



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., 1º de agosto del 2016

Expediente:	11001032400020160013500
Actor:	Federación de Ganaderos (FEDEGAN)
Demandado:	Gobierno Nacional
Medio de control:	Nulidad
Referencia:	Suspensión Provisional de los Efectos de Actos Administrativos

Se decide la solicitud de suspensión provisional presentada por la Federación de Ganaderos (FEDEGAN), en contra del Decreto 2537 de 29 de diciembre de 2015, “(...) *por medio del cual se adiciona el Título 5 a la Parte 10 del Libro 2 del Decreto 1071 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, relacionado con la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales (...)*”, cuyo texto es el siguiente:

“(...) DECRETO 2537 DE 2015

(Diciembre 29)

Por medio del cual se adiciona el Título 5 a la Parte 10 del Libro 2 del Decreto [1071](#) de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, relacionado con la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, y

CONSIDERANDO:

Que el numeral [12](#) del artículo 150 de la Constitución Política consagra que le corresponde al Congreso de la República establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

Que la Ley 101 de 1993, Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero, establece en el Capítulo Quinto un régimen general para las Contribuciones Parafiscales Agropecuarias y Pesqueras, es decir aquellas 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.

Que el artículo 30 de la Ley 101 de 1993 dispuso que "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. [...]"

Que la Ley [1753](#) de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos Por Un Nuevo País", además de reiterar el contenido del artículo 30 de la Ley 101 de 1993 antes citado, establece en el inciso tercero del artículo 106 que "Si la entidad administradora no está en condiciones de garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que debe regir la ejecución de las contribuciones parafiscales, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por razones especiales definidas mediante reglamento, podrá asumir temporalmente, a través de un encargo fiduciario, la administración de dichas contribuciones y efectuar el recaudo".

Que como consecuencia de dicho mandato legal, es necesario establecer las razones especiales por las cuales el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural puede asumir de manera temporal la administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras, así como los demás aspectos necesarios para el efecto.

Que de acuerdo con lo anterior,

DECRETA:

Artículo 1°. *Adicionase el Título 5 a la Parte 10 del Libro 2 del Decreto [1071](#) de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, así:*

TÍTULO 5

Asunción Temporal de la Administración de las Contribuciones Parafiscales

Artículo 2.10.5.1. *Razones especiales para la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Se considerarán como razones especiales para que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asuma temporalmente la administración de las*

contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras, 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 hayan 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.*

Artículo 2.10.5.2. *Procedimiento aplicable para la asunción temporal de administración de las contribuciones parafiscales. Para los efectos del presente título y en los casos en que se halle en ejecución el contrato de administración respectivo, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, mediante acto administrativo*

motivado, procederá a la asunción de la administración temporal de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras.

Además, tomará las determinaciones que correspondan respecto a la actividad contractual con la administradora de conformidad con la normatividad aplicable.

En los contratos cuyo plazo de ejecución haya terminado, y se configure alguna de las razones especiales previstas en el artículo 2.10.5.1 del presente decreto, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural procederá directamente a la administración de los recursos.

En los documentos de planeación contractual y en el contrato de encargo fiduciario respectivo se determinará la causal o causales aplicables al efecto.

En cualquiera de los eventos aquí previstos el Ministerio realizará la administración a través de un encargo fiduciario, de conformidad con lo previsto en el artículo 106 de la Ley [1753](#) de 2015.

Parágrafo. *Los gastos que demande la administración fiduciaria serán pagados con cargo a la contraprestación prevista por la administración de las cuotas en la ley respectiva.*

Artículo 2.10.5.3. *Ámbito de temporalidad de la asunción de administración de las contribuciones parafiscales por el Ministerio. La asunción de administración de contribuciones parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por las causales establecidas en el artículo 2.10.5.1 del presente decreto, se efectuará por un plazo máximo de un (1) año, prorrogable por dicho Ministerio hasta por otro término igual, contado a partir de la terminación del contrato de administración, o a partir de la expedición del acto administrativo a que hace referencia el inciso inicial del artículo 2.10.5.2 del presente decreto, según el caso*

Artículo 2.10.5.4. *Entrega de la administración. Una vez el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asuma temporalmente*



la administración de las contribuciones parafiscales a las que hace referencia este título, el administrador del Fondo entregará la administración en los términos requeridos por el Ministerio y de conformidad con la normatividad aplicable.

Artículo 2°. Vigencia. *El presente decreto rige a partir de su publicación. (...)”*

1.- La solicitud de suspensión provisional de los efectos del Decreto 2537 de 2015

1.1. Los hechos que fundamentan la solicitud de suspensión provisional

La Federación de Ganaderos (FEDEGAN), inicialmente, se refirió a los hechos que fundamentan su solicitud, dividiendo el análisis en tres (3) puntos: (1) el contexto legal; (2) el desarrollo contractual conforme a las disposiciones legales; y (3) los motivos que tuvo en cuenta el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para no continuar con el contrato suscrito con la Federación de Ganaderos y asumir, en forma directa, la administración de los recursos parafiscales, siguiendo “(...) *las normas del decreto acusado promulgado horas antes para legitimar la actuación del Ministerio (...)*”.

En lo que tiene que ver con el contexto legal, citó las disposiciones aplicables a la controversia, dentro de las que se encuentran la Ley 89 de 1993 (Artículo 2°, 3° y 7°), la Ley 101 de 1993 (Artículo 30°) y la Ley 1753 de 2015 (Artículo 106).



Luego se refirió a los contratos celebrados entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con la Federación de Ganaderos (FEDEGAN), indicando que *“(...) En aplicación de las normas anteriores, desde el momento de creación de la contribución parafiscal para el fomento ganadero y lechero, en aplicación del artículo 7° de la Ley 89 de 1993, la Nación a través del Ministerio de Agricultura contrato con FEDEGAN, sin solución de continuidad y en obediencia de la ley, su administración hasta el 31 de diciembre de 2015, como lo demuestran los contratos siguientes (...)”*, mencionando para el efecto los contratos de administración 017 de 1994 y 026 de 29 de abril de 2004, este último prorrogado múltiples veces mediante las modificaciones números 4 de abril 30 de 2014, 5 de 27 de junio de 2014, 6 de 31 de diciembre de 2014 y 7 *“(...) por la cual se prorrogó el contrato hasta el 31 de diciembre de 2015 (...)”*.

Finalmente se refiere al contrato celebrado entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con Fiduagraria S.A., manifestando que *“(...) En contravía del artículo 7° de la Ley 89 de 1993, por el cual se ordenó al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura, contratar con la Federación Colombiana de Ganaderos - FEDEGAN – la administración y el recaudo final de las Cuotas de Fomento Ganadero y Lechero, el Ministerio, invocando motivos que como se demostrará son falsos o irrelevantes para el efecto, decidió no contratar con FEDEGAN y en su lugar lo hizo con la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A., el día 4 de enero de 2016, utilizando las normas del decreto reglamentario acusado, que fue promulgado horas antes de que expirara el término del contrato con el*



propósito manifiesto como aparece en sus normas de aplicárselo a la entidad (...)."

En relación con los *"(...) MOTIVOS INSTITUIDOS EN EL DECRETO ACUSADO PARA NO CONTRATAR (...)"*, indica que el Decreto 2537 de 2015 fue expedido con el propósito de aplicárselo a la Federación de Ganaderos, por hechos acaecidos antes de su expedición, como lo son la terminación del plazo del contrato, la admisión de FRIOGAN al régimen de la Ley 1117 de 2006 y los hallazgos de la Contraloría General de la República.

Al referirse a la terminación del plazo del contrato, la demandante encuentra que *"(...) De acuerdo con lo visto, la entidad administradora de la Contribución parafiscal es FEDEGAN, con quien tenía la obligación de contratar nuevamente, después de expirado el término del anterior contrato (...)"* y agrega que *"(...) es un hecho relevante en la relación FEDEGAN – MINISTERIO, que la entidad oficial expidió la norma acusada que preveía la situación alegada horas antes de que el contrato terminara, impidiendo así que FEDEGAN pudiera ejercer su derecho de defensa y dándole a su decisión una apariencia de legalidad con la norma ad hoc que había entrado en vigencia el día anterior, pues el inciso 2° del artículo 2.10.5.2 estableció el procedimiento aplicable a la situación concreta que se presentaría horas después (...)"*.

Continuando su exposición y frente a los motivos relacionados con el Control Fiscal que realiza la Contraloría General de la República, la federación afirmó que *"(...) estas alegaciones del Ministerio no están fundamentadas en las*



conclusiones a que en dichos asuntos llegó el ente de control sino que por el contrario van en contravía de las mismas. (...). En relación con las investigaciones fiscales realizadas frente a los “(...) *Gastos de Presidencia de la entidad (...)*”, “(...) *Venta de un inmueble del Fondo (...)*”, “(...) *Gastos de Cánones de Arrendamiento (...)*” y “(...) *Gastos de Arrendamiento de Internet (...)*”, afirma que todas fueron archivadas por el ente de control por no existir daño patrimonial.

