acreditar que efectivamente se prestó el servicio, lo cual aunado al hecho de que no existen contratos con personas que se obliguen a realizar las actividades relacionadas con la funcionamiento y operatividad del Fondo y en los cuales se establezca el valor a pagar por la prestación de las mismas con cargo al presupuesto del Fondo, genera que el gasto no se encuentre soportado con documentos idóneos que permitan conocer la existencia de los hechos económicos relacionados con las actividades objeto del pago realizado.

Lo anterior, se debe a que el administrador del FEPA no ha realizado la función administrativa encomendada con sujeción a los principios de moralidad establecidos en el artículo 209 de la CP, y de legalidad y transparencia reglados

en el artículo 3 de la Ley 601 de 2000 y el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, normas que enmarcan la ejecución del gasto público relacionado con el manejo de los recursos públicos y, por lo tanto, se genera el pago de gastos por concepto de servicios personales de funcionamiento sin soporte y por consiguiente de configura un presunto detrimento patrimonial que se enmarca dentro del artículo 6° de la Ley 610 de 2000 modificado por el artículo 126 del Decreto del 403 de 2020 parágrafo 2° que señala: *"Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servicios públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público"*, por valor de Novecientos Setenta y Seis Millones Seiscientos Sesenta y Dos Mil SEISCIENTOS VEINTISEIS M/CTE (\$976.662.626), determinado de acuerdo con la siguiente tabla:

PARTIDA	PRESUPUESTO INICIAL	EJECUCION
Dpto. de Informática	\$ 173.293.556	\$ 162.274.976
Dpto. Económico	\$ 115.758.647	\$ 103.586.172
Dpto. Financiero	\$ 91.008.841	\$ 68.445.001
Dpto. Contabilidad	\$ 181.578.215	\$ 178.509.246
Dpto. Jurídico	\$ 68.556.045	\$ 65.559.748
Dpto. Seguridad	\$ 99.976.712	\$ 88.009.329
Dpto. Administrativo	\$ 317.071.750	\$ 310.278.154
Total		\$ 976.662.626

Fuente: Acuerdo 2 de 2021

Hallazgo con presunta connotación fiscal y disciplinaria.

Respuesta del Fondo

R/ Para abordar en específico los temas de la comunicación, nos referiremos en principio al contexto general relacionado con el régimen de administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias, la legalidad del gasto, la posición frente a las afirmaciones realizadas en cuanto a: i) El recibo de los servicios, ii) La contratación del personal que apoya al FEPA por parte de Asocaña, iii) El marco legal descrito en la Ley 1150 de 2007 y iv) El posible detrimento patrimonial.

1.- REGIMEN DE ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES

En este punto se hace una relación del fundamento legal para el manejo de los recursos parafiscales por parte de los fondos y concluye señalando que el manejo, administración y ejecución de los recursos parafiscales se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea; y en el caso de la contribución parafiscal de estabilización de precios establecida por la ley 101 de 1993 y el decreto 569 de

2000, que disponen que la administración se contratará con la entidad gremial representativa y que en el contrato se dispondrá lo relativo al manejo de los recursos y a las facultades de la entidad administradora para el cumplimiento de los fines de la contribución.

Se anota que ASOCAÑA no recibe ni ha recibido nunca recursos de presupuesto general de la Nación, ni del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, situación que haría a esta entidad gremial estar un régimen diferente de conformidad con lo previsto y explicado arriba en relación con el decreto 111 de 1996.

2.- LEGALIDAD DEL GASTO:

La entidad reitera que los recursos que el FEPA le reintegra a Asocaña por concepto del reintegro de gastos de administración, cumplen con los requisitos exigidos en la ley y concluye indicando que lo realizado por Asocaña y el FEPA es consecuente con lo que legal y contractualmente está establecido, pues quien determina el presupuesto, su política y aprueba la ejecución del mismo es el Comité Directivo del FEPA, y fue este quien estableció la forma y cuantía de los reintegros que el FEPA debería hacer a Asocaña por cuenta de los gastos de administración.

Así mismo, agregan que, por lo tanto, ni la ley ni el contrato de administración exigen que existan contratos para la prestación de los servicios mencionados al interior de ASOCAÑA, pero sí que los servicios efectivamente se presten y existan, lo anterior quedó establecido en el acuerdo No. 11 de 2019, donde se determinaron los porcentajes mensuales de utilización de las áreas o departamentos mencionados, y se hace efectivo en el pago que el Fondo reintegra del valor correspondiente, a través del ordenador del gasto, una vez se verifica su ocurrencia.

Finalizan diciendo: *“(…) Con relación a la verificación de la prestación del servicio, el secretario del Fondo a través del documento de solicitud de reintegro recibe mensualmente a satisfacción, los servicios prestados y autoriza el correspondiente reintegro, verificando antes, que los mismos correspondan con los incluidos en el Acuerdo No.11 de 2019”.*

2.5 APROBACIÓN DEL PRESUPUESTO Y DE SU EJECUCIÓN POR PARTE DEL COMITÉ DIRECTIVO DEL FEPA.

“Los departamentos sobre los cuales el FEPA efectúa reintegros a Asocaña, el porcentaje a aplicar sobre los gastos totales incurridos por Asocaña en dichos departamentos así como la cuantía por departamento y total a reintegrar, fue aprobada por el Comité Directivo del FEPA, lo cual consta en el acuerdo 11 de

2019, en su artículo tercero, donde establece los gastos de funcionamiento, en el anexo 2 “Presupuesto de Gastos de Funcionamiento e Inversión 2020” y en el anexo 13 “Ponderación de los Gastos de Asocaña en Función de la Operación del FEPA e índices comparativos del reintegro a Asocaña versus inflación y salario mínimo mensual vigente”, donde consta los porcentajes y montos máximos a reintegrar y los departamentos aprobados”.

(...)

3. CONSIDERACIÓN DE LA FALTA DE SUSTENTACIÓN DE LOS GASTOS ORIGINADOS EN REINTEGROS A ASOCAÑA POR ADMINISTRACIÓN.

En relación con la afirmación de que no están sustentados, ni individualizados con documentos que permitan acreditar que efectivamente se prestó el servicio, hacemos las siguientes precisiones:

Asocaña le presenta a la secretaría técnica del FEPA los documentos sobre los reintegros, para que esta secretaría técnica, en su calidad de ordenador del gasto, apruebe la realización de dichos reintegros, el cual lo hace validando la existencia de los servicios prestados y el presupuesto aprobado. (Suministramos cartas de requerimientos de reintegros, archivo 03 - Requerimiento reintegros, y la aprobación de estos, 04 - Autorización reintegros 2020).

(...)

En conclusión, sí hay un documento donde Asocaña solicita el reintegro de los gastos en que ha incurrido y más importante aún, una conformidad de que dichos gastos se deben reintegrar expedida por la secretaría técnica como ordenador del gasto. Esa conformidad se da en esencia por: i) se tiene información de primera mano de la prestación y disponibilidad de los servicios, especialmente a través de la interacción con los funcionarios de Asocaña y la información disponible; ii) los reintegros se ajustan a las políticas y lineamientos establecidos por el comité directivo, en el caso específico de la vigencia 2020 a lo aprobado en el acuerdo 11 de 2019, iii) los reintegros corresponden a gastos efectivamente ejecutados por Asocaña, ya que se cuenta con el registro contable de los gastos correspondientes a los departamentos autorizados por el comité directivo.

4. CONSIDERACIÓN A LA NO EXISTENCIA DE CONTRATOS CON PERSONAS QUE OBLIGUEN A REALIZAR ACTIVIDADES PARA EL FEPA.

En relación con la manifestación de la comunicación que señala que no existen contratos con personas que se obliguen a realizar las actividades relacionadas con el funcionamiento y operatividad del Fondo, y en los cuales se establezca el valor

a pagar por la prestación de las mismas, con cargo al presupuesto del Fondo, aclaramos lo siguiente:

La distinción más importante que debe hacerse en materia laboral en entidades públicas y privadas consiste en determinar si se trata de una relación legal y reglamentaria, o si se trata de una relación contractual, pues en el caso de la contratación de servicios personales con los servidores del Estado, existen las dos modalidades: la primera es aplicada a los “empleados públicos” y la segunda a los “trabajadores oficiales”. Para el sector privado solo existen las relaciones contractuales en el ámbito del derecho laboral o comercial.

(...)

Así las cosas, es bueno precisar:

- Asocaña es una entidad privada, cuya contratación se enmarca dentro del derecho privado, así sea un administrador de recursos públicos, y para los casos de contratación de personal, por el Código Sustantivo del Trabajo.
- El FEPA no tiene personería jurídica, es decir, toda su contratación se debe hacer a través de Asocaña, de acuerdo con las directrices establecidas en la ley y por el Comité Directivo del FEPA
- Asocaña ha establecido para cada uno de sus empleados que prestan apoyo específico al funcionamiento del FEPA, las funciones que debe desarrollar. Estas funciones han sido suministradas a la CGR en las comunicaciones CE-FEPA20210141300018 en respuesta a AUD-CUMP-FEPA-005 y en la comunicación 2021042000019 en respuesta a AUD-CUMP-FEPA-007.
- La realización de funciones para el fondo por parte de empleados de ASOCAÑA distintos al secretario técnico del fondo, se evidencia por la interacción entre estos y la secretaría técnica, de forma tal que se permite la operación continua del mecanismo de administración, recaudo y pago de las contribuciones parafiscales, como ya se demostró. Por tanto, es claro que, las funciones relacionadas con el fondo sí existen, y fueron entregadas. Prevalece entonces la realidad sobre la formalidad.

Este hecho es tan evidente, que con sólo ver quien firma los estados financieros del FEPA, los archivos de trabajo, los correos recibidos, se puede concluir que hay un trabajo realizado por las diferentes personas que hacen parte de Asocaña.

Así las cosas, es claro que la secretaría técnica en su condición de ordenador del gasto, al recibir la solicitud de traslado del área financiera de Asocaña, verifica que, de acuerdo con las funciones asignadas a cada área o funcionario del gremio, se hayan ejecutado de forma activa las tareas y trabajos, como la elaboración de conceptos, documentos, informes, indicadores, participación en

reuniones y presencia de los funcionarios en el ejercicio de las actividades de administración y recaudo de las contribuciones parafiscales. Hecha tal verificación, la secretaría técnica procede a autorizar el traslado de recursos, considerando que las tareas antes descritas efectivamente fueron cumplidas por cada área o funcionario de Asocaña.

5. SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY 1150 DE 2007

(...)

Sin embargo, la comunicación de la CGR hace referencia al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que señala: “Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. Esta norma aplica para las entidades estatales, categoría que no cumple Asocaña, pues, esta es una entidad privada que administra recursos públicos, y que se rige por el derecho privado para efectos de su contratación.

(...)

6. SOBRE EL PRESUNTO DETRIMENTO PATRIMONIAL AL ESTADO

En este punto, la entidad señala que desde su creación jamás recibió dinero del erario público y que los recursos que administra provienen de los ingenios y los ha manejado con la máxima diligencia y prudencia que les corresponde.

De otra parte, señalan que para que se configure un detrimento patrimonial relacionado con la malversación de recursos públicos, y con ello se proceda al juicio de responsabilidad fiscal se requieren tres elementos concurrentes o presentes al mismo tiempo:

1. Un daño patrimonial al Estado.

(...)

En el caso que nos ocupa sobre unos servicios prestado por áreas y funcionarios de ASOCAÑA, que estaban debidamente causados y acreditados

en los presupuestos y sobre lo que se cuestiona su verificación, es absolutamente claro y transparente y se ha demostrado en la presente y anteriores comunicaciones que los servicios sí se prestaron y efectivamente existieron. Es que el hecho es tan de mera constatación que sino se hubieran prestado el Fondo carecería de servicio de contabilidad, carecería de operatividad del software, carecería de un espacio físico desde el cual operar, carecería de elementos básicos para operar en la sede de la asociación, no dispondría de información económica actualizada y analizada, no tendría muebles y equipos básicos en la oficina para realizar su trabajo como computador, impresoras, comunicaciones, entre tantos otros. De manera que es claro que no hay ningún daño al patrimonio público, ni ningún tipo de perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos.

- 2. Una conducta dolosa o gravemente culposa, atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, (activa u omisiva). De conformidad con la Sentencia C-619 de 2002, sólo puede endilgarse responsabilidad fiscal cuando se ha actuado con culpa grave o dolo. Esto implica que el ejercicio de una gestión fiscal debe ser totalmente antieconómico, ineficiente, ineficaz e inequitativa, de quien administre, maneje o recaude fondos o dineros públicos, y es en estos verbos rectores que debe centrarse el título y grado de responsabilidad fiscal.*

(...)

Se trata entonces de serias conductas por acción u omisión, con graves efectos negativos que implican daño, perdida o empobrecimiento de recursos por parte del Estado. No es posible ni admisible afirmar que ASOCAÑA o sus funcionarios obraron deliberadamente para defraudar al Estado con la prestación de servicios inexistentes. Tampoco que esta asociación obró de manera tan descuidada y negligente, que omitió la prestación de servicios básicos al FEPA a los que estaba obligado por el contrato, produciendo un daño a los recuso públicos y al patrimonio del Estado o que prestó servicios que el FEPA adquirió por otros medios.

- 3. Un nexo causal entre el daño patrimonial y la conducta dolosa o gravemente culposa. El nexo causal entre el daño y la culpa grave o el dolo, implica que el daño o perjuicio, tiene que ser inequívocamente el resultado de la culpa o dolo del autor de ese daño o perjuicio, o lo que es igual, entre ambos elementos debe existir una relación determinante y condicionando de causa efecto, de manera que el daño será el resultado de una conducta activa u omisiva.*

(...)

ASOCAÑA reafirma que, en el tema de los gastos de los funcionarios y áreas que prestan servicios al FEPA, no se ha producido ningún detrimento patrimonial o daño al Estado, pérdida o empobrecimiento de recursos públicos. Tampoco su actuar obedece a premeditadas conductas deliberadas o descuidadas, para afectar o perjudicar los recursos públicos a su cargo, luego tampoco hay nexo causal pues, los hechos presuntos sobre el patrimonio público y las motivaciones que implican responsabilidad fiscal son inexistentes.

Análisis de la Respuesta

En atención a la respuesta dada por el sujeto de control fiscal, se considera necesario partir de propuestas conceptuales producto de las cuales se dará respuesta a los argumentos planteados.

Como cláusula de carácter general, el artículo 123 Superior, al admitir la participación de los privados en el ejercicio de algunas funciones propias del Estado, establece que será la ley la que establezca el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, atribución que le exigirá al legislador, en cada caso concreto, no solo identificar conforme a las reglas constitucionales, cuáles son expresamente los ámbitos de este tipo de ejercicio de funciones estatales sino, de manera adicional, regular las atribuciones y los alcances del mismo, en consideración al tipo de atribución pública que se confiere a los privados y en función del tipo de sector o contexto social en el que éstos desempeñan tales competencias.

Frente a la administración de recursos públicos que alude a la función administrativa que configura la gestión fiscal, resulta indubitable que a la luz de los artículos 267 inciso 1º, 268 numeral 4º que tal función administrativa, se pueda atribuir a los particulares, dentro de los parámetros de atribución prevista en el artículo 210 superior⁴, por ser dicha gestión de recursos una actividad administrativa por antonomasia.

A partir de las autorizaciones señaladas, en los artículos 123, 267 y 268 de la Constitución se observa, entonces, que es el legislador quien debe establecer las reglas del ejercicio de funciones públicas por particulares, en el caso de la atribución de funciones administrativas, la regulación legal tiene el imperativo de hacer visibles y aplicables a los principios rectores de la función administrativa y, en los casos en que la función administrativa asignada al particular corresponda a la de la gestión fiscal, entonces, también los principios de la gestión fiscal. Esto

⁴ Artículo 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

significa en otras palabras, que los particulares están obligados a cumplir las funciones públicas administrativas, con fundamento en los principios de la actividad administrativa y dentro del marco legal que delimita el campo de las actuaciones administrativas, esto es, de la producción de decisiones administrativas o de la ordenación del gasto cuando esto les corresponda.

Ahora bien, de la tipología de ejercicio de funciones públicas por privados que ha establecido el legislador de tiempo atrás, la jurisprudencia constitucional de manera reiterada se ha ocupado de elaborar la clasificación de los modos de atribución, de la siguiente manera, según criterios que se comienzan a consolidar con la sentencia C-534 de 2001 luego de recoger lo instruido en las sentencias C-866 de 1999, C-702 de 1999, C-166 de 1995 y C-316 de 1995 y que aluden a las diferentes formas de asignación de funciones públicas a los particulares, que han superado el test de constitucionalidad:

“3.3.2. Ahora bien, la Corte debe destacar que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de varios supuestos, entre los que pueden enunciarse.

*a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. **En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.***

Esta ha sido la modalidad utilizada cuando el Estado ha querido vincular a las entidades gremiales a la gestión de las cargas económicas por ella misma creadas (contribuciones parafiscales) para que manejen los recursos correspondientes a nombre del Estado, y propendan mediante ellos a la satisfacción de necesidades de sectores de la actividad social, sin que esos recursos por tal circunstancia se desnaturalicen ni puedan ser apartados de sus prístinas e indispensables finalidades. (...)

Precisamente en armonía con los mandatos constitucionales (C.P., arts. 267 y 268-4) la gestión que con esos recursos se cumpla está sujeta, entre otros controles, al control fiscal asignado constitucionalmente a la Contraloría General de la República, como sucede en el caso en estudio pues como lo ha expresado la Corte si

bien no se trata de recursos presupuestales si son recursos públicos de la Nación⁵.

b) La previsión legal, por vía general de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas Jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta como lo ha señalado la Corte que la mencionada atribución tiene como límite “la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga”⁶. Este supuesto aparece regulado, primordialmente, por la Ley 489 de 1998, artículos 110 á 114 tal como ellos rigen hoy luego del correspondiente examen de constitucionalidad por la Corte⁷.

