**FONDO NACIONAL DEL GANADO – Naturaleza jurídica ‒ Fondo especial ‒ Cuenta especial**

De conformidad con la normatividad mencionada, la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ganado es la de ser una cuenta o fondo especial que carece de personería jurídica y en consecuencia, no tiene capacidad jurídica autónoma para actuar como sujeto de derecho por lo que debe ser administrado por una persona jurídica, que para su caso es una entidad gremial que reúna las condiciones de representatividad nacional de la actividad que genera las cuotas de fomento ganadero y lechero. Dicho fondo no ostenta por tanto, la categoría de entidad pública o privada.

**CUOTA DE FOMENTO GANADERO Y LECHERO – Naturaleza jurídica ‒ Contribución parafiscal**

A través de la cuenta especial denominada Fondo Nacional del Ganado se manejan los recursos provenientes del recaudo de la cuota de fomento ganadero y lechero con destino exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos en la Ley 89 de 1993. Estos recursos tienen la connotación de ser contribuciones parafiscales, tal como lo señala la misma norma de creación de la contribución.

**CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – Origen – Fomento sector ganadero y lechero**

Las contribuciones parafiscales tienen su origen en la Constitución Política de 1991. El artículo 150 numeral 12, le otorga la atribución al Congreso de la República para “12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”. De igual forma, el artículo 338 ibidem señala que “En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales…”. Fue así como en ejercicio de la atribución constitucional otorgada al Congreso de la República, este cuerpo colegiado mediante la Ley 89 de 1993 creó la contribución parafiscal para el fomento del sector ganadero y lechero, tal como se indicó en líneas anteriores.

**CONTRIBUCIONES PARAFISCALES –** **Contribuciones parafiscales agropecuarias ‒ Contribuciones parafiscales pesqueras ‒ Administración ‒ Entidades gremiales ‒ Cuota de fomento ganadero y lechero**

Con la expedición de Ley 101 de 1993 “Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero” el Congreso de la República definió las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras como aquellas que impone la ley a un determinado subsector agropecuario y pesquero para su mismo beneficio, en casos y condiciones especiales y por razones de interés general. Adicionalmente señaló que dichos ingresos no forman parte del Presupuesto General de la Nación. Dichas contribuciones son administradas “directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas” Luego de haberse expedido la Ley 89 de 1993 que creó la cuota de fomento ganadero y lechero y en consecuencia el Fondo Nacional del Ganado como mecanismo para el manejo de dichos recursos y la Ley 101 de 1993 “Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”, el Estatuto Orgánico de Presupuesto definió de manera general las contribuciones parafiscales.

**CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL – Características ‒ Generación de ingresos públicos ‒ Destinación especial ‒ Carácter económico ‒ Carácter gremial ‒ Beneficio del grupo gravado ‒ Son recursos públicos ‒ Control fiscal ‒ Naturaleza excepcional**

Con base en los citados textos constitucionales, esta corporación desde sus inicios ha identificado y establecido las características de las contribuciones parafiscales, considerándolas expresión de la soberanía fiscal en cabeza del Estado. En sentencia C-308 de 1994 (julio 7), M. P. Antonio Barrera Carbonell, expresó: En nuestro ordenamiento jurídico la figura de la parafiscalidad constituye un instrumento para la generación de ingresos públicos, caracterizado como una forma de gravamen que se maneja por fuera del presupuesto -aunque en ocasiones se registre en él- afecto a una destinación especial de carácter económico, gremial o de previsión social, en beneficio del propio grupo gravado, bajo la administración, según razones de conveniencia legal, de un organismo autónomo, oficial o privado. No es con todo, un ingreso de la Nación y ello explica porque no se incorpora al presupuesto nacional, pero no por eso deja de ser producto de la soberanía fiscal, de manera que sólo el Estado a través de los mecanismos constitucionalmente diseñados con tal fin (la ley, las ordenanzas y los acuerdos) puede imponer esta clase de contribuciones como ocurre también con los impuestos. Por su origen, como se deduce de lo expresado, las contribuciones parafiscales son de la misma estirpe de los impuestos o contribuciones fiscales, y su diferencia reside entonces en el precondicionamiento de su destinación, en los beneficiarios potenciales y en la determinación de los sujetos gravados. La sentencia C-152 de 1997 (marzo 19), M. P. Jorge Arango Mejía, sistematizó los rasgos sobresalientes de la figura en mención, de la siguiente manera: “Según la Constitución y la ley orgánica de presupuesto, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, las características esenciales de las contribuciones parafiscales son: 1a. Son obligatorias, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado; 2a. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico; 3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa; 4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa; 5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o ‘por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación’; 6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, para que se inviertan de conformidad con las normas que las crean, corresponde a la Contraloría General de la República; 7a. Las contribuciones parafiscales son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer ‘excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley’. ”Conforme a lo dispuesto en el artículo 150-12 superior, corresponde al legislador fijar el régimen de las contribuciones parafiscales, lo que significa que tiene competencia para determinar lo concerniente a su recaudo, administración e inversión, actividades que conforme al Decreto 111 de 1996, que compiló las normas orgánicas presupuestales, pueden realizarse en virtud de contrato que al efecto celebre la Nación o, directamente, a través de los órganos que hacen parte del Presupuesto General…”

**CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL ‒ Reserva de ley**

La creación de una renta parafiscal por el Congreso de la República implica que adicionalmente se determine el régimen de tal contribución, régimen que contempla entre otros aspectos la competencia para su administración la cual puede recaer en particulares. La Corte Constitucional en diversas sentencias se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las disposiciones que regulan la administración de los recursos parafiscales, reafirmando que es competencia del legislador al crear una contribución parafiscal definir todo lo relacionado con su administración y manejo.

**FUNCIÓN PÚBLICA ‒ Órganos públicos ‒ Órganos particulares ‒ Ejercicio por particulares ‒ Finalidad ‒ Descentralización por colaboración**

La función administrativa es ejercida por órganos públicos y privados cuando esta es asignada por la ley. En un modelo de Estado Constitucional la función administrativa “está conformada por todo el espectro material de atribuciones propias, no de un poder específico del Estado, sino de todos ellos, y de los particulares cuando ejerzan funciones públicas administrativas, funciones que se traducen en el ejercicio o acción finalística y material de atribuciones tendientes a la satisfacción de los intereses públicos y generales”. El ejercicio de funciones administrativas por particulares es una forma de descentralización por colaboración. “Según Jorge Enrique Ayala Caldas la descentralización por colaboración consiste “En que personas privadas o particulares, naturales o jurídicas, prestan funciones administrativas en interés general o prestan un servicio público, como en el caso del aseo””.

**FUNCIÓN PÚBLICA ‒ Ejercicio por particulares ‒ Administración de recursos parafiscales ‒ Entidades gremiales**

Dentro de los particulares que ejercen funciones administrativas se encuentran aquellos que administran recursos parafiscales, por atribución directa de la ley. La Corte Constitucional así lo ha reconocido. (…) En consecuencia, las entidades gremiales autorizadas por la ley para administrar recursos parafiscales son particulares que ejercen funciones administrativas, como es el caso de FEDEGAN que en su momento estuvo administrando los recursos provenientes de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero.

**INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD ‒ Regla general ‒ Capacidad ‒ Limitación de la capacidad ‒ Finalidad ‒ Orden público ‒ Interpretación restrictiva**

Las personas gozan del derecho fundamental constitucional a la libertad. Esta libertad en materia contractual se ve reflejada en la facultad que tienen para adquirir derechos y contraer obligaciones, libertad fundada igualmente en el principio de la autonomía de la voluntad y consecuentemente en la capacidad y habilitación para establecer vínculos jurídicos. Igualmente, el Estado tiene la facultad de intervenir para evitar que ciertas personas participen en procesos de contratación con el fin de proteger el interés general y es así, como la Constitución y la ley definen las causales de inhabilidad e incompatibilidad que limitan los derechos de las personas a participar en procesos contractuales y a celebrar contratos. Al ser las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para participar en los procesos de contratación que adelante el Estado y para la celebración de los contratos una limitación a un derecho que tienen las personas, se erigen en disposiciones de orden público y por ende de interpretación restrictiva, son de reserva legal y no pueden aplicarse en forma análoga. Esta interpretación restrictiva no solo se predica en asuntos contractuales sino en toda clase de prohibiciones, v. gr. en los procesos disciplinarios, en materia electoral, etc.

**ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS ‒ Recursos parafiscales ‒ Particulares ‒ Sujeto disciplinable ‒ Inhabilidades ‒ Incompatibilidades ‒ Conflictos de interés**

Ahora bien, dado que los particulares que administran recursos parafiscales ejercen funciones administrativas como quedó visto, cabe preguntarse ¿Cuáles son las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones aplicables a ellos? Al respecto, la Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. De otro lado, el Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002 regula en el Libro III un régimen especial para los particulares que son sujetos disciplinables. Expresa en el artículo 52 que “El régimen disciplinario para los particulares comprende la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas imputables a los mismos”. Como sujetos disciplinables se encuentran los particulares que administran recursos públicos u oficiales, definidos por la misma disposición como “aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos”. La ley señala igualmente que el régimen disciplinario comprende las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses de los particulares que administren recursos públicos, entre otros sujetos y determina las situaciones que constituyen estas limitaciones.

**ADMINISTRADORES ‒ Responsabilidad civil ‒ Declaración judicial ‒ Federación Nacional de Ganaderos ‒ Responsabilidad subsidiaria**

Por desmejorar la prenda común de los acreedores la ley estipula una responsabilidad civil consistente en el pago del faltante del pasivo externo y requiere declaración judicial en un proceso que se adelante para tal fin. (…) El artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 contempla un evento de responsabilidad para la sociedad matriz o controlante, en este caso haciendo símil sería para el FNG, de responder de manera subsidiaria por las obligaciones de la sociedad controlada, que para el caso sería Friogán, si se demuestra en un procedimiento abreviado adelantado ante el mismo juez del concurso que la situación de insolvencia o liquidación judicial fue producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la controlante en su propio interés y en detrimento de la sociedad en reorganización o en proceso de liquidación judicial. Esta situación debe ser demostrada en un proceso y declarada por el juez del concurso.

**PLIEGOS DE CONDICIONES – Contenido – Requisitos habilitantes ‒ Experiencia ‒ Capacidad jurídica ‒ Capacidad financiera ‒ Capacidad organizacional ‒ Verificación ‒ No otorgan puntaje**

Sea lo primero indicar que los pliegos de condiciones deben contener tanto los requisitos habilitantes de los proponentes como los requisitos de ponderación de las propuestas, entre otros aspectos. La Ley 1150 de 2007 señala como requisitos habilitantes de los proponentes la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación, los cuales son objeto de verificación y no otorgan puntaje. Con estos requisitos se busca conocer la idoneidad de los proponentes para el desarrollo del objeto contractual. En los pliegos de condiciones las entidades pueden determinar de manera excepcional otros requisitos habilitantes cuando por “las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro”.

**EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS ‒ Requisitos ‒ Determinados en pliego de condiciones**

Los requisitos de evaluación de las propuestas son los determinados en los pliegos de condiciones, sin embargo la ley señala a título enunciativo el precio, la calidad, la experiencia específica y el equipo de trabajo, los cuales serán adoptados según la naturaleza, objeto del contrato, entre otros.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Reserva constitucional ‒ Reserva legal ‒ Pliegos de condiciones**

(…) las inhabilidades e incompatibilidades son de reserva constitucional y legal por ser cláusulas restrictivas de la libertad de concurrencia, razón por la cual no puede una entidad crearlas en los pliegos de condiciones. Sobre el particular, el Consejo de Estado señaló: “…tal como se desprende del contenido de la letra a) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80, a cuyo tenor (…) Tal como lo refleja la simple lectura de la norma legal transcrita, únicamente podrán tenerse como inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales, aquellas personas que se encuentren inhabilitadas para contratar por mandato de la Constitución Política o de las leyes de la República, disposición que lejos de constituir una tautología permite resaltar que de ninguna manera podrán tenerse como inhábiles para contratar con las entidades estatales a quienes quisiere tenerse como tales por mandato o disposición de normas de inferior jerarquía a las antes mencionadas. Así pues, no hay lugar a tener como inhábiles para participar en licitaciones o para contratar con entidades estatales a quienes sean catalogadas como tales únicamente a través de actos administrativos como son las resoluciones, las circulares, los pliegos de condiciones, los manuales internos de contratación, etc. En consecuencia, en cuanto la consagración de tales prohibiciones –en la modalidad de inhabilidades o de incompatibilidades– son materias reservadas a la Constitución Política o a la ley y dado, además, que corresponden a cuestiones debidamente regladas por las normas superiores, se impone concluir que las entidades estatales no se encuentran facultadas para introducir novedades o modificaciones en esas precisas materias a través de decisiones de naturaleza administrativa”.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

**Consejero ponente: ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00147-00(2351)**

**Actor: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural solicita concepto de esta Sala en relación con la administración de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero, concretamente sobre la viabilidad de admitir a FEDEGAN como antiguo administrador del Fondo Nacional del Ganado – FNG, mediante el cual se manejan los recursos parafiscales provenientes del recaudo de la cuota de fomento ganadero y lechero, en el proceso de licitación que se adelante para contratar la administración de dichos recursos. Lo anterior, debido a que el Fondo Nacional del Ganado entró en proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006 en su calidad de controlante de la Sociedad Frigoríficos Ganaderos de Colombia S.A. -FRIOGAN S.A.- y como deudor solidario y garante de las obligaciones contraídas por esta última sociedad, es decir FRIOGAN S.A. (sociedad en crisis).

1. **ANTECEDENTES**

Los antecedentes de la consulta elevada por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Menciona las Leyes 89 de 1993 y 101 de 1993, indicando que con la primera ley se estableció la cuota de fomento ganadero y lechero, se creó el Fondo Nacional del Ganado y se estableció que el manejo de los recursos provenientes del recaudo de dicha cuota deben ceñirse a los lineamientos de política del Ministerio; en la segunda Ley, artículo 30, se estableció que la administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional agropecuaria o pesquera y que hayan celebrado contrato especial con el Gobierno Nacional, además de la posibilidad de administrar los recursos a través de sociedades fiduciarias previo contrato especial con el Gobierno Nacional.
2. En cumplimiento a las normas referidas el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural suscribió el contrato 026 de 2004 con FEDEGAN, el cual tenía como objeto *“la administración, recaudo e inversión de la Cuota parafiscal de Fomento Ganadero y Lechero”* y “*cuyo plazo de ejecución venció el 31 de diciembre de 2015”*. El contrato se liquidó de manera bilateral y en el acta consta que se dejaron salvedades por las partes.
3. Transcribe el Ministro el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 el cual regula la administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras en los mismos términos del artículo 30 de la Ley 101 de 1993, pero incorpora tal disposición adicionalmente la administración temporal de dichas contribuciones por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en el evento que la entidad administradora no esté en condiciones de garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que deben regir la ejecución tales recursos.
4. Indica igualmente que: *“El Decreto 2537 de 2015, por medio del cual se adiciona el Titulo 5 a la parte 10 del Libro 2 del Decreto 1071 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y Desarrollo Rural, relacionado con la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales, estableció en el artículo 2.10.5.1 las razones especiales para la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, señalando las siguientes:*

*“(…)*

1. *Cuando en el ejercicio contable del año anterior los pasivos sean superiores al patrimonio.*
2. *Cuando el Fondo sea o haya sido admitido en proceso de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006 y normas concordantes, así como las normas que la modifiquen, deroguen o sustituyan.*
3. *Cuando a la terminación del plazo de ejecución del contrato de administración respectivo, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural considere necesario evaluar la situación del administrador y del sector respectivo, para garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que deba regir la ejecución de la contribución parafiscal correspondiente.*
4. *Cuando el administrador se encuentre en situación de cesación de pagos o se haya ordenado en su contra embargos judiciales que afecten el cumplimiento del contrato de administración.*
5. *Cuando las directivas del administrador sean objeto de sanciones penales o administrativas por hechos relacionados con la administración del Fondo.*
6. *Cuando exista cartera en mora superior al 5% del recaudo, sin que se hayan iniciado los procesos ejecutivos de cobro.*
7. *Cuando se apliquen recursos del Fondo a actividades no previstas en los objetivos dispuestos para cada fondo en la normatividad que lo regula”.*
8. Menciona que la Superintendencia de Sociedades, mediante Auto 400-010328 del 4 de agosto de 2015 admitió al Fondo Nacional del Ganado, administrado por la Federación Colombiana de Ganaderos, al proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006 y las normas que la complementen o adicionen, manifestando que *“Cabe anotar que conforme al artículo 9 de la Ley 1116 de 2006 el inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente”.*

En la parte de antecedentes de dicho Auto se manifestó:

*“2.2 Conforme al artículo 32 de la Ley 101 de 1993, el Fondo es un patrimonio autónomo con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y* ***desarrolla su actividad a través de FEDEGAN.***

*(…)*

*2.5 El Fondo Nacional del Ganado es titular del 78.67% de las acciones suscritas de FRIOGAN S.A., inversión que se hizo en virtud de la autorización impartida por la Junta Directiva de FEDEGAN.*

*2.6 El Fondo es garante, en calidad de deudor solidario de varias obligaciones contraídas por su controlada, esto es, FRIOGAN S.A., cuyo valor aproximado es $46.593.045.947.*

*2.7 Friogan S.A. afronta una* ***crisis que le impide atender sus obligaciones, situación que compromete directamente al Fondo Nacional del Ganado, como codeudor.*** *(…)*

*2.8 La situación descrita genera una* ***incapacidad de pago inminente,*** *causal objetiva de reorganización, según lo previsto en la Ley 1116 de 2006.*