Posteriormente aludió a la situación de FRIOGÁN y del FONDO NACIONAL DEL GANADO, mencionando que:

“(...) Merece especial mención el asunto de FRIOGAN porque en todo este embrollo creado por el Ministerio de Agricultura tiene papel relevante la presunta crisis financiera del F.N.G., originada en los problemas crediticios de FRIOGAN. Sobre este punto debe tenerse en cuenta que, dentro de la estrategia de exportación del producto cárnico, fue necesario fortalecer y extender la cadena de frío a través de la empresa mencionada para la conservación de la carne que se da en venta a los consumidores o que se exporta como exigencia de salud pública, lo cual fue uno de los pilares para el montaje y la expansión de esa empresa, que es propiedad del F.N.G., como otro de los instrumentos de la política subsectorial para el fomento de la actividad ganadera, mediante la comercialización de la carne en el orden nacional y en el exterior, acorde con los estándares de higiene exigidos por el mercado.

Friogán es el resultado de una política pública, para liderar la transformación del Sistema Nacional de Sacrificio, cuya total obsolescencia y desarticulación eran – y lo siguen siendo – una de las principales barreras para acceder a los principales mercados internacionales.

La integración hacia delante (sic) en la cadena cárnica fue el camino que decidió tomar la Junta Directiva presidida por el Ministerio de Agricultura, de la misma manera que, simultáneamente y con visión exportadora, se decidió entonces la aplicación masiva de recursos a la erradicación de la fiebre aftosa.

Todas las decisiones que tomó la Junta Directiva del FNG en materia de inversión de recursos del Fondo mediante capitalización de acciones en las plantas que luego constituyeron Friogán y de avalar o garantizar operaciones de crédito de esta empresa, fueron orientadas al adecuado desempeño operativo de las plantas en el marco de sus condiciones de mercado y a cumplir exigencias normativas y de Invima para el mantenimiento de licencias y ejecución del Plan Gradual de Cumplimiento, como parte de una política pública en materia sanitaria y de inocuidad de los productos cárnicos.

Friogán contaba con la caracterización para ser admitida en Ley 116 de 2006, incluido el hecho de ser calificada como una empresa viable, es decir, con posibilidades de recuperación dentro del régimen de la Ley.

El Ministro de Agricultura acompañó en forma irrestricta y entusiasta el proceso de admisión conjunta del FNG y Friogán en régimen de Ley 116 de 2006, para proteger los recursos del Fondo y sacar adelante la empresa en desarrollo del espíritu de la citada ley. (...)"

1.2.- Las normas violadas y el concepto de su violación

La parte actora, luego de referirse a los hechos que sustentan su solicitud, procedió a señalar cuáles eran las disposiciones constitucionales y legales que consideró violadas y el concepto de su violación.



Encontró, entonces, que el decreto enjuiciado transgredió los artículos 4°, 6°, 29°, 83°, 150 (numeral 1°), 150 (numeral 2°) y 209 de la Constitución Política; 2° y 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; 21 de la Ley 1116 de 2006; y la Ley 89 de 1993.

Los motivos por los cuales el actor considera que dichas normas fueron desconocidas por el Gobierno Nacional, son los siguientes:

1.2.1.- La violación del principio de reserva legal para el establecimiento de los procedimientos

El demandante esgrime que la regulación de los distintos aspectos del procedimiento administrativo, sea general o especial, le competen exclusivamente al legislador, razonamiento que ha sido reiterado tanto por la Sección Primera del Consejo de Estado como por la Corte Constitucional.

Por ello y refiriéndose al decreto enjuiciado, afirma que éste fijó “(...) *un verdadero procedimiento administrativo al establecer en el artículo 2.10.5.1 las causales para asumir temporalmente la administración de las contribuciones parafiscales por parte del Ministerio, suspendiendo los contratos de administración de esas contribuciones que, por disposición legal, deben ser contratados con los organismos gremiales representativos de la respectiva actividad (...)*” y agregó que “(...) *el artículo 2.10.5.2. del decreto acusado establecer (sic) un procedimiento aplicable para la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales,*



suspendiendo los contratos celebrados por disposición legal en la materia, o no suscribiéndolos en los casos en los que el contrato haya terminado (...)”.

1.2.2.- La excepción de inconstitucionalidad

Para la Federación de Ganaderos, el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 conculcó el artículo 29 de la Carta Política toda vez que *“(...) faculta a la autoridad administrativa para establecer las causales de suspensión de los contratos celebrados para administrar las cuotas parafiscales en los sectores agropecuarios y pesqueros, mediante la fórmula “por razones especiales definidas mediante reglamento”, las cuales constituyen el fundamento del procedimiento de intervención de esas personas jurídicas privadas. Es la ley la que puede limitar los derechos de que gozan las personas jurídicas dentro de los límites de la Constitución Política, no los reglamentos administrativos, a pesar de que éstos hayan sido autorizados por el Legislador. Se trata de una materia ajena al dominio del poder reglamentario. (...)”*.

1.2.3.- Violación de la norma que dice reglamentar

La parte actora recalca que ni el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 ni la Carta Política autorizan el desconocimiento del debido proceso administrativo, en cuanto *“(...) dicha decreto autoriza al Ministerio a tomar la administración de las cuotas parafiscales, sin fórmula de juicio, suspendiendo contratos, o, no renovando aquellos cuyo término ha expirado, pero que subsiste la obligación legal de renovarlos. Es obvio que si el Ministerio estaba autorizado legalmente para establecer un procedimiento administrativo,*



hipótesis que como se ha visto excluye por ser contraria al ordenamiento jurídico colombiano, dicho procedimiento tal como fue estructurado por el decreto es inconstitucional al no prever en su aplicación las garantías constitucionales, entre ellas el ejercicio del derecho de defensa. (...)”.

1.2.4.- Desvío de poder

La Federación de Ganaderos encuentra que en la expedición del decreto enjuiciado, el Presidente de la República actuó con desviación de poder, toda vez que:

“(...) En efecto, el Decreto Reglamentario 2537 de diciembre 29 de 2015 fue expedido con el propósito formal de adicionar el Título 5 a la Parte 10 del Libro 2 del Decreto 1071 de 2015, Decreto Reglamentario Único del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, respecto de la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales, visto que había intervenido una ley que uno de sus artículos se había ocupado de la materia.

Ante la necesidad de reglamentar el artículo 106 de la Ley del Plan, se expidió un decreto que permite aplicar retroactivamente el procedimiento administrativo allí establecido, según lo manda una de sus normas, a situaciones ocurridas con anterioridad a la expedición de dicho decreto. Veamos las circunstancias en las que se expide el acto acusado: de una parte, en vísperas de año nuevo, el 29 de diciembre de 2015, el Gobierno expide el decreto demandado que es publicado al día siguiente por lo que entra a regir el 31, en donde a título de “razones especiales” se consagran administrativamente unas causales de terminación de los contratos celebrados con el Ministerio sobre administración de las contribuciones parafiscales; de otra parte, ese mismo 31 de diciembre termina el contrato suscrito por FEDEGAN con el

Ministerio para tales efectos. En los primeros días del mes de enero, cuando se esperaba la celebración del nuevo contrato, el Ministerio justificó la contratación directa con FIDUAGRARIA en lugar de hacerlo con FEDEGAN, sin haberle dado oportunidad de dar explicaciones y ejercer su defensa, pues el decreto reglamentario así lo permita. En efecto, el inciso segundo del artículo 2.10.5.2. del Decreto 2537 de diciembre 29 de 2015 establece:

(...)

Como anillo al dedo, respecto al contrato que terminaba el 31 de diciembre, el Ministerio aplica el decreto que había elaborado y promulgado horas antes, con el propósito de aplicárselo a FEDEGAN, sin darle oportunidad a ésta de defenderse porque el decreto no la preveía, violando además el principio constitucional de confianza legítima.

Para establecer el desvío de poder en la expedición del decreto reglamentario acusado basta analizar el documento que justifica la modalidad de selección de contratación directa realizado por el Ministerio paralelamente con la expedición del decreto para contratar con FIDUAGRARIA la administración de las cuotas parafiscales que administraba FEDEGAN, pues allí aparecen en primer lugar los presuntos hallazgos de la Contraloría General de la República sobre hechos acaecidos en años anteriores, los cuales son tenidos en cuenta como causal a instituir en la expedición del decreto reglamentario que se aplicaría a FEDEGAN como administradora de dichos recursos. En otros términos, se expide un decreto reglamentario para ser aplicado horas después, en días de vacancia administrativa, a una entidad en relación con hechos anteriores a la promulgación de dicho decreto.