No sobra recordar que la Corte al analizar la posibilidad constitucional de que los particulares sean encargados del ejercicio de funciones administrativas (aspecto común a los supuestos que se han enunciado), ha expresado que las condiciones en que aquellos puedan cumplir las funciones administrativas son las que señale la ley y que si bien es cierto tales funciones pueden ser desarrolladas a título gratuito, según lo prevea la propia ley para un caso⁸, ello no impide que las mismas puedan ser remuneradas. Queda librado a la facultad discrecional del legislador señalar cuándo establece una u otra condición⁹. Así las cosas, bien puede el legislador para efectos del ejercicio de las funciones administrativas - con base en las disposiciones constitucionales en análisis y en armonía con lo previsto en los artículos 150, numeral 9° e inciso final y 189, numeral 23 - autorizar al Gobierno Nacional para celebrar los contratos pertinentes, como se hace en las normas legales acusadas y por ello éstas no solo no resultan contrarias a la Constitución sino que configuran cauce adecuado para asegurar el cumplimiento de las funciones administrativas que la ley ha resuelto confiar a una institución de origen privado.

c) Finalmente en otros supuestos para lograr la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones y actividades propias de los órganos y entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y éstas. Se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta acerca de

⁵ Entre otras sentencias, C-678 de 1998 y C- 040 de 1993.

⁶ Sentencia C-866 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷ Sentencias C- 702 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y C-866 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸ Sentencia C-091 de 1997 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía

⁹ Sentencia C-866 de 1991. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

cuya constitucionalidad se ha pronunciado igualmente esta Corporación en varias oportunidades¹⁰ (negrilla y subraya nuestra).

La anterior referencia respecto al ejercicio de funciones públicas por privados, es reiterada, entre otras en las sentencias C-037 de 2003, que acopia buena parte de toda la línea jurisprudencial sobre el alcance del concepto de funciones públicas en cabeza de particulares, y recientemente en la C-414 de 2012. Es decir, se trata de una postura pacífica en el panorama de la jurisprudencia constitucional.

En materia fiscal, ese lineamiento de la jurisprudencia constitucional debe destacarse, porque dentro de la tipología de asignación de funciones públicas a particulares se puede apreciar que la primera modalidad clasificada corresponde a aquellas hipótesis en las que el legislador vincula a entidades particulares para hacer la gestión de las contribuciones parafiscales, es decir, para el manejo de recursos públicos a nombre del Estado, *“y propendan mediante ellos a la satisfacción de necesidades de sectores de la actividad social, sin que esos recursos por tal circunstancia se desnaturalicen”*.

Esta categorización de la administración de recursos públicos por particulares, como modalidad de asignación de funciones públicas a este tipo de sujetos, también ha sido objeto de particular y más específico tratamiento en otros pronunciamientos de la Corte Constitucional. Así en la C-181 de 2002, al resolver un aspecto de la demanda de inconstitucionalidad, en que se cuestionaba por el demandante la naturaleza de privados que administran recursos públicos, la Corporación Judicial es enfática en sentenciar que:

“Ello, por cuanto que la administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública. Las entidades prestadoras del servicio de salud, por ejemplo, administran los recursos parafiscales de dicho sector y, con ello, prestan un servicio público susceptible de control estatal, al punto que la Contraloría General de la República ejerce la inspección del manejo de dichos recursos.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional procedió al análisis de las normas de la Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero - Ley 101 de 1993- y estableció que los recursos parafiscales destinados a dicho sector podían ser administrados por entidades particulares con ánimo de

¹⁰ Entre otras, ver sentencias C-372 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-506 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz, C-316 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell, y C- 671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Esta última declarando la exequibilidad del artículo 96 de la ley 489 de 1.998.

lucro (sociedades fiduciarias) mediante contratos suscritos con el Gobierno para tales efectos. (...)

Respecto de los mecanismos que utiliza el Estado para conferir la administración de los recursos parafiscales esta Corporación hizo los siguientes comentarios:

“... en ese orden de ideas, la regla general por parte del órgano legislativo al establecer contribuciones de carácter parafiscal ha sido la de determinar la persona privada encargada de la administración de sus recursos. Como lo ha dicho la Corte, en esta clase de contratos siempre interviene el órgano legislativo en su proceso de celebración, mediante la expedición de leyes que en forma previa autorizan al ejecutivo para acordar y perfeccionar dichos contratos” (Sentencia C-651 de 2001)

Así también, en ejercicio de ciertas actividades que implican función pública, las Cámaras de Comercio administran y manejan fondos que pertenecen a la Nación y de cuyo manejo deben rendir cuentas ante las autoridades de control fiscal establecidas por la Constitución, tal como lo analizó ampliamente la Corte en la Sentencia C-167 de 1995” (negrilla y subraya nuestras).

La catalogación de función pública que tiene la administración de recursos públicos por privados, es criterio reiterado en la ya citada sentencia C-037 de 2003, cuando la misma señala que: ***“En este sentido la Corte en la Sentencia C-181/02 precisó que cuando se establezca, mediante contrato, la administración de recursos parafiscales por los particulares, -que sin lugar a dudas constituye el ejercicio de una función pública-, el contratista encargado de dicha administración queda sometido al control disciplinario exclusivamente en lo referente a ella”*** (negrilla y subraya fuera de texto).

Aunque el ejercicio de una función pública no es objeto de la observación ni de su respuesta, resulta relevante para identificar las consecuencias que se predicán a partir de esa realidad jurídica para poder abordar cada uno de los puntos planteados en la respuesta a la observación, de forma que se pueda tener el parámetro de la existencia de una gestión fiscal y del régimen legal aplicable.

1. REGIMEN DE ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES

Para responder lo relativo al régimen aplicable es necesario partir de la noción de gestión fiscal, entendida este como un cúmulo de actividades que comportan el ejercicio de funciones administrativas, cuyo núcleo esencial es el manejo de

recursos, bienes o intereses patrimoniales públicos, ordinariamente en cabeza de los servidores públicos, pero también conferidas a sujetos privados, bajo los criterios legales.

De la misma definición de la gestión fiscal, contenida en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, se puede concluir que la gestión fiscal es ante todo una función pública, que conforme a la norma citada comprende los siguientes elementos estructurales:

- Conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado.
- Se trata de actividades que, conforme a lo que expresamente asigne la Ley, realizan, de ordinario, los servidores públicos titulares de las entidades públicas; pero también, las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, en los casos especificados por disposición legal.
- Las actividades que integran la gestión fiscal, implica que sus titulares tengan expresamente asignada la competencia para disponer de los bienes o recursos públicos o intereses patrimoniales del Estado bajo su administración a través del núcleo de acciones o poderes de disposición sobre los mismos que se expresan en su adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión, recaudación o manejo, acciones que por su definición se traducen en el ejercicio de prerrogativas públicas que se explican para el cumplimiento de los fines sociales del Estado. Al respecto la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre los alcances de la disposición en comento, C-840 de 2001, afirma que: *“Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de **quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado** conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades”* (negrilla y subraya fuera de texto).
- La titularidad de gestión fiscal, está sujeta a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. Respecto de

los particulares, titulares de la gestión fiscal, la Corte en la citada C-840 de 2001, es explícita en indicar que *“en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado”*.

- Como modalidad de administración de bienes ajenos, la gestión fiscal ya de por sí entraña en su naturaleza, restricciones de manejo y sujeción a un estatuto jurídico que no puede ser libre. Por tal razón, su régimen constitucional y legal, impone la sujeción de sus titulares a los principios rectores que se mencionan en el artículo 267 de la Constitución, en el artículo 3º de la Ley 610 y a los generales de la función administrativa. Por ende, en la gestión fiscal, como función pública, sus titulares se encuentran en una relación vinculación positiva a Derecho, como reconoce la Corte Constitucional, en la misma C-840 de 2001, cuando señala que:

“En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados.”

De la anterior regla jurisprudencial de obligatoria observancia, surgen claros deberes funcionales, que en adición a los que ya se han reseñado, se resumen en los siguientes:

- De salvaguarda del patrimonio público, lo cual implica, a su vez, que el poder decisorio y la capacidad dispositiva sobre los recursos públicos a cargo de servidor público o del privado, no puede sino preservar o acrecer el patrimonio público, con estricto sometimiento al destino constitucional y/o legal de los respectivos recursos.
- De ejercer tales poderes decisorios sobre los recursos, pero en desarrollo de precisos parámetros o proyectos de gestión y de resultados, con observancia del marco legal en lo que respecta a la ejecución de recursos públicos.
- De ejercer tales poderes o prerrogativas de disposición, en el marco de la acción programática preestablecida.

Ahora bien, establecida que la administración de recursos públicos constituye una función pública, se debe hacer referencia, a la situación jurídica en la que se encuentran los particulares que ejercen funciones públicas. En efecto, un aspecto que no puede pasar por alto, en materia de asignar de funciones públicas por

privados, hacer relación con el estatuto jurídico al que debe estar sometido el particular para ejercer adecuadamente de las potestades públicas de las que es titular, conforme con el marco general establecido desde la Constitución y de acuerdo con el régimen legal en las que la mismas encuentran sustento normativo.

En los casos en que la función pública atribuida, concierna a la administración de recursos públicos, el particular no tiene libre disposición sobre estos, así lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia C-167 de 1995, fallo en el que fijó un criterio de vinculación positiva a Derecho, a partir de lo cual se tiene que dicha administración supone gestión fiscal, criterio que, como se verá, ha sido constante:

*“En efecto, no es extraño que los particulares ejerzan funciones públicas por habilitación del Estado, ya que los particulares pueden intervenir en el ámbito de funciones públicas. **Sus atribuciones y el ejercicio de la función no modifican per se, la naturaleza privada de las personas jurídicas, pero en el ejercicio de las atribuciones estas se hallan sujetas a las reglas propias de la función que ejercen, pues en razón del acto de habilitación ocupan el lugar de la autoridad estatal, con sus obligaciones, deberes y prerrogativas.** En consecuencia, para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las **finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas; por tanto, los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, entre otros el que ejerce la Contraloría General de la República a través del control fiscal de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación**”* (negrilla y subraya fuera de texto).

Como puede observarse en este criterio fijado desde 1995 y sin perjuicio del régimen aplicable a sus asuntos privados, los particulares, que ejercen funciones públicas incluido el manejo de recursos públicos, al ocupar el lugar de una autoridad estatal, se encuentran en una relación de sujeción especial a las obligaciones, deberes y prerrogativas públicas que por virtud le han sido conferidas, por ende, para tales efectos se encuentran vinculados positivamente a Derecho.

Por su parte la sentencia C-296-96, al invocar el régimen constitucional en el que se sustenta la asignación de funciones públicas a los privados, y consagrar el criterio material para identificar las hipótesis del ejercicio de las mismas enfatiza en que:

“Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.

Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica. (...)

***Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo”¹¹* (negrilla y subraya fuera de texto).**

En la misma ruta la Corte Constitucional, a analizar la situación del sujeto privado en ejercicio de funciones públicas como un sujeto cualificado respecto de los demás sujetos particulares, destacó en la Sentencia C-563 de 1998 que:

“La Corte ha señalado los eventos en que es posible la asignación de funciones públicas, precisando que el ejercicio de éstas no puede estar al margen de los controles públicos, ni supeditado a consideraciones subjetivas, pues su valoración no atiende a la condición de quien la ejerce, sino a su materialidad. (...)

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y

¹¹ Sentencia C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador”
(negrilla fuera de texto).

Pronunciamento a partir del cual se tiene que la actividad pública del privado, debe ser objeto de control con los parámetros que ello supone, sin que su valoración depende de quien ejerce la función, ni de una forma particular de ejercerla, sino de su configuración objetiva y externa como función de pública por lo que la responsabilidad jurídica del sujeto forma parte de las responsabilidades públicas con las consecuencias que ello conlleva.

Igualmente, en sentencia C-866 de 1999, la Corte precisó, como consolidación de lo anterior:

*“Si bien es cierto que conforme al artículo 6° superior **los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual “solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”, dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones administrativas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al mismo artículo 6° de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos. La regla general se invierte y en principio no pueden ejercer todo tipo de funciones administrativas, sino sólo aquellas que, en los términos de la Constitución y de la Ley, les pueden ser conferidas según lo precisado en esta misma sentencia”** (negrilla y subraya fuera de texto).*

En 1999, la Corte Constitucional sin distinguir el tipo de funciones públicas asignadas a particulares enfatiza en que, para los solos efectos de su ejercicio, la regla de la responsabilidad jurídica contemplada en el artículo 6° de la Constitución se invierte para hacer una clara asimilación de este tipo de privados con los servidores públicos.

Por su parte, la sentencia C-181 de 2002, ratifica lo anterior, al señalar que:

*No obstante, dicha salvedad, el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares conlleva un lógico incremento en el nivel de responsabilidades del sujeto a cargo de la prestación que deriva en una intensificación de los compromisos adquiridos para con el Estado. **Las obligaciones que el particular asume por razón del ejercicio de una función pública son de tal relevancia que su responsabilidad se extiende más allá de los límites impuestos a los que no prestan servicio alguno. Así, mientras***

los particulares que no se encuentran vinculados al Estado mediante una relación de servicio público regulan su responsabilidad de acuerdo con la primera parte del artículo 6º de la Constitución Política, es decir que no son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y la Ley, los que sí lo están se hacen responsables por “omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (negrilla y subraya fuera de texto).

En igual sentido, con lo que ya es una línea jurisprudencial pacífica y constante la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 2003, reitera:

“Cabe precisar, que si bien es cierto que conforme al artículo 6º superior los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual “solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”, dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones públicas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al propio artículo 6º de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos¹²” (negrilla y subraya fuera de texto).

De los dos últimos pronunciamientos de la línea jurisprudencial que se cita, resulta indubitable que para la Corte Constitucional y para los solos efectos de las actividades que componente la asignación y ejercicio de funciones públicas por particulares, los que se encuentran en tal situación jurídica están en la misma situación de vinculación positiva a Derecho y de sujeción especial por omisión o extralimitación de tales funciones públicas como los servidores públicos.

De los criterios expresados se puede colegir lo siguiente:

- La administración de recursos públicos por privados, como competencia asignada por la ley en desarrollo de lo establecido en los artículos 123, 210, 267 inciso 2º y 268 numeral 4º, para el ejercicio de funciones administrativas, como son las derivadas del poder recaudo, administración y destino para cumplir finalidades del Estado, corresponde a una modalidad de ejercicio de funciones públicas por particulares.
- Por virtud de tal asignación de competencias públicas a privados, que siempre se han de asignar por virtud de mandato y/o regulación legal y

¹² Ibidem Sentencia C-866/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. S.V. Antonio Barrera Carbonnel, Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo.

con fundamento en las autorizaciones constitucionales, los titulares de las mismas ejercen prerrogativas inherentes al Estado, porque su ejercicio implica la toma de decisiones sobre recursos de carácter público, para la configuración de inversiones y gastos también delimitados por la ley como actividades de carácter público.

- La administración de recursos públicos, bien sea por servidores públicos o bien sea por privados, en los casos expresamente asignados por la Ley, se regula en nuestro ordenamiento constitucional y legal, como la función de gestión fiscal, lo que significa que tal administración o capacidad de disposición de recursos públicos por privados, sólo puede ser ejercida en Colombia, bajo el régimen jurídico de la gestión fiscal, derivado de los artículos 267 y ss de la Constitución y de las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000, 1474 de 2011 y el Decreto ley 403 de 2020.
- Conforme a la definición y regulación constitucional y legal de la gestión fiscal y a la jurisprudencia constitucional citada, la misma corresponde a la naturaleza de una función pública que implican determinaciones sujetas específicamente a los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal y, por ende, al régimen jurídico de los mismos se derivan según queda expresado.
- Como recursos cuyo manejo implica capacidad decisoria sobre su destino y su aplicación, tienen el carácter de fondos públicos y consecuentemente están sujetos a los controles propios de la Contraloría General de la República.
- El ejercicio de las actividades y deberes funcionales de toda función pública asignada a particulares, incluida las de la gestión fiscal, los particulares cuando se trata de la atribución de funciones administrativas, *“sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al mismo artículo 6° de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos. La regla general se invierte y en principio no pueden ejercer todo tipo de funciones administrativas, sino sólo aquellas que, en los términos de la Constitución y de la Ley, les pueden ser conferidas según lo precisado en esta misma sentencia”*.

Respecto a lo observado y a la respuesta dada es necesario tener de presente que, en cuanto al régimen contractual, tal y como lo manifiesta el sujeto de control la ley 101 de 1993, el Decreto 569 de 2000 ni el contrato fijan un régimen de contratación, de lo que se tiene que no hay una regulación específica. Pero lo anterior bajo ningún contexto implica que los negocios jurídicos y operaciones se ajusten a la realidad comercial del administrador de los recursos parafiscales. En

efecto lo que en realidad significa lo anterior es que se debe seguir y acatar la regla general que está contenida en el artículo 112 de la Ley 489 de 1998, que en su tenor literal señala:

*“Artículo 112.- Régimen jurídico de los actos y contratos. La celebración del convenio y el consiguiente ejercicio de funciones administrativas no modifican la naturaleza ni el régimen aplicable a la entidad o persona privada que reciba el encargo de ejercer funciones administrativas. No obstante, los actos unilaterales están sujetos en cuanto a su expedición, y requisitos externos e internos, a los procedimientos de comunicación e impugnación a las disposiciones propias de los actos administrativos. **Igualmente, si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas, los mismos se sujetarán a las normas de contratación de las entidades estatales.**”*

Así, las normas citadas en precedencia, así como la interpretación que da la Corte Constitucional de las mismas, supone que el gestor fiscal, que para el caso que nos ocupa es un privado que administra recursos públicos, debe aplicar las normas de contratación de las entidades estatales. Lo que no significa que se sigan los procesos de selección tal y como están reglados en el estatuto de contratación público, pero si implica que se observen los principios de la contratación, las reglas para la formación de los vínculos contractuales, esto es la existencia de un contrato solmene, esto es escrito, que se tenga presente las reglas respecto de las incompatibilidades e inhabilidades, entre otras.