*3. Mediante escritos 2015-01-324720, 2015-01-325494 y 2015-01-327955, de 22 y 24 de julio de 2015, FEDEGAN aportó certificados de existencia y representación legal de Friogan S.A., el último de ellos de 24 de julio de 2015, en el cual* ***consta la inscripción de la situación de control por parte del Fondo Nacional del Ganado, administrado por la federación Colombiana de Ganaderos*** *(resaltado fuera del texto original)”*

En la parte de consideraciones del mencionado Auto se indicó:

*“(…)*

*b. en el certificado de existencia y representación legal de Friogan S.A.,* ***consta la inscripción de control por parte del FNG, administrado por Fedegan S.A.***

*c. Conforme a los argumentos expuestos en la solicitud,* ***el FNG es garante, en calidad de deudor solidario, de obligaciones contraídas por su controlada Friogan S.A.,*** *por $46.593.045.947 por concepto de capital.*

*d. El FNG registra en su pasivo, con corte a 31 de mayo de 2015, obligaciones propias que ascienden a $9.490.761.000, y además, como se vio,* ***garantizó de manera solidaria obligaciones adquiridas por su controlada hoy en crisis, lo que ubica al FNG en riesgo inminente de ejecución por parte de los acreedores debido a su incapacidad de pago.***

*e. La situación descrita corresponde a la incapacidad de pago inminente a que se refiere la causal del numeral 2 del artículo 9 de la Ley 1116 de 2006, que surge como consecuencia de la responsabilidad que podría asumir el FNG por el incumplimiento actual de las obligaciones de Friogan S.A., de manera que si éste atendiera sus obligaciones, el FNG no estaría incurso en la causal de insolvencia. Por tanto,* ***su situación de crisis está ligada de manera necesaria a la crisis de su controlada, por lo que la solución debe ser integral*** *(resaltados fuera del texto original)”*

*“Así las cosas, se estableció la situación de control que ejercía el FNG, administrado por Fedegán, sobre Friogan S.A. Por lo demás, la intervención de Fedegan, a nombre del FNG, en la administración de Friogan S.A., se evidencia en la Actas de Asamblea General de Accionistas de Friogan S.A., la participación del FNG allí se realizaba por intermedio de los representantes de Fedegan”.*

1. Manifiesta el Ministro que la Superintendencia de Sociedades, mediante Auto 400-010330 del 4 de agosto de 2015 admitió a la Sociedad Frigoríficos Ganaderos de Colombia S.A., Friogan S.A., al proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006.
2. Señala igualmente el Ministro que *“el tipo de inversiones y/o garantías a que se refieren los autos de la Superintendencia de Sociedades no se encuentran ajustados al espíritu de la parafiscalidad, ni tampoco se aviene al cumplimiento de los objetivos previstos para los recursos del FNG, de conformidad con los objetivos señalados en el artículo 4 de la Ley 89 de 1993, y es la primera vez, en la historia de los fondos parafiscales del sector agropecuario, pesquero y de desarrollo rural, que uno de esos fondos debe acudir a la reorganización empresarial”.*
3. *Continúa indicando en la consulta que:*

*“De conformidad con los artículos 106 de la Ley 1753 de 2015 y 2.10.5.1 del Decreto 1071 de 2015, y ante el vencimiento del término del contrato suscrito con Fedegán, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural justificó mediante acto administrativo la modalidad de selección de contratación directa para llevar a cabo la administración temporal de la contribución parafiscal de carne y leche.*

*Para garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que deben regir la contribución parafiscal del Fondo de Fomento del Sector Ganadero y Lechero, y fundándose en lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo 2.10.5.1 del Decreto 1071 de 2015, se consideró necesario evaluar la situación del sector y del anterior administrador, en este caso Fedegan, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, el ingreso del FNG al proceso de reorganización empresarial”.*

1. Narra que la Superintendencia de Sociedades, mediante Auto 400-008393 del 26 de mayo de 2016 dispuso decretar la terminación del proceso de reorganización del Fondo Nacional del Ganado – FNG y ordenó la celebración del acuerdo de adjudicación de bienes de dicho Fondo, el cual *“en adelante y para todos los efectos legales deberá anunciarse con la expresión “en liquidación por adjudicación”*”. Este Auto fue aclarado mediante el Auto 400-009203 del 13 de junio de 2016.
2. La Superintendencia de Sociedades, mediante Auto 400-001540 del 14 de julio de 2016 decretó la terminación del proceso de reorganización de la Sociedad Friogán S.A. y ordenó su liquidación judicial.
3. Transcribe en la consulta los artículos (i) 24 de la Ley 222 de 1995 que establece la responsabilidad de los administradores en sociedades comerciales por perjuicios que le causen a la sociedad, a los socios o a terceros por dolo o culpa y consagra una presunción de culpa del administrador en casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, (ii) 78 de la Ley 1116 de 2006 que regula la Transparencia Empresarial y señala que ***“…Los administradores de todas las empresas , en forma acorde con la organización del respectivo deudor que no tenga naturaleza asociativa, están sujetos a los deberes legales consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y a las reglas de responsabilidad civil previstas en el artículo 24 de la misma ley,*** *sin perjuicio de las reglas especiales que le sean aplicables en cada caso (…) (Resaltado fuera del texto original)”,* (iii) 82 de la Ley 1116 de 2006 que establece la responsabilidad civil de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas dolosas o culposas; igualmente se consagra una presunción de culpa en casos de incumplimiento o extralimitación de funciones y (iv) 61 inciso final de la Ley 1116 de 2006 que establece una presunción en los siguientes términos: *“Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las situaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente”*. Se indica que es pertinente tener en cuenta los artículos 12 y 61 que establecen un régimen de responsabilidad de las matrices o controlantes respecto de la situación de las controladas.
4. Igualmente, fundado en lo previsto en el artículo 1º de la Constitución Política sobre la prevalencia del interés general, se indica en la consulta que

*“otros regímenes de liquidación de entidades que manejan recursos públicos (como son aquellos a que se refiere el caso que nos ocupa), prevén la protección de los recursos públicos sobre los intereses de los particulares. En ese sentido el artículo 1 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1105 de 2006, al regular el procedimiento de liquidación de las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, incluidas las Sociedades Públicas, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y las Empresas Sociales del Estado, preceptúa en su artículo 1 que “los vacíos del presente régimen de liquidación se llenarán con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo desarrollan”. “Por su parte el inciso segundo, literal d), numeral 5, del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), prevé lo siguiente respecto de las entidades financieras, en cuanto manejan recursos del público:*

*“El Superintendente Bancario, dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha en que se haya decretado la toma de posesión de una entidad financiera con fines de liquidación, podrá abstenerse de autorizar la participación de administradores y revisores fiscales que se hubieren encontrado desempeñando dichos cargos a la fecha en que se haya decretado la medida”*

*Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando que la Cuenta de la Cuota Parafiscal de Carne y Leche maneja recursos parafiscales, que son recursos públicos, podría considerarse que estamos ante un supuesto similar al regulado por la referida disposición del EOSF”.*

1. Señala en la consulta que de conformidad con el Decreto 947 de 2016, artículo 2:

*"En caso de que se ordene la liquidación de un fondo parafiscal del sector agropecuario y pesquero, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asumirá de manera temporal, por los términos máximos previstos en el artículo 2.10.5.3 del presente decreto, contados a partir de la fecha de la decisión de liquidación, a través de una fiduciaria contratada en las condiciones del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, la administración de las cuotas que se causen y deban recaudarse a partir del día siguiente al de la decisión de liquidación del fondo parafiscal respectivo. En ese sentido informará lo pertinente a los recaudadores de la cuota mediante una publicación en un diario de amplia circulación nacional y en la página web del Ministerio. El Ministerio adelantará, en coordinación con la fiduciaria contratada y/o las entidades que corresponda, los trámites necesarios para definir y organizar la nueva cuenta parafiscal, para lo cual se seguirán los parámetros legales establecidos para el fondo respectivo en la ley que lo regule, en concordancia con lo previsto en la Ley 101 de 1993 y en el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015.*

***Así mismo el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural iniciará, dentro de los noventa (90) días siguientes a la decisión de liquidación, los procedimientos legales que correspondan para realizar la contratación del administrador de la cuota parafiscal de conformidad con la normatividad que resulte aplicable.*** *Una vez perfeccionado el contrato, y conforme a las cláusulas del mismo, la fiduciaria le trasladará a la administradora contratada, para la respectiva administración, el saldo de los recursos de la cuota y bienes que hubiere recibido con posterioridad a la decisión de liquidación. Para el mismo efecto el Ministerio le trasladará a la administradora los remanentes resultantes en el trámite de liquidación que se le entreguen en la oportunidad correspondiente. (negrillas fuera del texto original)"*

1. En desarrollo de dicha disposición, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural inició el proceso de selección para contratar el nuevo administrador de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero, haciendo claridad sobre la no obligatoriedad de contratar dicha administración con FEDEGAN según sentencia 25000-23-41-000-2016-02477-00 del 9 de febrero de 2017 proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y confirmada por el Consejo de Estado, Sección Quinta, mediante sentencia con número de radicación 25000-23-41-000-2016-02477-01 de fecha 6 de abril de 2017.
2. Indica en la consulta que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha recibido por parte de organizaciones ganaderas solicitud de elevar consulta al Consejo de Estado sobre la viabilidad de admitir la participación de FEDEGAN en el proceso contractual teniendo en cuenta su relación como administrador del FNG en los hechos que condujeron a su liquidación, pese a que el Ministerio en ocasiones anteriores *“se pronunció frente a la viabilidad de la participación de FEDEGAN en el proceso de selección”*. El elevar la consulta al Consejo de Estado llevó al MADR a suspender la licitación pública en curso.

Es de anotar que revisada la página del SECOP se pudo constatar que el acto de apertura de la licitación pública No. MADR LP-002-2017 correspondiente al proceso de contratación relacionado con la consulta fue revocado por el MADR mediante la resolución 000443 del 6 de octubre de 2017.

Con base en lo antes reseñado formula las siguientes **PREGUNTAS**:

*“Teniendo en cuenta que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en virtud del inciso tercero del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 y del artículo 2.10.5.1 del Decreto 1071 de 2015, asumió temporalmente la administración del Fondo Nacional del Ganado, y por virtud del Decreto 947 de 2016 debe adelantar un proceso de licitación pública para seleccionar el nuevo administrador de la cuota parafiscal de Carne y Leche, pregunta:*

1. *¿Existe aparte de las causales taxativas de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición para contratar establecidas en la ley, alguna disposición, instrumento o figura jurídica en el ordenamiento colombiano vigente que permita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tener en cuenta la conducta del antiguo administrador del fondo parafiscal y las consecuencias de su gestión, dentro del proceso licitatorio que se encuentra en curso para efectos de viabilizar o no su participación en el mismo y de calificar y valorar la eventual propuesta que llegue a presentar?*
2. *¿Puede acudirse en analogía a los artículos 24 de la Ley 222 de 1995, los artículos 61, 78 y 82 de la Ley 1116 de 2006, y el inciso segundo, literal d), numeral 5, del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), para que las situaciones señaladas anteriormente constituyan un impedimento y/o prohibición para que quien se encontraba administrando el fondo parafiscal, y participaba en la administración de la sociedad controlada, pueda participar en un proceso licitatorio que tiene como objetivo contratar al nuevo administrador del fondo o cuenta de contribuciones parafiscales?*
3. *En caso de no haber ningún impedimento y/o prohibición que impida dicha participación, ¿es viable jurídicamente tener en cuenta en dicho proceso de selección, los antecedentes descritos en precedencia?”*

**II. CONSIDERACIONES**

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: (i) Naturaleza Jurídica del Fondo Nacional del Ganado; (ii) Naturaleza Jurídica de la cuota de fomento ganadero y lechero – contribuciones parafiscales; (iii) Administración de fondos parafiscales, en especial la administración del Fondo Nacional del Ganado -FNG-; (iv) Particulares que administran recursos parafiscales - Ejercicio de funciones administrativas; (v) Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones aplicables a los particulares que ejercen funciones administrativas – Interpretación restrictiva; (vi) Análisis de los artículos 24 de la Ley 222 de 1995; 61, 78 y 82 de la Ley 1116 de 2006 y 53, numeral 5, literal d), inciso segundo del EOSF – Serán situaciones que se constituyan en impedimento y/o prohibición para participar en un proceso contractual?; (vii) Alcance de los pliegos de condiciones - factores de evaluación de propuestas - prohibición de crear en los pliegos de condiciones causales de inhabilidad e incompatibilidad que limiten la libertad de concurrencia; (viii) Conclusiones.

1. **Naturaleza Jurídica del Fondo Nacional del Ganado**

Es importante precisar la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ganado pues es este fondo el que estuvo administrado por FEDEGAN, entidad gremial a la que la ley en un comienzo le atribuyó la competencia para el manejo de las cuotas de fomento ganadero y lechero[[1]](#footnote-1) que entró, en el año 2015, al proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006.

La Ley 89 del 10 de diciembre de 1993 creó el Fondo Nacional del Ganado – FNG como una **cuenta especial** para el manejo de los recursos parafiscales provenientes del recaudo de la cuota de fomento ganadero y lechero con destino exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos en dicha ley[[2]](#footnote-2). Su objeto *“consiste en adelantar acciones que benefician al sector económico al cual pertenecen quienes deben asumir el pago de la cuota (ibid, art. 4)”[[3]](#footnote-3)* y su administración estuvo a cargo de la Federación Colombiana de Ganaderos -FEDEGAN, por disponerlo así la ley de creación como se indicó, debiendo dicha agremiación no solo atender los lineamientos de política del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural sino las órdenes e instrucciones de la Junta Directiva del fondo. La misma ley determinó que el FNG tendría una Junta Directiva de composición mixta[[4]](#footnote-4), es decir conformada por representantes de la Nación y del sector ganadero.

La naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ganado como cuenta especial, fue reafirmada por la Ley 101 del 23 de diciembre de 1993 *“Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”*, la que en su artículo 32 determinó que todos los recursos provenientes de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras constituirían fondos especiales[[5]](#footnote-5).

Posterior a la creación del Fondo Nacional del Ganado y a la expedición de la Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero, el Estatuto Orgánico de Presupuesto - Decreto 111 de 1996, señaló en su artículo 29 (Ley 179 de 1994, artículo [12](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0179_1994.html#12), Ley 225 de 1995, artículo 2) que el manejo, administración y ejecución de los recursos parafiscales se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea[[6]](#footnote-6), que para el caso del FNG es a través de una cuenta o fondo especial, tal como lo dispuso su ley de creación (Ley 89 de 1993).

Así mismo, el artículo 30 del Decreto 111 de 1996[[7]](#footnote-7) (Ley 225/95, artículo [27](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0225_1995.html#27)), determina que los fondos especiales están constituidos por los ingresos (i) definidos en la ley para la prestación de un servicio público especifico y (ii) los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador. Esta segunda alternativa de fondos especiales es la asumida para el Fondo Nacional del Ganado.

De conformidad con la normatividad mencionada, la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ganado es la de ser una cuenta o fondo especial que carece de personería jurídica y en consecuencia, no tiene capacidad jurídica autónoma para actuar como sujeto de derecho por lo que debe ser administrado por una persona jurídica, que para su caso es una entidad gremial que reúna las condiciones de representatividad nacional de la actividad que genera las cuotas de fomento ganadero y lechero[[8]](#footnote-8). Dicho fondo no ostenta por tanto, la categoría de entidad pública o privada.

La Sala de Consulta y Servicio Civil ya se había pronunciado sobre la naturaleza del Fondo Nacional del Ganado, en los siguientes términos:

***“2. El Fondo Nacional del Ganado (FNG). Naturaleza Jurídica.***

*Es el nombre de una cuenta especial, creada por el artículo 3 de la Ley 89 de 19933, para el manejo de los recursos provenientes del recaudo de la contribución parafiscal que se establece en la misma ley: la cuota de fomento ganadero y lechero. El FNG se ceñirá a los lineamientos de políticas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para el desarrollo del sector pecuario. Es preciso anotar, que en la ley de su creación no se estableció que el Fondo Nacional del Ganado fuera una entidad pública, ni mucho menos que tuviese personería jurídica.*

*Ahora, para la época de su creación, diciembre 10 de 1993, el artículo 2 del Decreto – Ley 3130 de 19684, establecía para los efectos allí previstos, la noción de “fondos – cuenta” como “un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hace en los términos en éste señalados”.*

*Dada la anterior definición, vigente al momento de la creación del FNG, ¿podía sostenerse que éste era una entidad pública?*

*Consultada la citada norma, así como el Decreto - Ley 1050 de 19685, se observa que no se incluía a los “fondos – cuenta” dentro de la terminología por ellos utilizada de entidades descentralizadas, instituciones, entidades o empresas oficiales o semioficiales, ni mucho menos hacían parte de la administración nacional, ni tampoco tenían como objeto, en principio, el manejo de recaudos provenientes de una contribución parafiscal.*

*Tal situación no varió con la expedición de la Ley 489 de 19986 7, vigente hoy día, en donde tampoco se aprecia que los fondos en general o, el FNG en especial, se mencionen como integrantes de la estructura de la administración pública o, de manera particular, como entidades públicas.*

*Por otra parte, y aunque es necesario advertir que la definición de entidades estatales prevista en la Ley 80 de 19938 es sólo para los efectos de esa ley, ni siquiera allí se menciona a los fondos o al Fondo Nacional del Ganado.*

*En consecuencia, el FNG no puede ser considerado una entidad pública. Su naturaleza es la de ser una cuenta especial para el manejo de los recursos provenientes del recaudo de la contribución parafiscal creada en la Ley 89 de 1993, con “destino exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos” en la misma ley9.*

*Habiéndose establecido que el Fondo Nacional del Ganado no ha sido considerado por la ley como una entidad pública, ¿podría sostenerse que reúne dicho carácter por manejar recursos públicos provenientes de contribuciones parafiscales?*

*Para resolver el anterior interrogante, la Sala hará una breve mención de la naturaleza jurídica de la cuota de fomento ganadero y lechero creada por la Ley 89 de 1993, cuyos recursos nutren el FNG.*

*…De esta manera, El FNG no puede ser considerado en términos generales y, según el sentido natural y obvio de la palabra22, una entidad, como quiera que no goza de personería jurídica.*

*Ahora, si bien el FNG fue creado por la Ley 89 de 1993, y los recursos que lo componen, en su carácter de contribuciones parafiscales, son públicos, esa norma no estableció que el Fondo fuera una entidad pública, tal como se explicó en el punto 2 de este concepto. Tampoco puede ser una entidad privada, ya que su naturaleza y regulación legal no encuadra dentro de las formas establecidas por la Constitución y la ley para el ejercicio del derecho de asociación o la libre iniciativa privada.*

*Lo expuesto, lleva a la Sala a reiterar la naturaleza y funciones específicas del FNG como cuenta especial creada por ley para el manejo de unos recursos parafiscales”[[9]](#footnote-9).*

Esta misma Sala previo al concepto mencionado se había pronunciado igualmente sobre la naturaleza de los fondos constituidos con recursos parafiscales agropecuarios y pesqueros[[10]](#footnote-10).