Como puede observarse, a simple vista, el artículo 2.10.5.2 del decreto reglamentario acusado indica con claridad que en contra de normas constitucionales y legales se crea un procedimiento administrativo en donde establece unas causales de asunción de la administración temporal de las contribuciones parafiscales

aplicables a la luz del decreto a hechos ya ocurridos, permitiendo así el decreto que el Ministerio dé aplicación retroactiva a las causales allí establecidas, con violación clara de derechos constitucionales fundamentales.

Aparece con nitidez que la expedición del decreto acusado el día 29 de diciembre, publicado el 30, tuvo la finalidad de ser aplicado al contrato con FEDEGAN que expiraba el 31 de diciembre, es decir el mismo día de su entrada en vigencia, sobre hechos acaecidos en años anteriores.

Que indica lo anterior?. El día 29 de diciembre de 2015 se establecen unas causales de terminación de los contrato[s] de administración de las contribuciones parafiscales, entre los que se cuenta el suscrito con FEDEGAN, cuyo contrato de administración terminaba el 31 de diciembre, término que el Ministerio dejó precluir, para aplicar entonces el procedimiento que había entrado a regir en el mejor de los casos el día 30 de diciembre. En otros términos, se elaboró una norma reglamentaria ad hoc para el caso de FEDEGAN la cual se aplicó a hechos ocurridos en años anteriores. (...)”

1.2.5.- El procedimiento establecido en el decreto enjuiciado es inconstitucional

Alega la parte actora que el procedimiento establecido en el artículo 2.10.5.2 del decreto enjuiciado viola normas constitucionales en cuanto, en primer lugar, permite su aplicación a situaciones ocurridas en el pasado y, en segundo lugar, vulnera el derecho de defensa en la medida en que no se le da la oportunidad al administrador de las cuotas parafiscales de “(...) interponer recursos que le permitan el ejercicio de su derecho de defensa (...)”.



Continúa relatando que la norma reglamentaria se expide el 29 de diciembre de 2015, entra a regir el día siguiente, para ser aplicada al contrato celebrado entre la Federación de Ganaderos y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, cuya plazo finalizaba el 31 de diciembre de dicho año, por lo que la federación no tuvo la oportunidad de defenderse.

1.2.6.- La reglamentación se aplicó en forma retroactiva

En concepto de la demandante, el artículo 2.10.5.2 del decreto acusado fue expedido con la finalidad de ser aplicado al contrato celebrado entre la Federación de Ganaderos y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, *“(...) sobre la base de hechos ocurridos años antes (...)”*.

1.2.7.- El decreto enjuiciado viola la Ley 1116 de 2006.

Afirma la mencionada federación, que la disposición demandada no puede esgrimir como causal para despojar a los administradores de contribuciones parafiscales de tales recaudos, el hecho de que el fondo se encuentre admitido en proceso de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006, puesto que conforme el artículo 1° de dicha norma, el objetivo del régimen de insolvencia es proteger el crédito y recuperar y conservar la empresa, sumado a que, en virtud del artículo 21° de dicha ley, el inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato.



Por lo anterior, *“(...) el hecho de que una empresa haya acudido al mecanismo de restructuración (sic) de su deuda, mediante el sistema previsto en la Ley 1116 de 2006 no conlleva una “capitis diminutio” para celebrar contratos y adelantar una vida empresarial en términos de relativa normalidad, ni menos continuar con los mismos. El decreto acusado establece lo contrario, violando así la norma citada. (...)”*.

1.2.8.- La violación del principio de confianza legítima

Se viola este principio, en consideración de la actora, en la medida en que *“(...) El decreto acusado, expedido horas antes de su aplicación, en su artículo 2.10.5.2 faculta al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para que al terminar una relación contractual con un ente privado de carácter gremial sobre administración de unas cuotas parafiscales, asuma dicha administración temporal en lugar de renovar el contrato, como lo manda expresamente la ley. El decreto defrauda el principio constitucional de la buena fe y, en consecuencia, de confianza legítima al sorprender de esa manera, además con motivaciones falsas, a FEDEGAN. En efecto, el decreto fue expedido el 30 de diciembre, se aplicó a la entidad privada horas después, aprovechando que el contrato terminaba el 31 de diciembre de 2015, a pesar de que por mandato de la ley debía renovarlo. El decreto viola así la Constitución Política al consagrar la posibilidad de que la Administración desconozca el principio de la buena fe (...)”*.

2.- La réplica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural frente a la solicitud de suspensión provisional



Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se pronunció en relación con la solicitud de medida cautelar esgrimiendo los siguientes argumentos:

En primer lugar, el ministerio resalta que el actor no esgrime argumento ni prueba alguna que permita considerar que el decreto de la medida cautelar resulta necesaria para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, realizando aseveraciones propias del fondo de asunto.

Asevera que la parte actora adelanta simultáneamente a este proceso, otras acciones judiciales con similares argumentos, como lo son el trámite de conciliación extrajudicial en derecho en contra del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y FIDUAGRARIA S.A. con el fin de presentar una acción contencioso-administrativa con pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, así como una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, que actualmente cursa en la Corte Constitucional.

De otro lado, frente al cargo de violación del principio de reserva legal para el establecimiento de los procedimientos administrativos, la demandada indica que el decreto se *“(...) orienta a evidenciar las situaciones generales y principales que se pueden presentar, sin entrar a disponer procedimientos especiales (...)”*.



Así pues, continúa, los artículos 2.10.5.1 y 2.10.5.3 se limitan a establecer las razones especiales para asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, como lo exige el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015.

El artículo 2.10.5.2 tiene por objeto regular dos situaciones que pueden presentarse en la administración de los recursos parafiscales, como son que al momento de adoptar la medida el contrato está vigente y si el plazo de ejecución contractual ha vencido en dicho momento.

En el primer evento, se hace alusión a que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural expedirá un acto administrativo motivado, sin que *“(...) en parte alguna se diga que para su expedición no se seguirá el procedimiento general previsto para este tipo de actuaciones. (...)”*.

Para el segundo evento, la regulación *“(...) se limita a evidenciar la inexistencia de una relación contractual vigente, por lo cual, dado que los recursos no pueden quedar acéfalos, y que no existe un administrador contratado, el Ministerio procede a asumir la administración, como puede ocurrir a la finalización de cualquier contrato que implique administración (...)”*.

Tratándose de la solicitud de que se aplique la excepción de inconstitucionalidad en este caso, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural afirma que *“(...) la excepción de inconstitucionalidad corresponde a un*



análisis de fondo del asunto y no a la etapa de la suspensión provisional, por lo que el cargo no está llamado a prosperar (...).

Frente al cargo de violación de la norma que dice reglamentar, el ministerio demandado estima, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que *“(...) carece de fundamento uno de los supuestos esenciales del cargo planteado: dar por sentado, como un hecho jurídico cierto e indiscutible, la supuesta obligación legal que tendría la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de celebrar un nuevo contrato de administración del Fondo Nacional del Ganado al vencimiento del contrato que se había celebrado, a partir de lo cual se pretende fundamentar la supuesta ilegalidad. (...)*”, toda vez que *“(...) “cuando conforme a las cláusulas estipuladas en los respectivos contratos se venza el término de los mismos”, el Gobierno Nacional debe evaluar la escogencia del contratista “para celebrar un nuevo contrato”, “con observancia de los principios de la contratación estatal, que garantizan la igualdad de condiciones en la postulación de los oferentes para dicha administración” (...).*

En relación con el cargo por desviación de poder, la cartera ministerial, recalcó que *“(...) el Decreto 2357 de 2015 no fue una reglamentación aislada, sino parte de un proceso regulatorio general tendiente a dar efectivo cumplimiento a los mandatos legales contenidos en el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015. (...)*”. Esta regulación es el desarrollo de los deberes que le incumben al Gobierno Nacional, en particular, el de producir las reglamentaciones generales respectivas para la cumplida ejecución de la ley, al tenor del Numeral 11 del Artículo 189 de la Carta Política.



Ahora bien, respecto de los argumentos que sustentan este cargo que el demandante denominó “(...) *irrelevancia de los motivos invocados por el Ministerio o Inexistencia de los mismos* (...)”, el ministerio manifiesta que, en primer lugar, que la Federación de Ganaderos no ha superado la totalidad de los hallazgos de la Contraloría General de la República y, en segundo lugar, frente a la situación de Friogán y el Fondo Nacional del Ganado, que “(...) *Si bien es cierto el régimen de la Ley 1116 de 2006 tiene como objetivo la protección, recuperación y conservación de la empresa, también es cierto que cualquier ente societario se ve abocado a someterse a dicho régimen cuando su situación financiera, patrimonial y económica se encuentra en dificultades lo que evidencia una ineficiente administración, que fue lo acaecido con el Fondo Nacional del Ganado cuyo manejo estaba a cargo para la época mencionada por FEDEGÁN* (...)”.