Respecto a lo señalado, la entidad se limitó a hacer un recuento del fundamento legal para el manejo de recursos parafiscales, que dista de los parámetros jurisprudenciales y de la norma citada en precedencia, sin aportar soportes que desvirtúen lo señalado en la observación: *“(...)se evidenció que los gastos correspondientes a servicios personales asignados para el cumplimiento del objeto misional de la operatividad del Fondo, a través de las diferentes áreas y que se encuentran reconocidos en los Estados Financieros en la cuenta denominada Otros Gastos Generales, identificado con el código contable 511190, no están sustentados, ni individualizados con documentos que permitan acreditar que efectivamente se prestó el, servicio lo cual aunado al hecho de que no existen contratos con personas que se obliguen a realizar las actividades relacionadas con la funcionamiento y operatividad del Fondo y en los cuales se establezca el valor a pagar por la prestación de las mismas con cargo al presupuesto del Fondo (...) (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

2.- LEGALIDAD DEL GASTO:

Para la CGR, independientemente de que los gastos de funcionamiento estén aprobados mediante un acuerdo de gastos por el Comité Directivo del FEPA, debe existir una relación contractual entre Asocaña como administrador del FEPA no como gremio y la persona que prestará el servicio al fondo, en la cual se estipule entre otros: objeto del contrato en el cual se indique que se prestara al Fondo de Estabilización, valor a pagar, obligaciones contractuales de las partes y plazo, de tal manera que exista una obligación de realizar el pago por parte del fondo. Pues como se señaló, cualquier instrumento contractual que se emprenda debe cumplir con el criterio de la solemnidad señalado en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, único criterio a partir del cual se puede identificar el criterio de eficacia en la gestión del recurso público previsto en el literal a) del artículo 3¹³ del Decreto Ley 403 de 2020, para el objeto de auditoría.

3. CONSIDERACIÓN DE LA FALTA DE SUSTENTACIÓN DE LOS GASTOS ORIGINADOS EN REINTEGROS A ASOCAÑA POR ADMINISTRACIÓN.

En este punto, el fondo manifiesta que Asocaña le presenta a la secretaría técnica del FEPA los documentos sobre los reintegros, para que esta secretaría técnica, en su calidad de ordenador del gasto, apruebe la realización de dichos reintegros, el cual lo hace validando la existencia de los servicios prestados y el presupuesto aprobado. (Suministramos cartas de requerimientos de reintegros, archivo 03 - Requerimiento reintegros, y la aprobación de estos, 04 - Autorización reintegros 2020) y que, si hay un documento donde Asocaña solicita el reintegro de los gastos en que ha incurrido y más importante aún, una conformidad de que dichos gastos se deben reintegrar expedida por la secretaría técnica como ordenador del gasto.

Al respecto, hay que señalar que el documento que menciona el Fondo es una solicitud de reintegro donde se establece de manera global el valor a reintegrar por cada departamento y al cual no se anexan la relación del gasto individualizado por persona, ni un informe de actividades realizadas por cada una de ellas, y es en este contexto que se hace la observación, además de no existir una relación contractual.

4. CONSIDERACIÓN A LA NO EXISTENCIA DE CONTRATOS CON PERSONAS QUE OBLIGUEN A REALIZAR ACTIVIDADES PARA EL FEPA.

¹³ Artículo 3. Principios de la vigilancia y el control fiscal. La vigilancia y el control fiscal se fundamentan en los siguientes principios:

a) Eficiencia: En virtud de este principio, se debe buscar la máxima racionalidad en la relación costo-beneficio en el uso del recurso público, de manera que la gestión fiscal debe propender por maximizar los resultados, con costos iguales o menores.

En este acápite, el FEPA hace referencia a una relación legal y reglamentaria (contratación de servicios personales con el estado) y una relación contractual (contratación sector privado).

Al respecto, para la CGR no existe una relación contractual entre ASOCAÑA como administrador del FEPA con las personas que prestan el servicio para el funcionamiento del Fondo, en la cual se establezca la labor que desempeñará para este y el valor que se pagará por el mismo, de tal manera que exista una obligación con cargo a los recursos administrados, lo anterior con independencia de que se rija por el derecho privado.

5. SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY 1150 DE 2007

Si bien es cierto que ASOCAÑA, aunque administra recursos públicos no es una entidad estatal y por consiguiente no le aplicaría este artículo, la administración de contribuciones parafiscales constituye una función administrativa que debe realizar de conformidad con el principio de moralidad establecido en el artículo 209 de la Constitución y de legalidad y transparencia reglados en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 y el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011

Conclusión

Teniendo en cuenta que los gastos correspondientes a servicios personales no están sustentados, ni individualizados con documentos que permitan acreditar que efectivamente se prestó el servicio y además no existen contratos con personas que se obliguen a realizar las actividades relacionadas con el funcionamiento y operatividad del Fondo, generando un gasto que no se encuentra soportado, se configura un daño fiscal que se enmarca dentro del artículo 6° de la Ley 610 de 2000 modificado por el artículo 126 del Decreto del 403 de 2020 parágrafo 2° que señala: "Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público" por valor de novecientos setenta y seis millones seiscientos sesenta y dos mil seiscientos veintiséis M/Cte. (\$976.662.626).

A partir de la respuesta y del análisis a la misma, se modifica la observación en la parte pertinente a la norma incumplida y los criterios que soportan la misma y se valida como hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal y disciplinaria

HALLAZGO No. 3 - AJUSTES A CESIONES Y COMPENSACIONES (A)

Ley 101 de 1993¹⁴ capítulo VI, artículo 36 donde señala. *“Sin perjuicio de los Fondos Parafiscales Agropecuarios y Pesqueros regulados en la presente Ley, créanse los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, como cuentas especiales, los cuales tienen por objeto procurar un ingreso remunerativo para los productores, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones, mediante el financiamiento de la estabilización de los precios al productor de dichos bienes agropecuarios y pesqueros.”*

Decreto 569 de 2000. *“Por el cual se organiza el Fondo de Estabilización de precios para los azúcares centrifugados, las melazas derivadas de la extracción o del refinado de azúcar y los jarabes de azúcar”*

Decreto 1071 de 2015. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural”*

Contrato 026 de 2000. Contrato suscrito entre Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y ASOCAÑA para la Administración del Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar- FEPA.

Resolución 1 de 2019. *“Por medio de la cual se establece la Metodología para las Operaciones de Estabilización”*

Resolución 2 de 2019. *“Por medio de la cual se establecen los valores para unas variables requeridas para el cálculo de las operaciones de estabilización”*

Resolución 1 de 2020. *“Por medio de la cual se modifican unas variables requeridas para el cálculo de las operaciones de estabilización”*

Resolución 4 de 2011 *“Por la cual se señala los parámetros para la determinación de gastos de exportación e importación”*

Instructivo manual de transferencia de archivos de los ingenios.

Resolución No. 193¹⁵, numeral 1.4 relacionado con: *“Riesgo de índole contable: Representa la posibilidad de ocurrencia de eventos, tanto internos como externos, que tienen la capacidad de afectar el proceso contable y que, como consecuencia*

¹⁴ Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero

¹⁵ Del 5 de mayo del año 2016 de la Contaduría General de la Nación

de ello, impiden la generación de información financiera con las características fundamentales de relevancia y representación fiel establecidas en el Régimen de Contabilidad Pública.

El riesgo de índole contable se materializa cuando los hechos económicos generados en la entidad no se incluyen en el proceso contable o cuando, siendo incluidos, no cumplen con los criterios de reconocimiento, medición, revelación y presentación dispuestos en el Régimen de Contabilidad Pública.”

De igual manera en el numeral 2.2.2.2, referente a los ajustes indica. *“Registro de ajustes contables: es la subetapa en la que se elaboran los comprobantes de contabilidad y se efectúan los asientos de los ajustes en los libros respectivos utilizando el Catálogo General de Cuentas aplicable a la entidad.”*

Adicionalmente menciona: **“CRITERIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE FACTORES DE RIESGO”**

Dentro de los criterios, para la identificación de factores de riesgos establecidos, en los procedimientos, de la CGN, para el caso del reconocimiento en su medición inicial indica entre otros los siguientes:

- *“(…) Dificultad para la medición monetaria fiable del hecho económico.*
- *Selección incorrecta del criterio de medición inicial aplicable al hecho económico.*
- *Interpretación incorrecta de la norma aplicable a la medición del hecho económico.*
- *Errores en los cálculos realizados en el momento de la medición.*
- *Registro del hecho económico por un valor superior o inferior al que corresponde (...)*”

Dentro de la medición posterior la norma contempla.

- *“(…) Selección incorrecta del criterio de medición posterior aplicable al hecho económico.*
- *Realización de cálculos errados o aplicación de criterios de medición posterior que no corresponden con la norma aplicable a la entidad.”*

La norma, en lo correspondiente a la gestión del riesgo contable indicó entre otros (...) *“Deficiencia en el seguimiento y control para la concreción, mitigación y neutralización del riesgo.”*

3.2.10 Registro de la totalidad de las operaciones

“Deberán adoptarse los controles que sean necesarios para garantizar que la totalidad de las operaciones llevadas a cabo por las entidades estén vinculadas al proceso contable, independientemente de su cuantía y relación con el cometido estatal. Para ello, se deberá implementar una política institucional que señale el compromiso de cada uno de los procesos en cuanto al suministro de la información que le corresponda y verificación de la materialización de dicha política en términos de un adecuado flujo de información entre los diferentes procesos organizacionales, así como entre los procedimientos implementados y documentados.”

De la evaluación realizada a las liquidaciones de las cesiones y compensaciones, correspondientes a las cesiones de los meses de febrero, marzo, abril y diciembre del año 2020, de los ingenios: Cauca, Riopaila-Castilla, Mayagüez, Manuelita y para las Compensaciones de los mismos meses de los ingenios Risaralda, Carmelita y Manuelita, se evidenció que, en todas las liquidaciones efectuadas, para el cálculo del mecanismo de estabilización, ya fuera para establecer los valores de las Cesiones como de las Compensaciones, se presentaron ajustes, sobre los cuales no fue posible determinar con claridad la forma en que se efectúa su cálculo y el concepto por el cual se realiza; lo anterior, debido a que no existe la trazabilidad de las operaciones realizadas para evidenciar los ajustes, valores que terminan incidiendo en el mecanismo de estabilización adoptado en la metodología para las operaciones de cesión y compensación y las diferentes variables y parámetros involucrados en él.

Así las cosas, con base en la evaluación inicial, se analizó el comportamiento de los ajustes realizados a las liquidaciones, por cesiones y compensaciones del periodo comprendido entre enero a diciembre, del año 2020, que contiene los ingenios, con los siguientes resultados:

Mes	Cesiones	Compensaciones	Liquidación definitiva Cesiones con ajustes	Comportamiento de Cesiones (D-B)	Liquidación definitiva Compensaciones con ajustes	Comportamiento de Compensaciones (F-C)
Enero	4.994.472.608	-5.019.393.511	4.732.936.649	-261.535.959	-4.870.195.213	149.198.298
Febrero	5.246.714.560	-3.508.880.890	5.316.899.480	70.184.920	-5.076.335.240	-1.567.454.350
Marzo	5.101.826.482	-5.072.659.255	5.993.527.656	891.701.175	-5.748.915.599	-676.256.344
Abril	5.417.517.354	-7.251.890.818	7.007.822.969	1.590.305.615	-6.757.141.444	494.749.374
Mayo	3.413.616.089	-3.383.306.090	4.169.256.389	755.640.299	-3.935.540.221	-552.234.131
Junio	3.401.327.003	-3.325.074.696	3.537.029.613	135.702.610	-3.327.484.577	-2.409.881
Julio	2.887.973.016	-2.951.878.880	2.503.569.895	-384.403.121	-2.279.673.165	672.205.715
Agosto	2.792.739.808	-2.782.645.800	3.038.740.362	246.000.554	-2.832.229.323	-49.583.523
Septiembre	2.222.160.451	-2.234.124.910	3.037.102.481	814.942.030	-2.830.538.103	-596.413.193

Mes	Cesiones	Compensaciones	Liquidación definitiva Cesiones con ajustes	Comportamiento de Cesiones (D-B)	Liquidación definitiva Compensaciones	Comportamiento de Compensaciones (F-
Octubre	775.314.008	-786.204.234	955.860.419	180.546.411	-822.035.026	-35.830.792
Noviembre	2.814.910.180	-2.835.521.159	3.002.299.268	187.389.088	-2.904.424.475	-68.903.316
Diciembre	4.531.897.546	-4.560.472.943	5.837.127.492	1.305.229.946	-5.689.827.543	-1.129.354.600
Totales	43.600.469.105	-43.712.053.186	49.132.172.673	5.531.703.568	-47.074.339.929	-3.362.286.743

Fuente FEPA: Preparó y organizó Equipo Auditor

Escenario de las Cesiones:

Las liquidaciones iniciales a diciembre del año 2020 ascendieron a \$43.600.469.104, mientras que las liquidaciones incluidas los ajustes se incrementaron en \$5.531.703.569; esto significa que los recursos del fondo aumentaron en esta cuantía y afecta el pago final a favor de ASOCAÑA por concepto de administración del Fondo. Es de anotar que los mayores movimientos por ajustes se presentaron en los meses de abril y diciembre.

Escenario de las Compensaciones:

Las liquidaciones iniciales a diciembre del año 2020 ascendieron a \$43.712.053.187, mientras que las liquidaciones, incluidos los ajustes, se incrementaron en \$3.362.286.741, lo que significa que los recursos del fondo disminuyeron en esta cuantía.

La causa de esta situación se presenta, debido a que la política establecida en la Resolución No. 1 de 2019 y el instructivo para la transmisión de la información, permite el reporte de operaciones durante todo el año por parte de los ingenios, relacionadas con la información de las cantidades de azúcar producidas, vendidas o en existencia y a las diferencias detectadas por la firma auditora, hechos que conllevan a que el FEPA tenga que realizar los ajustes correspondientes a las liquidaciones de los meses anteriores.

Respuesta del Fondo

“Dice el informe que se evidenció que, en todas las liquidaciones efectuadas para el cálculo del mecanismo de estabilización, ya fuera para establecer los valores de las Cesiones, como de las Compensaciones, se presentaron ajustes, sobre los cuales no fue posible establecer con claridad la forma en que se efectúa su cálculo y el concepto por el cual se realiza; lo anterior, debido a que no existe la trazabilidad de las operaciones realizadas para establecer los ajustes, valores que terminan incidiendo en el mecanismo de estabilización.”

R. / Efectivamente, el diseño operativo y regulatorio está estructurado por parte del Comité Directivo y no de ASOCAÑA, de una manera tal que, no sólo se espera que existan ajustes, sino que es parte de la operación regular del FEPA.

(...)

Las razones del Comité para obrar de esa manera son las de minimizar el riesgo del pago indebido de operaciones de estabilización. Por eso, y basado en el numeral 7 del artículo 9 del Decreto 569 de 2000 “7. Determinar la etapa del proceso de comercialización en la cual se aplicarán las cesiones y las compensaciones al productor”, ha definido el momento de la causación de las operaciones de estabilización para los mercados de exportación y de exportaciones conjuntas, cuando se pueda corroborar que el azúcar, en su forma original o transformado en otro producto, ha salido efectivamente del país o a llegado al mercado donde debe ser consumido, como es el caso del mercado interno especial.

Al mirar la operación logística del mercado de exportaciones conjuntas o cuando se realizan ventas a comercializadoras internacionales, primero se da la venta del ingenio al cliente y en una fecha posterior se realiza la exportación. Lo anterior genera que las ventas o despachos dependiendo del caso, se deben reclasificar dependiendo del mes en que se confirma la operación.

Algo similar pasa en el mercado interno especial, pues, aunque para reducir los ajustes en este mercado se amplió a que los productos pudieran llegar hasta 4 días después de finalizado el mes, dadas las dificultades existentes en el transporte terrestre desde el Valle hacia el Caribe, con frecuencia la carga llega en fechas posteriores y deben clasificarse en el mes siguiente generando ajustes a la información reportada inicialmente.

Adicional a los momentos de causación, dada la estructura del sector azucarero, las operaciones comerciales de los ingenios son auditadas periódicamente por la firma designada por el Comité Directivo del FEPA, fruto del trabajo de auditoría y de la conciliación de las cifras del ingenio con las del FEPA, resultan diferencias que deben ser corregidas, generando ajustes. Aquí es importante resaltar el alcance de la auditoría, que es al 100% de los productores y al 100% de las operaciones que son sujetas a operaciones de estabilización.

Así las cosas, como se dijo al principio, el Comité Directivo ha querido cubrir el mayor de los riesgos, que es el que se haga uso de recursos públicos en una operación que no cumple los requisitos para recibir la compensación.

Ahora el riesgo contable está cubierto por el trabajo de la auditoría, pues precisamente gran parte de su ejercicio es asegurar que la información de los productores sujetos a estabilización esté debidamente reportada al FEPA. Uno de los puntos específicos del contrato suscrito entre Asocaña y la firma de auditoría en la cláusula segunda, es el numeral 12 en relación con la información que debe validar: “revisión de ajustes y datos de forma mensual a la información contenida en a base de datos del mismo”. El contrato con PwC fue entregado en la respuesta a la comunicación AUD-CUMP-FEPA-02, el 5 de marzo.

Para minimizar el riesgo contable, se tiene establecido que la información de periodos anteriores, salvo unos casos específicos del mercado de exportaciones conjuntas, deben ser reportados por los ingenios en un archivo adicional, separado de las operaciones del mes de liquidación y previo a su procesamiento en la base de datos, y este archivo debe ser revisado y autorizado por la firma de auditoría previo a la liquidación de las operaciones de estabilización.