1. **Naturaleza jurídica de la cuota de fomento ganadero y lechero – contribuciones parafiscales.**

Como se indicó en el acápite anterior, a través de la cuenta especial denominada Fondo Nacional del Ganado se manejan los recursos provenientes del recaudo de la cuota de fomento ganadero y lechero con destino exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos en la Ley 89 de 1993.

Estos recursos tienen la connotación de ser contribuciones parafiscales, tal como lo señala la misma norma de creación de la contribución[[11]](#footnote-11).

Las contribuciones parafiscales tienen su origen en la Constitución Política de 1991. El artículo 150 numeral 12, le otorga la atribución al Congreso de la República para *“12. Establecer contribuciones fiscales y,* ***excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley****”*. (Resaltado nuestro). De igual forma, el artículo 338 ibidem señala que *“En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales* ***podrán imponer contribuciones*** *fiscales* ***o parafiscales****…”*. (Resaltado nuestro).

Fue así como en ejercicio de la atribución constitucional otorgada al Congreso de la República, este cuerpo colegiado mediante la Ley 89 de 1993 creó la contribución parafiscal para el fomento del sector ganadero y lechero, tal como se indicó en líneas anteriores.

Posteriormente, con la expedición de Ley 101 de 1993 “Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero” el Congreso de la República definió las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras como aquellas que impone la ley a un determinado subsector agropecuario y pesquero para su mismo beneficio, en casos y condiciones especiales y por razones de interés general. Adicionalmente señaló que dichos ingresos no forman parte del Presupuesto General de la Nación[[12]](#footnote-12). Dichas contribuciones son administradas *“directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas”[[13]](#footnote-13)*.

Luego de haberse expedido la Ley 89 de 1993 que creó la cuota de fomento ganadero y lechero y en consecuencia el Fondo Nacional del Ganado como mecanismo para el manejo de dichos recursos y la Ley 101 de 1993 *“Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”*, el Estatuto Orgánico de Presupuesto definió de manera general las contribuciones parafiscales, señalando:

*“****Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector.****El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.*

*Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración”[[14]](#footnote-14)* (Resaltado nuestro)*.*

La Corte Constitucional igualmente se pronunció sobre las características de las contribuciones parafiscales señalando lo siguiente:

*“Con base en los citados textos constitucionales, esta corporación desde sus inicios ha identificado y establecido las características de las contribuciones parafiscales, considerándolas expresión de la soberanía fiscal en cabeza del Estado. En* *sentencia C-308 de 1994 (julio 7), M. P. Antonio Barrera Carbonell, expresó:*

*“En nuestro ordenamiento jurídico la figura de la parafiscalidad constituye un instrumento para la generación de ingresos públicos, caracterizado como una forma de gravamen que se maneja por fuera del presupuesto -aunque en ocasiones se registre en él- afecto a una destinación especial de carácter económico, gremial o de previsión social, en beneficio del propio grupo gravado, bajo la administración, según razones de conveniencia legal, de un organismo autónomo, oficial o privado. No es con todo, un ingreso de la Nación y ello explica porque no se incorpora al presupuesto nacional, pero no por eso deja de ser producto de la soberanía fiscal, de manera que sólo el Estado a través de los mecanismos constitucionalmente diseñados con tal fin (la ley, las ordenanzas y los acuerdos) puede imponer esta clase de contribuciones como ocurre también con los impuestos. Por su origen, como se deduce de lo expresado, las contribuciones parafiscales son de la misma estirpe de los impuestos o contribuciones fiscales, y su diferencia reside entonces en el precondicionamiento de su destinación, en los beneficiarios potenciales y en la determinación de los sujetos gravados.”*

*La sentencia C-152 de 1997 (marzo 19), M. P. Jorge Arango Mejía, sistematizó los rasgos sobresalientes de la figura en mención, de la siguiente manera:*

*“Según la Constitución y la ley orgánica de presupuesto, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, las características esenciales de las contribuciones parafiscales son:*

*1a. Son obligatorias, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado;*

*2a. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico;*

*3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa;*

*4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa;*

*5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o ‘por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación’;*

*6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, para que se inviertan de conformidad con las normas que las crean, corresponde a la Contraloría General de la República;*

*7a. Las contribuciones parafiscales son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer ‘excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley’.”*

*3.2. Conforme a lo dispuesto en el artículo 150-12 superior, corresponde al legislador fijar el régimen de las contribuciones parafiscales, lo que significa que tiene competencia para determinar lo concerniente a su recaudo, administración e inversión, actividades que conforme al Decreto 111 de 1996, que compiló las normas orgánicas presupuestales, pueden realizarse en virtud de contrato que al efecto celebre la Nación o, directamente, a través de los órganos que hacen parte del Presupuesto General…”[[15]](#footnote-15)*

De las disposiciones constitucionales y legales mencionadas y de la jurisprudencia referida se puede concluir que las contribuciones parafiscales son recursos públicos que crea la ley en virtud de su soberanía fiscal, no forman parte del Presupuesto General de la Nación pero son creadas para cumplir con los fines del Estado señalados en la Constitución Política, que para el caso de la cuota de fomento ganadero y lechero son los establecidos en los artículos 64, 65 y 66 de la Carta[[16]](#footnote-16). En consecuencia, las contribuciones parafiscales en general y en particular la cuota de fomento ganadero y lechero (agropecuarias), se caracterizan por:

| **Características Generales de las contribuciones parafiscales**  **Decreto 111 de 1996** | **Características específicas de la contribución parafiscal de fomento ganadero y lechero (subsector agropecuario)**  **Leyes 89 de 1993 y 101 de 1993, esta última disposición modificada por la Ley 1753 de 2015** |
| --- | --- |
| Es un gravamen establecido por la ley. | Está creada por la Ley 89 de 1993. |
| De carácter obligatorio. | De carácter obligatorio. |
| Afecta a un determinado y único grupo social o económico. | Afecta al subsector ganadero y lechero (subsector agropecuario). |
| Se utiliza para beneficio del propio sector. | Está establecida en beneficio del subsector ganadero y lechero (subsector agropecuario). |
| El manejo, administración y ejecución se hace exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea. | El manejo, administración y ejecución está en cabeza de entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria… (Ley 1753 de 2015, artículo 106). |
| Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.  Si bien no lo menciona expresamente la norma, de su texto se deduce que las contribuciones parafiscales administradas por particulares no forman parte del presupuesto general de la Nación. | No forman parte del presupuesto general de la Nación. |
| Se destina sólo al objeto previsto en la ley que las crea. | Su destino es exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos en la Ley 89 de 1993. |

La Sala de Consulta y Servicio Civil también hizo un pronunciamiento sobre las rentas parafiscales, al resolver una consulta elevada sobre la aplicación de disposiciones contables expedidas en aquella oportunidad por el Ministerio de Hacienda a los fondos parafiscales o a las entidades que administren dichos recursos[[17]](#footnote-17) y al conceptuar sobre las personas obligadas a recaudar la cuota de fomento ganadero y lechero correspondiente al precio del litro de leche[[18]](#footnote-18).

1. **Administración de fondos parafiscales, en especial la administración del Fondo Nacional del Ganado -FNG-.**

El artículo 7 de la Ley 89 de 1993 *“Por la cual se establece la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero y se crea el Fondo Nacional del Ganado”* le otorgó a la Federación Colombiana de Ganaderos – FEDEGAN- la administración y el recaudo final de las cuotas de fomento ganadero y lechero, previa la suscripción de un contrato con el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Agricultura, hoy Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural[[19]](#footnote-19).

Posteriormente la Ley 101 de 1993 *“Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”*, en su artículo 30 señaló que la administración de las contribuciones agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada, que para el caso de la contribución parafiscal de fomento ganadero y lechero quedará en cabeza de una entidad gremial que tenga representatividad en este sector. Esta administración puede realizarse bien directamente o a través de sociedades fiduciarias, en ambos casos previo contrato con el Gobierno Nacional[[20]](#footnote-20). En el mismo sentido se expresó la Ley 1753 de 2015 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país””*, artículo 106[[21]](#footnote-21).

Luego de la expedición de las Leyes 89 de 1993 y 101 de 1993, el artículo 29 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico de Presupuesto) que compiló los artículos 12 de la Ley 179 de 1994 y 2 de la Ley 225 de 1995, señaló que *“El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable”[[22]](#footnote-22)*, es decir defirió en la ley de creación de los recursos parafiscales la forma como los mismos serían administrados.

Vistos los antecedentes normativos referidos, la creación de una renta parafiscal por el Congreso de la República implica que adicionalmente se determine el régimen de tal contribución, régimen que contempla entre otros aspectos la competencia para su administración la cual puede recaer en particulares.

La Corte Constitucional en diversas sentencias se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las disposiciones que regulan la administración de los recursos parafiscales, reafirmando que es competencia del legislador al crear una contribución parafiscal definir todo lo relacionado con su administración y manejo. En la sentencia C-678 de 1998, al examinar la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley 89 de 1993 que determinó expresamente que la cuota de fomento ganadero y lechero sería administrada por FEDEGAN, reafirmó la competencia del Legislador para definir la persona privada que administraría dichos recursos condicionando su exequibilidad a la existencia de una estructura democrática de la Federación en la que se garantice la participación de la colectividad beneficiada con dichos recursos.

Señaló la Corte:

*“****3.3 Violación del artículo 7 de la Ley 89 de 1993***

*Según el actor, la determinación específica del contratista para el recaudo de la cuota de fomento ganadero y lechero, la fijación del plazo mínimo del contrato y la contraprestación a favor de la entidad con la que se contrata, viola el Preámbulo y los artículos 2, 3, 4, 6, 29, 38, 95-5, 113, 114, 115, 121, 123, 136-1-4, 150-1.9,12,21 y su inciso final, 189-23, 209, 210, 273, 333 y 334 de la Constitución Política.*

*Dejando de lado el Preámbulo de la Carta, el cual como se anotó en su oportunidad, consagra principios y valores, es necesario, en primer lugar, señalar que la participación de los aportantes de la contribución parafiscal en su administración y recaudo, se fundamenta en el derecho constitucional consagrado en el inciso primero del artículo 2 de la Carta, el cual reconoce la “participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica,… de la Nación”. Por lo tanto, si una de las características de la parafiscalidad, es que quienes aporten los recursos se beneficien exclusivamente de ellos, forzosamente han de tener participación en lo que tenga que ver con el manejo e inversión de tales recursos.*

*En el presente caso, el artículo 7 de la Ley 89 de 1993 determina que el Gobierno a través del Ministerio de Agricultura contratará con Fedegan la administración y recaudo final de la cuota de fomento ganadero y lechero.*

*Fedegan agrupa asociaciones, federaciones, comités de índole departamental y municipal, así como fondos ganaderos y cooperativas lecheras, lo que significa, que Fedegan es el gremio aceptado a nivel nacional, como interlocutor válido de los ganaderos para trazar conjuntamente con el Gobierno las políticas dirigidas al desarrollo del sector pecuario. Por lo tanto, no cabe duda que la intención del legislador al expedir la Ley 89 de 1993, artículo 7 consulta el espíritu constitucional consagrado en el artículo 2 superior.*

*El artículo 150-12 de la Constitución Política faculta al Congreso para establecer contribuciones parafiscales “…en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”.*

*La norma citada faculta al Congreso para establecer por medio de leyes y excepcionalmente, contribuciones parafiscales. En desarrollo de esta atribución constitucional, fue expedido el Decreto 111 de 1996, - Estatuto Orgánico del Presupuesto-, cuyo artículo 29 establece: “Artículo 29.- Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio propio del sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio.*

*“Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del presupuesto general de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración”.*

*Es abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en las cuales se determinan las características esenciales de las contribuciones parafiscales, que son obligatorias, que gravan únicamente a un grupo, gremio o sector económico, y que se destinan, exclusivamente en beneficio de ese grupo.*

*Por otra parte, el artículo 29 del Decreto 111 de 1996 contempla dos formas de administración de los recursos parafiscales, a saber, los que se administran por particulares en virtud de contratos que celebra la Nación (inciso primero) y los que se administran por los órganos que forman parte del Presupuesto Nacional (inciso segundo), los primeros, es decir los administrados por los particulares, no se incorporan en el presupuesto de la Nación, al paso que los segundos si se incorporan pero solo para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales. Por lo tanto, como ya lo ha señalado esta Corporación, es principio esencial de la parafiscalidad, que sus rentas no hagan parte de los ingresos corrientes de la Nación.*

***En este orden de ideas, dada la naturaleza excepcional de los recursos parafiscales, cuando el Congreso crea una renta de carácter parafiscal, debe señalar su régimen, lo cual implica que regule su administración, recaudo e inversión, tanto más, que su excepcionalidad no las despoja de su naturaleza pública, por lo que es perfectamente válido que el legislador al expedir la ley que las establece determine con todo detalle las condiciones, modalidades y peculariedades (sic) de esa administración de recursos públicos por parte de los particulares.*** (Resaltado nuestro)

*En nuestro país, el legislador por lo general, al establecer contribuciones de carácter parafiscal, ha determinado la persona privada que se encargará de la administración de los recursos y de su recaudo....*

*Es más, el concepto de autorizaciones de la Constitución Política de 1991 (art. 150-12) se encontraba consagrado en la Constitución de 1886 en su artículo 76 numeral 11, en el cual se otorgaba al Congreso la facultad para conceder autorizaciones al Gobierno para la celebración de contratos. Es así, como bajo al (sic) vigencia de la Carta de 1886, se expidieron las leyes 67 de 1983, 51 de 1966 y 101 de 1963, por medio de las cuales se modificaron unas cuotas de fomento y se crearon unos fondos, se creó la cuota de fomento para el cultivo de cereales y se creó la cuota de fomento arrocero, respectivamente, en todas ellas, el legislador determinó la entidad privada con la cual habría de celebrarse el contrato respectivo...*

*Así las cosas, en relación con el artículo 7 de la Ley 89 de 1993, aquí demandado, 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, por lo que la exequibilidad, entonces habrá de ser condicionada a este requisito”[[23]](#footnote-23).*

Luego con la expedición de la Ley 101 de 1993, mediante Sentencia C-651 de 2001 se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 30 que regula la administración y recaudo de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras. Si bien el cargo estaba formulado respecto del inciso segundo de la mencionada disposición que permite que las colectividades beneficiarias de dichas contribuciones las administren a través de sociedades fiduciarias por considerar el demandante que se violaba el artículo 355 de la Constitución Política, la Corte hizo un análisis de la naturaleza de dichos recursos y de la administración por particulares, precisando la forma de adjudicación de los contratos cuando exista pluralidad de entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional.

Dijo lo siguiente:

*“3.6.3.1. Sobre la competencia constitucional del legislador para autorizar los contratos que han de celebrarse para el recaudo, administración y ejecución de recursos parafiscales creados por la propia ley.*

*En la sentencia C-678 de 1998, ya citada, que puso fin a un proceso donde se discutía, entre otras materias, la competencia del legislador para señalar de manera especifica (sic) la entidad de carácter gremial llamada a celebrar el contrato para el recaudo, administración y destinación de una contribución parafiscal, precisó la Corte: …*

*Entonces, ha de afirmarse que la competencia constitucional del legislador para determinar, en casos como el que es objeto de análisis, la entidad privada con la cual habrá de celebrarse el contrato respectivo emana tanto del artículo 150-12- que habilita al legislador para establecer las condiciones dentro de las cuales se realice la gestión de una determinada contribución parafiscal, como del numeral 9 del mismo artículo constitucional, que prevé que el Congreso puede autorizar al Gobierno para celebrar contratos, en concordancia con el artículo 189-23, que asigna al Presidente de la República la función de “celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y a la ley”….*

De otra parte, la Corte, cuando ha declarado la exequibilidad de normas legales que autorizan la celebración de contratos 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 democráticos5. Al respecto conviene destacar que estas exigencias evidencian la diferencia de tratamiento frente a las establecidas por la propia Constitución, para los supuestos puramente de “fomento” de las actividades propias de las entidades de origen privado previstas en el segundo inciso del artículo 355, esto es, que se trate de entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, en el ámbito donde se desempeñan, conforme a lo analizado en esta misma sentencia.