Por lo que se refiere al cargo consistente en que el procedimiento administrativo es inconstitucional y aplica retroactivamente, la demandada aclaró que “(...) *[E]stos argumentos no comportan confrontación directa entre las normas acusadas y unas de rango superior sino que se tratan de argumentaciones que habían sido expuestas en los cargos primero segundo y cuarto, a las que en su oportunidad se les dio respuesta, por lo que el cargo carece de vocación de prosperidad, remitiéndonos a lo ya expuesto* (...) y añadió que “(...) *La valoración de estar en condiciones de garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que debe regir la ejecución de las contribuciones parafiscales se predica del momento en que se toma la medida, aunque puede obedecer a situaciones que vienen de atrás, como es*



natural en cualquier organización o empresa, dado que es la gestión anterior la que genera unos resultados positivos o negativos, y la necesidad de actuar oportunamente en caso de estos, para revertirlos, y es a eso a lo que apuntan las situaciones especiales reguladas. De lo contrario la norma carecería de aplicación práctica, o esta se vería sustancialmente mermada. Es de resaltar, por otra parte, que la ley entró en vigencia el 9 de junio de 2015 (...)."

En cuanto al cargo de violación del artículo 21 de la Ley 1116 de 2006, la defensa evidencia que el cargo fue formulado en solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, pero no en la demanda por lo que se incumple el requisito del artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consistente en que dichas medidas debe tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

Descendiendo al fondo del cargo, encuentra que el Fondo Nacional del Ganado y Friogán son quienes fungen como deudores para los efectos del citado artículo de la Ley 1116 de 2006, no el Fondo de Ganaderos, el cual no se encuentra admitido en un proceso de reorganización empresarial alguno. Adicionalmente, *"(...) a Fedegán no se le ha decretado la terminación unilateral ni la caducidad de ningún contrato por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Como se ha señalado reiteradamente, el contrato de administración parafiscal que tenía suscrito venció el 31 de diciembre de 2015, conforme al clausulado del mismo. (...)"*



Finalmente y con respecto a la violación del principio de confianza legítima, subrayó que la Ley 89 de 1993 no contempla una legítima expectativa del demandante a que el contrato le fuera renovado, puesto que *“(...) la ley no dispone la obligación de prórroga al contratista, sino que es claro que dispuso un término, en vez de disponer el contrato en cabeza de FEDEGAN de manera indefinida, circunstancia esta que no acaeció (...)”*.

3.- La réplica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República frente a la solicitud de suspensión provisional

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República se opuso a que se decrete la medida cautelar solicitada, advirtiendo, inicialmente, que en el presente caso no se evidencia una arbitrariedad manifiesta en la expedición del decreto demandado, si se tiene en cuenta que los argumentos esgrimidos *“(...) no se relaciona[n] con el acto acusado sino con la controversia existente alrededor de un contrato de administración de recursos parafiscales, para justificar sus pretensiones, hecho que no compadece con el rigor que exige una medida tan delicada como la suspensión de un decreto del Ejecutivo (...)”*, los cuales, según el opositor, *“(...) escapan al control abstracto de legalidad propio de una demanda de nulidad simple (...)”* y, en esa medida *“(...) deberán ser analizados por el juez del contrato, si acaso llegare a presentarse una controversia judicial por este tema (...)”*.

Posteriormente, subraya que el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 *“(...) define los sujetos responsables de la administración y recaudo de la*



contribución parafiscal, tanto para circunstancias regulares, como para momentos de crisis. Los gremios, ordinariamente, y el Ministerio, de manera excepcional, transitoria y temporalmente. (...) Pero además, la ley determinó cuándo debe transferirse temporalmente la administración y recaudo de los parafiscales agropecuarios o pesqueros al Ministerio de Agricultura: cuando la entidad administradora no está en condiciones de garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que debe regir la ejecución de las contribuciones parafiscales. (...).”

Adicionalmente indicó que el régimen de incumplimiento de las obligaciones del administrador no es un asunto que defina la contribución fiscal y, en esa medida, no estaría vinculado al principio de reserva legal en materia tributaria e igualmente que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el legislador no está obligado a agotar hasta sus últimas consecuencia las reglas para la administración de esas contribuciones, por lo que “(...) *al legislador le corresponde definir “cuál es la entidad administradora de estas cuotas así como la destinación especial de las mismas”, pero no la de regular al detalle todas las circunstancias, hipótesis, variables y contingencias propias del régimen administrativo, una de las cuales es la consecuencia de que el gremio se haya vuelto incapaz de asegurar el correcto recaudo y adecuada administración y gestión de las contribuciones (...).”*

En este mismo orden y dirección, la demandada recalca que la determinación de las causales bajo las cuales el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural puede sustituir al administrador de los recursos parafiscales es un asunto



“(...) administrativo de tercer nivel (...)”, en tanto que opera únicamente de manera excepcional y transitoria.

Finalmente, advierte que “(...) si todavía se considera que éstas condiciones no están descritas en la ley y que, por tanto, no existe claridad acerca de su naturaleza y alcance, habría que reconocer que existen los recursos necesarios para que el gremio afectado impugne la decisión del Ministerio de retirarle la administración de los recursos, porque el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es norma de aplicación general a todos los procedimientos que no cuenten con un trámite especial, y es la garantía de que la separación del gremio de la administración de los recursos parafiscales no puede ordenarse de manera arbitraria, sino atendiendo a razones reales y verificables vinculadas con la preservación de la integridad de los recursos públicos. Pero ello, como dijimos atrás, escapa del control abstracto de legalidad que aquí convoca, y no debería ser motivo de análisis, al menos en este momento procesal (...)”.

4.- La intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado frente a la solicitud de suspensión provisional

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se opuso a que se decrete la medida cautelar solicitada mostrando, en primer lugar, que la solicitud de medidas cautelares no se encuentra debidamente sustentada porque en parte alguna el actor acreditó *“(...) por qué el objeto del proceso se vería afectado si el juez no otorgara la medida cautelar; y mucho menos, que de no otorgarla, se*



afectaría la efectividad de la sentencia (...)” y, adicionalmente, porque el actor se limita a repetir el concepto de violación expuesto en la demanda.

Posteriormente y entrando al análisis de los argumentos expuesto por el demandante, apuntó que el Decreto 2357 de 2015 no reguló ningún procedimiento administrativo y se limitó a señalar las razones especiales por las que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural podría asumir temporalmente la administración de las contribuciones parafiscales y las consecuencias que ello generaba, sin entrar a regular actuación o ejecución alguna, razón por la que se debe *“(...) efectuar una interpretación, sistemática del ordenamiento para efectos de concluir que, precisamente, ante la misma ausencia de un procedimiento específico, debe acudirse a las normas generales - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – para establecer cuál debe ser el trámite a seguir para la expedición de ese acto, para lo cual necesariamente deberán respetarse y garantizarse los derechos procesales – debido proceso y derecho de defensa – de los interesados (...)*”.

Resalta que no es cierto que exista una obligación legal en cabeza del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de celebrar un nuevo contrato de administración de los recursos parafiscales con la Federación de Ganaderos, una vez culminado el existente. Es así por cómo ni la Ley 101 de 1993 ni la Ley 89 de 1993 establecieron que la administración de dichos recursos sea perpetua, por lo que puede terminar y ser adjudicados a otra organización de carácter gremial *“(...) o podría el mismo gobierno Nacional asumir la administración temporal de dichos recurso (...)*”.



Con respecto al cargo por desviación de poder, la Agencia estima que no es objeto de este proceso el debate de si la Federación de Ganaderos era o no titular de un derecho a la prórroga de su contrato de administración de recursos parafiscales, pues se trata, en el presente caso, del ejercicio del medio de control de nulidad por cuanto el decreto acusado es un acto administrativo de carácter general que no contiene decisiones individuales y concretas.

Añade que, en todo caso, “(...) no obra prueba alguna en el expediente que demuestre que las afirmaciones de FEDEGAN, en relación con el supuesto desvío de poder de la administración son ciertas, basta con una simple lectura del decreto demandado, para darse cuenta de que la norma acusada no hace ninguna referencia a la situación particular de FEDEGAN y que, en todos caso, con ella se dota al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de una serie de herramientas para regular situaciones que se presenten con posterioridad y no, como lo pretende hacer ver FEDEGAN, para tomar decisiones concretas en relación con su situación particular (...).”

La Agencia encuentra equivocados los planteamientos del demandante relacionados con la irrelevancia e inexistencia de los motivos alegados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Territorial para contratar la administración de los recursos parafiscales.