Fruto de ese trabajo de validación, la auditoría realiza un reporte al cierre de cada mes, donde relacionan los ingenios que efectuaron ajustes, el tipo de información ajustada (producción, ventas o existencias), las razones del ajuste y la cantidad de registros procesados. A manera de ejemplo, presentamos parcialmente uno de los cuadros recibidos de la auditoría y enviamos con la respuesta el informe mensual recibido de la firma.

No	Ingenio	Producción	Ventas y Existencias	Cantidad de Registros	Descripción
1	Agroindustrias	-	-	-	No se presentaron ajustes
2	Cabaña	-	-	-	No se presentaron ajustes
3	Carmelita		2	99	Legalización del limbo de Fruticol, Probasicos y Aldor; Traslado de mes del limbo de Fruticol, Probasicos y QBCO; Traslado a despacho sin facturar del mercado de alimentos concentrados de Biogreen
4	Ciamsa	-	-	-	No transmitieron ajustes
5	Incauca		1	29	Legalización del Limbo de Sucroal; Traslado del mercado nacional a exportación conjunta de Sucroal; Ajustes identificados por el ingenio en venta de azúcar en el mercado nacional.

Ahora, la CGR resalta que el manejo de los ajustes incide en el valor de las cesiones recaudadas por parte del administrador y por ende del valor de la contraprestación. Sobre esto, confirmamos que efectivamente es así, pero

corresponde a al menos tres situaciones: i) los ajustes se generan por decisiones del comité directivo en prevención de riesgos mayores, no del administrador, ii) los ajustes son reportados por terceros o generados por acciones de ellos, es decir se generan por la información que reportan los ingenios, Ciamsa o la auditoría, iii) el valor generado por las mayores cesiones y por ende la mayor contraprestación causada, llegaría a COP11.063.407 (el 2 por mil de los 5.531.703.569), cifra que no compensaría el esfuerzo que genera en todas las partes involucradas (ingenios revisando, trabajo por fuera del horario laboral, gestión de sistemas, confirmación de información, tiempo de los funcionarios de la firma de auditoría, etc.)

CONCLUSIONES:

- La definición por parte del Comité directivo del FEPA de los momentos de causación de las operaciones que generan compensaciones en el FEPA fue la que le diera la mayor tranquilidad al sector de que el efecto económico de las mismas coincidiera con la realidad comercial de dicha operación (llegada o despacho al mercado sujeto a compensación).

- Para minimizar el riesgo de que la información esté incompleta o sea inexacta, se estableció como alcance para la auditoría que presta los servicios al FEPA la auditoría al 100% de los sujetos pasivos de la contribución parafiscal y de sus operaciones. Este trabajo se hace en cada uno de los sujetos pasivos, en la secretaría del FEPA y en la entidad administradora.

- El aumento de la contraprestación a Asocaña es un hecho previsto por el Comité Directivo al expedir el marco normativo, originado en actuaciones de terceros y por ende no se puede concluir que Asocaña las promueve como una forma de lucrarse de la operación del mecanismo”.

Análisis de la respuesta

El FEPA en su respuesta se limita a hacer un recuento del porqué de los ajustes y la normatividad que los regula, sin allegar la trazabilidad de los ajustes para así poder establecer la forma en que se efectúa el cálculo y el concepto por el cual se realizan los ajustes observados, y así desvirtuar la observación.

Se valida como hallazgo administrativo

HALLAZGO No. 4 - INSTRUCTIVO REPORTE DE INFORMACIÓN (A)

Ley 101 de 1993. *“Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”*. Capítulo VI, artículo 36 por el cual se crea los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros.

Decreto 569 de 2000. *“Por el cual se organiza el Fondo de Estabilización de precios para los azúcares centrifugados, las melazas derivadas de la extracción o del refinado de azúcar y los jarabes de azúcar”*.

Decreto 1071 de 2015. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural”*.

Contrato 026 de 2000. Contrato suscrito entre Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y ASOCAÑA para la Administración del Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar- FEPA.

Resolución 1 de 2019. *“Por medio de la cual se establece la Metodología para las Operaciones de Estabilización”*, en el cual dispone en su artículo *“8: Información: Para que la Secretaría Técnica pueda realizar los cálculos de cesiones y compensaciones, los productores y Ciamsa deberán reportar a la entidad administradora del Fondo la información necesaria para calcular y controlar las cesiones y compensaciones a que haya lugar, según los plazos que ésta establezca, los cuales no podrán superar los primeros cinco (5) días hábiles del mes siguiente a la realización de las operaciones sujetas a estabilización.”*

Del mismo modo el parágrafo 1° de este mismo artículo estipuló; *“La Secretaría Técnica del Fondo Diseñará un instructivo para el reporte de información, señalando la información y el procedimiento que los productores y Ciamsa deben seguir para remitir a la entidad administradora del Fondo los datos necesarios para el logro de estos objetivos.”*

Resolución 2 de 2019. *“Por medio de la cual se establecen los valores para unas variables requeridas para el cálculo de las operaciones de estabilización”*.

Resolución 1 de 2020. *“Por medio de la cual se modifican unas variables requeridas para el cálculo de las operaciones de estabilización”*.

Resolución 4 de 2011 *“Por la cual se señala los parámetros para la determinación de gastos de exportación e importación”*.

Instructivo manual de transferencia de archivos de ingenios. Código I-FE-5, Actualización 13, de fecha septiembre 18 de 2018.

De la revisión y evaluación realizada al cumplimiento del marco normativo y reglamentario que rigen al Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar -FEPA, el equipo de auditoría evidenció que la Secretaria Técnica no cumplió con las disposiciones establecidas por el Comité Directivo, máximo órgano de dirección del Fondo en el parágrafo 1° del artículo 8° de la Resolución 1 de 2019 que señala: *“La Secretaría Técnica del Fondo diseñara un instructivo para el reporte de la información, el cual debería señalar la información y el procedimiento que los productores y Ciamsa debían seguir para remitir a la entidad administradora del fondo, en este caso ASOCAÑA, los datos necesarios para el cálculo y control de las cesiones y compensaciones”*.

Al no diseñar el instructivo correspondiente, conforme lo establece el parágrafo 1 del artículo 8, de la Resolución 1 del 2019, no se cumple con las políticas y los procesos de control trazados por el gobierno corporativo desde el Comité Directivo y, por lo tanto, no se han desarrollado y cumplido a cabalidad las funciones de la secretaria técnica.

Este Hallazgo es administrativo

Respuesta del Fondo

El secretario técnico del FEPA en su respuesta hace un recuento sobre la expedición del instructivo, señalando que, dado el alto nivel de detalle y su complejidad, desde los inicios del Fondo, el Comité Directivo contemplo que fuera elaborado por la Secretaria Técnica y señala que en la Resolución 4 de 2000, ya se otorgaba esa responsabilidad a la secretaria técnica.

Agrega que lógicamente las resoluciones han sufrido modificaciones y, a través del tiempo, la asignación de dicha tarea ha seguido estando encomendada a la secretaria técnica.

Se refiere, así mismo, a los plazos sobre el manejo de ajustes, señalando: *“El plazo de dos meses se saca del contexto en el que está establecido, pues los dos meses que se establecen es para el reporte en forma directa por parte de los ingenios, como se observa en el numeral 2.2.2.4 Aplicables a las Exportaciones Conjuntas del instructivo I-FE-05: “El plazo máximo permitido para que los ingenios reporten de forma directa al FEPA las transacciones de exportaciones conjuntas es de dos meses, contados a partir del último día del*

mes al cual corresponden los documentos de despacho que están soportando la exportación”.

Por último, señala que no conoce norma expresa que obligue a que los instructivos y procedimientos que deban cumplir se deban emitir mediante Resolución.

Análisis de la respuesta

Con respecto al instructivo, hay que señalar que el reproche de la CGR tiene que ver, directamente, con el no cumplimiento por parte del Secretario Técnico de las disposiciones establecidas por el Comité Directivo del FEPA, en el párrafo 1° del artículo 8°, de la Resolución 1 de 2019, que establece: “**La Secretaría Técnica diseñara un instructivo para el reporte de información, señalando la información y el procedimiento que los productores y Ciamsa deben seguir para remitir a la Entidad administradora del Fondo los datos necesarios para el logro de este objetivo (...)**”. Negrilla y subraya fuera de texto.

La palabra “diseñará” es una obligación de hacer, y en este contexto significa que la Secretaría Técnica debía hacer un nuevo instructivo; de la explicación dada en la respuesta no se encuentra justificación para que no diera cumplimiento con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 8 de 2019, razón por la cual no se acepta la respuesta.

En lo referente al tema del manejo de los ajustes, se acepta la explicación en lo concerniente a la contradicción entre lo establecido en el instructivo existente, con lo dispuesto en la Resolución vigente y, por consiguiente, se retira del texto de la observación.

Respecto de la adopción del Instructivo, se acepta la explicación y se retira esta parte del texto de la observación.

Por lo expuesto, se valida como hallazgo administrativo y se modifica su redacción.

HALLAZGO No. 5 - REVELACIÓN DE INFORMACIÓN FINANCIERA (A)

Conceptualización de la Norma

El Decreto 2420 del 14 de diciembre de 2015¹⁶, y el Anexo 2 que contiene el Marco Técnico Normativo para los preparadores de Información Financiera, en lo relacionado con las características cualitativas de la información en los estados financieros, inherente a la comprensibilidad y Relevancia señaló:

“Comprensibilidad: *La información proporcionada en los estados financieros debe presentarse de modo que sea comprensible para los usuarios un conocimiento razonable actividades económicas y empresariales y de la contabilidad, como voluntad para estudiar la información con diligencia razonable. Sin embargo, la necesidad de comprensibilidad no permite omitir información relevante por mero hecho que ésta pueda ser demasiado difícil de comprender para determinados usuarios.*

Relevancia: *La información proporcionada en los estados financieros debe ser relevante para las necesidades de toma de decisiones los usuarios. La información tiene la cualidad de relevancia cuando puede ejercer influencia sobre decisiones económicas de quienes la utilizan, ayudándoles a evaluar sucesos pasados, presentes o futuros, o bien a confirmar o corregir evaluaciones realizadas con anterioridad (...).*”

Con relación a los Fondos de estabilización de precios, el Capítulo VI Ley 101 de 1993¹⁷, en su artículo 45 de la Reserva para estabilización indicó:

“RESERVA PARA ESTABILIZACIÓN. *El patrimonio de cada Fondo de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros constituirá una cuenta denominada Reserva para Estabilización. Cuando al final de un ejercicio presupuestal se presente superávit en dicha cuenta, éste se deberá aplicar, en primer lugar, a cancelar el déficit de ejercicios anteriores y, en segundo término, a constituir o incrementar los recursos de la misma cuenta, con el propósito de garantizar su destinación exclusiva a la estabilización de los respectivos precios.*

Por la naturaleza misma de su objeto y operaciones, los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios. Cualquier superávit, beneficio o excedente que reporte la actividad de estos fondos no será susceptible de reparto o distribución (...).”

¹⁶ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad, de Información Financiera y de Aseguramiento de la Información y se dictan otras disposiciones.

¹⁷ Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero.

Con relación a la operatividad propia del FEPA, se observa que la metodología establecida para generar las cesiones o compensaciones a los ingenios contiene parámetros que hacen que las fórmulas establecidas dentro de las liquidaciones sean extensas y complejas, dentro de las cuales, entre otras, se encuentran:

“...Operaciones de estabilización: El Comité Directivo del Fondo en uso de sus facultades a través de resoluciones reglamenta las operaciones de estabilización, considerando:

Productos objeto de estabilización: Son objeto de estabilización los azúcares que correspondan a las posiciones arancelarias 1701.14.00.00, 1701.12.00.00, 1701.91.00.00, 1701.99.10.00, 1701.99.90.00, 1702.90.10.00, 1702.90.40.00 Y 1702.90.90.00, de acuerdo con el Decreto 109 de 2018 y cuyas operaciones hayan sido realizadas por aquellas personas naturales o jurídicas productores, según lo establecido en el Parágrafo 2 del Artículo 2.11.4.4., del Decreto 1071 de 2015, incluyendo a los productores duales que sustituyan producción de azúcares para la producción de alcohol carburante, y estas operaciones se causen dentro de la vigencia comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año, en la cual se puedan registrar operaciones hasta el cierre de las operaciones de febrero del año siguiente.

Mercados: Para los propósitos de estabilización de precios se organiza los diferentes destinos en los cuales se vende o consume los productos objeto de operaciones de estabilización en tres grupos, los cuales se denominarán y conformarán de la siguiente manera:

1. Nacional Tradicional: corresponde al mercado nacional de productos objeto de estabilización, cuyas operaciones se den en todo el territorio nacional. No hacen parte de este mercado las operaciones en las ciudades que el Comité Directivo haya establecido como Zonas de Manejo Especial y las de los productos que hacen parte del Mercado de Materias Primas.

2. Interno Especial: corresponde al mercado nacional de productos objeto de estabilización, que tengan operaciones en las ciudades establecidas por el Comité Directivo como Zonas de Manejo Especial. No hacen parte de este mercado las operaciones de los productos que hacen parte del Mercado de Materias Primas

3. Otros Mercados: está conformado por los siguientes mercados de los productos objeto de operaciones de estabilización:

a) Nacional de Materias Primas: corresponde al mercado de los siguientes productos objeto de estabilización, azúcar crudo para alimentación animal, azúcar crudo para producción conjunta de alcohol no carburante, miel virgen, miel primera, miel segunda, jugo clarificado, HTM y otros que defina el Comité

Directivo, que vayan a ser consumidos sin transformación alguna o utilizados como materias primas de productos de mayor valor agregado diferentes de alcohol carburante, que no sustituyen al momento de causarse las cesiones y compensaciones, productos que estén siendo objeto de operaciones de estabilización del Fondo.

b) Exportación Conjunta: corresponde al mercado de productos objeto de estabilización que, en Colombia o en otros sitios que establezca el Comité Directivo, se utilicen como materia prima de productos de mayor valor agregado, que se destinen a países diferentes a Colombia.

c) Exportación: corresponde al mercado de azúcar que se destine a países distintos a Colombia.

Indicador del precio promedio de venta para estabilización:

Corresponde al precio promedio de venta al cual vendió un productor en los diferentes mercados objeto de estabilización estimado por el Fondo, más el ajuste originado por las desviaciones de los volúmenes vendidos (ponderado teórico menos venta real) y las diferencias de los precios de mercado para el grupo de Mercado Interno Especial y los Otros Mercados.

Indicador de precio del mercado y cotización fuente

Se denomina indicador de precio del Mercado al precio más relevante para cada grupo de mercados de conformidad con lo previsto en el Parágrafo 1 del Artículo 2.11.4.4.4 del Decreto 1071 de 2015. Se determina mensualmente de la siguiente manera:

1. Nacional Tradicional: El indicador de precio para este mercado corresponderá, al precio de paridad de importación del azúcar blanco corriente en Cali, ajustado por las condiciones de mercado y el valor necesario para generar indiferencia entre los ingresos de los mercados.

Este indicador de precio es calculado mensualmente por la Secretaría Técnica del Fondo, de acuerdo con las formulaciones definidas por el Comité Directivo en las Resoluciones 1 y 2 de 2016, los cuales fueron reemplazados por las resoluciones 1 y 2 de 2019, expedidas en el primer trimestre de dicho año.

2. Interno Especial: El indicador del precio para este mercado corresponderá, al precio de paridad de importación del azúcar blanco corriente en Cartagena,

ajustado por las condiciones de mercado y el valor necesario para generar indiferencia entre los ingresos de los diferentes mercados...”¹⁸

Con relación a las Notas a los Estados Financieros, el marco normativo contable, “...establece los principios subyacentes a la información a presentar en notas a los estados financieros y cómo presentarla. Las notas contienen información adicional a la presentada en el estado de situación financiera, estado del resultado integral, estado de resultados (si se presenta), estado de resultados y ganancias acumuladas combinado (si se presenta), estado de cambios en el patrimonio y estado de flujos de efectivo. Las notas proporcionan descripciones narrativas o desagregaciones de partidas presentadas en esos estados e información sobre partidas que no cumplen las condiciones para ser reconocidas en ellos. Además de los requerimientos, las NIIF requieren información a revelar que normalmente se presenta en las notas (...).”

Con fundamento en lo señalado y analizando las notas a los estados financieros del FEPA, se observa que en la descripción de las mismas, no se incluyó, información suficiente, que mostrara amplia y claramente las revelaciones; lo que genera incertidumbre cualitativa en los contenidos relacionados con las cesiones, compensaciones, gastos de funcionamiento, reserva de estabilización entre otros; situaciones que limitan a los beneficiarios de la información financiera, comprender y entender con claridad y suficiencia el negocio en marcha de este fondo de estabilización de precios.

Respuesta del Fondo

“La metodología vigente, efectivamente es extensa y en algunos aspectos compleja, sobre todo en lo relacionado con la construcción de los indicadores de precios y los diferentes regímenes de liquidación. Se revisó en profundidad entre los años 2015 y 2016 en un trabajo conjunto entre los ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural, el ministerio de Comercio, Industria y Turismo, representantes de los productores de azúcar, de los cultivadores de caña, de la entidad administradora y la secretaría técnica. En dicha revisión, por instrucciones del comité directivo, se decidió que todas las variables, fuentes y cálculos deberían quedar registradas dentro del cuerpo de la resolución, lo cual la hizo extensa.

Ahora, pese a su extensión, el marco normativo es muy estable, lo que implica que una vez se modela, dicho modelo se puede usar en forma continua, generando los resultados esperados.

¹⁸ Fuente: Notas a los estados financieros del FEPA.