En cuanto a las condiciones que se han mencionado respecto de la celebración de los contratos para la gestión fiscal de las contribuciones parafiscales, debe indicar la Corte que en la medida en que el legislador no señale la entidad encargada de la gestión de la contribución parafiscal, corresponderá al Gobierno la designación de la misma; igual regla se ha de seguir cuando la institución inicialmente determinada por el legislador no reúna los requisitos de representatividad y escogencia democrática de los correspondientes órganos de dirección o esas características hayan perdido su vigencia en el tiempo.

Así mismo, es pertinente destacar, en armonía con lo anteriormente expuesto, que si bien la orientación plasmada en las disposiciones acusadas encuentra claro respaldo constitucional, también lo tendrá el que, a partir de la previsión legal general, cuando en un subsector agrícola, como lo es el cafetero, existan dos o más entidades que reúnan idénticas condiciones de representatividad nacional y organización y funcionamiento internos democráticos exigidas por la ley, se escoja, con observancia del principio de transparencia, a cualquiera de ellas. Igual regla debe predicarse, cuando conforme a las cláusulas estipuladas en los respectivos contratos se venza el término de los mismos”[[24]](#footnote-24).

Igualmente en Sentencia C-298 de 1998, la Corte Constitucional declaró *“****EXEQUIBLE*** *la expresión “el manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la Ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella”, del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), siempre y cuando se entienda que esta norma hace referencia no sólo a la ley que crea la contribución parafiscal sino también a aquellas normas legales posteriores que la hayan modificado”*. Es decir, se reafirmó la competencia de legislativo para definir la forma y las personas competentes para la administración de los recursos parafiscales.

En conclusión, la administración de la cuota de fomento ganadero y lechero está en cabeza de una entidad gremial que reúna las condiciones de representatividad nacional, administración que puede realizarse bien directamente o a través de sociedades fiduciarias, en ambos casos previo contrato con el Gobierno Nacional. La ley puede determinar cuál es la entidad gremial que administre dichos recursos parafiscales, pero en el evento que existan varias entidades gremiales que cumplan con las condiciones exigidas por la ley se seleccionará una de ellas siguiendo los procedimientos previstos en desarrollo del principio de transparencia. Lo anterior sin perjuicio de la administración temporal que asuma el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural cuando se presenten las situaciones señaladas en la ley para tal fin.

Las entidades gremiales son entidades privadas, es decir son particulares que ejercen funciones administrativas. FEDEGÁN entidad que fungía como administradora del Fondo Nacional del Ganado hasta el 31 de diciembre de 2015 es una *“asociación gremial, de derecho privado, sin ánimo de lucro, de nacionalidad colombiana”[[25]](#footnote-25)*

1. **Particulares que administran recursos parafiscales - Ejercicio de funciones administrativas**

La función administrativa es ejercida por órganos públicos y privados cuando esta es asignada por la ley. En un modelo de Estado Constitucional la función administrativa *“está conformada por todo el espectro material de atribuciones propias, no de un poder específico del Estado, sino de todos ellos, y de los particulares cuando ejerzan funciones públicas administrativas, funciones que se traducen en el ejercicio o acción finalística y material de atribuciones tendientes a la satisfacción de los intereses públicos y generales”[[26]](#footnote-26)*. El ejercicio de funciones administrativas por particulares es una forma de descentralización por colaboración. *“Según Jorge Enrique Ayala Caldas la descentralización por colaboración consiste “En que personas privadas o particulares, naturales o jurídicas, prestan funciones administrativas en interés general o prestan un servicio público, como en el caso del aseo””*8[[27]](#footnote-27).

El ejercicio de funciones administrativas por particulares tiene su fundamento constitucional en el artículo 210[[28]](#footnote-28), disposición que delega en la ley las condiciones en que dichas funciones deben ser cumplidas. No precisó la norma constitucional el alcance de la expresión “los particulares” por lo que estos pueden ser una persona natural o una persona jurídica. La Corte Constitucional en Sentencia C- 091 de 1997 se refirió al alcance del artículo 210 constitucional de la siguiente manera:

*“Como la Constitución no distingue, hay que entender que "los particulares" pueden ser* ***personas naturales*** *o* ***personas jurídicas****.*

*¿En qué condiciones cumplen los particulares funciones administrativas? En las condiciones que señale la ley, como lo prevé la norma constitucional. Es el mismo principio consagrado por el último inciso del artículo 123 de la misma Constitución, en lo que tiene que ver con desempeño temporal de funciones públicas: "La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".*

*La Constitución asigna al legislador la facultad de establecer* ***cuándo los particulares pueden cumplir funciones administrativas*** *y* ***en qué condiciones”[[29]](#footnote-29)****.*

En virtud de dicha delegación constitucional, la Ley 489 de 1998, Capítulo XVI, artículos 110 al 114 y la Ley 734 de 2002, Libro III, Título I, artículos 52 al 57 entraron a regular el ejercicio de funciones administrativas por particulares.

Dentro de los particulares que ejercen funciones administrativas se encuentran aquellos que administran recursos parafiscales, por atribución directa de la ley. La Corte Constitucional así lo ha reconocido. En Sentencia C-085 de 2014 señaló:

***“2. El ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares***

*En el ordenamiento colombiano se ha previsto la posibilidad de que los particulares desempeñen funciones administrativas. En primer lugar el artículo 2º de la Constitución, al referirse a los fines esenciales del Estado, previó que uno de estos fines consiste en facilitar la participación de todos en la vida administrativa de la Nación; manifestación que es concretada, en el capítulo referido a la función pública, por el segundo inciso del artículo 210 de la Constitución, que consagra la posibilidad de que “[l]os particulares pued[a]n cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”.*

*En desarrollo de la posibilidad prevista en el artículo 210 de la Constitución, el artículo 110 de la ley 489 de 1998, incluido en el capítulo XVI -Del ejercicio de funciones administrativas por particulares-, previó que en estos casos la entidad administrativa titular de la función sería la encargada de (sic) regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función asignada a los particulares. Así mismo, el artículo 112 del citado cuerpo normativo al referirse de forma expresa al régimen jurídico de los actos y contratos que expidieran o celebraran los particulares en ejercicio de dichas funciones consagró que* *“[l]a celebración del convenio y el consiguiente ejercicio de funciones administrativas no modifica la naturaleza ni el régimen aplicable a la entidad o persona privada que recibe 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” –negrilla ausente en texto original-.*

*Así, por expreso mandato legal, los actos expedidos en ejercicio de funciones administrativas por los particulares tienen la condición de actos administrativos y, por consiguiente y con fundamento en lo concluido en la consideración anterior, deberán respetar las reglas relativas al debido proceso administrativo.*

*Con base en esta regulación constitucional y legal, habrá de determinarse si la función de administrar recursos parafiscales constituye una función administrativa ejercida, en los casos de actividades agropecuarias y pesqueras, por entidades gremiales de naturaleza particular.*

***3. La administración de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras.***

*La jurisprudencia ha identificado distintas maneras de vincular a los particulares en el ejercicio de funciones administrativas. Uno de los eventos en que los particulares realizan dichas funciones es precisamente cuando recaudan y administran contribuciones parafiscales. Al respecto manifestó en la sentencia C-482 de 2002:*

“[C]*onstitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de varios supuestos, entre los que ha enunciado:*

*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.*

*…”*

*Argumento que fue reiterado por la Sala Plena de la Corte Constitucional con ocasión de la sentencia C-819 de 2004, en la que se estudió la adecuación constitucional de la asignación del Sistema de Información e Identificación de Ganado Bovino a FEDEGAN.*

*En armonía con las anteriores consideraciones, y de específica relevancia para el problema jurídico que ahora resuelve la Sala, se ha reconocido que el proceso por el cual la administradora de contribuciones parafiscales determina el monto de la deuda que tiene el sujeto pasivo, constituye una actuación administrativa que, en tanto ejercicio de función administrativa, culmina con la expedición de un acto administrativo de carácter definitivo13”[[30]](#footnote-30).*

En consecuencia, las entidades gremiales autorizadas por la ley para administrar recursos parafiscales son particulares que ejercen funciones administrativas, como es el caso de FEDEGAN que en su momento estuvo administrando los recursos provenientes de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero.

1. **Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones aplicables a los particulares que ejercen funciones administrativas – Interpretación restrictiva**

Las personas gozan del derecho fundamental constitucional a la libertad. Esta libertad en materia contractual se ve reflejada en la facultad que tienen para adquirir derechos y contraer obligaciones, libertad fundada igualmente en el principio de la autonomía de la voluntad y consecuentemente en la capacidad y habilitación para establecer vínculos jurídicos. Igualmente, el Estado tiene la facultad de intervenir para evitar que ciertas personas participen en procesos de contratación con el fin de proteger el interés general y es así, como la Constitución y la ley definen las causales de inhabilidad e incompatibilidad que limitan los derechos de las personas a participar en procesos contractuales y a celebrar contratos[[31]](#footnote-31).

Al ser las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para participar en los procesos de contratación que adelante el Estado y para la celebración de los contratos una limitación a un derecho que tienen las personas, se erigen en disposiciones de orden público y por ende de interpretación restrictiva, son de reserva legal y no pueden aplicarse en forma análoga. Esta interpretación restrictiva no solo se predica en asuntos contractuales sino en toda clase de prohibiciones, v. gr. en los procesos disciplinarios, en materia electoral, etc.

La jurisprudencia y la doctrina se han pronunciado sobre el carácter restrictivo de la interpretación de las normas que limitan la libertad de las personas.

La Corte Constitucional señaló sobre el particular:

*“En relación con las inhabilidades e incompatibilidades para contratar dijo esta Corte en la sentencia C-415/942 lo siguiente:*

*"Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44)".*

***"El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado"****.* (Resaltado nuestro)

*(…)”[[32]](#footnote-32)*

En igual sentido, la doctrina ha manifestado:

*“En cuanto son prohibiciones para contratar y, por ende, limitan la libertad de las personas, su interpretación, en concepto de la inmensa mayoría de nuestra doctrina y aun de nuestros Tribunales, ha de ser estrictamente restrictiva. Quiere decir que cuando una situación determinada, por lógica que parezca, no encaja perfectamente con la premisa mayor de la disposición, no es dado al intérprete aplicarla a la situación determinada. Significa que la analogía no es admitida y taxativas son las causales legales de inhabilidad e incompatibilidad”[[33]](#footnote-33).*

Adicionalmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha conceptuado en varias oportunidades sobre el alcance restrictivo de la interpretación que debe dársele a las causales de inhabilidad e incompatibilidad. Se trae a colación apartes del Concepto No. 2260 del 10 de agosto de 2015 en el cual se hace un análisis profundo de dicho régimen soportado en jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado. Este mismo análisis jurídico fue reiterado por la Sala en Concepto 2264 del 27 de agosto de 2015. Dijo la Sala:

*“4.* ***Interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad e incompatibilidad. Proscripción de la analogía en la materia***

*La jurisprudencia y los conceptos del Consejo de Estado, así como las providencias de la Corte Constitucional, de forma consistente, reiterada y pacífica han determinado que la interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de naturaleza restrictiva, en tanto que no es posible añadir a través de la analogía hipótesis adicionales a las comprendidas en la Constitución Política y en la ley.*

*La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha definido que cuando alguna norma legal disponga un supuesto de hecho como constitutivo de inhabilidad, habrá de interpretarse de manera restrictiva:*

*“Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictiva. Este principio tiene su fundamento en el artículo 6º de la Constitución según el cual, los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les está atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido”.106*

*“Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos en relación con la contratación estatal, están previstas en la ley 80 de 1.993, de manera general, y en algunos otros estatutos con carácter especial para determinadas actividades, en forma taxativa y son de aplicación restrictiva. Es decir que no pueden alegarse inhabilidades o incompatibilidades que no correspondan en un todo a las conductas descritas y penalizadas por el legislador, o que se deriven de la aplicación analógica o extensiva de dichas conductas”.107*

*En similar sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al afirmar que “el carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado…”108*

*Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado, coherente con lo anterior, que las causales de inhabilidad e incompatibilidad “tienen una tipicidad legal rígida, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva”109 y, por ende, que las entidades estatales deben ceñir su actuación al ordenamiento jurídico, lo cual implica que no le está dado “crear nuevas causales de inhabilidad o incompatibilidad y mucho menos hacer analogías que en la práctica conducen a reemplazar al legislador”; cualquier acto administrativo en el que se establezcan tales situaciones o que adelanten labores hermenéuticas de índole analógica, es susceptible de ser declarado nulo “por contravenir el orden jurídico”110.*

*Adicional a lo anterior, desde la perspectiva de la moralidad administrativa y de la ética pública como fundamentos que dieron lugar al establecimiento del régimen, se afirma por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil que “aun cuando las inhabilidades e incompatibilidades tienen un afán moralizador no constituyen normas morales, en el sentido de que su existencia depende únicamente* ***de la ley*** *y no de la convicción moral de una persona o de un grupo social”111, de manera que precisan de la consagración constitucional o legal respectiva, para su existencia.*

*En ese orden de ideas, se toma como punto de partida la circunstancia de que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades constituye una limitación a la libertad de las personas, manifestada en la capacidad de contratar con el Estado, y hay unanimidad respecto de la imposibilidad de formular hipótesis interpretativas que añadan causales de inhabilidad e incompatibilidad más allá de las que se encuentran dispuestas en los textos constitucionales y legales112.*

*La Sala considera conveniente invocar en esta ocasión uno de los criterios interpretativos comprendidos en el Código Civil, para brindar una fundamentación adicional respecto de la taxatividad de tales causales y de su interpretación restrictiva, sin perjuicio de lo que ha sido usual en los pronunciamientos de esta Sala sobre el asunto. Así, el artículo 31 del Código Civil explica que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”, en tanto que “la extensión que debe darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”113.*

*En atención a lo expuesto hasta el momento, la Sala quiere hacer énfasis en que el carácter taxativo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el cual no permite incorporar o aplicar causales no previstas en el ordenamiento jurídico de manera expresa, así como la imposibilidad de añadir supuestos de hecho diferentes con base en la analogía, no impiden al intérprete jurídico fijar el alcance de cada una de las hipótesis comprendidas expresamente en las normas constitucionales y legales, con base en la aplicación de los diferentes principios y cánones hermenéuticos.*

*Al respecto han indicado esta Sala y la Sección Tercera del Consejo de Estado, respectivamente:*

*“Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que si bien en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones no cabe la analogía y se impone una interpretación restrictiva, ello no impide la interpretación de las normas que las consagran desde un punto de vista finalista o teleológico, en orden a que queden cobijadas aquellas situaciones que están ínsitas en el supuesto lógico de la norma”114.*

*“La interpretación puede realizarse mediante diversos métodos, entre otros, por el exegético, sistemático, sociológico, teleológico o finalista, y en estos eventos la ley se aplica a un caso realmente contemplado en ella. En cambio, la aplicación analógica de la ley supone la aplicación de la ley a un evento no previsto por el legislador… Las normas pueden interpretarse en forma sistemática o extensiva, lo cual no comporta la aplicación de la norma a casos no contemplados en ella. En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente.”115*

*En ese orden de ideas, dentro del análisis del contenido de la inhabilidad comprendida en el literal j del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, habrá de cumplirse una labor hermenéutica para dilucidar su alcance, para revivir el espíritu que habita en la letra de la norma, cuestión que no implica la creación de inhabilidades e incompatibilidades por fuera de los casos comprendidos en las normas”[[34]](#footnote-34).*

De acuerdo con lo explicado, para que se le pueda prohibir la participación a un particular en un proceso de contratación se debe configurar alguna de las causales de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición señaladas expresamente en la constitución y en la ley. No puede la administración pública invocar una causal para hechos que no encajen de manera exacta en una causal. La aplicación de causales de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición por analogía está proscrita, pues las normas que contienen prohibiciones y por ende limitan derechos de las personas son de orden público y de interpretación restrictiva.

Ahora bien, dado que los particulares que administran recursos parafiscales ejercen funciones administrativas como quedó visto, cabe preguntarse ¿Cuáles son las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones aplicables a ellos?

Al respecto, la Ley 489 de 1998 *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo*[*189*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr006.html#189)*de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 113 señala*:

***“Artículo 113. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.****Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.*

*Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado”.*

De otro lado, el Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002 regula en el Libro III un régimen especial para los particulares que son sujetos disciplinables. Expresa en el artículo 52 que *“El régimen disciplinario para los particulares comprende la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas imputables a los mismos”[[35]](#footnote-35).*

Como sujetos disciplinables se encuentran los particulares que administran recursos públicos u oficiales, definidos por la misma disposición como “*aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos”[[36]](#footnote-36)*.