Señala que tanto el cumplimiento del plazo del contrato suscrito entre la Federación de Ganaderos y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural,



así como la admisión al régimen de la Ley 11116 de 2006., se trata de hechos que se admiten por parte de la demandante.

Frente a los hallazgos de la Contraloría General de la República indica que:

“(...) La Contraloría General de la República en su informe de Auditoría al Fondo Nacional del Ganado en la vigencia fiscal 2013 encontró 21 hallazgos, “suscribiéndose veinticinco (25) acciones de mejora, de las cuales veintidós (22) era responsabilidad de FEDEGA – FNG. De acuerdo con el seguimiento efectuado por la CGR, se encontró que once (11) de estas acciones no se cumplieron”.

Respecto de los hallazgos de la Auditoría Especial de la Contraloría, el objetivo es que a partir de allí se presenten acciones de mejoramiento en los proceso y procedimientos administrativos, acciones que, según lo informa la Contraloría, FEDEGAN no realizó (ver las conclusiones del informe de auditoría de la Contraloría General de la República de marzo de 2015).

En relación con la Auditoría Regular de 2014, en donde el equipo auditor evaluó la efectividad de las acciones emprendidas por FEDEGAN, con el fin de eliminar dichos hallazgos, el órgano de control encontró que, los resultados se fundamentan en la evaluación de los sistemas de control de gestión, resultados, legalidad, financiero y control interno, los cuales contempla variables que fueron verificadas y calificadas por el equipo auditor en términos de costo – beneficio. La calificación presenta las siguientes observaciones:

De un lado, se evaluaron las campañas de erradicación de Fiebre Aftosa y Brucelosis Bovina que cumplieron con las metas en 95% y 94% respectivamente; pero en cuanto a los otros proyectos evaluados, que si bien cumplieron la meta proyectada por la entidad, sí se observó un BAJO impacto en el número de capacitados respecto al universo de los potenciales beneficiarios,



lo que para la Contraloría General de la República es indicativo de que no se cumplió con la universalidad en la distribución del recurso en relación al costo – beneficio.

En relación con el primer componente, el equipo auditor de la Contraloría General de la República estableció la calificación del 84.17%, lo que significa un incumplimiento del 15.83% de las normas legales que debía acatar FEDEGAN. Se debe resaltar, que cuando se contrata la administración de recursos públicos se esperan las más altas calificaciones, toda vez que los recursos fueron entregados en razón a la experticia e idoneidad para el manejo de los mismos del administrador, por lo que se espera una calificación del 100%.

En el caso concreto, este porcentaje sólo se cumplió en el componente financiero, mientras que otros componentes, como por ejemplo el control de resultados, se encuentra por debajo del 85%, por lo que una vez más el órgano de control evidenció un bajo impacto en el número de capacitados respecto al universo de los potenciales de beneficiarios. Resulta entonces que para vigencia 2014 los hallazgos formulados por la Auditoría Especial de la Contraloría, no fueron subsanados por FEDEGAN (...)

La Agencia asevera que no es cierta la afirmación de la demandante consistente en indicar que las observaciones realizadas por el ente de control fiscal fueron subsanadas, puesto que dicho organismo manifestó que se encontraba abierto un proceso sancionatorio por dicha causa, así mismo que frente a la adquisición de un activo del Fondo Nacional del Ganado a la Federación de Ganaderos, ésta operación había causado una pérdida a dicha federación por la suma de “(...) \$40.61 millones (...)”, hallazgo con presunta incidencia fiscal.



Tratándose de la alegada vulneración del principio de confianza legítima, dicho organismo explica que no existe una obligación legal de renovar “(...) *ningún contrato entre FEDEGAN y la Nación a partir del 31 de diciembre de 2015 (...)*” y, agrega, no probó “(...) *que existiese un daño antijurídico que fuese objeto de reparación en razón de la defraudación de esa confianza legítima (...)*”.

Continúa la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado explicando que no existió violación de la Ley 1116 de 2006, puesto que “(...) *si bien la norma demandada incluye en las “razones especiales” que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asuma temporalmente la administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras el hecho de que el “(...) Fondo sea o haya sido admitido en proceso de reorganización en los términos 1116 de 2006 (sic) y normas concordantes así como las normas que la modifiquen, deroguen o sustituyan”, lo cierto es que un proceso de reorganización empresarial constituye una amenaza seria al deber de garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que deben regir la ejecución de las contribuciones parafiscales de fomento, por lo que la norma demandada lo que pretende es permitir que quien administra los recursos parafiscales salga del mencionado proceso, sin poner el riesgo la gestión de recursos públicos (...)*”.

Finalmente, la demandada encuentra frente a la excepción de inconstitucionalidad del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, que la Corte Constitucional ya avocó el conocimiento de la misma, gozando, por el momento, de la presunción de constitucionalidad.



6.- La Suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos en la Ley 1437 de 2011

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, como medida cautelar, puede ser entendida como una institución excepcional y restrictiva, derivada del principio de legalidad, concebida para la defensa del ordenamiento superior y garantía para el ciudadano, ante las eventuales agresiones provenientes de los actos administrativos, consistente en la suspensión, en forma temporal, de sus efectos y con ello, de su fuerza ejecutoria, protegiendo y garantizando, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

La suspensión provisional ha sido prevista en el artículo 238 de la Carta Política, al señalar que la jurisdicción de lo contencioso administrativa tiene la facultad de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

Es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el que ha fijado los motivos y requisitos para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos. El Capítulo X de la Ley 1437 de 2011 – CPACA (artículos 229 a 241) se ocupó de establecer el nuevo régimen legal de las medidas cautelares que se pueden decretar en los procesos declarativos que se ventilan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla que las medidas cautelares, entre las cuales se encuentra la suspensión provisional, pueden ser solicitadas y decretadas por el Juez, en cualquier estado del proceso, solicitud que debe estar sustentada por la parte demandante y “(...) *tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda* (...)”¹.

El citado artículo resalta que la decisión adoptada en relación con la solicitud de medidas cautelares no implica prejuzgamiento, postulado frente al cual ha advertido la jurisprudencia que:

“(...) este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o “prejuzgamiento” de la causa². La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia. (...)”³

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil catorce (2014), Radicación número: 11001-03-24-000-2014-00189-00, Actor: HERNANDO MORALES PLAZA, Demandado: AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION – ANTV.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C., once (11) de



El artículo 231 del CPACA establece que cuando se trate de la suspensión provisional de los actos administrativos, será procedente **siempre que exista violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud, cuando aquella surja de la confrontación del acto demandado y dichas normas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud,** análisis que, frente al caso concreto, se emprenderá a continuación.

7.- El caso concreto

Para abordar la solicitud de suspensión provisional de los efectos del Decreto 2537 de 2015, se seguirá para el efecto, el esquema planteado por la demandante, en la siguiente forma:

7.1.- Violación del principio de reserva legal para el establecimiento de los procedimientos administrativos.

Para el demandante, el Gobierno Nacional, al establecer mediante el decreto acusado las causales para asumir temporalmente la administración de las contribuciones parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y fijar el procedimiento aplicable para la asunción temporal de la administración de dichas contribuciones, violó el principio de reserva legal, en la medida en que es competencia del legislador la expedición de

marzo de dos mil catorce (2014), Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00503-00, Actor: ROMULO ROJAS QUESADA, Demandado: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL.



normas reguladoras del procedimiento administrativo general así como de procedimientos especiales.

Específicamente son acusados los artículos 2.10.5.1 y 2.10.5.2 del Decreto 2537 de 2015, cuyo contenido es el siguiente:

*“(...) **Artículo 2.10.5.1.** Razones especiales para la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Se considerarán como razones especiales para que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asuma temporalmente la administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras, 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 hayan 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.

Artículo 2.10.5.2. Procedimiento aplicable para la asunción temporal de administración de las contribuciones parafiscales. Para los efectos del presente título y en los casos en que se halle en ejecución el contrato de administración respectivo, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, mediante acto administrativo motivado, procederá a la asunción de la administración temporal de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras.

Además, tomará las determinaciones que correspondan respecto a la actividad contractual con la administradora de conformidad con la normatividad aplicable.

En los contratos cuyo plazo de ejecución haya terminado, y se configure alguna de las razones especiales previstas en el artículo 2.10.5.1 del presente decreto, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural procederá directamente a la administración de los recursos.

En los documentos de planeación contractual y en el contrato de encargo fiduciario respectivo se determinará la causal o causales aplicables al efecto.

En cualquiera de los eventos aquí previstos el Ministerio realizará la administración a través de un encargo fiduciario, de conformidad con lo previsto en el artículo 106 de la Ley [1753](#) de 2015.