De otra parte, los estados financieros de la Entidad fueron preparados de acuerdo con las Normas de Contabilidad y de Información Financiera Aceptadas en Colombia, fundamentadas en las Normas Internacionales de Información Financiera para las Pymes emitidas por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB por sus siglas en inglés) en el año 2015. Dichas normas en la sección Notas a los Estados Financieros establece los principios subyacentes a la información a presentar en las notas los estados financieros y cómo presentarla, estructurando la presentación e información de las notas así:

- (a) presentarán información sobre las bases para la preparación de los estados financieros, y sobre las políticas contables específicas utilizadas.*
- (b) revelarán la información requerida por esta Norma que no se presente en otro lugar de los estados financieros; y*
- (c) proporcionarán información adicional que no se presenta en ninguno de los estados financieros, pero que es relevante para la comprensión de cualquiera de ellos.*

Asimismo, indica que la entidad presentará normalmente las notas en el siguiente orden:

- (a) una declaración de que los estados financieros se ha elaborado cumpliendo con la NIIF para las PYMES*
- (b) un resumen de las políticas contables significativas aplicadas*
- (c) información de apoyo para las partidas presentadas en los estados financieros en el mismo orden en que se presente cada estado y cada partida; y*

Tal como se observa en la notas a los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2020, en la Nota 2 - Base de preparación para los estados financieros, se indica cuáles fueron las normas en su preparación, así como el detalle de la operación de Fondo, considerando la función del administrador, manejo de los recursos, como opera, cuáles son las operaciones de estabilización, clasificación de productores, mercados, Indicador del precio promedio de venta para estabilización, Indicador de precio del mercado y cotización fuente, mecanismo para la estabilización de precios, los ingenios participantes del Fondo, y la normatividad vigente aplicaba, entre otros, importante mencionar que esta normatividad es aprobada por el Comité Directivo ente que es el principal usuario de los estados financieros y la cual esta publicada en el portal del FEPA.

Asimismo, las notas 6 a la nota 12 presenta en detalle la información de cada una de las partidas presentada en los estados financieros en el mismo orden, tal como lo estable la estructura de notas de acuerdo con las normas contables mencionada anteriormente

Es importante aclarar que los usuarios y personas interesadas en conocer sobre el funcionamiento del FEPA, tienen acceso a otros informes, como es el caso del Reporte Anual de Gerencia FEPA 2020, entregado en la respuesta al requerimiento AUD-CUMP-FEPA-01 el 10 de febrero y reenviado el 11 de febrero.

En dicho informe, que resumen la información presentada en los comités directivos del FEPA, se presenta el comportamiento de las principales cifras del sector, su producción, ventas, precios, reuniones del comité directivo y otros aspectos del comportamiento del mecanismo de estabilización: se explican las diferencias en el resultado de las cesiones y compensaciones y comportamiento de los gastos de funcionamiento, como se alcanza a observar en estas imágenes (...)"

CONCLUSIONES:

- La metodología para el cálculo de las operaciones de estabilización acoge las recomendaciones de los representantes del gobierno en el sentido en que defina en forma completa y detallada todas las variables, fuentes y usos, de manera que los datos utilizados sean verificables y no correspondan a decisiones personales de algún funcionario.*
- Los estados financieros se elaboran siguiendo las recomendaciones técnicas de las NIFF, revelando las variaciones y la causa general de las mismas.*
- El FEPA provee a las personas interesadas en su funcionamiento información complementaria sobre el comportamiento del sector en el informe anual de gerencia, donde se detalla la información sobre variaciones en los resultados de las cesiones y compensaciones y en los gastos de funcionamiento.*
- Por último, es muy importante mencionar que los usuarios de los estados financieros son aquellos que los usan para tomar decisiones económicas, como los accionistas, socios, acreedores, hacienda pública, trabajadores, inversionistas que acuden al mercado de valores y autoridades. De acuerdo con la naturaleza y condición del Fondo, los usuarios están enmarcados en el Comité Directivo (todos los ingenios sujetos a la contribución parafiscal), Ministerio de Agricultura y Ministerio de Comercio Exterior, usuarios que trimestralmente conocen en detalle la operación del Fondo con base en la información presentada por el Secretario Técnico del FEPA, recibe el informe por parte de la entidad administradora y aprueban los estados financieros y sus notas, además de su publicación en el portal del FEPA junto con el informe de gerencia. Por lo tanto, consideramos que no hay ninguna limitación de información para los usuarios de los estados financieros."*

Análisis de la respuesta

Para conceptualizar y precisar lo relacionado con las notas a los estados financieros, es necesario tener como criterio contable lo contemplado en la sección no. 8 de las NIIF para las PYMES, sin querer esto decir que lo afirmado por el fondo en su respuesta, no sea correcto; sin embargo por la misma operatividad de estabilización, en desarrollo de los instrumentos de las cesiones y compensaciones, para efectos de las revelaciones en notas a los estados financieros, las normas internacionales de información financiera (IFRS), enmarcaron los estándares internacionales de contabilidad, donde establece los requisitos e importancia de la información a revelar en las notas a los estados financieros, de tal manera, que los usuarios de la información, puedan realizar lectura comprensible y clara frente a los reconocimientos cuantitativos de la información financiera con el propósito que a futuro el FEPA revele con mayor alcance su información en notas a los estados financieros, se valida como hallazgo.

HALLAZGO No. 6 - INVERSIONES TEMPORALES CON RECURSOS DEL FONDO (COMO INSTRUMENTO FINANCIERO¹⁹) (A) (D2)

Conceptualización de la Norma

El capítulo VI de la ley 101 de 1993²⁰, en su artículo 38 numeral 5 señaló: “Los rendimientos de las inversiones temporales que se efectúen con los recursos de los Fondos en títulos de deuda emitidos, aceptados, avalados o garantizados en cualquier otra forma por la Nación, o en valores de alta rentabilidad, seguridad y liquidez expedidos por el Banco de la República y otros establecimientos financieros.”

Así mismo el Decreto 569 del 30 de marzo del año 2000²¹, en su artículo 11 de los Recursos, estipuló: “El Fondo estará conformado con recursos provenientes de las cesiones que los productores, vendedores y exportadores hagan al fondo; los que le aporten personas naturales o jurídicas de derecho privado; los rendimientos de las inversiones temporales que se efectúen con los recursos del fondo en títulos emitidos, avalados, aceptados o garantizados en cualquier otra forma por la Nación, o en valores de alta rentabilidad, seguridad y liquidez expedidos por el Banco de la República y otros establecimientos financieros.” (Subrayas fuera de texto original).

¹⁹ Marco normativo contable ítem 11.9 de las NIIF.

²⁰ Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero.

²¹ Por el cual se organiza el Fondo de Estabilización de precios para los azúcares centrifugados, las melazas derivadas de la extracción o del refinado de azúcar y los jarabes de azúcar.

Contrato de administración No. 026 del 12 de mayo del año 2000, celebrado entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y la Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia- ASOCAÑA, que establece en su: “**CLAUSULA SEGUNDA – OBLIGACIONES DE ASOCAÑA: En virtud del presente contrato ASOCAÑA se obliga a: (...) 2) Invertir temporalmente los recursos del Fondo en Títulos de deuda emitidos, aceptados, avalados o garantizados en cualquier otra forma por la Nación, o en valores de alta rentabilidad, seguridad y liquidez, expedidos por el Banco de la República y por otros establecimientos financieros. (...) 5) Procurar el mayor rendimiento de los recursos del Fondo (Negrilla y Subrayado fuera de texto)**

Acorde con los criterios establecidos, anteriormente, se observa que ASOCAÑA como administrador del Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares, Centrifugados, las Melazas derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los jarabes de Azúcar, no ha dado cumplimiento a la obligación de realizar inversiones temporales de los recursos del Fondo, ya sea en títulos de deuda emitidos, aceptados, avalados o garantizados por la Nación, o en valores de alta rentabilidad, seguridad y liquidez, expedidos por el Banco de la República y por otros establecimientos financieros, tal y como lo señaló el numeral 2, de la cláusula segunda, del contrato de administración, obligaciones de ASOCAÑA; adicionalmente, el Comité Directivo no ha reglamentado, el procedimiento para realizar las inversiones temporales del FEPA.

La ausencia en la realización de inversiones temporales con los recursos del Fondo, conforme al cumplimiento del numeral 2, de la cláusula segunda del contrato de administración, suscrito entre ASOCAÑA y el MADR, conllevan a una débil gestión en el crecimiento del presupuesto del FEPA.

De otra parte, al no existir un procedimiento reglado debidamente documentado, por parte de ASOCAÑA, para el manejo de las inversiones temporales, el Comité Directivo deja en plena libertad al administrador de estos recursos para que los ejecute a su libre disposición, situación que no ha permitido optimizar financieramente los recursos del fondo para una mejor gestión; además del incumplimiento legal y contractual que demandan la ejecución de estas inversiones.

La anterior situación, podría generar una eventual falta disciplinaria para el administrador del Fondo por no realizar inversiones temporales de conformidad con la obligación establecida en la cláusula segunda del contrato y para el comité directivo, por no reglamentar el procedimiento para realizar las inversiones temporales, de tal manera que se asegure la inversión.

Respuesta del FEPA Observación No. 7

Es verdad que el Comité Directivo no le ha establecido al administrador una política para el manejo de las inversiones temporales. Esto se debe en parte a que el grueso de la política ya está establecido en el contrato de administración, en la cláusula quinta numeral d) “Los rendimientos de las inversiones temporales que se efectúen con los recursos del Fondo en títulos de deuda emitidos, aceptados, avalados o garantizados en cualquier otra forma por la Nación, o en valores de alta rentabilidad, seguridad y liquidez expedidos por el Banco de la República y por otros establecimientos financieros”.

Hasta el año 2011, Asocaña como administrador efectuó de manera importante inversiones temporales con los recursos de las reservas y provisiones, sin embargo, cambió su actuación por una más conservadora, donde se le diera seguridad al capital sobre la rentabilidad, manteniendo la disponibilidad de los recursos, dada la alta volatilidad que ha caracterizados los mercados financieros en los últimos años.

De manera similar, las inversiones en CDT's, no se consideran de alta rentabilidad como lo requiere el contrato de administración vigente. Efectuar inversiones temporales en otras opciones, aunque puedan generar mayor rentabilidad, también genera mayores riesgos.

CONCLUSIONES

- Dada la especificidad establecida en el contrato de administración sobre las inversiones temporales, no se ha considerado la necesidad de que el Comité Directivo defina políticas adicionales.

- Dada la relación riesgo – beneficio y las implicaciones que se puedan generar si las inversiones realizadas en esquemas de renta variable (que son las de alta rentabilidad), Asocaña decidió proceder en forma conservadora, dejando los recursos en cuentas de ahorro, que dan poca rentabilidad, pero mucha seguridad al capital.

Respuesta del FEPA Alcance Observación No. 7

Complementamos la respuesta dada en la comunicación 2021052100027 del 21 de mayo. Precisaremos a continuación el detalle de las instrucciones emitidas por el comité directivo, las actuaciones de Asocaña como administrador de los recursos del FEPA y el enfoque dado en dicha respuesta.

(...)

El comité directivo del FEPA, en la reunión celebrada el 20 de diciembre de 2019, aprobó el presupuesto del FEPA para la vigencia de 2020, para lo cual expidió el acuerdo 11 de 2019. (Entregado en comunicación CE-FEPA-2021041300018 del 13 de abril). En dicho acuerdo estableció en el artículo segundo sobre ingresos no operativos, dos rubros: el identificado con el numeral 2.1. Rendimientos Financieros, con una partida estimada en COP36.000.000 y el identificado con el numeral 2.2. Rendimiento Inversiones, con una partida de COP4.000.000.

Así las cosas, es bueno precisar, frente a las afirmaciones de la CGR:

- Tener inversiones de alta rentabilidad no es el único criterio establecido en la Ley, el Decreto y el Contrato, dichos documentos también establecen criterios de disponibilidad y seguridad. Ninguno de los documentos citados le da prelación a uno de los criterios sobre los demás, como parece hacerlo la CGR al evaluar sólo el criterio de rentabilidad, dejando de lado los otros dos, los de seguridad y disponibilidad.*
- De los recursos citados por la CGR, 979 millones requieren estar en disponibilidad inmediata, pues están provisionados para atender un posible fallo adverso en un pleito judicial, el cual de salir en contra se debe atender en forma inmediata.*
- Las inversiones en documentos a la vista de renta variable pueden generar una mayor rentabilidad, pero también aumenta el riesgo sobre la conservación del capital. Aquí cabría la reflexión sobre cuál sería la posición de la CGR al tener invertido gran parte de los recursos en inversiones de renta variable y estas tuvieran pérdidas. Habría que pensar en seguros, coberturas u otros instrumentos que reducen su rentabilidad.*
- Para el manejo de los recursos públicos, uno de los principales elementos para su control, es la definición y aprobación del presupuesto de ingresos y gastos. Como se puede ver en el acuerdo 11 de 2019 anteriormente citado, es el comité directivo del FEPA quien decide de dónde provienen sus recursos, y tal como se puede verificar en el artículo segundo del citado acuerdo, es el Comité quien le define al administrador, que los recursos deben provenir principalmente de los rendimientos financieros y no de las inversiones (como se mostró en un párrafo anterior), por tanto el Comité Directivo no ha dejado en plena libertad a Asocaña para que decida cómo debe hacer las inversiones, por el contrario, le ha dicho que los ingresos no operacionales deben provenir principalmente de los rendimientos financieros y en menor medida de las inversiones.*

- *En la comunicación 2021052100027 entendimos que el enfoque estaba relacionado con lo que debía cumplir el administrador en desarrollo de lo requerido por el Comité Directivo al aprobar el presupuesto. Pero en realidad el enfoque y el sentido de lo presentado por la CGR es distinto, por lo tanto, aclaramos el enfoque dejando claro que fue el Comité Directivo quien le definió al administrador el tipo de inversiones que debía hacer, y no a plena discrecionalidad del administrador como lo afirma la CGR, al aprobar la fuente de los ingresos no operativos.*
- *Adicionalmente, los recursos del FEPA han estado invertidos en cuentas de ahorro, las cuales generan rendimientos, están a la vista y son supremamente seguras, y por los cuales se obtuvieron rendimientos financieros por más de 31 millones de pesos durante 2020.*
- *Asocaña sí cuenta con un procedimiento para realizar las inversiones, el cual anexamos. Insistimos en que se enfocó la respuesta anterior con una óptica diferente. Anexamos el Procedimiento P-CT-7 PROCEDIMIENTO PARA INVERSIONES DE EXCEDENTES DE LIQUIDEZ.*
- *Así las cosas, Asocaña, como administrador del FEPA ha cumplido con el mandato dado por el Comité Directivo del FEPA, quien en uso de las funciones que tiene establecidas a través del Decreto 569 de 2000, específicamente con la establecida en el numeral 11 del artículo 9 del citado Decreto, que dice: “Aprobar las políticas para el manejo eficiente del presupuesto anual del fondo, de sus gastos de operación, de las inversiones temporales de sus recursos financieros y de otros ingresos y egresos que estén directamente relacionados con el objetivo de estabilización de precios”. Fue entonces, el Comité Directivo quien ordenó a Asocaña que los ingresos no operacionales deberían provenir principalmente de los rendimientos financieros, en lugar de hacerlo de las inversiones temporales.*

Asocaña como administrador del FEPA debe atender las instrucciones y políticas que le defina el máximo ente de administración.

Conclusiones:

- *Asocaña realizó durante la vigencia 2020 las inversiones en la forma como el Comité Directivo le definió en el Acuerdo 11 de 2019, por tanto, Asocaña no incumple lo establecido en el Contrato, pues este debe sujetarse a lo establecido en las leyes, y tanto el Decreto 569 de 2000 como la Ley 101 de 1993 establecen que es el comité directivo quien define el presupuesto, tanto el de ingresos como el de gastos.*
- *Lo anterior se observa al revisar el resultado de la ejecución presupuestal con el presupuesto, pues en cumplimiento de las instrucciones dadas por el Comité*

Directivo el FEPA obtuvo ingresos financieros de 31 millones de 36 estimados y rendimientos sobre inversiones de 2,3 millones sobre 4 estimados, afectados por la importante reducción en el valor de las inversiones (DTF y la renta variable).

- *Tampoco incumple la Ley el Comité Directivo al tomar las decisiones sobre el origen de los recursos, pues además del criterio de rentabilidad, la ley establece al mismo nivel los criterios de disponibilidad y seguridad. Lo establecido en el acuerdo 11 de 2019 por parte del Comité Directivo es el resultado de aplicar los tres criterios ya citados y no sólo uno de ellos.*

Análisis de la respuesta

La entidad manifiesta que es verdad que el Comité Directivo no le ha establecido al administrador una política para el manejo de las inversiones temporales y señala así mismo: “(...) *De manera similar, las inversiones en CDT’s, no se consideran de alta rentabilidad como lo requiere el contrato de administración vigente. Efectuar inversiones temporales en otras opciones, aunque puedan generar mayor rentabilidad, también genera mayores riesgos (...)*”.

En este contexto, la respuesta no desvirtúa la observación por cuanto acepta que no existe una política para el manejo de inversiones y porque el argumento de que las inversiones en CDT’s no se consideran de alta rentabilidad como lo requiere el contrato de administración vigente no corresponde a lo establecido en la cláusula segunda numeral 2 del contrato 026 de 2000, que establece claramente que ASOCAÑA como administrador del FEPA, SE OBLIGA a: “(...) 2) **Invertir temporalmente los recursos del Fondo en Títulos de deuda emitidos, aceptados, avalados o garantizados en cualquier otra forma por la Nación, o en valores de alta rentabilidad, seguridad y liquidez, expedidos por el Banco de la República y por otros establecimientos financieros. (...)**” *Negrilla y subraya fuera de texto.*

Como se puede observar, es una obligación del administrador del Fondo realizar inversiones temporales ya sea en Títulos de deuda avalados por la Nación o en valores de alta rentabilidad expedidos por el Banco de la República.

Por lo expuesto, se valida como hallazgo con connotación disciplinaria al no dar cumplimiento a la obligación establecida en la cláusula 2 numeral 2 del contrato 026 de 2000 y no tener establecida una política para el manejo de las inversiones temporales.