La ley señala igualmente que el régimen disciplinario comprende las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses de los particulares que administren recursos públicos, entre otros sujetos y determina las situaciones que constituyen estas limitaciones. Dice el artículo 54:

*“Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:*

*1. Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.*

*2. Las contempladas en los artículos*[*8*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#8)*o. de la Ley 80 de 1993 y*[*113*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998_pr002.html#113)*de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen.*

*3. Las contempladas en los artículos*[*37*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002_pr001.html#37)*y*[*38*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002_pr001.html#38)*de esta ley.*

*Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir”[[37]](#footnote-37).*

Dado que son dos las leyes que se refieren a las causales de inhabilidad, incompatibilidad y prohibición de particulares que ejercen funciones administrativas, como es el caso de las entidades gremiales que administran los recursos parafiscales de fomento ganadero y lechero del Fondo Nacional del Ganado, se procederá, para una mayor claridad, a identificar cada una de dichas causales:

| **Ley** | **Inhabilidad / Incompatibilidad / Prohibiciones** | **Desagregación de las inhabilidades / Incompatibilidades / Prohibiciones** |
| --- | --- | --- |
| Ley 489 de 1998 (artículo 113) | Las aplicables a servidores públicos, en relación con la función conferida (para los representantes legales).[[38]](#footnote-38) | **Constitución Política artículo 126.**<Artículo modificado por el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2015.html#2) del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.  Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.  Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera … |
| **Constitución Política artículo 127.**Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.  <Inciso modificado por el artículo [1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2004.html#1) del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio...  <Inciso modificado por el artículo [1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2004.html#1) del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.  La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta. |
| **Constitución Política artículo 128.**Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.  Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. |
| **Constitución Política artículo 129.**Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno. |
| **Decreto Ley 2400 de 1968 artículo 19.**Los empleados tienen derecho a licencias renunciables sin sueldo hasta por sesenta (60) días al año, continuos o divididos... la licencia puede prorrogarse hasta por treinta (30) días más… Durante la licencia los empleados no podrán ocupar otros cargos dentro de la Administración Pública. |
| Ley 734 de 2002, artículo 35. Prohibiciones de todo servidor público[[39]](#footnote-39). |
| **Constitución Política artículo 40.**Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. |
| **Constitución Política artículo 122 inc 5** <Inciso modificado por el artículo [4](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2009.html#4) del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. |
| No podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado (Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión). | NA |
| Ley 734 de 2002  (artículo 54) | Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión. | NA |
| Las contempladas en el artículo [8](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#8)o. de la Ley 80 de 1993 o en las normas que lo modifiquen o complementen. | **1o. <Aparte tachado derogado por el artículo**[**32**](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#32)**de la Ley 1150 de 2007> Son inhábiles para participar en licitaciones ~~o concursos~~ y para celebrar contratos con las entidades estatales:**  a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. |
| b) <Aparte tachado derogado por el artículo [32](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#32) de la Ley 1150 de 2007> Quienes participaron en las licitaciones **~~o concursos~~** o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados. |
| c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad. |
| d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución. (Numeral declarado exequible por las Sentencias [C-178-96](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-178_1996.html#1), [C-489-96](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-489_1996.html#1) y  [C-532-00](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-532_2000.html#INICIO)) |
| e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado. |
| f) Los servidores públicos. |
| g) <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Aparte tachado derogado por el artículo [32](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#32) de la Ley 1150 de 2007> Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación **~~o concurso~~**. (Numeral declarado exequible por las Sentencias [C-415-94](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-415_1994.html#1),  [C-054-01](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-054_2001.html#1),  [C-029-09](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-029_2009.html#1)) |
| h) <Aparte tachado derogado por el artículo [32](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#32) de la Ley 1150 de 2007> Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación **~~o concurso~~**. |
| i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. |
| j) <Literal modificado por el artículo [31](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1778_2016.html#31) de la Ley 1778 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley [1474](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html#INICIO) de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.  Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.  Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas… |
| k) <Literal modificado por el artículo [33](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1778_2016.html#33) de la Ley 1778 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.  La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.  Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.  La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales. |
| k) <sic> <Literal CONDICIONALMENTE exequible. Literal adicionado por el parágrafo 2o.  del artículo [84](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011_pr001.html#84) de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato… |
| **2o. <Aparte tachado derogado por el artículo**[**32**](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#32)**de la Ley 1150 de 2007> Tampoco podrán participar en licitaciones ~~o concursos~~ ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:**  a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro. |
| b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante. |
| c) <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal. (Numeral declarado exequible por la Sentencia  [C-029-09](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-029_2009.html#1)) |
| d) <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo. (Numeral declarado exequible por la Sentencia  [C-029-09](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-029_2009.html#1)) |
| e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada. |
| f) <Literal adicionado por el artículo [4o](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html#4). de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.  Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público. |
| Las contempladas en el artículo [113](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998_pr002.html#113) de la Ley 489 de 1998 o en las normas que lo modifiquen o complementen. | Téngase en cuenta lo señalado en líneas anteriores. |
| Las contempladas en el artículo [37](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002_pr001.html#37)  de la Ley 734 de 2002. | **ARTÍCULO 37. INHABILIDADES SOBREVINIENTES.** Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias. |
| Las contempladas en el artículo [38](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002_pr001.html#38) de la Ley 734 de 2002. | **ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES.** También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:   1. Además de la descrita en el inciso final del artículo [122](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr004.html#122) de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.   (El inciso final del artículo 122 se refiere a “quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”). |
| 2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción. |
| 3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma. |
| 4. Haber sido declarado responsable fiscalmente. |
| Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir. | Téngase en cuenta lo señalado en líneas anteriores cuando se hizo referencia a la causal de inhabilidad de la Ley 489 de 1998, artículo 113, relacionada con aquellas aplicables a servidores públicos, en relación con la función conferida (para los representantes legales). |

En relación con la causal de inhabilidad para participar en licitaciones y para celebrar contratos con entidades estatales, consagrada en el **numeral 1º, literal a) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993** (Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes), nuestro ordenamiento jurídico contiene las siguientes disposiciones que regulan otras inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, tal como lo había indicado la Sala en Concepto 2260 del 10 de agosto de 2015, así:

| **Ley** | **Inhabilidad / Incompatibilidad / Prohibiciones** |
| --- | --- |
| Ley 80 de 1993, artículo 58, numerales 3 y 6 | **DE LAS SANCIONES.** Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:    3.En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente. (Aparte subrayado declarado exequible mediante sentencia C- 178 de 1996).  6. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquélla quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual. |
| Ley 142 de 1994, artículo 44 | Regula los “conflictos de intereses, inhabilidades e incompatibilidades” en materia “del funcionamiento de las empresas de servicios públicos”. |
| Ley 472 de 1998, artículo 32 | Dispone que los peritos que no declaren sus impedimentos para acceder al cargo podrán ser sancionados con inhabilidad para contratar con el Estado. |
| Ley 617 de 2000, artículos 31, 34, 38, 45, 44.8 | Contiene normas en relación con las incompatibilidades de los gobernadores (artículo 31), diputados (artículo 34), alcaldes (artículo 38), concejales (artículo 41), miembros de Juntas Administradoras Locales (artículos 44.8 y 45). |
| Ley 689 de 2001, artículo 11 | Comprende incompatibilidades e inhabilidades respecto de los vocales de control y parientes en materia de servicios públicos. |
| Ley 734 de 2002, artículo 39 y 40 | Prescribe incompatibilidad de autoridades locales y departamentales para intervenir en actuaciones contractuales (artículo 39) y conflicto de intereses (artículo 40). |
| Ley 828 de 2003, artículo 5 | Establece que las personas que no paguen las multas relacionadas con las sanciones por elusión o evasión de los pagos parafiscales estarán inhabilitadas para contratar con el Estado, mientras persista la deuda. |
| Ley 1148 de 2007, artículo 1 que modificó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 | Expresa inhabilidades e incompatibilidades en relación con los parientes de funcionarios departamentales y locales. |
| Ley 1474 de 2011 | **Artículo 5o.** Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#2)o de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.  **Artículo 90. INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO.** Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:  a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;  b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;  c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.  La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.  **PARÁGRAFO.** La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. |
| Ley 1150 de 2007, artículo 6º, numeral 6.3 (mod. Art. 221 del Decreto 019 de 2012) | La Ley 1150 de 2007, en el artículo 6º, numeral 6.3 (mod. Art. 221 del Decreto 019 de 2012), prescribe que está inhabilitada por cinco años la persona cuya inscripción en el Registro Único de Proponentes sea cancelada como consecuencia de graves inconsistencias y que en caso de reincidencia la inhabilidad será permanente. |

Cabe recordar que la consulta tiene como finalidad principal conocer la viabilidad de admitir a FEDEGAN como antiguo administrador del Fondo Nacional del Ganado – FNG, mediante el cual se manejan los recursos parafiscales provenientes del recaudo de la cuota de fomento ganadero y lechero, en el proceso de licitación que se adelante para contratar la administración de dichos recursos. Lo anterior, debido a que el Fondo Nacional del Ganado entró en proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006 en su calidad de controlante de la Sociedad Frigoríficos Ganaderos de Colombia S.A. – FRIOGAN S.A. y como deudor solidario y garante de sus obligaciones. Es decir, si esta situación conlleva que FEDEGÁN esté incursa en alguna causal que le impida participar en dicho proceso por haber ostentado la calidad de administrador del FNG el cual entró en proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2006.

Revisadas las causales de inhabilidad e incompatibilidad aplicables a particulares que ejercen funciones administrativas no encuentra la Sala que alguna de ellas se ajuste a la situación planteada en la consulta respecto a Fedegán como antiguo administrador del FNG que entró en proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2006.

Restaría revisar si la ley de insolvencia contempla alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad para los administradores de las entidades o fondos sometidos a un proceso de reorganización.

La Ley 1116 de 2006 en su artículo 83, corregido por el artículo 2 del Decreto 2190 de 2007, consagra una inhabilidad para ejercer el comercio para aquellos administradores o socios de la deudora que esté incursa en un proceso de reorganización y que incurran en alguna de las conductas señaladas en dicha disposición, las cuales deben ser declaradas por el juez del concurso quien ordena además la inscripción en el registro mercantil[[40]](#footnote-40), situación que no se acredita en la consulta.

Cabe recordar que la actividad de Fedegán como administrador del Fondo Nacional del Ganado debía circunscribirse al cumplimiento de los objetivos señalados en la ley[[41]](#footnote-41).

1. **Análisis de los artículos 24 de la Ley 222 de 1995; 61, 78 y 82 de la Ley 1116 de 2006 y 53, numeral 5, literal d), inciso segundo del EOSF – Serán situaciones que se constituyan en impedimento y/o prohibición para participar en un proceso contractual?**

Procede la Sala de Consulta y Servicio Civil a hacer un breve análisis sobre el alcance de las disposiciones señaladas en la consulta que regulan la responsabilidad de los administradores, para determinar si las mismas pueden constituirse como una restricción para la participación de FEDEGÁN en un proceso contractual que se adelante para contratar la administración de los recursos parafiscales del FNG. Esto debido a que tanto el Fondo Nacional del Ganado del cual FEDEGÁN era su administrador y Friogán entidad controlada por el Fondo (al poseer este el 78.67% de las acciones suscritas de aquella), terminaron en un proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006.

Al analizar cada una de dichas disposiciones encuentra la Sala que las mismas se refieren a la responsabilidad que se le puede atribuir a un administrador de una (i) empresa sometida a un proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006, (ii) sociedad comercial y (iii) entidad financiera.

1. **Ley 1116 de 2006, artículo 78 y Ley 222 de 1995, artículo 24**

La Ley 1116 de 2006 en su artículo 78[[42]](#footnote-42) hace remisión normativa a los deberes consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y a las reglas de responsabilidad civil señaladas en el artículo 24 ibidem, en los eventos en que la administración del deudor, en este caso Fedegán como administrador el FNG, incumpla lo señalado en el “Código de Gestión Ética Empresarial y de Responsabilidad Social” incluido en un acuerdo de reorganización.

La pregunta que se formula la Sala es si en el proceso de reorganización empresarial del FNG se suscribió un Acuerdo de Reorganización y de ser afirmativa la respuesta se incorporó en el mismo el “Código de Gestión Ética Empresarial y de Responsabilidad Social” como desarrollo de la Transparencia Empresarial que se exige a los empresarios.

Del análisis de la documentación y de lo reseñado en la consulta, se tiene que el proceso de reorganización empresarial fracasó y en consecuencia la Superintendencia de Sociedades continuó con la segunda fase del procedimiento de Insolvencia, es decir inició el proceso de Liquidación Judicial[[43]](#footnote-43). En consecuencia, si no se llegó a un acuerdo de reorganización no se pudo haber incorporado en el mismo un “Código de Gestión Ética Empresarial y de Responsabilidad Social” y por ende no es posible predicar un incumplimiento de algo que no ha nacido a la vida jurídica. Sin embargo, no puede desconocerse que aún estando en este segundo proceso, es decir en la Liquidación Judicial, las partes pueden solicitar que se adelante un acuerdo de reorganización al cual se le aplican todas las reglas previstas para un acuerdo de reorganización generado en la primera fase del proceso de insolvencia[[44]](#footnote-44).

Por incumplir las obligaciones del “Código de Gestión Ética Empresarial y de Responsabilidad Social” los administradores se hacen acreedores a la remoción del cargo y a la imposición de multas sucesivas de carácter personal hasta por doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, sanciones impuestas por el juez del concurso. Adicionalmente, el administrador se hace responsable civilmente, de manera solidaria e ilimitada, por los perjuicios que le haya ocasionado a la sociedad, en este caso sería el FNG, a los socios o a terceros, siempre y cuando haya actuado con dolo o culpa[[45]](#footnote-45), pero esta responsabilidad debe ser declarada por un juez y tiene connotación pecuniaria.

1. **Ley 1116 de 2006, artículo 82**

El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006[[46]](#footnote-46) consagra la responsabilidad de los administradores, entre otros, cuando con su conducta dolosa o culposa desmejore la prenda común de los acreedores.

Por desmejorar la prenda común de los acreedores la ley estipula una responsabilidad civil consistente en el pago del faltante del pasivo externo y requiere declaración judicial en un proceso que se adelante para tal fin.

1. **Ley 1116 de 2006, artículo 61**

El artículo 61 de la Ley 1116 de 2006[[47]](#footnote-47) contempla un evento de responsabilidad para la sociedad matriz o controlante, en este caso haciendo símil sería para el FNG, de responder de manera subsidiaria por las obligaciones de la sociedad controlada, que para el caso sería Friogán, si se demuestra en un procedimiento abreviado adelantado ante el mismo juez del concurso que la situación de insolvencia o liquidación judicial fue producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la controlante en su propio interés y en detrimento de la sociedad en reorganización o en proceso de liquidación judicial. Esta situación debe ser demostrada en un proceso y declarada por el juez del concurso.

En este evento cuando la sociedad matriz o controlante haya sido la causante de la situación de insolvencia o liquidación judicial de la sociedad controlada, la responsabilidad es para la sociedad controlante. Esta responsabilidad consiste en responder en forma subsidiaria por las obligaciones de la controlada.

1. **Decreto 663 de 1993 (EOSF), artículo 53, numeral 5, literal d), inciso 2**

Por último, el artículo 53, numeral 5, literal d), inciso 2 del Decreto 663 de 1993 *"Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración"[[48]](#footnote-48)*, está contenido en la PARTE III. NORMAS RELATIVAS AL FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS, CAPITULO I. CONSTITUCION. Este artículo regula el procedimiento para la constitución de entidades que deban quedar sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, indicando que se deben constituir *“bajo la forma de sociedades anónimas mercantiles o de asociaciones cooperativas, con excepción de los bancos y compañías de seguros del exterior que operen en el país por medio de sucursales, las cuales podrán operar bajo la forma jurídica que tengan”[[49]](#footnote-49)*. Señala la disposición que el Superintendente Financiero se abstendrá de autorizar la constitución de una entidad a las que se hace referencia cuando a su juicio los solicitantes no hayan acreditado satisfactoriamente el carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación y en todo caso cuando estas personas que participen en la operación *“sean o hayan sido responsables del mal manejo de los negocios de la institución en cuya dirección o administración hayan intervenido”,* entre otros eventos, facultando al Superintendente Bancario a abstenerse de autorizar la participación de los administradores que estuvieren desempeñando el cargo a la fecha en que se haya decretado la toma de posesión de una entidad financiera con fines de liquidación.

Sobre esta disposición, la Sala no encuentra relación respecto a la situación fáctica planteada, además de ser una norma aplicable a entidades financieras situación ajena al FNG. El ámbito de aplicación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es como su nombre lo indica para las entidades que conforman dicho sistema, es decir para establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización, entidades aseguradoras e intermediarios de seguros y reaseguros[[50]](#footnote-50).

Como puede observarse, por tratarse de responsabilidades es la misma ley la que señala cuáles son las sanciones atribuibles en caso de incumplimiento. De otro lado, las responsabilidades de los administradores de entidades inmersas en procesos de reorganización empresarial, para el caso planteado administrador del FNG, no tienen la fuerza de convertirse en causales de inhabilidad e incompatibilidad que se constituyan en limitantes de la libertad y la capacidad que tienen las personas para la participación en procesos contractuales.

1. **Alcance de los pliegos de condiciones - factores de evaluación de propuestas - prohibición de crear en los pliegos de condiciones causales de inhabilidad e incompatibilidad que limiten la libertad de concurrencia.**

Vistos los acápites anteriores en los cuales se concluyó que la situación de Fedegán como administrador del FNG que entró en proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006 no constituye causal de inhabilidad e incompatibilidad para participar en el proceso contractual para la administración de las cuotas parafiscales de fomento ganadero y lechero y tampoco genera restricción para su participación las responsabilidades atribuidas a los administradores consagradas en los artículos 24 de la Ley 222 de 1995; 61, 78 y 82 de la Ley 1116 de 2006 y 53, numeral 5, literal d), inciso segundo del EOSF, pasa la Sala a analizar la inquietud planteada en la consulta sobre la viabilidad de tener en cuenta en el proceso de selección los antecedentes descritos en precedencia.

Se cuestiona la Sala qué debe entenderse cuando se pregunta sobre la posibilidad de tener en cuenta en un proceso de selección los antecedentes descritos en precedencia.

Sobre el particular se analizarán varias situaciones que se pueden evidenciar al plantearse la inquietud señalada.