Parágrafo. *Los gastos que demande la administración fiduciaria serán pagados con cargo a la contraprestación prevista por la administración de las cuotas en la ley respectiva. (...)*

Inicialmente debe resaltarse que la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha sido reiterada en indicar que la competencia para establecer procedimientos administrativos, corresponde al legislador, en la medida en que en ellos se comprometen las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, señalando lo siguiente:

“(...) Para la Sala, no admite discusión que la competencia para establecer los procedimientos administrativos que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso entre Administración y Administrado, en este caso, entre una entidad del Estado y los organismos que conforman el Sistema Nacional del Deporte, corresponde a la órbita exclusiva y excluyente del Legislador. Así lo ha sostenido en forma reiterada esta Sección en las sentencias que la parte actora cita en su demanda, entre otras, al igual que lo ha precisado la Corte Constitucional, en los siguientes términos⁴:

*“Estima la Corte, que a **partir de la expedición de la Constitución de 1991**, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que pueden existir en el orden distrital, departamental y municipal, **todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de la ley**, e incorporarse al C.C.A. como lo exige, con fines de sistematización, el aparte final del art. 158 de la C.P.” (negrillas y subrayas fuera de texto)*

⁴ Sentencia C-252 de 1994. Magistrados Ponentes: Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia de 14 de abril de 2010⁵, al abordar el estudio de legalidad, entre otros, del artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, en la cual hicieron las siguientes precisiones:

“La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo⁶.

Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos⁷.

Sin embargo, la Sala debe precisar que los aspectos inter-orgánicos del procedimiento si pueden ser confiados a la potestad de auto-organización de cada entidad administrativa, tal como se señaló cuando se estudiaban los cargos formulados contra el

⁵ Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero, Rad: 11001-02-26-0000-2008-00101-00.

⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁷ Artículo 1 del Código Contencioso Administrativo: “...los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean aplicables”.

artículo 89 del decreto 2474 del 2008 –fls. 58 y ss.-. La determinación, por ejemplo, del trámite interno que deben seguir los funcionarios en las dependencias de la entidad cuando se adelanta un procedimiento administrativo de carácter sancionador no condiciona ninguna de las garantías del debido proceso, la eficacia de esta clase de normas se agota en el interior del aparato administrativo y por ende pueden regularse en los denominados manuales de contratación o de funciones.” (subrayas fuera de texto) (...)

Descendiendo al cargo propuesto, menester es resaltar que el Decreto 2537 de 2015, fue proferido con sustento en las facultades previstas en el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, cuyo contenido es el siguiente:

“(...) 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.

Si la entidad administradora no está en condiciones de garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que debe regir la ejecución de las contribuciones parafiscales, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por razones especiales definidas



mediante reglamento, podrá asumir temporalmente, a través de un encargo fiduciario, la administración de dichas contribuciones y efectuar el recaudo.

La fiducia será contratada de conformidad con las normas de contratación estatal.

Mientras se surte el procedimiento de contratación de la fiducia, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural podrá realizar directamente el encargo fiduciario por término no mayor a 6 meses. En todo caso los rendimientos financieros de dicho encargo fiduciario no podrán ser inferiores al promedio de mercado.

Lo anterior igualmente procederá en caso de incumplimiento de las cláusulas del contrato especial de administración.

PARÁGRAFO 1o. *Las entidades administradoras de los Fondos provenientes de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras podrán demandar por vía ejecutiva ante la jurisdicción ordinaria el pago de las mismas. Para este efecto, el representante legal de cada entidad expedirá, de acuerdo con la información que le suministre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el certificado en el cual conste el monto de la deuda y su exigibilidad.*

PARÁGRAFO 2o. *El contribuyente o recaudador de la contribución parafiscal que no la pague o transfiera oportunamente a la entidad administradora, cancelará intereses de mora a la tasa señalada para el impuesto de renta y complementarios.*

PARÁGRAFO 3o. *Los miembros de las juntas directivas de los fondos que manejen recursos parafiscales, distintos a aquellos que representen a entidades públicas, deberán ser elegidos por medios democráticos que garanticen la participación de los gravados con la cuota parafiscal respectiva. (...)"*

El citado artículo habilita que se definan, a través de reglamento⁸, las razones especiales para que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asuma, temporalmente, la administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras; reglamento que le corresponde expedir al Presidente de la República, por cuanto, de acuerdo con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, este ejerce la potestad reglamentaria a través de decretos (entre otros) para la cumplida ejecución de las leyes.

El artículo 2.10.5.1 del Decreto 2537 de 2015, en principio, desarrolla el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 y no se evidencia en esta instancia, que cree un procedimiento⁹ administrativo, entendiendo por tal:

“(...) la secuencia de etapas y pasos que han de cumplirse para decidir asuntos de interés particular o concreto, por una autoridad

⁸ La jurisprudencia se ha referido al reglamento, como un acto administrativo de carácter general, así: *“(...) El criterio moderno que explica la existencia de la potestad reglamentaria es el normativo; es decir, la presencia de una norma que asigna esta facultad a un órgano. De esta manera, la Constitución, la ley y el reglamento –los últimos dos en menor medida– confieren esta competencia a algunos órganos del Estado⁸, de manera que la potestad reglamentaria es la competencia que asigna una norma para expedir reglamentos, es decir, actos administrativos de carácter general, que tienen vocación de permanencia en el tiempo; expedido en ejercicio de función administrativa. Este último elemento, común a todos los actos administrativos, tratándose del reglamento es especialmente importante, porque marca la diferencia de esta norma con otras que comparten varios de aquellos elementos, como es el caso de la Constitución y la Ley. (...)”*, en CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853), Actor: CARACOL TELEVISION SA., Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION, Referencia: ACCION DE NULIDAD.

⁹ De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua, procedimiento significa lo siguiente:

“(...) procedimiento (...)	1. m. Acción de proceder. (...)
2. m. Método de ejecutar algunas cosas. (...)	
3. m. Der. Actuación por trámites judiciales o administrativos. http://dle.rae.es/?id=UErw6id	

en ejercicio de función administrativa, a instancia de personas interesadas o por iniciativa de dicha autoridad, de donde debe finalizar con un acto administrativo particular.

Ello da pie para sostener que en Colombia el procedimiento administrativo consiste en las etapas y pasos que han de surtir para producir principalmente determinada clase de acto administrativo particular a instancia de personas interesadas o por iniciativa de la autoridad que le da trámite y finalización; o para responder una petición de interés general, de suerte que no comprende todo procedimiento relacionado con asuntos administrativos ni la formación de todos los actos administrativos (...)"¹⁰

Ahora bien, el artículo 2.10.5.2 del Decreto 2537 de 2015, fue titulado como “(...) *procedimiento aplicable para la asunción temporal de administración de las contribuciones parafiscales* (...)”. El artículo prevé dos situaciones que se pueden presentar en la asunción temporal de las contribuciones parafiscales. La primera eventualidad es la consistente en que el contrato de administración se encuentre ejecutándose. La segunda, que el citado contrato hubiere expirado.

Para la primera situación, la disposición prevé que dicha asunción temporal debe hacerse mediante acto administrativo motivado y que en ella deben tomarse “(...) *las determinaciones que correspondan respecto a la actividad contractual con la administradora de conformidad con la normatividad*

¹⁰ BERROCAL GUERRERO, Luís Enrique. MANUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Séptima Edición. Bogotá: LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA., 2016. Página 347-348.



aplicable (...)”. Para la segunda hipótesis, se prevé que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural proceda a la administración de los recursos.

Posteriormente, el precitado artículos 2.10.5.2 señala que la administración de los recursos, cualquiera sea el evento que se presente, se llevará a cabo mediante un encargo fiduciario como lo señala el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015; agrega que debe dejarse constancia, tanto en los documentos de planeación contractual, como en el contrato de encargo fiduciario, la causal que se aplicó; y resalta que los gastos que demande la administración fiduciaria serán cargados a la contraprestación prevista por la administración de las cuotas en la respectiva ley.

Del contenido de esta disposición y del análisis propio de esta etapa inicial del proceso, no se observa el acto acusado consagre un procedimiento administrativo, por cuanto para la expedición del acto administrativo de que trata el evento de asunción temporal en vigencia del contrato de administración, **se aplicaría el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**. De otro lado, en lo que respecta a la segunda eventualidad, se resalta que se asume directamente la administración de los recursos parafiscales, en la medida **en que no existe vínculo contractual entre el Estado y el administrador de los recursos**.

Por lo demás, las disposiciones que regulan la forma en que se debe realizar la administración temporal en los dos casos mencionados, son aplicaciones del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 **que ordena que se lleve a cabo a través de un encargo fiduciario**, esto es, se trata de medidas que deben



tomarse una vez el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural procede a la asunción de la administración temporal de las contribuciones parafiscales, que en uno de sus casos, implica la expedición de un acto administrativo debidamente motivado.