HALLAZGO No. 7 - INFORMACIÓN PAGINA WEB FEPA (A)

ARTICULO 209. Constitución Política. *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.*

Ley 1712 de 2014. *“Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”* que establece: **“ARTÍCULO 2o. PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD PARA TITULAR UNIVERSAL.** *Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley”*

(...) **“ARTÍCULO 3o. OTROS PRINCIPIOS DE LA TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.** *En la interpretación del derecho de acceso a la información se deberá adoptar un criterio de razonabilidad y proporcionalidad, así como aplicar los siguientes principios:”; entre los cuales se destaca el “Principio de transparencia. Principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia, de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley.*

(...) *Principio de la calidad de la información. Toda la información de interés público que sea producida, gestionada y difundida por el sujeto obligado, deberá ser oportuna, objetiva, veraz, completa, reutilizable, procesable y estar disponible en formatos accesibles para los solicitantes e interesados en ella, teniendo en cuenta los procedimientos de gestión documental de la respectiva entidad.”*

Decreto 103 de 2015. *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones.”*, establece en el capítulo I, del Título II, las **“Directrices Generales para la Publicación de Información Pública”**

Contrato 026 de 2000. Contrato suscrito entre Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y ASOCAÑA para la Administración de los recursos parafiscales del Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar- FEPA.

De la evaluación y revisión realizada a la información publicada en la página WEB del FEPA en cumplimiento del marco Legal y reglamentario que rigen el Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar- FEPA, se evidenció que los siguientes documentos:

- 1- Ejemplo de la liquidación del FEPA conforme lo establecido en las resoluciones 1 y 2 de 2016 y 1 y 2 de 2017
- 2- Guía Informativa y Metodológica para el cálculo de las operaciones de estabilización en el FEPA de fecha 2016
- 3- Fundamentos legales y técnicos del mecanismo de estabilización, en el cual se señala *“el Comité Directivo está facultado para fijar la metodología de manejo del Fondo y ha establecido, el criterio de indiferencia de ingresos como el marco operativo de su operación, lo cual se encuentra explícito en el considerando No. 8 de la Resolución 4 de 2015”*.

Se encuentran desactualizados, en razón a que las Resoluciones 1 y 2 de 2016, 2 de 2017 y 4 de 2015, no se encuentran vigentes, tal como se puede evidenciar en la misma página en INICIO FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS> LEGISLACIÓN, GUÍAS Y NORMAS>RESOLUCIONES>RESOLUCIONES VIGENTES y los estudios que soportan estas guías no se encuentran actualizados, debido a que fueron realizados en los años 2016 y 2017.

Esta situación se presenta por el no cumplimiento del **“Principio de la calidad de la información”** que trata la Ley 1712 de 2014, donde establece que la misma será difundida por el sujeto obligado y deberá ser *“oportuna, objetiva, veraz, completa, reutilizable, procesable y estar disponible en formatos accesibles para los solicitantes e interesados en ella, teniendo en cuenta los procedimientos de gestión documental de la respectiva entidad.”* y no dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 13²² de la Ley 1712 de 2014 reglamentado por los artículo 37²³ y 38²⁴ del Decreto 103 de 2015.

La inobservancia de lo establecido en estas disposiciones conllevó a que las personas usuarias, partes interesadas y el público en general se vieran restringidas en el ejercicio del derecho fundamental de tener acceso a información oportuna y actualizada del FEPA.

²² Artículo 13. *Registros de Activos de Información*. Todo sujeto obligado deberá crear y mantener actualizado el Registro de Activos de Información

²³ Artículo 37. Concepto del Registro de Activos de Información. El Registro de Activos de Información es el inventario de la información pública que el sujeto obligado genere, obtenga, adquiera, transforme o controle en su calidad de tal.

²⁴ Artículo 38. Componentes del Registro de Activos de Información.

Hallazgo Administrativo

Respuesta del Fondo

En su respuesta el FEPA establece que, *“en aras de facilitar el entendimiento del funcionamiento del mecanismo de estabilización y de su evolución, ha publicado en forma voluntaria información que pueda ser consultada por personas que estén interesadas, ya sea en el sector azucarero o en el funcionamiento del mecanismo de estabilización”*, y expresan que los documentos citados por la CGR ninguno hacen parte de los documentos que son de obligatoria publicación.

También manifiestan en su respuesta que *“el hecho de que se hayan publicado en una fecha anterior no significa que no estén vigentes, pierdan validez o dejen de ser útiles para los usuarios”*;

Igualmente, señalan en su respuesta que, en todos los aspectos estructurales de la metodología de las operaciones de estabilización, *“las normas son las mismas”*, y aceptan que es verdad que uno de los documentos publicados en la página es de la fecha que se elaboró (año 2016), agregando que el hecho de que una entidad publique un documento no significa que *“inmediatamente adquiera per se el compromiso de actualizarlo cada año”*

Expresan también en su respuesta, que los *aspectos “relevantes que han cambiado, como lo son las metodologías de estabilización que se aplican, están debidamente publicadas y actualizadas”*; sostienen también que, el Comité Directivo aprobó la política la generación de indiferencia en los ingresos percibidos por los productores en el mecanismo de estabilización

Respecto de los activos de información responden que estos se encuentran publicados en el portal del FEPA en la siguiente ruta: Transparencia/Gestión Documental/Inventario de Información.

Análisis de la respuesta

Del análisis a la respuesta emitida por el FEPA, para la CGR el hecho de publicar de forma voluntaria una información no exime al ente auditado de hacerlo cumpliendo con el principio de la calidad de la información establecido en el artículo 3 de la ley 1712 de 2014, que dispone: *“Toda la información de interés público que sea producida, gestionada y difundida por el sujeto obligado, deberá ser oportuna, objetiva, veraz, completa, reutilizable, procesable y estar disponible en formatos accesibles para los solicitantes e interesados en ella, teniendo en cuenta los procedimientos de gestión documental de la respectiva entidad.”*

Y el principio de la divulgación proactiva de la información reza: *“El derecho de acceso a la información no radica únicamente en la obligación de dar respuesta a las peticiones de la sociedad, sino también en el deber de los sujetos obligados de promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva la obligación de publicar y divulgar documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva, actualizada, accesible y comprensible, atendiendo a límites razonables del talento humano y recursos físicos y financieros.”*

Se retira del hallazgo lo relacionado con registro de los activos de información, en razón a que en la página del FEPA se encuentra publicado el inventario de información, documento similar que cumple con los parámetros establecidos en la Ley 1712 de 2014, por lo tanto, por ser esta la causal de la connotación disciplinaria, esta se retira del hallazgo.

Por consiguiente, se valida como hallazgo y formará parte del informe final de auditoría y se retira de la observación el párrafo *“Adicionalmente, no se encuentra publicado en la página web el Registro de los Activos de Información conforme lo establecido por la Ley”*; igualmente, se retira de este la connotación disciplinaria y se ajusta la redacción del texto.

2.2. RESULTADOS EN RELACION CON EL OBJETIVO ESPECÍFICO N° 2

Evaluar y conceptuar sobre el cumplimiento de los mecanismos de control implementados por el administrador de los recursos y por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en su papel de supervisión y/o vigilancia administrativa del contrato.

De la evaluación realizada y con base en los criterios aplicados, no se evidenciaron hechos irregulares que permitieran establecer hallazgos.

HALLAZGO No. 8 - MARCO SANCIONATORIO FEPA (A)

Artículo 189 numeral 16 C.N., que establece: *“Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley”*

Artículo 59 Numeral 1 Ley 489 de 1998, que estipula: *“Preparar los proyectos de ley relacionados con su ramo”*.

Artículo 6 numeral 27 Decreto 1085 de 2013, que establece: *“Preparar y presentar al Congreso de la República, de acuerdo con la agenda legislativa del Gobierno Nacional, los proyectos de ley relacionados con las funciones del sector y los informes de gestión anuales”*.

Artículo 41 Ley 101 de 1993, que señala: *“Los Comités Directivos de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros determinarán la etapa del proceso de comercialización en la cual se aplican las cesiones y los procedimientos y sanciones para asegurar que ellas se hagan efectivas. Cuando se trate de operaciones comerciales en las cuales participe el Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, las cesiones se aplicarán en el momento de la venta de los productos.*

Cláusula Segunda del Contrato de Administración 026 del 2000, numeral 7, que estipula: *“hacer efectivas las sanciones correspondientes, por el incumplimiento de los productores, vendedores o exportadores de conformidad con lo establecido en el numeral 9, artículo 9 del Decreto 569 del 2000”*

Artículo 9º. Funciones del Comité Directivo. Numeral 9 *“El Comité Directivo del Fondo cumplirá las siguientes funciones: Estudiar los casos de incumplimiento de los productores, vendedores o exportadores y para prevenirlos, fijar los procedimientos y las sanciones correspondientes de acuerdo con este decreto, con el reglamento operativo del Fondo y con el Decreto 2025 de 1998.”*

El Comité Directo del FEPA, en sesión realizada en diciembre de 2015 y en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo 41 de la Ley 101 de 1993, el numeral 9 del artículo 9, del decreto 569 de 2000, compilado por el Decreto 1071 de 2015, el numeral 7 de la cláusula segunda del contrato de administración 026 de 2000, identificó una serie de conductas que no contribuyen al buen funcionamiento del mecanismo de estabilización, para las cuales consideró necesario establecer sanciones, por:

- No reportar información de las operaciones comerciales realizadas de bienes objeto de operaciones de estabilización,
- No reportar información de exportaciones conjuntas en forma oportuna y adecuada

Para ello, elaboro el proyecto de Resolución No 6 de 2016, por medio del cual se establece un régimen sancionatorio, el cual fue enviado a la Dirección de Cadenas Agrícolas y Agropecuarias del Ministerio de Agricultura, para que en ejercicio de la vigilancia administrativa que le correspondía a éste, revisará la misma.

Mediante Memorando 20165200043273, el director de Dirección de Cadenas Agrícolas y Agropecuarias del MADR, solicitó a la Oficina Jurídica concepto jurídico sobre el proyecto de resolución que el grupo técnico del Comité Directivo del FEPA proyectó, respecto del régimen sancionatorio.

La Oficina Jurídica del MADR se pronunció, mediante concepto jurídico de 20 de septiembre de 2016, en el cual concluyó:

“(...) encontramos que la facultad otorgada en el artículo 41 de la Ley 101 de 1993, para efectos de reglamentar el régimen sancionatorio aplicable al FEPA, es insuficiente y solo aplicaría en el evento previsto en el parágrafo segundo del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015. Así las cosas, para establecer sanciones diferentes a los intereses de mora a la tasa señalada para el impuesto de renta y complementarios, el régimen general debe establecerse en una ley, para lo cual sugerimos que se plantee un proyecto en este sentido (...)

De lo expuesto, se evidencia que el Ministerio de Agricultura no ha presentado ante el ente competente, el proyecto de ley relacionado con el régimen sancionatorio del FEPA, conforme a lo expuesto por el Comité Directivo en el proyecto de resolución presentado en el año 2016, situación que impide al FEPA, sancionar a los productores, vendedores o exportadores frente a un eventual incumplimiento en la presentación de la información requerida de forma veraz, completa y oportuna, y conlleva al no cumplimiento de sus funciones conforme a lo establecido en el artículo 189 numeral 16 de la Constitución, el artículo 59 Numeral 1 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 6 numeral 27 del Decreto 1985 de 2013²⁵.

Hallazgo Administrativo

Respuesta MADR

El Ministerio en su respuesta señala que si profirió la normatividad encaminada a reglamentar los asuntos relacionados por el ente de control fiscal y para demostrarlo se remite al artículo 2.11.4.9. del decreto 1017 de 2015 y a la remisión que este hace al artículo 2.10.1.1.1.

²⁵ Artículo 6 numeral 27. Preparar y presentar al Congreso de la República, de acuerdo con la agenda legislativa del Gobierno Nacional, los proyectos de ley relacionados con las funciones del sector y los informes de gestión anuales.

Análisis de la Respuesta

Al respecto hay que señalar que, precisamente, en cumplimiento de lo señalado en este artículo fue que el Comité Directivo presentó al MADR el proyecto de resolución citado en el texto de la observación y sobre el cual la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio, mediante memorando 20161110098083, emitió un concepto a solicitud del director de Cadenas Agrícolas y Forestales en el que señaló:

“(...) encontramos que la facultad otorgada en el artículo 41 de la Ley 101 de 1993, para efectos de reglamentar el régimen sancionatorio aplicable al FEPA, es insuficiente y solo aplicaría en el evento previsto en el parágrafo segundo del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015²⁶. Así las cosas, para establecer sanciones diferentes a los intereses de mora a la tasa señalada para el impuesto de renta y complementarios, el régimen general debe establecerse en una ley, para lo cual sugerimos que se plantee un proyecto en este sentido (...)

Como se puede ver, el concepto señala que lo establecido en el artículo 41 es insuficiente y solo aplicaría para el cobro de intereses de mora, de conformidad con lo establecido la normativa citada, y concluye que, para establecer sanciones diferentes a este cobro, se debe plantear un proyecto de ley en ese sentido.

Manifiesta así mismo el MADR que: *Un régimen sancionatorio, no reduciría el valor de los ajustes, pues estos son fruto de la realidad operativa y de las necesidades de control del FEPA; sin embargo, un régimen sancionatorio con relación en el no reporte de información o reportes de mala fe con intenciones claras de aprovecharse del mecanismo son bienvenidos.*

Así las cosas, la respuesta del MADR no desvirtúa la observación, toda vez que en esta se señala que el Comité Directivo presentó un proyecto de resolución al ministerio para efectos de reglamentar sanciones para conductas diferentes al no pago de las cesiones sin que se evidencie que el MADR gestionara, ante el ente competente, el trámite del proyecto de ley relacionado con el régimen sancionatorio del FEPA, conforme a lo expuesto por el Comité Directivo en el proyecto de resolución presentado en el año 2016.

Respuesta del Fondo

El FEPA en la respuesta manifiesta:

²⁶ Ley 1753 Artículo Parágrafo 2°. El contribuyente o recaudador de la contribución parafiscal que no la pague o transfiera oportunamente a la entidad administradora, cancelará intereses de mora a la tasa señalada para el impuesto de renta y complementarios.

“En primer lugar, manifestamos que no es cierto que no sea posible sancionar ni verificar el cumplimiento de la veracidad de la información de los productores. En efecto, el hecho de que el fondo no remita o tenga una norma punitiva de alcance de ley del Congreso de la República, no es ni ha sido obstáculo para el funcionamiento durante veinte (20) años del fondo de estabilización. La muestra es que la ley y los decretos reglamentarios, tienen sanciones ante la ausencia o el retraso en el pago de las contribuciones parafiscales, en este caso las cesiones de estabilización. Por eso, en desarrollo de la ley 101 de 1993, el artículo 7 del decreto 569 de 2000, señaló que la mora o el incumplimiento en el pago de estas contribuciones, generará para el contribuyente parafiscal, intereses de mora que se causarán a la tasa establecida para el Impuesto de Renta y Complementarios.

(...)

Ahora con respecto a otras sanciones por otro tipo de incumplimientos como errores del contribuyente parafiscal. Desafortunadamente el legislador, no previó nada al respecto y por ello no posible al administrador ASOCAÑA, ni al Comité Directivo, imponer sanciones administrativas pecuniarias a los contribuyentes por otro tipo falencias no minuciosamente descritas en la ley

Es importante anotar, que, Asocaña ni su representante legal, hacen parte del Comité Directivo del Fondo de Estabilización. El Comité es un órgano de regulación por esencia con algunas funciones administrativas y directivas relacionadas con la aprobación de presupuestos del instrumento parafiscal. Por eso el Comité Tampoco puede inventarse sanciones con sus montos y procedimientos pues esa es una función que constitucionalmente es de reserva de ley.

(...)

El Comité Directivo entendiendo sus competencias legales y con el ánimo de reforzar el régimen normativo sancionatorio del FEPA, hizo una sugerencia de un proyecto normativo al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Pero es claro que el Comité no tiene ni tenía atribuciones para presentar o adelantar trámites de proyectos de ley en el Congreso de la Republica

Pero la consulta por parte del Comité Directivo del texto de una norma de carácter sancionatoria derivó en que la Oficina Jurídica del Ministerio señaló, con base en el artículo 29 de la Carta Política, que no era viable jurídicamente, y que no se podrían establecer sanciones distintas de los intereses de mora previstos en la ley para los casos de incumplimiento en el pago oportuno de los tributos parafiscales”.

Análisis de la respuesta del Fondo

El fondo manifiesta: “(...) que la ley y los decretos reglamentarios, tienen sanciones ante la ausencia o el retraso en el pago de las contribuciones parafiscales, en este caso las cesiones de estabilización. Por eso, en desarrollo de la ley 101 de 1993, el artículo 7 del decreto 569 de 2000, señaló que la mora o el incumplimiento en el pago de estas contribuciones, generará para el contribuyente parafiscal, intereses de mora que se causarán a la tasa establecida para el Impuesto de Renta y Complementarios.

Al respecto, hay que señalar que la observación está relacionada con la imposibilidad del FEPA de sancionar a los productores, vendedores o exportadores frente a un eventual incumplimiento en la presentación de la información requerida de forma veraz, completa y oportuna y no por la ausencia o el retraso del pago de las contribuciones parafiscales, lo cual reconoce el FEPA en su respuesta al señalar que no puede imponer sanciones por otro tipo de falencias, no minuciosamente descritas en la ley y sobre las cuales el legislador no previó nada, tales como errores del contribuyente parafiscal

Así mismo, reconoce que hizo una sugerencia de proyecto normativo al MADR sobre el cual la Oficina Jurídica del Ministerio emitió un concepto diciendo que no era viable jurídicamente.

Por lo expuesto, se valida como hallazgo administrativo sin connotación disciplinaria, por cuanto ni el MADR, ni el FEPA con los argumentos esbozados en sus respuestas, desvirtúan el hecho de que no existe un régimen sancionatorio aprobado por Ley, mediante el cual se pueda sancionar otro tipo de falencias diferentes a la ausencia o retraso del pago de las contribuciones parafiscales.