1. **Alcance de los pliegos de condiciones**

Sea lo primero indicar que los pliegos de condiciones deben contener tanto los requisitos habilitantes de los proponentes como los requisitos de ponderación de las propuestas, entre otros aspectos. La Ley 1150 de 2007[[51]](#footnote-51) señala como requisitos habilitantes de los proponentes la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación, los cuales son objeto de verificación y no otorgan puntaje. Con estos requisitos se busca conocer la idoneidad de los proponentes para el desarrollo del objeto contractual. En los pliegos de condiciones las entidades pueden determinar de manera excepcional otros requisitos habilitantes cuando por *“las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro”[[52]](#footnote-52).*

Los requisitos de evaluación de las propuestas son los determinados en los pliegos de condiciones, sin embargo la ley[[53]](#footnote-53) señala a título enunciativo el precio, la calidad, la experiencia específica y el equipo de trabajo, los cuales serán adoptados según la naturaleza, objeto del contrato, entre otros.

Los procedimientos contractuales y en particular el de licitación adoptado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para la contratación de la administración de las cuotas parafiscales de fomento ganadero y lechero, se basan en tres principios fundamentales: la libertad de concurrencia, la publicidad y la igualdad entre los licitantes, principios estos ampliamente desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina.

Entre los pronunciamientos que ha hecho el Consejo de Estado sobre la libertad de concurrencia, se cita la sentencia de la Sección Tercera del 1º de octubre de 2014, Exp. 34778:

*“En relación con los requisitos habilitantes es pertinente mencionar la sentencia C-713 de 2009 de la Corte Constitucional, mediante la cual declaró exequible el numeral 1 del mencionado artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, en relación con la expresión, “y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo”, oportunidad en la que esa Corte cerró el paso a la creación de condiciones restrictivas que carezcan de soporte legal o constitucional, a la vez que advirtió que dentro del marco legal, toda restricción que sea impuesta a los requisitos habilitantes para participar en la licitación debe ser proporcional y razonable:*

*´La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisible la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.´*

*Pues bien, sin entrar en las disposiciones de la Ley 1150 de 2007, que constituye norma posterior a los hechos materia del sub-lite, con base en los parámetros de la Ley 80 de 1993 se concluye sobre el imperativo de definir en el pliego de condiciones las reglas objetivas, justas, claras y completas que gobiernen el procedimiento de licitación y aplicarlas congruentemente en el sentido en que respeten la igualdad de todos los interesados en proponer y el derecho a la adjudicación del proponente que presente la oferta más favorable, en todo caso de acuerdo con las reglas del pliego. Se observa, en el mismo orden de ideas, que la declaratoria de desierta se impone cuando resulte de las reglas de la selección objetiva, así determinadas”[[54]](#footnote-54).*

Sobre el principio de igualdad el Consejo de Estado igualmente ha hecho múltiples pronunciamientos, entre los que se cita:

“*Como principio rector de la contratación, el mismo hace referencia “(…) al deber de la Administración y al derecho de quienes pretenden contratar con el Estado a que la adjudicación de los contratos se realice a la mejor propuesta; que el Estado garantice la mayor concurrencia de ofertas; que ninguno de los oferentes sufra una discriminación no justificada; que todos los participantes tengan el mismo plazo para presentar sus ofertas; que las mismas se sometan por igual a los términos señalados por la Administración; que el Estado justifique con criterios objetivos cuál fue la mejor propuesta; etc.”55, exigencias todas que resultan predicables de cualquier procedimiento de selección de contratistas que adelanten las entidades estatales, independientemente de si se rigen por el estatuto de contratación estatal o por un régimen especial o por las normas de derecho privado, por cuanto tienden a desterrar la arbitrariedad y subjetividad del terreno de la contratación estatal y a lograr que los contratos se celebren y ejecuten por quienes han presentado las mejores ofertas objetivamente consideradas y de esta manera estén en mejores condiciones de satisfacer la necesidad que originó la respectiva contratación”[[55]](#footnote-55).*

Es en los pliegos de condiciones donde se fijan las normas que deben cumplir tanto la administración como los oferentes para participar en el proceso de contratación, las cuales deben ser objetivas y justas, generales e impersonales[[56]](#footnote-56), que garanticen que el proceso de contratación se adelante con transparencia y objetividad. En consecuencia, las reglas contenidas en los pliegos de condiciones deben ajustarse a los principios enunciados.

Incorporar en los pliegos de condiciones una situación puntual, exclusiva de uno de los posibles participantes en el proceso contractual estaría vulnerando la naturaleza de las reglas propias de los pliegos.

1. **Factores de evaluación de las propuestas**

Los factores de evaluación de las propuestas deben estar contenidos en los pliegos de condiciones y con fundamento en ellos la entidad evalúa las ofertas y elige la que sea más favorable. Estos factores deben definirse de conformidad con los criterios señalados en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007[[57]](#footnote-57) y sus modificaciones, sin perjuicio que en los pliegos de condiciones se determinen otros factores adicionales requeridos en un caso concreto, pero conservando siempre el carácter objetivo del criterio. Esto significa que no le es viable a una entidad incluir criterios de evaluación subjetivos que discriminen o favorezcan a un participante, pues con ello se vulneraría no solo el principio de igualdad sino la selección objetiva del contratista.

La Sala de Consulta hizo un pronunciamiento al respecto y si bien es un concepto anterior a la expedición de la Ley 1150 de 2007, su alcance continúa vigente:

*“Dentro de los pliegos de condiciones la administración determina las reglas básicas tanto del negocio jurídico a celebrarse, como aquellas que rigen la selección de oferentes, las cuales deben ser objetivas, justas, claras y completas de manera tal que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva, eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso, no induzcan a error a los proponentes y contratistas e impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, conforme lo dispone el artículo 24.5 literales b) y e).*

*Conforme a lo anterior,* ***las autoridades contratantes en los pliegos de condiciones pueden incluir, además de los criterios indicados en la ley, otros factores que deban tenerse en cuenta, de conformidad con el objeto del contrato, así como la ponderación o calificación que se asigna a cada uno de ellos en la correspondiente evaluación de las propuestas, sin que ello signifique la permisión de incluir factores discriminatorios***  *que violen el principio de igualdad de oportunidades entre los licitantes5, el cual es, sin duda, esencia de la selección objetiva del contratista”[[58]](#footnote-58).* (Resaltado nuestro)

1. **Prohibición de crear en los pliegos de condiciones causales de inhabilidad e incompatibilidad que limiten la libertad de concurrencia**

Como lo indicó la Sala a lo largo de este concepto, las inhabilidades e incompatibilidades son de reserva constitucional y legal por ser cláusulas restrictivas de la libertad de concurrencia, razón por la cual no puede una entidad crearlas en los pliegos de condiciones.

Sobre el particular, el Consejo de Estado señaló:

*“…tal como se desprende del contenido de la letra a) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80, a cuyo tenor (…)*

*Tal como lo refleja la simple lectura de la norma legal transcrita, únicamente podrán tenerse como inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales, aquellas personas que se encuentren inhabilitadas para contratar por mandato de la Constitución Política o de las leyes de la República, disposición que lejos de constituir una tautología permite resaltar que de ninguna manera podrán tenerse como inhábiles para contratar con las entidades estatales a quienes quisiere tenerse como tales por mandato o disposición de normas de inferior jerarquía a las antes mencionadas.*

*Así pues, no hay lugar a tener como inhábiles para participar en licitaciones o para contratar con entidades estatales a quienes sean catalogadas como tales únicamente a través de actos administrativos como son las resoluciones, las circulares, los pliegos de condiciones, los manuales internos de contratación, etc.*

*En consecuencia, en cuanto la consagración de tales prohibiciones –en la modalidad de inhabilidades o de incompatibilidades– son materias reservadas a la Constitución Política o a la ley y dado, además, que corresponden a cuestiones debidamente regladas por las normas superiores, se impone concluir que las entidades estatales no se encuentran facultadas para introducir novedades o modificaciones en esas precisas materias a través de decisiones de naturaleza administrativa[[59]](#footnote-59)”.*

En igual sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil citando jurisprudencia del Consejo de Estado, reiteró el origen constitucional y legal del establecimiento y configuración de las inhabilidades e incompatibilidades, para lo cual indicó que no es viable *“su creación por vía del reglamento, del pliego de condiciones, o de la autonomía negocial”[[60]](#footnote-60).*

La doctrina también señaló al respecto:

*“El principio de libertad de concurrencia es fundamental para asegurar la pluralidad de oferentes, en términos armónicos con el principio de igualdad de oportunidades para presentar ofertas en las mismas condiciones. Su aplicación surge del derecho constitucional de la competencia …*

*Además, se trata de un derecho subjetivo, vinculado a la libertad de empresa, que sólo podría ser limitado por ley o por la Constitución, pero estimamos que un acto administrativo como el pliego de condiciones no puede prohibir a un particular presentar una oferta si no existe un sustento legal o constitucional.*

*Así, las inhabilidades e incompatibilidades y el requisito del registro de proponentes están previstos en la ley como limitaciones al principio de libertad de concurrencia consagrado como una garantía para los administrados.*

*Las inhabilidades e incompatibilidades son de ley y de interpretación restrictiva, pues implican una limitación al particular para participar en procesos de contratación adelantados por la administración y para ejercer su actividad empresarial…”*[[61]](#footnote-61).

Por lo anterior, las entidades públicas deben observar en la elaboración de sus pliegos de condiciones los principios que regulan la contratación y la función administrativa y en consecuencia, (i) deben incluir reglas claras, objetivas, generales e impersonales, (ii) no pueden establecer reglas que estén dirigidas a un único posible participante en el proceso de contratación, (iii) tampoco pueden crear inhabilidades e incompatibilidades pues estas restricciones son de reserva de ley, y (iv) deben incluir factores de evaluación de las propuestas que sean objetivos; no es jurídicamente viable incluir criterios de evaluación subjetivos que discriminen o favorezcan a un participante, pues con ello se vulneraría no solo el principio de igualdad sino la selección objetiva del contratista.

1. **Conclusiones**
2. De conformidad con los artículos 3 de la Ley 89 de 1993, 32 de la Ley 101 de 1993, 29 y 30 del Decreto 111 de 1996, el Fondo Nacional del Ganado es una cuenta o fondo especial sin personería jurídica. En consecuencia, no tiene capacidad jurídica autónoma para actuar como sujeto de derecho por lo que debe ser administrado por una persona jurídica; para su caso, una entidad gremial que reúna las condiciones de representatividad nacional de la actividad que genera las cuotas de fomento ganadero y lechero. Dicho fondo no ostenta, por tanto, la categoría de entidad pública o privada.
3. A través de dicho fondo se administra la cuota de fomento ganadero y lechero, recursos de carácter parafiscal creados por la Ley 89 de 1993 en virtud de la soberanía fiscal del Estado. Esta contribución parafiscal no forma parte del presupuesto general de la Nación y es impuesta por la ley al subsector ganadero y lechero para el beneficio del mismo subsector. Su destinación es exclusiva para el cumplimiento de los objetivos previstos en la misma Ley 89 de 1993 (artículo 4).
4. El manejo, administración y ejecución de la cuota de fomento ganadero y lechero está en cabeza de una entidad gremial que reúna condiciones de representatividad nacional, administración que puede realizarse bien directamente o a través de sociedades fiduciarias, en ambos casos previo contrato con el Gobierno Nacional. La entidad gremial que administre dichos recursos es considerada como un particular que ejerce funciones administrativas.
5. Los particulares que ejercen funciones administrativas están sujetos a un régimen propio de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones señalados en la constitución y en la ley. No puede la administración pública invocar una causal para hechos que no se ajusten a la misma. La aplicación de causales de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición por analogía está proscrita, pues las normas que contienen prohibiciones y por ende limitan derechos de las personas, son de orden público y de interpretación restrictiva.
6. Revisadas las causales de inhabilidad e incompatibilidad aplicables a particulares que ejercen funciones administrativas no encuentra la Sala que alguna de ellas se ajuste a la situación planteada en la consulta respecto a Fedegán como antiguo administrador del FNG que entró en proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2006. Tampoco aparece acreditado que haya operado la causal de inhabilidad para ejercer el comercio señalada en el artículo 83 de la Ley 1116 de 2006 corregido por el artículo 2 del Decreto 2190 de 2007. Le corresponderá al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural hacer las verificaciones respectivas una vez abra un nuevo proceso de licitación.
7. En cuanto al régimen de responsabilidades de los administradores y concretamente respecto a las señaladas en la consulta (artículos 24 de la Ley 222 de 1995; 61, 78 y 82 de la Ley 1116 de 2006 y 53, numeral 5, literal d), inciso segundo del EOSF), son estas mismas disposiciones las que señalan cuales son las sanciones atribuibles en caso de que se generen las situaciones fácticas descritas. En consecuencia, dichas normas no tienen la fuerza de convertirse en causales de inhabilidad e incompatibilidad que se constituyan en limitantes de la libertad y la capacidad que tienen las personas para la participación en procesos contractuales.
8. Los pliegos de condiciones que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse tanto los participantes en un proceso de contratación como la entidad pública deben incorporar reglas claras, objetivas, generales e impersonales que permitan seleccionar al proponente que tenga la oferta más favorable y que se ajuste a las necesidades de la entidad. Por lo tanto, los pliegos no pueden establecer reglas que estén dirigidas a un único posible participante, tampoco pueden crear inhabilidades e incompatibilidades y deben incluir factores de evaluación de las propuestas que sean objetivos, de tal manera que con los mismos no se discrimine ni se favorezca a un participante. Lo anterior, en virtud del principio de igualdad y de selección objetiva.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

1. **La Sala RESPONDE:**

*“Teniendo en cuenta que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en virtud del inciso tercero del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 y del artículo 2.10.5.1 del Decreto 1071 de 2015, asumió temporalmente la administración del Fondo Nacional del Ganado, y por virtud del Decreto 947 de 2016 debe adelantar un proceso de licitación pública para seleccionar el nuevo administrador de la cuota parafiscal de Carne y Leche, pregunta:*

1. *¿Existe aparte de las causales taxativas de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición para contratar establecidas en la ley, alguna disposición, instrumento o figura jurídica en el ordenamiento colombiano vigente que permita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tener en cuenta la conducta del antiguo administrador del fondo parafiscal y las consecuencias de su gestión, dentro del proceso licitatorio que se encuentra en curso para efectos de viabilizar o no su participación en el mismo y de calificar y valorar la eventual propuesta que llegue a presentar?*

No existe una disposición, instrumento o figura jurídica que impida la participación del antiguo administrador del FNG en el proceso de licitación que adelante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para la contratación de los recursos provenientes de la cuota de fomento ganadero y lechero, de acuerdo con los hechos narrados en la consulta.

Los particulares que administran recursos parafiscales ejercen funciones administrativas respecto de esta actividad, razón por la cual se encuentran sujetos al régimen propio de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones señalados en la constitución y en la ley para particulares que ejercen estas funciones. Este régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, dado que limita los derechos de las personas a participar en procesos contractuales, es de reserva legal, de orden público, de interpretación restrictiva y no admite la aplicación por analogía. En consecuencia, para que se le pueda prohibir la participación a un particular, y para el caso en estudio a un particular que administre recursos públicos (parafiscales), en un proceso de contratación, se debe configurar alguna de las causales taxativamente señaladas en la constitución y en la ley. No puede la administración pública invocar una causal relativa a hechos que no se ajusten de manera exacta en una de dichas causales.

1. *¿Puede acudirse en analogía a los artículos 24 de la Ley 222 de 1995, los artículos 61, 78 y 82 de la Ley 1116 de 2006, y el inciso segundo, literal d), numeral 5, del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), para que las situaciones señaladas anteriormente constituyan un impedimento y/o prohibición para que quien se encontraba administrando el fondo parafiscal, y participaba en la administración de la sociedad controlada, pueda participar en un proceso licitatorio que tiene como objetivo contratar al nuevo administrador del fondo o cuenta de contribuciones parafiscales?*

No puede aplicarse la analogía de las citadas disposiciones para restringir la participación de un particular que administre recursos públicos en un proceso de licitación que se adelante para contratar la administración de dichos recursos.

Estas normas enunciadas regulan la responsabilidad que se le puede atribuir a un administrador de una (i) empresa sometida a un proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006, (ii) sociedad comercial y (iii) entidad financiera. Es la misma ley la que señala cuáles son las sanciones atribuibles en caso de incumplimiento, tal como se indicó en el presente concepto.

Estas disposiciones regulan un régimen de responsabilidad y su consecuente sanción, por lo que no pueden erigirse como causales de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición que se constituyan en limitantes de la libertad y la capacidad que tienen las personas para la participación en procesos contractuales.

1. *En caso de no haber ningún impedimento y/o prohibición que impida dicha participación, ¿es viable jurídicamente tener en cuenta en dicho proceso de selección, los antecedentes descritos en precedencia?”*

No es posible señalar una situación particular como criterio de evaluación en un proceso contractual, ni para impedir la participación de un posible proponente. Es en los pliegos de condiciones donde se estipulan las reglas a las cuales deben sujetarse tanto los participantes en un proceso de contratación como la entidad pública. Por lo tanto, ellos deben contener reglas claras, objetivas, generales e impersonales que permitan seleccionar al proponente que tenga la oferta más favorable y que se ajuste a las necesidades de la entidad. Los pliegos no pueden establecer reglas que estén dirigidas a un único posible participante, ni crear inhabilidades e incompatibilidades y no pueden contener factores de evaluación subjetivos. Por el contrario, dichos factores deben ser de carácter objetivo de tal manera que con los mismos no se discrimine ni se favorezca a un participante. Todo lo anterior, en virtud del principio de igualdad y de selección objetiva.