Así las cosas, de lo evidenciado en esta instancia y sin perjuicio del debate que se lleve a cabo a lo largo del proceso judicial, el despacho no evidencia que el acto acusado establezca las etapas que deben cumplirse para decidir un asunto de interés particular o concreto como lo es la asunción temporal de administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras y, en esa medida, no se encuentra acreditada la violación del principio de reserva legal.

7.2.- La solicitud de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015

1.2.2.- La excepción de inconstitucionalidad

Para la Federación de Ganaderos, el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 conculcó el artículo 29 de la Carta Política toda vez que faculta a la autoridad administrativa para establecer las causales de suspensión de los contratos celebrados para administrar las cuotas parafiscales en los sectores agropecuarios y pesqueros, las cuales constituyen el fundamento del procedimiento de intervención de esas personas jurídicas, cuando lo cierto es que únicamente la ley puede limitar los derechos de que gozan esas personas dentro de los límites de la Constitución Política.

En relación con la excepción de inconstitucionalidad, la Sección Primera del Consejo de Estado¹¹ se ha referido a dicha figura en la siguiente forma:

“(...) La figura de la excepción de inconstitucionalidad es un instrumento establecido por el artículo 4° de la Constitución Política, cuya aplicación se alega para que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, que sólo procede para resolver casos o situaciones concretas o subjetivas, de modo que quien la hace efectiva es la autoridad que conoce del correspondiente caso y sus efectos, por consiguiente, son subjetivos o interpartes.

Por considerar que explica el concepto y alcance de la citada excepción, la Sala transcribe lo expresado en sentencia de 1º de noviembre de 2007, Radicación 1999-00004-01, Consejero Ponente, Doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Al efecto, dijo la Sección en la precitada sentencia:

“Es así como, entre los numerosos y repetidos pronunciamientos que en ese sentido ha proferido esta jurisdicción, la Sala¹² tiene señalado que “La excepción de inconstitucionalidad consiste en dejar de aplicar en un caso concreto una norma jurídica por ser contraria a la Constitución Política,” y que “Ello supone necesariamente que la norma en cuestión sea la aplicable al caso controvertido y se busca precisamente a través de tal excepción que la autoridad judicial o administrativa deje de aplicarla, en aras

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ, Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 66001-23-31-000-2007-00070-01, Actor: FAMILY COFFEE S.A., Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

¹² Sentencia de 19 de noviembre de 1998, expediente 4860, Sección Primera, consejero ponente doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

de salvaguardar la supremacía de la Constitución y el orden jurídico". (subrayas no son del texto)

A su vez, la Sección Quinta de la Corporación la ha precisado de igual forma, a saber:

"La jurisprudencia constitucional ha reconocido en el sistema jurídico colombiano la existencia de un sistema mixto de control de constitucionalidad, pues mientras que a la Corte Constitucional y, de manera residual, al Consejo de Estado se les confía el control de constitucionalidad en abstracto (artículos 241 y 237, numeral 2°, de la Constitución Política), el control de constitucionalidad concreto tiene lugar en desarrollo del artículo 4° de la Carta Política cuando, al momento de aplicar una norma legal o de inferior jerarquía, el servidor encargado de aplicarla advierte su ostensible e indudable oposición a mandatos constitucionales.

En efecto, el fundamento de la llamada excepción de inconstitucionalidad, se encuentra en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Y se le califica como control de constitucionalidad concreto porque carece de la nota de generalidad que es propia del control en abstracto, puesto que la definición acerca de si existe o no incompatibilidad entre la norma inferior y las constitucionales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla, por tanto, en este caso de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso."¹³ (subrayas no son del texto)

La Corte Constitucional también lo ha puesto de presente, v. gr. en sentencia C-600 de 1998 al decir que "El artículo 4° de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado

¹³ Sentencia de 14 de diciembre de 2006, Sección Quinta, expediente núm. 3975-4032, consejero ponente doctor Darío Quiñónez.

artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.”¹⁴

Ahora bien, para hacer uso de este medio excepcional es necesario que la contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea. En este sentido la Sección prohíja la sentencia de 5 de julio de 2002, radicado 1996-7762-01 (7212) Consejera Ponente, Dra Olga Inés Navarrete Barrera¹⁵, en la cual se sostuvo:

“Pero esta excepción de inconstitucionalidad debe reunir ciertos requisitos para su procedencia, uno de los cuales es la palmaria y flagrante oposición entre los textos constitucionales y la norma cuya inaplicación se pretende. (resalta la Sección) Es pertinente aludir a la sentencia C-600 de 1998, en la cual la Corte Constitucional precisó el alcance de esta figura:

“La inaplicación de una norma de jerarquía inferior con apoyo en el artículo 4 de la Carta supone necesariamente la incompatibilidad entre su contenido y el de los preceptos constitucionales. Si tal incompatibilidad no existe, no cabe la inaplicación y la circunstancia no es otra que la de incumplimiento o violación de los mandatos dejados de aplicar.

¹⁴ Sentencia C-600 de 1998.

¹⁵ Este criterio ha sido reiterado por la Sección. Ver entre otras sentencias de 3 de noviembre de 2005, rad 1998-00543, C.P. Dra María Claudia Rojas Lasso, 22 de febrero de 2007, rad. 1999-00363-01 (6139), C.P. Dr Camilo Arciniegas Andrade y de 21 de febrero de 2008, exp. 1996-07997-01, C.P. Dr Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Por el contrario, en el supuesto de un palmario enfrentamiento entre la norma y la Constitución, la obligación del funcionario o autoridad que en principio debería aplicar aquélla es la contraria: no darle aplicación.

Al respecto, esta Corte ha señalado:

"El artículo 4º de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución - lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles.

Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "repugnancia que

tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí".

En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe.

De lo cual se concluye que, en tales casos, si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad según las reglas expuestas.

Fluye de lo anterior con toda claridad que una cosa es la norma -para cuyo anadamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente- y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse -apenas en ese asunto- si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales (artículo 4º C.N.) (Cfr. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-614 del 15 de diciembre de 1992. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo). (Subrayado fuera de texto). (resalta la Sala)

La Sala Plena de la Corporación, al fijar el alcance del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que declaró exequible, supeditando la exequibilidad al acatamiento del artículo 4 de la Constitución, manifestó:

"Considera la Corte que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior. La

función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede de manera alguna modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría.

Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello.

Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (artículos 237 y 241 C.P.).

Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena -se repite- que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones

constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara). (Subrayado fuera de texto)".(Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-600 de 1998. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo). (...)"

En este orden de ideas, no evidencia este despacho que, en este estudio preliminar, exista una incompatibilidad flagrante, palmaria y tan ostensible, que salte a la vista, entre el artículo 29 de la Carta Política y el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, lo cual solo podrá determinarse una vez analizadas todas y cada una de las pruebas que se practiquen y alleguen al plenario, esto es, al momento de emitir la decisión de fondo sobre el asunto.

7.3.- La violación de la norma que dice reglamentar

La parte actora recalca que ni el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 ni la Carta Política autoriza el desconocimiento del debido proceso administrativo, en cuanto el decreto enjuiciado autoriza "(...) *al Ministerio a tomar la administración de las cuotas parafiscales, sin fórmula de juicio, suspendiendo contratos, o, no renovando aquellos cuyo término ha expirado, pero que subsiste la obligación legal de renovarlos. Es obvio que si el Ministerio estaba autorizado legalmente para establecer un procedimiento administrativo, hipótesis que como se ha visto excluye por ser contraria al ordenamiento jurídico colombiano, dicho procedimiento tal como fue estructurado por el*



decreto es inconstitucional al no prever en su aplicación las garantías constitucionales, entre ellas el ejercicio del derecho de defensa. (...)”.

Para iniciar el análisis del cargo, se advierte que ya el despacho, al desatar un cargo anterior, indicó, en forma preliminar, que el Decreto 2537 de 2015 no estableció procedimiento especial alguno para la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Es por ello que, como se aseveró allí, para el evento en que la asunción temporal de las contribuciones parafiscales se realice en vigencia del contrato de administración, se debería aplicar el procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la expedición del acto administrativo que contempla la disposición reglamentaria, respetándose con ello el debido proceso del administrador de dichos recursos.

Para el evento en que el contrato esté vencido, la referida asunción temporal se hará directamente en atención **a que no existe vínculo contractual entre el Estado y el administrador de los recursos**, no siendo posible, en esta instancia, detectar la violación del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 o del artículo 29 de la Carta Política.