2.3. RESULTADOS EN RELACION CON EL OBJETIVO ESPECÍFICO N° 3

Verificar la estrategia TI para el gobierno del dato y confirmar su aplicación con la evaluación de la calidad del dato contenido en los campos de las bases de datos consultadas durante el proceso auditor.

HALLAZGO No. 9 – CONSISTENCIA DE LA INFORMACIÓN EN LIQUIDACIÓN DE CESIONES Y COMPENSACIONES VS. INFORMACIÓN REPORTADA POR LOS INGENIOS. (A)

Resolución N° 1 de 2019

(...)

Artículo 8°. Información: Para que la Secretaría Técnica pueda realizar los cálculos de cesiones y compensaciones, los productores y Ciamsa deberán reportar a la entidad administradora del Fondo la información necesaria para calcular y controlar las cesiones y compensaciones a que haya lugar, según los plazos que ésta establezca, los cuales no podrán superar los primeros cinco (5) días hábiles del mes siguiente a la realización de las operaciones sujetas a estabilización.

PARAGRAFO 1°. La Secretaría Técnica del Fondo diseñará un instructivo para el reporte de información, señalando la información y el procedimiento que los productores y Ciamsa deben seguir para remitir a la Entidad administradora del Fondo los datos necesarios para el logro de estos objetivos. (...)

Instructivo manual de transferencia de archivos de ingenios

“OBJETIVO:

Establecer la forma y las condiciones que se deben tener en cuenta para organizar y transmitir en archivos electrónicos la información de producción, ventas y existencias de los ingenios al Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar, en adelante el FEPA, para su uso en el cálculo y control de las operaciones de estabilización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7° de la Resolución 1 de 2016 expedida por el Comité Directivo del FEPA.

POLITICAS:

La información reportada a través de los archivos de transmisión debe corresponder a operaciones efectuadas en el mes que se está transmitiendo, salvo las excepciones contempladas en este manual. Durante el mes en curso sólo se permiten correcciones a reportes de semanas anteriores en el mismo mes.

Los ajustes a reportes de meses anteriores al mes en curso deben hacerse en un archivo diferente, conocido como “Archivo de Ajustes”, el cual es revisado por la firma de auditoría del FEPA antes de actualizarse en la base de datos.

La información se debe construir teniendo en cuenta los maestros de datos que estén establecidos, los cuales se encuentran disponibles en la consulta de maestros del sistema (Ver Menú de Maestros en el Sistema de Transmisión).

“ (...)”

2.4.2.2 Qué se debe reportar en el archivo de Ajustes.

Por definición, en el archivo de ajustes se deben reportar todas las transacciones que deben ser revisadas y aprobados previamente por la firma de auditoría antes de actualizar la base de datos, debido a que la fecha de transacción que tiene el registro es diferente a la del mes del reporte o es superior a 2 meses (en el caso de exportaciones conjuntas). Corresponden a estos casos los siguientes eventos:

- *Cambios a datos diferentes de exportaciones conjuntas de meses anteriores que no hayan sido detectados por la auditoría del Fondo.*
- *Ajustes exportaciones conjuntas con fecha de transacción mayor a dos meses.*
- *Los ajustes de exportaciones conjuntas que hayan sido solicitados por la firma de auditoría y cuya fecha de transacción estén fuera de los dos meses de plazo establecido. Los ajustes solicitados que estén dentro del plazo de los dos meses no se deben reportar dentro del archivo de ajustes, se debe hacer en el archivo normal del mes*
- *Cuando se va a reportar un ajuste de tipo 4 (traslados de exportaciones conjuntas sin facturar al mercado de exportaciones conjuntas facturadas), se debe tener en cuenta que la contrapartida de dicho ajuste es generada automáticamente por el sistema del FEPA sin importar si el ajuste es positivo (saca de sin facturar a facturadas) o negativo (regresa de facturadas a sin facturar).*
- *No se deben reportar código de ajustes de tipo 5. (traslados de exportaciones conjuntas sin facturar al mercado nacional tradicional)*
- *Todos los ajustes de tipo 6 (traslado del mercado nacional tradicional al mercado de exportaciones conjuntas) se les debe realizar el registro de contrapartida en forma manual, es decir en el archivo que se reporte se deben incluir dos registros, reversando el mercado tradicional y anotando en el mercado de exportaciones conjuntas. En el archivo de ajustes sólo se debe reportar los que tengan fecha de transacción mayor a dos meses. (...)*”

Como resultado del análisis de la información contenida en el archivo “01-1 Año_2020.xlsx” (información reportada por los Ingenios y ajustes), y el archivo “Base de Datos Liquidaciones.xlsx”, se evidencian debilidades en la consistencia de la información. Para el caso específico del Ingenio

Providencia, en el archivo “Base de Datos Liquidaciones.xlsx”, se evidencia que este Ingenio es uno de los que presenta valores más significativos en el ítem “Ajuste a liquidaciones anteriores”, como se muestra en el siguiente cuadro.

Resumen liquidaciones mensuales vigencia 2020

Ingenio	Mes Liquidación	Valor Liquidación Definitiva Sin Ajustes (\$)	Valor Ajuste Meses Anteriores (\$)
Providencia	1	-46.679.695,26	0
	2	1.829.784.419,82	20.567.334,70
	3	783.042.801,40	-1.502.371.833,96
	4	1.514.974.748,49	-950.066.349,57
	5	492.364.736,06	-1.309.083.245,44
	6	856.263.640,78	-1.567.479.533,55
	7	890.957.944,24	-1.055.105.881,26
	8	-78.177.452,90	-166.049.299,01
	9	132.166.759,52	-445.195.934,72
	10	-11.567.530,55	-288.999.276,78
	11	854.998.173,31	-211.259.345,53
	12	-223.616.626,57	-1.777.909.056,77
Total		6.994.511.918	-9.252.952.422

Fuente: Base de Datos Liquidaciones.xlsx – FEPA

Sin embargo, a partir de la información contenida en el archivo “01-1 Año_2020.xlsx”, no es posible establecer la consistencia de la información, respecto a las cantidades (quintales de azúcar) sobre las que se realiza la liquidación en el ítem “Ajuste a liquidaciones anteriores” y, en consecuencia, el valor de su liquidación de estabilización.

Adicionalmente, el archivo “01-1 Año_2020.xlsx”, contiene 8520 registros, los cuales en el campo “id fuente” se identifican con el valor (-1), código que no está definido en los maestros del sistema.

**Resumen información reportada por los ingenios y ajustes
Vigencia 2020 (por id fuente)**

Código id fuente	Descripción	Número de registros	Total, quintales
2020		591360	53.064.862,86
-1	No existe en el maestro	8520	1.393.656,13
1	Ingenio	555790	37.784.548,65
2	Ciamsa	26040	13.904.812,42
5	Asocaña	23	-20.520,00
9	Price	987	2.365,66

Total		591360	53.064.862,86
-------	--	--------	---------------

Fuente: Archivo "01-1 Año_2020.xlsx" - FEPA

Finalmente, si no se identifican los registros y la trazabilidad de las operaciones de estabilización correspondientes a los ajustes de meses anteriores; así como, el uso códigos cuyo valor no está definido en las tablas maestras, de acuerdo con lo establecido en el "Manual de transferencia de archivos de ingenios", se afecta la consistencia de la información respecto a las liquidaciones de estabilización y genera debilidad en la calidad de los datos.

Respuesta del Fondo

"(...)

En el caso específico del ingenio providencia, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

- *La información que reportan los ingenios es en esencia información sobre cantidades de azúcar vendido, la cual, de modificarse, afecta el resultado de las operaciones de estabilización.*
- *Dada la estructura de funcionamiento del FEPA, donde lo que se genera por las cesiones pagadas por unos ingenios se utiliza para el pago de las compensaciones a otros ingenios, genera que las modificaciones a las cantidades realizadas por uno sólo de los ingenios generen ajustes obviamente al ingenio que modifica la información, pero también a los demás, ya que afecta los volúmenes totales de ventas y las ventas en los diferentes mercados, modificando el factor de ponderación "Z" de todos los ingenios. Este factor se usa para el cálculo del PPPj y del PPPEI, los cuales, dependiendo de la diferencia entre ellos genera los valores a ceder y/o compensar,*

Así las cosas, el ajuste en febrero para el ingenio Providencia, se origina en la información modificada por otros ingenios, ya que este ingenio en ese mes no modificó sus datos de ventas de enero. (...)"

- a. *Este código -1, corresponde a ajustes realizados por la auditoría, como se observa en la consulta plasmada en la gráfica siguiente. El código no se encuentra nombrado en el maestro*
- b. *La denominación de ajustes corresponde a información que se reporta en un mes distinto al mes de liquidación. Esta situación ocurre porque el ingenio puede reportar a través del archivo de ajustes unas cantidades en el mercado de exportaciones conjuntas que, en una fecha posterior, al*

verificarse con los informes de auditoría del programa de conjuntas, se había reportado cantidades adicionales y se deben retirar de la base de datos con el mismo concepto, pero con signos contrarios.

- c. *Es correcto, en esencia se manejan como ajustes cualquier cambio que se haya hecho a la información reportada originalmente por el Ingenio. Los cambios más frecuentes diferentes a los ajustes por cantidades son: cambio en el mes de causación de la operación, cambio en el país de destino de las exportaciones, cambios en el valor en dólares de las exportaciones y cambios en el tipo de producto. El detalle de esta información está en los archivos de trabajo de la firma de auditoría y el resumen de la misma en los correos donde la firma de auditoría resume los ajustes realizados, (...)*
- d. *Al revisar la información se encuentra que estos archivos tuvieron inconvenientes para ser procesados directamente por los ingenios y fueron enviados por estos a Asocaña para su procesamiento, según el numeral 2.6.1 del instructivo I-FE-05 de transferencia de archivos. Esta información cumplió con los procesos de revisión por parte de los ingenios y de la firma de auditoría. (...)*”

Análisis de la respuesta

Se acepta la explicación entregada por la entidad respecto a la consistencia de la información en las cantidades de quintales base para la liquidación de estabilización mes a mes, donde básicamente la diferencia corresponde a registros correspondientes al código de producto 40 (Alcohol Equivalente. en Azúcar) del cual no se tienen en cuenta las cantidades (Quintales), para las liquidaciones de estabilización. Sin embargo, no se dio respuesta clara sobre la consistencia de las cantidades sobre las cuales se realizan los ajustes a meses anteriores, solo que el ajuste que reporta un ingenio afecta a los demás en su liquidación.

Respecto a valor (-1) en el campo *id fuente*, menciona que esto corresponde a los ajustes de auditoría; sin embargo, no está identificado en el maestro; adicionalmente la auditoría ya tiene un código definido en las tablas maestras, con el *id fuente* 9; lo que significa que utiliza dos códigos para la misma fuente (Auditoría).

Se acepta la respuesta entregada por la entidad para los literales b, c y d.

En conclusión, las cantidades de quintales (correspondientes al mes que se está liquidando) son consistentes; sin embargo, no se estableció la trazabilidad y consistencia de los valores presentados como liquidación de los ajustes de

meses anteriores; en cuanto a las debilidades en la definición de datos maestros, son situaciones que están presentes y deben ser revisadas por la entidad.

Por lo anterior, la observación se configura como hallazgo administrativo ajustando su redacción tal como se presenta.

2.4. RESULTADOS EN RELACION CON EL OBJETIVO ESPECÍFICO N° 4.

Hacer seguimiento al Plan de Mejoramiento sobre las acciones de mejora de competencia de la auditoría de cumplimiento.

HALLAZGO No. 10 - MEDIOS DEMOCRATICOS (A)

Constitución Nacional.

Artículo 39. “(...) *La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos (...)*”.

Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1996.

“MECANISMOS DE PARTICIPACION-Elección democrática de representantes en asociaciones o agremiaciones

Por el carácter público y coactivo de los recursos parafiscales que manejan estas entidades, asociaciones o agremiaciones, es legítimo que la ley ordene la elección democrática de sus representantes. *No se trata entonces de una injerencia de las autoridades en la autonomía de una entidad asociativa que pudiera desconocer su autonomía interna y, por ende, violar el derecho de asociación, sino que es una expresión del carácter democrático que, por mandato de la propia Constitución, deben tener ciertas entidades, por las funciones particulares que ejercen en la sociedad. En ese orden de ideas, la Corte concluye que la norma acusada no tiene reserva de ley estatutaria pues no desarrolla una nueva institución y mecanismo de participación ciudadana, sino que es una disposición que no hace más que reiterar y **cumplir el mandato del artículo 39 de la Carta, según el cual las organizaciones sociales y gremiales se deben sujetar a los principios democráticos. En efecto, una entidad que maneja recursos parafiscales es una típica organización gremial de las reguladas por el artículo 39 superior, pues estas contribuciones gravan a un sector de la sociedad para que la entidad que***

las administre efectúe inversiones y brinde servicios a ese mismo sector.
(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Corte Constitucional Sentencia C-678 de 1998

En relación con el artículo 7 de la Ley 89 de 1993, la Corte Constitucional declarará su constitucionalidad, **condicionada a la existencia de una real estructura democrática de la Federación Colombiana de Ganaderos, en cuanto por medio de instrumentos efectivos, se garantice la participación de todos los gravados con la cuota de fomento ganadero y lechero** cuya administración y recaudo final se otorga por el Estado, en virtud del contrato que con esa Federación habrá de celebrarse. Ello significa, entonces, que, **si esa estructura democrática resultare inexistente**, el contrato aludido carecería entonces de soporte constitucional, por cuanto habría, en tal caso un objeto ilícito.

Corte Constitucional Sentencia C-132 de 2009

Cuando el legislador no señala la entidad con la cual se debe contratar la administración de fondos parafiscales, o **la institución inicialmente determinada no cumple los requisitos de representatividad y escogencia democrática de los correspondientes órganos de dirección**, o esas características han perdido su vigencia, corresponderá al Gobierno la designación de la misma, evento en el cual **si existen dos o más entidades que reúnan idénticas condiciones de representatividad nacional y organización y funcionamiento internos democráticos exigidas**, debe escoger, con observancia del principio de transparencia, a cualquiera de ellas, regla que también debe aplicarse cuando conforme a las cláusulas estipuladas en los respectivos contratos se venza el término de los mismos. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Corte Constitucional Sentencia C-543 de 2001

De otra parte, la Corte, cuando ha declarado la exequibilidad de normas legales que autorizan la celebración de contrato con una entidad determinada de carácter gremial para la gestión de contribuciones parafiscales, ha tenido en cuenta el criterio que, para el caso de las referidas a un subsector agropecuario, fija la Ley 101 de 1993, **esto es que se trate, como ya se expresó de entidades que reúnan “condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria” y cuyos organización y funcionamiento sean democráticos** . (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Corte Constitucional Sentencia C-615 de 2013

Así mismo, ha señalado que estas contribuciones, a juicio del Legislador, pueden ser administradas por una entidad de carácter privado que éste señale, dando uso en ese sentido a la competencia atribuida por Constitución para ese evento, pero teniendo muy claro que esto garantice a los contribuyentes su intervención real en la participación y recaudo del tributo. No obstante, esta facultad referida otorgada por la Carta al Legislador no es absoluta e ilimitada, pues debe garantizar que **“todos los intereses que conforman el sector gravado parafiscalmente se encuentren adecuadamente representados y puedan incidir en la forma de manejo de tales recursos”**. Esta pauta ha sido incorporada por la Corte en sus pronunciamientos en la materia, en cuanto exige que la entidad seleccionada para la administración de tales recursos **debe cumplir condiciones de representatividad nacional, con organización y funcionamiento democráticos, de manera que se garanticen los principios constitucionales, tales como el de democracia participativa, arts. 1º y 2º CP.**

Como resultado de la Auditoría vigencia 2017-2018, el FEPA suscribió y registró en el SIRECI el Plan de Mejoramiento para subsanar la deficiencia plasmada en el Hallazgo N° 1²⁷ del informe de auditoría, para ello estableció la siguiente acción de mejora, encaminada a corregir este hallazgo:

Revisar el cuerpo de la resolución, encontrar los puntos a corregir y preparar una resolución que enmienda el error detectado por la CGR.

En cumplimiento de la acción de mejora propuesta, el Comité Directivo del Fondo expidió la Resolución 3 de 2019, mediante la cual actualizó el Reglamento de Operación; sin embargo, la actualización no incluyó lo relacionado con la conformación del mismo, su período y forma de elección, el argumento para su no inclusión se encuentra en el Acta 4 de diciembre de 2019:

“(…) La Contraloría General de la República acaba de terminar la visita de Auditoría al FEPA y dentro de su trabajo encontró que la Resolución 1 de 2001 hace alusión a la conformación del comité directivo, su período y forma de elección, lo cual fue modificado por el Decreto 013 de 2016, Dado que este Decreto fue derogado y no se sabe cómo va a quedar el tema, se propone quitar ese punto de la parte resolutive dejando en los considerandos el registro del cambio (…)”.

²⁷ En la revisión efectuada a la Resolución No 1 de 2001, se observó que a la fecha no ha sido actualizada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.10.4.12 del Decreto 013 de 2016, ya que aún contempla que los representantes ante el comité directivo del FEPA “se elegirán por un periodo de un (1) año” y no de dos (2), además, establece que al cabo del período pueden ser reelegidos, y no cuando haya transcurrido al menos un período desde su última elección.

Uno de los principios medulares de la Constitución Política de 1991 es la participación democrática, que aparece como un valor incorporado al preámbulo y es también un principio del Estado colombiano (CP art. 1º), uno de sus fines (CP art. 2º) y un derecho de todo ciudadano (CP art. 40).

El artículo 39 de la CP, literalmente exige en su inciso segundo que *“La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos”*. Por lo tanto, la gestión gremial, en especial cuando implica la administración de recursos parafiscales, debe ser, en lo posible, participativa.