Remítase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR**

Presidente de la Sala Consejero de Estado

**ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ ÁLVARO NAMÉN VARGAS**

Consejero de Estado Consejero de Estado

**LUCÍA MAZUERA ROMERO**

Secretaria de la Sala

1. Ley 89 de 1993, artículo 7: *“****ADMINISTRACIÓN.****<Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura, contratará con la Federación Colombiana de Ganaderos -FEDEGAN-, la administración y recaudo final de las Cuotas de Fomento Ganadero y Lechero…”* [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 89 de 1993, artículo 3: *“****FONDO NACIONAL DEL GANADO.****Créase el Fondo Nacional del Ganado, para el manejo de los recursos provenientes del recaudo de la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero, el cual se ceñirá a los lineamientos de políticas del Ministerio de Agricultura para el desarrollo del sector pecuario. El producto de las Cuotas de Fomento se llevará a una cuenta especial bajo el nombre de Fondo Nacional del Ganado, con destino exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos en la presente Ley”*. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte constitucional, Sentencia C-253 de 1995. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 89 de 1993, artículo 5. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 101 de 1993**,** artículo 32: *“****FONDOS PARAFISCALES AGROPECUARIOS O PESQUEROS.****Los recursos provenientes de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras y los patrimonios formados por éstos, constituirán Fondos especiales en las entidades administradoras, las cuales estarán obligadas a manejarlos en cuentas separadas, de modo que no se confundan con los recursos y patrimonio propios de dichas entidades”*. [↑](#footnote-ref-5)
6. Decreto 111 de 1996, artículo 29: “*Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable…”* (Ley 179 de 1994, artículo [12](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0179_1994.html#12), Ley 225 de 1995, artículo 2). Es importante mencionar que el artículo 12 de la Ley 179 de 1994 fue modificado por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013, norma esta última que fue declarada inexequible con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2015, mediante la Sentencia C-052 de 2015. Se aclara que el artículo 12 de la Ley 179 de 1994 había sido modificado por el artículo 2 de la Ley 225 de 1995, ambas disposiciones compiladas en el artículo 29 del Decreto 111 de 1996. Sobre los efectos de la inexequibilidad y la reviviscencia de las normas se hablará más adelante. [↑](#footnote-ref-6)
7. Decreto 111 de 1996, artículo 30: *“Constituyen fondos especiales en el orden nacional, los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público especifico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador”* (Ley 225/95, artículo [27](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0225_1995.html#27)). [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 101 de 1993, artículo 30 y Ley 1753 de 2015, artículo 106. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto No. 1919 del 4 de septiembre de 2008. Las citas siguientes son del original del concepto: 3“Por la cual se establece la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero y se crea el Fondo Nacional del Ganado”. Diario Oficial No. 41.132 de diciembre 10 de 1993. / 4“Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional”. / 5“Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional”. / 6“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.” / 7Los decretos 1050 y 3130, fueron derogados expresamente por el artículo 121 de la Ley 489. / 8“por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. / 9 “Artículo 4º.- Objetivos. Los recursos del Fondo Nacional del Ganado, se utilizarán preferencialmente en: 1. La comercialización de carne y leche destinada a los estratos sociales de medianos y bajos ingresos. 2. El apoyo a la exportación de ganado, carne y leche. 3. Cofinanciar la inversión en infraestructura física y social complementaria en zonas productoras. 4. La investigación científica y tecnológica y la capacitación en el sector pecuario. 5. La asistencia técnica, la transferencia de tecnología y la capacidad para incrementar la productividad en la industria ganadera. 6. La promoción de cooperativas cuyo objeto sea beneficiar a los productores y consumidores. 7. La financiación de programas y proyectos de fomento ganadero desarrollado por los fondos ganaderos con interés de fomento. 8. Efectuar aporte de capital en empresas de interés colectivo dedicadas a la producción, comercialización e industrialización de insumos y productos del sector pecuario. 9. La organización de industrias con sistemas eficientes de comercialización que permitan en ciertos casos subsidiar los precios de la carne y la leche, alimentos concentrados, subproductos de la carne y la leche, para los consumidores de bajos ingresos. 10. Los demás programas que, previa aprobación de la Junta Directiva del Fondo, procuren el fomento de la ganadería nacional y la regulación de los precios de los productos. Parágrafo 1°. El fondo deberá destinar, por lo menos un 10% de sus ingresos al fomento del consumo de leche y carne en favor de los sectores de bajos ingresos. Parágrafo 2°. Los programas de investigación se realizarán con las corporaciones mixtas que hacen parte del sistema nacional de ciencia y tecnología.” / 22Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22 edición: “Entidad. Colectividad considerada como unidad. Especialmente, cualquier corporación, compañía, institución, etc., tomada como **persona jurídica**”. (Resalta la Sala). [↑](#footnote-ref-9)
10. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto No. 764 del 7 de diciembre de 1995. Señaló: “***2. Fondos especiales****. Por mandato expreso de los artículos 31 y 32 de la ley 101 de 1993 los recursos provenientes de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras pueden ser administrados directamente por estas a través de la constitución de fondos especiales, caso en el cual deben manejarse en cuentas separadas; "de modo que no se confundan con los recursos propios de dichas entidades" o mediante sociedades fiduciarias previo contrato especial con el Gobierno Nacional. Tales fondos son públicos pero de naturaleza especial (sic) por cuanto el sujeto que los administra solo puede darles una destinación específica que, (sic) la señala la misma ley. Estos fondos carecen de personería jurídica, es decir, no tienen capacidad jurídica autónoma lo cual les impide actuar como sujetos del derecho. Ello también explica porqué solo pueden ser manejados o administrados por una persona jurídica. No forman parte de la hacienda por cuanto el Estado no puede disponer libremente de ellos”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 89 de 1993, artículo 1º: *“La contribución parafiscal para el fomento del sector ganadero y lechero se ceñirá a las condiciones estipuladas en la presente Ley, en los términos del numeral 12 del artículo*[*150*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr004.html#150)*de la Constitución Nacional”*. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ley 101 de 1993, artículo 29. *“NOCIÓN. Para los efectos de esta ley,* ***son contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras*** *las que en casos y condiciones especiales, por razones de interés general, impone la ley a un subsector agropecuario o pesquero determinado para beneficio del mismo. Los ingresos parafiscales agropecuarios y pesqueros no hacen parte del Presupuesto General de la Nación”*. (Resaltado nuestro) [↑](#footnote-ref-12)
13. Ley 101 de 1993, artículo 30 y Ley 1753 de 2015, artículo 106. [↑](#footnote-ref-13)
14. Decreto 111 de 1996, artículo 29 (Ley 179 de 1994, artículo [12](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0179_1994.html#12), Ley 225 de 1995, artículo 2). Sobre esta disposición se reitera la mención que se hizo en cita anterior, en el sentido de indicar que el artículo 12 de la Ley 179 de 1994 fue modificado por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013, norma esta última que fue declarada inexequible con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2015, mediante la Sentencia C-052 de 2015. Este artículo 12 de la Ley 179 de 1994 había sido modificado por el artículo 2 de la Ley 225 de 1995, ambas disposiciones compiladas en el artículo 29 del Decreto 111 de 1996. Sobre los efectos de la inexequibilidad y la reviviscencia de las normas se hablará más adelante. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencia C-132 de 2009. [↑](#footnote-ref-15)
16. Constitución Política, artículo 64. *“Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educacion <sic>, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos”*. / Artículo 65: *“La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras. De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad”*. / Artículo 66: *“Las disposiciones que se dicten en materia crediticia podrán reglamentar las condiciones especiales del crédito agropecuario, teniendo en cuenta los ciclos de las cosechas y de los precios, como también los riesgos inherentes a la actividad y las calamidades ambientales”*. [↑](#footnote-ref-16)
17. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 764 del 7 de diciembre de 1995. En dicho concepto se dijo lo siguiente: **“*1. Rentas parafiscales.*** *No obstante imprecisiones y diferencias que se sucedieron entre distintas teorías, la noción de parafiscalidad, había sido aceptada por la jurisprudencia colombiana, antes de la vigencia de la Constitución que nos rige en la actualidad. La Constitución de 1991 introdujo el concepto de la parafiscalidad en los artículos 150-12, 179-3 y 338; en efecto, señala que el Congreso, en cumplimiento de sus funciones, podrá establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley; que no podrán ser congresistas quienes hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección; y que en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. El artículo 150-12 le asigna al Congreso establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente contribuciones parafiscales, en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley. El término "contribuciones fiscales", significa ingresos corrientes del Estado que son recursos fiscales. Cuando se emplea la frase "contribuciones parafiscales", se quiere significar que se trata de contribuciones de naturaleza propia que no hacen parte del presupuesto nacional, y dotados de un régimen jurídico especial. Las leyes, según el artículo 154 de la Carta, pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras. No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales. Por su parte, el artículo 359 de la Constitución Nacional prohibe las rentas nacionales de destinación específica, con excepción de las participaciones en favor de las entidades territoriales, las destinadas a inversión social y las que en virtud de leyes anteriores hubieren sido destinadas a la previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías. En tal orden de ideas se concluye que la prohibición del artículo 359 no comprende a las contribuciones parafiscales que no afectan el fisco, no surgen como participación o transferencias de rentas nacionales, no son impuestos y por lo tanto cuentan con un régimen jurídico especial, distinto del consagrado para los ingresos tributarios de la Nación. La Corte Constitucional ha sostenido que: "La parafiscalidad es una técnica del intervencionismo económico legitimada constitucionalmente, y destinada a recaudar por fuera del presupuesto nacional unos recursos destinados a una colectividad que presta un servicio de interés general. Dicha técnica se utiliza, por ejemplo, para el fomento de actividades agrícolas, de servicios sociales como la seguridad social, de la investigación científica y del progreso tecnológico, que constituyen todos intereses de gremios o colectividades especiales, pero con una relevante importancia social. Es por esta razón que el Estado impone el pago obligatorio de la contribución y presta su poder coercitivo para el recaudo y debida destinación de los recursos. Se trata, en últimas, de la aplicación concreta del principio de solidaridad, que revierte en el desarrollo y fomento de determinadas actividades consideradas como de interés general"*”. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 914 del 16 de diciembre de 1996. En dicho concepto señaló: ***“2.1******Las contribuciones parafiscales.*** *Están definidas legalmente como “los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable” (art. 29, decreto 111/96). La jurisprudencia constitucional le atribuye a la contribución parafiscal las siguientes características : es un tributo especial impuesto por el Estado en ejercicio de su soberanía fiscal, distinto a los impuestos y las tasas, que se cobra de manera obligatoria a un grupo, gremio o colectividad, cuyos intereses o necesidades se satisfacen con los recursos recaudados; se puede imponer a favor de entidades públicas, semipúblicas o privadas que ejerzan actividades de interés general, las cuales pueden verificar y administrar los recursos recaudados, que no acrecientan el presupuesto nacional, departamental o municipal. Estas contribuciones, se denominan parafiscales porque están al lado de las fiscales, dado que “para” se usa aquí como prefijo y significa “junto a, al margen de, o al lado de”. Tanto las contribuciones fiscales como las parafiscales tienen carácter público; estas últimas porque su creación es de origen público, su destinación es de interés público, ingresan a una cuenta de carácter público y están sujetas al control y vigilancia del Estado”.*  [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 89 de 1993, artículo 7o. **ADMINISTRACIÓN.** <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> *“El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura, contratará con la Federación Colombiana de Ganaderos -FEDEGAN-, la administración y recaudo final de las Cuotas de Fomento Ganadero y Lechero.*

    *El respectivo contrato administrativo deberá tener una duración no inferior a diez (10) años, y en el cual se dispondrá lo relativo al manejo de los recursos, la definición y ejecución de programas y proyectos, las facultades y prohibiciones de la entidad administradora y demás requisitos y condiciones que se requieren para el cumplimiento de los objetivos legales, así como la contraprestación por la administración de las cuotas, cuyo valor será el cinco por ciento (5%) del recaudo anual…”.* [↑](#footnote-ref-19)
20. Ley 101 de 1993, artículo 30. **ADMINISTRACIÓN Y RECAUDO.** *“La administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas.*

    *Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno Nacional; este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración…”.* [↑](#footnote-ref-20)
21. Ley 1753 de 2015, artículo 106: **ADMINISTRACIÓN Y RECAUDO DE LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES AGROPECUARIAS Y PESQUERAS.***“La administración de todas las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas.*

    *Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno nacional. Este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración…”.*  [↑](#footnote-ref-21)
22. Decreto 111 de 1996, artículo 29. *“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.*

    *Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración”* (Ley 179/94, artículo [12](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0179_1994.html#12). Ley 225/95, artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0225_1995.html#2)o.). [↑](#footnote-ref-22)
23. Corte Constitucional, Sentencia C-678 de 1998. [↑](#footnote-ref-23)
24. Corte Constitucional, Sentencia C-651 de 2001. La cita siguiente es del original del texto: 5Entre otras sentencias C-678 de 1998M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-536 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz. En la primera de ellas se expresa que tal exigencia halla fundamento en 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”* y en esos términos desarrolla cabalmente el artículo 2° de la Constitución*.* [↑](#footnote-ref-24)
25. Estatutos FEDEGÁN. Disponible en: static.contextoganadero.com/Publicaciones/ESTATUTOS\_FEDEGAN\_35\_Congreso\_Ganadero\_2016.pdf Consultado el 9 de noviembre de 2017. [↑](#footnote-ref-25)
26. SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Primera Ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2017, 133 p. ISBN: 978-958-772-795-I [↑](#footnote-ref-26)
27. CANIZALES Herrera, Laura Milena y LEÔN, Galeano Carolina Fernanda. Particulares que ejercen funciones públicas para la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tesis (Director Hernán Alejandro Olano García MSc., PhD). Bogotá Colombia: Universidad de la Sabana Puente El Común Chía, Centro de Investigaciones Socio- Jurídicas – Facultad de Derecho, 2004, 23 p. Disponible en: <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5391/129363.pdf?sequence=1> Consultado el 7 de noviembre de 2017. La cita siguiente es del origen del texto: 8AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos del derecho administrativo general. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 1999. Pág. 131. [↑](#footnote-ref-27)
28. Constitución Política, 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.*** *La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes”*. (Resaltado nuestro) [↑](#footnote-ref-28)
29. Corte Constitucional, Sentencia C- 091 de 1997. [↑](#footnote-ref-29)
30. Corte Constitucional, Sentencia C-085 de 2014. La cita siguiente es del origen del texto: 13Principio de decisión manifestado cuando fue sometido a la consideración de la Sección Cuarta un caso en que se presentó acción de nulidad contra la *conformidad con el monto de deuda* expedida por la DIAN, y no contra el acto expedido por el administrador del Fondo. Sección Cuarta, Consejo de Estado, Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicación 17702. [↑](#footnote-ref-30)
31. Sobre este tema ya se había pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en varios conceptos, entre los que se encuentran el No. 2260 del 10 de agosto de 2015 y el No. 2264 del 27 de agosto de 2015. [↑](#footnote-ref-31)
32. Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 1996. La cita siguiente es del original de la Sentencia: 2 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-32)
33. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Tercera Ed. Bogotá. Legis, 2016, 148 p. ISBN Papel: 978-958-767-329-6 [↑](#footnote-ref-33)
34. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2260 del 10 de agosto de 2015. Las citas siguientes son del original del texto: 106Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, exp. n.º 925, Concepto del 30 de octubre de 1996. / 107Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de junio de 2004, exp. n.º 1578. / 108Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 1994/ 109Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715 / 110Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 14 de marzo de 2012, exp. n.º 20.395. / 111Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de julio de 1998, exp. n.º1114. / 112Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de abril de 2006, exp n.º 1732: *“Las razones de interés general en que se fundamenta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el estatuto de contratación estatal… han llevado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación a determinar que las normas que lo fijan son de naturaleza exceptiva y su interpretación debe hacerse con carácter restrictivo. Precisamente por poseer este carácter, su aplicación debe ajustarse estrictamente a los presupuestos que para cada causal haya señalado el legislador…” /* 113El artículo referido comprende los criterios de interpretación textual restrictiva y extensiva. El primero se explica con base en el principio de *“expressio unius est exclusio alterius”*, el cual significa que la expresión de uno es la exclusión del otro, de manera que en el evento en que se haya realizado una lista de causales, actividades o supuestos fácticos, para determinar el contenido y alcance de un texto, se deberá entender que comprende solamente lo que en él se expresó. Por el contrario, el criterio de interpretación extensiva, expuesto bajo la máxima *“ejusdem generis”*, indica que frente a los listados comprendidos en textos jurídicos, se considerarán incorporadas aquellas cosas que a pesar de no estar incluidas expresamente, son de la misma clase o condición de aquellas que sí se plasmaron.