La Corte Constitucional ha considerado, en línea jurisprudencial²⁸, que de acuerdo con la Carta Política debe exigirse que las entidades y fondos, que manejan contribuciones parafiscales, elijan a sus representantes y directivos por medios democráticos, pues de esa manera se busca que todos los intereses que conforman el sector gravado parafiscalmente se encuentren adecuadamente representados y puedan incidir en la forma de manejo de tales recursos, conforme lo exige el principio de que no puede haber impuesto sin representación establecido en el artículo 338 de la Constitución; por lo cual resulta necesario exigir mecanismos democráticos en la elección de los miembros de los órganos máximos de dirección de los Fondos Parafiscales, con el fin de garantizar realmente la participación de los gravados en la administración y recaudo de las contribuciones.

De lo expuesto, se observa que el MADR no ha reglamentado los medios democráticos de elección de los miembros de los órganos directivos de los fondos de la parafiscalidad agropecuaria, situación que deriva en el hecho de que estos permanezcan indefinidamente en sus cargos y vulnerando lo establecido en el artículo 39 de la CP

Hallazgo Administrativo

Respuesta MADR

Inicia señalando el MADR:

“1. La derogatoria del Decreto 013 de 2016 no implica que el comité, su período y su forma de elección no tengan un marco legal que legitime su nombramiento y actuación.”

²⁸ Sentencias C-191 de 1996, C-678 de 1998, C-132 de 2009, C-543 de 2011 y C-644 de 2016.

En efecto, para el comité directivo del FEPA, y así lo entendió el Ente de Control Fiscal, por lo transcrito atrás textualmente de la observación, según lo establecido en el artículo 91 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, el Decreto 013 de 2016 se encontraba derogado para la época del ejercicio auditor, por la expresa disposición del artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 “plan de desarrollo 2018 – 2022”, que hiciera de la Ley 1753 de 2015 “plan de desarrollo 2014 – 2018”, operando la pérdida de ejecutoria del mencionado acto administrativo, como quiera que, sus fundamentos de hecho o de derecho desaparecieron.

Sin embargo, la derogatoria del mencionado acto administrativo no dejó sin fundamento jurídico la existencia del FEPA y su comité directivo, como quiera que, la legislación anterior contenía las normas que permitieron su creación, existencia, actuación y la elección de los miembros de su órgano directivo.

Con todo, la norma de creación del fondo, esto es, el Decreto 569 de 2000 que reglamentó la ley 101 de 1993 y el Decreto 1071 de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural” que recogió en un solo cuerpo normativo las diferentes disposiciones que rigen al sector, permitieron, permiten y mientras no sean modificadas, derogadas o adicionadas por otras, la existencia y actuación del FEPA y su comité directivo.

Análisis de Respuesta

Con respecto a lo manifestado por el MADR, en este acápite de la respuesta, es preciso señalarle al Ministerio que en el texto de la observación no se señala que la derogatoria del decreto 013 de 2016 haya dejado sin fundamento jurídico la existencia del FEPA y su comité directivo, lo que se plasmó en esta fue: “(...) De lo expuesto, se observa que el MADR no ha reglamentado los medios democráticos de elección de los miembros de los órganos directivos de los fondos de la parafiscalidad agropecuaria, situación que deriva en el hecho de que estos permanezcan indefinidamente en sus cargos y vulnera lo establecido en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991”

Ahora bien, ¿cuál es el hecho que dio origen a la observación?

Como se manifiesta en la observación, ésta se enfoca al hecho de que: “como resultado de la Auditoría vigencia 2017-2018, el FEPA suscribió y registró en el

SIRECI el Plan de Mejoramiento para subsanar la deficiencia plasmada en el Hallazgo N° 1²⁹ del informe de auditoría (...)

La CGR, en desarrollo de la Auditoría y en cumplimiento de uno de los objetivos específicos de la misma: *“Hacer seguimiento al Plan de Mejoramiento sobre las acciones de mejora de competencia de la auditoría de cumplimiento”*, revisó si el FEPA realizó la acción de mejora plasmada en el Plan de Mejoramiento correspondiente al Informe de la Auditoría vigencia 2017-2018 realizada al Fondo, la cual consistía en: *“Revisar el cuerpo de la resolución, encontrar los puntos a corregir y preparar una resolución que enmienda el error detectado por la CGR (...)*.

De la revisión realizada, se observó que el Comité Directivo del Fondo expidió la Resolución 3 de 2019, mediante la cual actualizó el Reglamento de Operación; sin embargo, la actualización no incluyó lo relacionado con la conformación del mismo, su período y forma de elección, el argumento para su no inclusión se encuentra en el Acta 4 de diciembre de 2019:

“(...) La Contraloría General de la República acaba de terminar la visita de Auditoría al FEPA y dentro de su trabajo encontró que la Resolución 1 de 2001 hace alusión a la conformación del comité directivo, su período y forma de elección, lo cual fue modificado por el Decreto 013 de 2016, Dado que este Decreto fue derogado y no se sabe cómo va a quedar el tema, se propone quitar ese punto de la parte resolutive dejando en los considerandos el registro del cambio (...)”.

En la observación plasmada en el informe se señala: *“En la revisión efectuada a la Resolución No 1 de 2001, se observó que a la fecha no ha sido actualizada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.10.4.12 del Decreto 013 de 2016, ya que aún contempla que los representantes ante el comité directivo del FEPA “se elegirán por un periodo de un (1) año” y no de dos (2), además, establece que al cabo del período pueden ser reelegidos, y no cuando haya transcurrido al menos un período desde su última elección”*

En este punto, hay que remitirnos a lo que señalaba la Resolución 1 del 2001 antes de la expedición de la Resolución 3 de 2019 y que dio origen a la observación consignada en el informe de Auditoría antes citado.

²⁹ En la revisión efectuada a la Resolución No 1 de 2001, se observó que a la fecha no ha sido actualizada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.10.4.12 del Decreto 013 de 2016, ya que aún contempla que los representantes ante el comité directivo del FEPA *“se elegirán por un periodo de un (1) año”* y no de dos (2), además, establece que al cabo del período pueden ser reelegidos, y no cuando haya transcurrido al menos un período desde su última elección.

Esta resolución en su artículo tercero señalaba: *“Conformación y Período. El Comité Directivo del Fondo estará integrado por el ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado, el ministro de Comercio Exterior o su delegado, siete (7) representantes de los productores de azúcares centrifugados o sus suplentes y cuatro (4) representantes de los cultivadores de caña o sus suplentes,*

El propósito del Decreto 013 de 2016 fue reglamentar el párrafo tercero³⁰ del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, para lo cual adicionó y modificó el Decreto 1071 de 2015, en lo relacionado con la elección de los miembros de los órganos directivos de los fondos parafiscales entre los que se encuentra el FEPA.

Entre los aspectos que reglamento el Decreto 013 de 2016 se encuentra el relacionado con el período de los miembros de los miembros del comité directivo de los fondos parafiscales para ello señaló: *“ARTÍCULO 2.10.4.12. Periodo. Salvo disposición legal en contrario, el periodo de quienes resultaren elegidos, en cualquiera de los casos previstos en el presente título, será de dos (2) años contados a partir de la fecha en que se efectúe su elección o de su designación según el caso. (...) Una vez cumplido el periodo respectivo, el representante podrá ser reelegido para el siguiente periodo consecutivo, siguiendo el mismo procedimiento descrito en este título (...).*

El Decreto 013 de 2016, adicionó y modificó el Decreto Único del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, reglamentando el párrafo tercero del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, que estableció: *“Los miembros de las juntas directivas de los fondos que manejen recursos parafiscales, distintos a aquellos que representen a entidades públicas, deberán ser elegidos por medios democráticos que garanticen la participación de los gravados con la cuota parafiscal respectiva”* para lo cual incluyó el:

“TÍTULO 4 Medios democráticos de elección de miembros de juntas directivas de fondos que manejen recursos parafiscales, distintos de aquellos miembros que representen a entidades públicas”

En este Título se reglamentó todo lo relacionado con el campo de aplicación, garantía democrática en la elección, convocatorias, inscripciones y requisitos mínimos de los representantes de los sujetos gravados con contribuciones parafiscales agropecuarias o pesqueras en órganos directivos de los fondos especiales que con ellas se constituyen.

³⁰ Párrafo 3° Artículo 106 Ley 1753 de 2015: Los miembros de las juntas directivas de los fondos que manejen recursos parafiscales, distintos a aquellos que representen a entidades públicas, deberán ser elegidos por medios democráticos que garanticen la participación de los gravados con la cuota parafiscal respectiva.

En este contexto, al ser derogado el Decreto 013 de 2016 por disposición expresa del artículo 336 de la Ley 1995 de 2019, al derogar el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, operó la pérdida de ejecutoria del mencionado acto administrativo, como quiera que sus fundamentos de hecho o de derecho desaparecieron y, por tal razón, para el Título 4 del Decreto 1071 de 2015, también opera la misma figura jurídica al desaparecer la norma que lo modificó y adicionó.

Por lo expuesto, es claro que no hay una reglamentación acerca de los medios democráticos de elección de miembros de juntas directivas de fondos que manejen recursos parafiscales, distintos de aquellos miembros que representen a entidades públicas, hecho del cual es consciente el MADR al proyectar tanto en el año 2020 como en el 2021, decretos encaminados a reglamentar lo citado como se puede ver en la página web del ministerio:

Con las salvedades que se expondrán adelante sobre la jurisprudencia de la Corte como fuente principal de derecho y tratando de asumir que en el caso en particular es aplicable, en relación específicamente a que es necesaria una estructura democrática al interior de las administradoras de recursos parafiscales, es decir, que se garantice la participación de los gravados en lo atinente a su administración y recaudo, junto con las normas atrás transcritas que determinan la estructura y funciones de los órganos directivos, es menester del respectivo Fondo crear, diseñar, ejecutar y elegir a los miembros del cuerpo colegiado que lo preside garantizando, en especial, cuando se aplican a los miembros que no representen a entidades públicas en las Juntas o Consejos Directivos.

Agrega el MADR en la respuesta: “(..). Así las cosas, más allá de la existencia de una normatividad, cualquiera que ella sea, de índole legal o reglamentaria, especial y específica para el caso del FEPA, lo que realmente importa y hace efectivo el derecho de los contribuyentes de los fondos, es que sus elecciones cumplan con los lineamientos de publicidad, pluralidad y demás principios de la actuación administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, por lo que el fondo, en ejecución del contrato vigente para la época de la auditoria y hoy en día, al momento de contestar estas observaciones, bajo la supervisión del Ministerio, SÍ HA ADELANTADO, EJECUTADO Y ELEGIDO PROCESOS DEMOCRÁTICOS QUE DESVIRTUAR lo dicho por el Ente de Control Fiscal según lo cual:

De lo expuesto, se observa que el MADR no ha reglamentado los medios democráticos de elección de los miembros de los órganos directivos de los fondos de la parafiscalidad agropecuaria, situación que deriva en el hecho de que estos permanezcan indefinidamente en sus cargos y vulnera lo establecido en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991

Para la CGR, el hecho de que el FEPA haya adelantado, ejecutado y elegido procesos democráticos cumpliendo los principios de la actuación administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política no desvirtúa la observación, ya que el reproche se fundamenta en lo establecido en el artículo 39 de la C.P., que establece: “(...) *La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos*”

De otra parte el MADR señala: “(...) *Entonces, no es lo mismo que la Corte hubiera revisado la constitucionalidad de una sola norma creadora y reglamentaria de los fondos parafiscales y de sus cuerpos colegiados a que se hayan estudiado por separado distintas normas creadoras de distritos fondos, pero ninguna de ellas directamente relacionada con el FEPA, por lo que si bien es cierto es dable tenerla de presente para el análisis, no lo es como fundante de la observación, esto no significa que el precedente referido no pueda tenerse como tal, sino que, ante la existencia de precedentes sobre distintas materias se tiene la posibilidad de aplicar cualquiera de ellos, siempre y cuando cumplan con la carga argumentativa de explicar las razones que justifican su uso, lo cual en este caso no se presenta.*

A diferencia del uso en este escrito que se le dio a la jurisprudencia como explicación de una situación normativa particular, el Ente de Control Fiscal la tomo como fuente para sustentar y apoyar la observación”

En este punto hay que señalar:

Efectivamente, la CGR utilizó la jurisprudencia citada como fuente de criterio para apoyar la observación desde el punto de vista expresado por la Corte en las sentencias sobre la elección democrática de los órganos de dirección de una entidad que maneje recursos parafiscales y no como sustento de la misma, toda vez que esta se encuentra fundamentada en la ausencia de una reglamentación de los medios democráticos de elección de los miembros de los órganos directivos de los fondos de la parafiscalidad agropecuaria y no solamente del FEPA, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 la Carta Política.

De otra parte, el MADR es consciente de que no existe norma que reglamente los medios democráticos de elección de miembros de juntas directivas de fondos que manejen recursos parafiscales, distintos de aquellos miembros que representen a entidades públicas, como se puede ver en la página web del ministerio en Normativa > Proyectos Normativos años 2020 y 2021, el proyecto de decreto “*Por el cual se sustituye el Título 4 de la Parte 10 del Libro 2 del Decreto 1071 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural*” como se puede ver en la siguientes graficas:


GOV.CO TRÁMITES Y SERVICIOS PARTICIPACIÓN ENTIDADES

El campo es de todos Minagricultura

Miércoles, 26 de mayo de 2021 Inicio de sesión

English Mapa del sitio Contáctenos Búsqueda...

Inicio Ministerio Ministro Atención al Ciudadano Planeación, Control y Gestión Sistemas de Información Normativa Sala de Prensa



Leyes Decretos Resoluciones Conpes Proyectos Normativos Notificaciones Jurisprudencia Agenda Regulatoria

Seleccionar Año

Año: 2021


Proyecto Normativo: Máximos de Producción y Características del Negocio Categoría A -Artesanal	+
Proyecto Normativo: Mesa Técnica Nacional para la Generación de Ingresos	+
Proyecto Normativo: Medios Democráticos	-
<p>Por el cual se sustituye el Título 4 de la Parte 10 del Libro 2 del Decreto 1071 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural Se publica el 20 de abril de 2021 por el término de quince (15) días calendario contados a partir del día siguiente de la publicación. Se recibirán observaciones en el correo proyectos.normativos@minagricultura.gov.co</p>	
Proyecto Normativo: Acuerdos de Recuperación y Saneamiento de Cartera Agropecuaria	+
Proyecto Normativo: Reactivación Económica en los distritos de adecuación de tierras	+
Proyecto Normativo: Lineamientos estratégicos de Política Pública para la Agricultura Campesina	+









f t i y

El campo es de todos Minagricultura Jueves, 27 de mayo de 2021


English | Mapa del sitio | Contáctenos | Búsqueda...

Inicio | Ministerio | Ministro | Atención al Ciudadano | Planeación, Control y Gestión | Sistemas de Información | Normativa | Sala de Prensa



 Leyes |
  Decretos |
  Resoluciones |
  Compes |
  Proyectos Normativos |
  Notificaciones |
  Jurisprudencia |
  Agenda Regulatoria

Seleccionar Año



Año: 2020

Proyecto Normativo: Decreto Compras Públicas Alimentos	+
Proyecto Normativo: Fondo de Fomento Agropecuario	+
Proyecto Normativo: Agenda Regulatoria-2021	+
Proyecto Normativo: COMPRAS PÚBLICAS	+
Proyecto Normativo: CALCULO TARIFAS ICA	+
Proyecto Normativo: Servicio Público de Adecuación de Tierras	+
Proyecto Normativo: Fondo Nacional de Adecuación de Tierras (FONAT)	+
Proyecto Normativo: Manual de Condiciones de Bienestar Animal, especie bovina, bufalina, aves de corral y animales acuáticos	+
Proyecto Normativo: Clarificación de títulos de origen colonial	+
Proyecto Normativo: Asignación Condicionada del Subsidio Familiar	+
Proyecto Normativo: Comisión Intersectorial	+
Proyecto Normativo: Cuota de Fomento Cauchera	+
Proyecto Normativo: Fondo Nacional de Extensión Agropecuaria FNEA	+
Proyecto Normativo: Política de Precios de Insumos Agropecuarios	+
Proyecto Normativo: Mejoramiento de vivienda y saneamiento básico del Subsidio Familiar	+
Proyecto Normativo: Bienestar Animal	+
Proyecto Normativo: Medios Democráticos	-

*Por el cual se sustituye el Título 4 de la Parte 10 del Libro 2 del Decreto 1071 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural.
Se publica el 14 de febrero de 2020 por el término de quince días hábiles para recibir observaciones en el correo electrónico: comunicacion@contraloria.gov.co

En estos proyectos de decreto se señala en los considerandos:

“(…)

Que en atención a las disposiciones legales que determinan la estructura de los órganos directivos de los Fondos Parafiscales Agropecuarios o Pesqueros y en consonancia con el desarrollo constitucional en la materia, es necesario reglamentar los medios democráticos de elección de los miembros de los órganos directivos de los fondos de la parafiscalidad agropecuaria, distintos de aquellos que representen a entidades públicas”.

Como se puede ver, mediante estos proyectos de decreto, el MADR en la parte considerativa reconoce que: “(…) **es necesario reglamentar los medios democráticos de elección de los miembros de los órganos directivos de los fondos de la parafiscalidad agropecuaria, distintos de aquellos que representen a entidades públicas**” *Subrayado y negrilla fuera de texto*

Por lo expuesto no se acepta la respuesta y se valida como hallazgo administrativo sin la connotación disciplinaria.

2.5. RESULTADOS EN RELACION CON EL OBJETIVO ESPECIFICO N° 5.

Atender las denuncias que sean remitidas al equipo auditor y que sean de competencia de la auditoria

Durante el proceso auditor no fueron allegadas denuncias relacionadas con el Fondo, razón por la cual no se evaluó este objetivo.

3. ANEXOS

ANEXO No. 1

CUADRO DE HALLAZGOS DETECTADOS Y COMUNICADOS

TIPO DE HALLAZGO	CANTIDAD	VALOR (\$)
Administrativos	10	
Fiscales	1	976.662.626
Disciplinarios	2	
Penales		