    En relación con estas máximas interpretativas, la Sala aprecia que el sentido de la ley es *“genuino”* cuando se lo interpreta para restringir las hipótesis de inhabilidad a los casos especificados en la norma, en función de la naturaleza de la norma como excepción al régimen general de la libertad contractual. En consonancia, huelga concluir que no procede la interpretación extensiva en atención al origen y a los cometidos de la norma, debidamente explicados con anterioridad. Ahora bien, habida cuenta de que el artículo 31 remite a los demás criterios hermenéuticos, la Sala considera conveniente señalar que en atención a lo prescrito por el artículo 28, en su primera parte, es decir la regla según la cual: *“las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas”*, resulta natural y obvio entender que un listado que limita el derecho que tienen las personas para la participación en licitaciones y celebración de contratos con el Estado, es de interpretación restrictiva. / 114Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de octubre de 2009, exp. n.º 1966. / 115Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. n.º 14.652. [↑](#footnote-ref-34)
35. Ley 734 de 2002, artículo 52. [↑](#footnote-ref-35)
36. Ibidem, artículo 53 <Artículo modificado por el artículo [44](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html#44) de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:>: *“****SUJETOS DISCIPLINABLES.****El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.*

    *Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.*

    *Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.*

    *No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.*

    *<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva”.* [↑](#footnote-ref-36)
37. Ibidem, artículo 54. [↑](#footnote-ref-37)
38. El desarrollo de esta causal de inhabilidad/Incompatibilidad/Prohibición en la columna correspondiente a Desagregación de las inhabilidades / Incompatibilidades / Prohibiciones, tuvo como fundamento lo señalado en el siguiente documento:CANIZALES Herrera, Laura Milena y LEÔN, Galeano Carolina Fernanda. Particulares que ejercen funciones públicas para la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tesis (Director Hernán Alejandro Olano García MSc., PhD). Bogotá Colombia: Universidad de la Sabana Puente El Común Chía, Centro de Investigaciones Socio- Jurídicas – Facultad de Derecho, 2004, 52-54 pp. Disponible en: <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5391/129363.pdf?sequence=1> Consultado el 7 de noviembre de 2017. [↑](#footnote-ref-38)
39. Ley 734 de 2002, artículo 35: “Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo. 2. Imponer a otro servidor público trabajos ajenos a sus funciones o impedirle el cumplimiento de sus deberes. 3. Solicitar, directa o indirectamente, dádivas, agasajos, regalos, favores o cualquier otra clase de beneficios. 4. Aceptar, sin permiso de la autoridad correspondiente, cargos, honores o recompensas provenientes de organismos internacionales o gobiernos extranjeros, o celebrar contratos con estos, sin previa autorización del Gobierno. 5. Ocupar o tomar indebidamente oficinas o edificios públicos. 6. Ejecutar actos de violencia contra superiores, subalternos o compañeros de trabajo, demás servidores públicos o injuriarlos o calumniarlos. 7. Omitir, negar, retardar o entrabar el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado. 8. Omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares o a solicitudes de las autoridades, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento. 9. <Numeral INEXEQUIBLE> Sentencias C-350-09 y C-467-09. 10. Constituirse en acreedor o deudor de alguna persona interesada directa o indirectamente en los asuntos a su cargo, de sus representantes o apoderados, de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o de su cónyuge o compañero o compañera permanente. 11. <Aparte tachado INEXEQUIBLE Sentencia [C-949-02](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-949_2002.html#1)> Incumplir de manera reiterada e injustificada obligaciones civiles, laborales, comerciales o de familia impuestas en decisiones judiciales **~~o administrativas~~** o admitidas en diligencia de conciliación. 12. Proporcionar dato inexacto o presentar documentos ideológicamente falsos u omitir información que tenga incidencia en su vinculación o permanencia en el cargo o en la carrera, o en las promociones o ascensos o para justificar una situación administrativa. 13. Ocasionar daño o dar lugar a la pérdida de bienes, elementos, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder por razón de sus funciones. 14. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas. 15. Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos. 16. Asumir obligaciones o compromisos de pago que superen la cuantía de los montos aprobados en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC). 17. Ejercer cualquier clase de coacción sobre servidores públicos o sobre particulares que ejerzan funciones públicas, a fin de conseguir provecho personal o para terceros, o para que proceda en determinado sentido. 18. Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación. 19. Reproducir actos administrativos suspendidos o anulados por la jurisdicción contencioso-administrativa, o proceder contra resolución o providencia ejecutoriadas del superior. 20. Permitir, tolerar o facilitar el ejercicio ilegal de profesiones reguladas por la ley. 21. Dar lugar al acceso o exhibir expedientes, documentos o archivos a personas no autorizadas. 22. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible Sentencia [C-257-13](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-257_1913.html#INICIO) > <Numeral modificado por el artículo [3o](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html#3). de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado. Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones. Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe <sic> sujetos claramente determinados. 23. Proferir en acto oficial o en público expresiones injuriosas o calumniosas contra cualquier servidor público o las personas que intervienen en los mismos. 24. Incumplir cualquier decisión judicial, fiscal, administrativa, o disciplinaria en razón o con ocasión del cargo o funciones, u obstaculizar su ejecución. 25. Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo. 26. Distinguir, excluir, restringir o preferir, con base en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra de la vida pública (artículo 1o., Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada en Colombia mediante la Ley 22 de 1981). 27. Ejercer la docencia, dentro de la jornada laboral, por un número de horas superior al legalmente permitido. 28. Manifestar indebidamente en acto público o por los medios de comunicación, opiniones o criterios dirigidos a influir para que la decisión contenida en sentencias judiciales, fallos disciplinarios, administrativos o fiscales sean favorables a los intereses de la entidad a la cual se encuentra vinculado, en su propio beneficio o de un tercero. 29. Prescindir del reparto cuando sea obligatorio hacerlo, o efectuarlo en forma irregular. 30. Infringir las disposiciones sobre honorarios o tarifas de los profesionales liberales o auxiliares de la justicia y/o el arancel judicial, en cuantía injusta y excesiva. 31. Tener a su servicio, en forma estable para las labores propias de su despacho, personas ajenas a la entidad. 32. <CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. Este Numeral corresponde al Numeral 8o. del Artículo [41](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0200_1995.html#41) de la Ley 200 de 1995 que fue declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia [C-280-96](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-280_1996.html#1) > Propiciar, organizar o participar en huelgas, paros o suspensión de actividades o disminución del ritmo de trabajo, cuando se trate de servicios públicos esenciales definidos por el legislador. 33. Adquirir, por sí o por interpuesta persona, bienes que se vendan por su gestión o influir para que otros los adquieran, salvo las excepciones legales. 34. Proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración, cuando no esté facultado para hacerlo. 35. <Aparte tachado INEXEQUIBLE Sentencia [C-328-03](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-328_2003.html#1)> Las demás prohibiciones consagradas en la ley **~~y reglamentos~~**. [↑](#footnote-ref-39)
40. Ley 1116 de 2006, artículo 83. ***“INHABILIDAD PARA EJERCER EL COMERCIO.*** *<Inciso 1o. corregido por el artículo*[*2*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2190_2007.html#2)*del Decreto 2190 de 2007. El texto corregido es el siguiente:> Los administradores y socios de la deudora y las personas naturales serán inhabilitados para ejercer el comercio, hasta por diez (10) años, cuando estén acreditados uno o varios de los siguientes eventos o conductas: 1. Constituir o utilizar la empresa con el fin de defraudar a los acreedores. 2. Llevar la empresa mediante fraude al estado de crisis económica. 3. Destruir total o parcialmente los bienes que conforman su patrimonio. 4. Malversar o dilapidar bienes, que conduzcan a la apertura del proceso de liquidación judicial. 5. Incumplir sin justa causa el acuerdo de reorganización suscrito con sus acreedores. 6. Cuando antes o después de la apertura del trámite, especule con las obligaciones a su cargo, adquiriéndolas a menor precio. 7. La distracción, disminución, u ocultamiento total o parcial de bienes. 8. La realización de actos simulados, o cuando simule gastos, deudas o pérdidas.*

    9. Cuando sin justa causa y en detrimento de los acreedores, hubieren desistido, renunciado o transigido, una pretensión patrimonial cierta. 10. Cuando a sabiendas se excluyan acreencias de la relación de acreedores o se incluyan obligaciones inexistentes. ***PARÁGRAFO.*** En los casos a que haya lugar, el juez del concurso ordenará la inscripción en el registro mercantil de la sanción prevista en este artículo”. [↑](#footnote-ref-40)
41. Ley 89 de 1993, artículo 4o. ***“OBJETIVOS.****Los recursos del Fondo Nacional del Ganado, se utilizarán preferencialmente en: 1.- La comercialización de carne y leche destinada a los estratos sociales de medianos y bajos ingresos.2.- El apoyo a la exportación de ganado, carne y leche. 3.- Cofinanciar la inversión en infraestructura física y social complementaria en las zonas productoras. 4.- La investigación científica y tecnológica y la capacitación en el sector pecuario. 5.- La asistencia técnica, la transferencia de tecnología y la capacitación para incrementar la productividad en la industria ganadera. 6.- La promoción de cooperativas cuyo objeto sea beneficiar a los productores y consumidores. 7.- La financiación de programas y proyectos de fomento ganadero desarrollado por los fondos ganaderos con interés de fomento. 8.- Efectuar aporte de capital en empresas de interés colectivo dedicadas a la producción, comercialización e industrialización de insumos y productos del sector pecuario. 9.- La organización de industrias con sistemas eficientes de comercialización que permitan en ciertos casos subsidiar los precios de la carne y de la leche, alimentos concentrados, subproductos de la carne y de la leche, para los consumidores de bajos ingresos. 10.- Los demás programas que, previa aprobación de la Junta Directiva del Fondo procuren el fomento de la ganadería nacional y la regulación de los precios de los productos.* ***PARÁGRAFO 1o.****El Fondo deberá destinar, por lo menos un 10% de sus ingresos al fomento del consumo de leche y carne en favor de los sectores de bajos ingresos.* ***PARÁGRAFO 2o.****Los programas de investigación se realizarán con las corporaciones mixtas que hacen parte del sistema nacional de ciencia y tecnología”.* [↑](#footnote-ref-41)
42. Ley 1116 de 2006, artículo 78. *“TRANSPARENCIA EMPRESARIAL. Los acuerdos de reorganización incluirán un Código de Gestión Ética Empresarial y de responsabilidad social, exigible al deudor, el cual precisará, entre otras, las reglas a que debe sujetarse la administración del deudor en relación con: 1. Operaciones con asociados y vinculados, incluyendo normas sobre distribución de utilidades y reparto de dividendos durante la vigencia del acuerdo, sujetando el reparto a la satisfacción de los créditos y el fortalecimiento patrimonial del deudor. En todo caso, cualquier decisión al respecto deberá contar con la autorización previa del comité de vigilancia. 2. Manejo del flujo de caja y de los activos no relacionados con la actividad empresarial. 3. Ajustes administrativos exigidos en el acuerdo para hacer efectivos los deberes legales de los administradores de las sociedades consagrados en el artículo*[*23*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html#23)*de la Ley 222 de 1995, y en cualquier otra disposición, de la manera que corresponda según la forma de organización propia del respectivo empresario. 4. Los compromisos de ajuste de las prácticas contables y de divulgación de información de la actividad del deudor o ente contable respectivo a las normas legales que le sean aplicables, los cuales deberán cumplirse en un plazo no superior a seis (6) meses. 5. Las reglas que deba observar la administración en su planeación y ejecución financiera y administrativa, con el objeto de atender oportunamente los créditos pensionales, laborales, de seguridad social y fiscales que surjan durante la ejecución del acuerdo. 6. Otras obligaciones que se acuerden en códigos de buen gobierno.* ***Los administradores de todas las empresas, en forma acorde con la organización del respectivo deudor que no tenga naturaleza asociativa, están sujetos a los deberes legales consagrados en el artículo***[***23***](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html#23)***de la Ley 222 de 1995 y a las reglas de responsabilidad civil previstas en el artículo***[***24***](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html#24)***de la misma ley, sin perjuicio de las reglas especiales que les sean aplicables en cada caso****.* ***PARÁGRAFO. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Códigos de Gestión Ética Empresarial dará lugar a la remoción del cargo y a la imposición de multas sucesivas de carácter personal a cada uno de los administradores y al revisor fiscal, contralor, auditor o contador público responsables, hasta por doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes. La imposición de una o ambas clases de sanciones corresponderá al juez del concurso competente, según el caso, y su trámite no suspende el proceso de insolvencia”.*** (Resaltado nuestro) [↑](#footnote-ref-42)
43. Auto No. 400-008393 del 26 de mayo de 2006 mediante el cual la Superintendencia de Sociedades decretó la terminación del proceso de reorganización del Fondo Nacional del Ganado y adicionalmente, ordenó la celebración del acuerdo de adjudicación de bienes del FNG, el cual debe anunciarse **“en liquidación por adjudicación”**. La Superintendencia sustentó el Auto, entre otros aspectos, en que *“el Fondo Nacional del Ganado no cumplió con la carga de presentar el acuerdo de reorganización, en el término legal e improrrogable de cuatro meses”*, lo que conduce a la realización de manera inmediata de la celebración del acuerdo de adjudicación. [↑](#footnote-ref-43)
44. Ley 1116 de 2006, artículo 66. ***“ACUERDO DE REORGANIZACIÓN DENTRO DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL.****Aprobado el inventario valorado, la calificación y graduación de créditos y los derechos de voto, el liquidador o quienes representen no menos del treinta y cinco por ciento (35%) de los derechos de voto admitidos, podrán proponer la celebración de un acuerdo de reorganización, para lo cual, el juez del concurso, convocará a una audiencia. A este acuerdo, le serán aplicables en lo pertinente las reglas previstas en esta ley para el acuerdo de reorganización”.* [↑](#footnote-ref-44)
45. Ley 222 de 1995, artículo 24. ***“RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.****El artículo*[*200*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr006.html#200)*del Código de Comercio quedará así: ARTICULO 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador. De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo*[*151*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr004.html#151)*del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar. Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal. Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.* [↑](#footnote-ref-45)
46. Ley 1116 de 2006, artículo 82. *“RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SOCIOS, ADMINISTRADORES, REVISORES FISCALES Y EMPLEADOS. Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo. No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos. Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal. La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido. La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario”.*  [↑](#footnote-ref-46)
47. Ley 1116 de 2006, artículo *61. “DE LOS CONTROLANTES. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente. El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años”.* [↑](#footnote-ref-47)
48. Decreto 663 de 1993 (EOSF), articulo 53. ***“PROCEDIMIENTO. … 5. Autorización para la constitución.****<Numeral modificado por el artículo*[*2*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0510_1999.html#2)*o. de la Ley 510 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> <Inciso modificado por el artículo*[*68*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1328_2009_pr001.html#68)*de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Surtido el trámite a que se refiere el numeral anterior (se refiere a publicidad de la solicitud y oposición de terceros), el Superintendente Financiero deberá resolver sobre la solicitud dentro de los cuatro (4) meses siguientes, contados a partir de la fecha en que el peticionario haya presentado toda la documentación que requiera de manera general la Superintendencia Financiera. No obstante lo anterior, el término previsto en este numeral se suspenderá en los casos en que la Superintendencia Financiera solicite información complementaria o aclaraciones. La suspensión operará hasta la fecha en que se reciba la respuesta completa por parte del peticionario. El Superintendente negará la autorización para constituir la entidad cuando la solicitud no satisfaga los requisitos legales. Igualmente la negará cuando a su juicio los solicitantes no hayan acreditado satisfactoriamente el carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación, de tal manera que éstas le inspiren confianza sobre la forma como participarán en la dirección y administración de la entidad financiera. <Incisos 3o. y 4o.  modificado por el artículo*[*8*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0795_2003.html#8)*de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, se abstendrá de autorizar la participación de las siguientes personas: …. d) Aquellas que sean o hayan sido responsables del mal manejo de los negocios de la institución en cuya dirección o administración hayan intervenido…”* [↑](#footnote-ref-48)
49. Decreto 663 de 1993 (EOSF), articulo 53, numeral 1. [↑](#footnote-ref-49)
50. Decreto 663 de 1993 (EOSF), articulo 1. [↑](#footnote-ref-50)
51. Ley 1150 de 2007, artículo 5. [↑](#footnote-ref-51)
52. Ibidem, artículo 6 modificado por el artículo [221](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012_pr004.html#221) del Decreto 19 de 2012, numeral 6.1. [↑](#footnote-ref-52)
53. Ibidem, artículo 5. [↑](#footnote-ref-53)
54. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1 de octubre de 2014, Exp. 34778 [↑](#footnote-ref-54)
55. Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia del 8 de julio de 2014, Rad. 11001-03-15-000-2011-01127-00. Cita original del texto: 55 Cita original No. 66 “ibídem”. [↑](#footnote-ref-55)
56. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Tercera Ed. Bogotá. Legis, 2016, 395 p. ISBN Papel: 978-958-767-329-6. En cuanto al carácter general e impersonal señala el autor que *“Las normas del pliego de condiciones deben preservar la igualdad de oportunidades, lo cual se logra incluyendo reglas objetivas y generales y evitando reglas que tienen nombre propio o condiciones pensadas en determinados oferentes. Se preserva esta característica al interpretar las cláusulas del pliego en sentido estricto o restrictivo”.* [↑](#footnote-ref-56)
57. Ley 1150 de 2007, artículo 5o. *“DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo*[*6*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#6)*o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. 2. <Numeral modificado por el artículo*[*88*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011_pr001.html#88)*de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad. 3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido. 4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores. PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos”.* [↑](#footnote-ref-57)
58. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1373 del 14 de septiembre de 2001. La cita siguiente es del original del texto: 5 *“Debe tenerse en cuenta que la igualdad, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, no consiste en dar un trato idéntico a todos los individuos. “El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.*

    *Corte Constitucional. Sent. C-530 de 1993. Esta tesis fue reiterada en la sentencia C-400/99, en la cual se declararon exequibles apartes de los artículos 24, 25, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993, en cuanto se consideró que no existe en ellos violación al principio de igualdad”.* [↑](#footnote-ref-58)
59. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 14 de marzo de 2013. Exp. 24059. [↑](#footnote-ref-59)
60. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2260 del 10 de agosto de 2015. En dicho concepto se cita la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715. [↑](#footnote-ref-60)
61. GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. El pliego de condiciones en la contratación estatal – La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Primera Ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010, 114-115 pp. ISBN: 978-958-710-575-9. [↑](#footnote-ref-61)