7.4.- El Decreto 2537 de 2015 fue expedido con desviación de poder por parte del Presidente de la República

La Federación de Ganaderos encuentra que en la expedición del decreto enjuiciado, el Gobierno Nacional actuó con desviación de poder, toda vez que, expedido el decreto reglamentario el 29 de diciembre de 2015 y publicado el 30 de diciembre de 2015, este entró a regir el día 31 de diciembre de 2015, con el fin de aplicárselo a dicha federación, cuyo contrato expiraba el citado día, a situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigencia, como lo son unos presuntos hallazgos de la Contraloría General de la República.

La desviación de poder, conforme lo ha indicado la doctrina, “(...) *se da tanto cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino como cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente.* (...)”¹⁶.

A su turno, el Consejo de Estado¹⁷, ha indicado:

“(...) La definición clásica de desviación de poder la traemos del tratadista Libardo Rodríguez R, que la expresa así:

“si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general ese acto sería ilegal por desviación de poder.

¹⁶ BERROCAL GUERRERO, Luís Enrique. MANUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Séptima Edición. Bogotá: LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA., 2016. Página 553.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 05001-23-31-000-1999-03163-01(0580-10), Actor: JESUS ALVARO FRANCO FERRO, Demandado: INSTITUTO TECNOLOGICO METROPOLITANO

Ahora bien el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácticamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general, el acto será ilegal”¹⁸.

Se tiene entonces, que para la desviación de poder debe existir una ley que fije o determine el fin así como la demostración de la desviación del dicho fin. De tal manera, que el elemento normativo así como el criterio subjetivo de quien expide el acto constituyen dos elementos en el entendido de esta institución, y hacen que el interés general sea definible o, cuando menos, constatable en sede de control¹⁹.

En el aspecto subjetivo trasciende a las personas naturales que llevan su representación²⁰, es decir en la subjetividad del autor del acto, que implica desde luego la demostración del inter desviatorio para quien lo alega como causal de anulación. (...)”

La parte actora pretende endilgarle al Presidente de la República haber perseguido, con la expedición del decreto demandado, una finalidad extraña al interés general, consistente en despojar a la Federación de Ganaderos de la administración de las cuotas de fomento ganadero y lechero (hecho indicado), lo cual intenta acreditar con el hecho consistente en que fue aplicado tan solo unos días después de su entrada en vigencia por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Territorial, para lo cual allega el acto por medio del cual se justifica el uso de la modalidad de selección de contratación directa con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A., para la administración de las citadas

¹⁸ RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis Pág. 215.

¹⁹ MARIN H, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1997.

²⁰ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Pág. 403.



contribuciones parafiscales, previo a que se suscriba otro contrato (hecho indicador).

A diferencia de lo que sostiene el actor, el hecho indicado no conduce a deducir que el Presidente de la República persiguió una finalidad extraña al interés general, con la expedición del Decreto 2537 de 2015, en la medida en que es una reglamentación aplicable no solo a la Federación de Ganaderos sino a todos los administradores de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras siguiendo la norma reglamentada, esto es, el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015.

Nótese que la reglamentación ha sido el producto del ejercicio de la potestad entregada al Presidente de la República en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política y en el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015.

Cuestión distinta y que escapa al alcance de la presente acción contencioso administrativa que se instaura en ejercicio del medio de control de nulidad, **es la aplicación que el Gobierno Nacional dio a dicho decreto reglamentario, lo cual, de acuerdo a los anexos allegados por la parte demandante²¹, será discutido en otra instancia judicial.**

²¹ Fol. 61-76, Anexo No. 1. Se allega solicitud de conciliación extrajudicial presentada por la Federación de Ganaderos en contra de la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.



En el análisis preliminar emprendido por el despacho, no se evidencia la alegada desviación de las atribuciones conferidas al Presidente de la República al expedir el Decreto 2537 de 2015.

7.5.- La parte demandante indica que el procedimiento establecido en el Decreto 2537 de 2015 es inconstitucional e igualmente que dicha reglamentación se aplicó en forma retroactiva

La parte actora considera que el artículo 2.10.5.2 del Decreto 2537 de 2015 viola normas constitucionales por cuanto permite su aplicación retroactiva a situaciones ocurridas con anterioridad a su vigencia, además de violar el derecho de defensa porque despoja del derecho a la administración de las cuotas parafiscales a la parte demandante, sin darle oportunidad de interponer recursos que le permitan el ejercicio del derecho de defensa.

Frente a los reparos formulados por la Federación de Ganaderos consistentes en que aplicó el decreto a situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigencia, esto es, retroactivamente, se debe advertir que los asuntos relacionados con la aplicación del Decreto 2537 de 2015 (**acto administrativo de carácter general**) a dicha organización gremial, escapan al objeto de este proceso judicial, que no es otro que determinar si el mencionado decreto adolece de alguno de los vicios señalados en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En lo que tiene que ver con la violación de derecho de defensa, ya se advirtió que, a primera vista, el Decreto 2537 de 2015 no estableció procedimiento



especial alguno para la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y, por esta razón, en el evento en que la asunción temporal de las contribuciones parafiscales se realice **en vigencia del contrato de administración**, se debería aplicar el procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la expedición del acto administrativo que contempla la disposición reglamentaria, respetándose con ello el debido proceso del administrador de dichos recursos.

También se señaló que para el evento en que el contrato esté vencido, la asunción temporal de las contribuciones parafiscales se haría directamente en atención a que **no existe vínculo contractual entre el Estado y el administrador de los recursos**, por lo que no se detectó la violación del artículo 29 de la Carta Política.

7.6.- El desconocimiento del principio de confianza legítima

De otro lado, la Federación de Ganaderos solicita la medida cautelar por cuanto, en su sentir, se desconoce el principio de confianza legítima puesto que considera la agremiación que *“(...) existe la obligación legal del Ministerio de contratar con FEDEGAN la administración de la contribución parafiscal consistente en la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley 89 de 1993 (...)”* y agrega que *“(...) independientemente de la correcta o errada aplicación del decreto “(...) el hecho es que la reglamentación en sí al autorizar a posteriori*

la aplicación de unas causales, llamadas “razones especiales”, a situaciones ocurridas en el pasado, cuando no existía regulación en la materia, constituye violación al principio de confianza legítima (...).”

Este despacho debe reiterar que no le corresponde determinar o establecer si las autoridades administrativas competentes aplicaron en forma adecuada el Decreto 2537 de 2015 a la Federación de Ganaderos y, por ello, no le corresponde evaluar si el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tenía (o no) la obligación legal de celebrar un nuevo contrato de administración de recursos parafiscales con dicho ente gremial.

Ahora bien, frente al principio de la confianza legítima, la Sección Primera del Consejo de Estado²², ha manifestado lo siguiente:

“(...) Respecto de la noción y alcance del principio de la confianza legítima, la Corte Constitucional ha sostenido:

“Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la Administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse”²³.

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ, Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de dos mil quince (2015), Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00758-01, Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P. –ETB S.A. E.S.P, Demandado: MINISTERIO DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES

²³Corte Constitucional, sentencia C-360 de 1999.

La sentencia C-478 de 1998 establece que:

“[...] se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege.

En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación” (resalta la Sala).

Además, este principio ha sido delimitado con más detalle por la Corte Constitucional en sentencias como la T-566 de 2009, en la que se dijo:

“[...] la aplicación del principio de confianza legítima, presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, que, a su vez, generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior. Sin embargo, de ello no se puede concluir la intangibilidad e inmutabilidad de las relaciones jurídicas que originan expectativas para los administrados. Por el contrario, la interpretación del principio estudiado, debe efectuarse teniendo en cuenta que no se aplica a derechos adquiridos, sino respecto de situaciones jurídicas modificables, sin perder de vista que su alteración no puede suceder de forma abrupta e intempestiva, exigiéndose por tanto, de la administración, la adopción de medidas para que el cambio ocurra de la manera menos traumática para el afectado [...]”. (...)”



En el presente caso, el Decreto 2537 de 2015 es el resultado del ejercicio de la facultad reglamentaria que le entregó el Legislador, en la Ley 1753 de 2015, al Presidente de la República.

De su contenido no es posible encontrar disposición alguna que señale que se aplica a situaciones acaecidas en el pasado y, estima el despacho, que la violación de este principio, como se denuncia en el cargo, debe evaluarse precisamente en la forma en que fue aplicado por las autoridades públicas, lo cual escapa al análisis de legalidad propio del medio de control de nulidad.

7.7.- El decreto enjuiciado violó el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006

Finalmente, el actor considera que el numeral 2° del artículo 2.10.5.1 del Decreto 2537 de 2015 transgrede el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006 al incluir como una de las razones especiales para la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la de ser o haber sido admitido en proceso de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006, cuando dicha normatividad expresamente prohíbe que se decrete la terminación unilateral de contrato alguno por el hecho de iniciarse el proceso de reorganización.

Inicialmente debe indicarse, que contrario a lo afirmado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el demandante si incluyó y desarrolló en su demanda el cargo de violación del artículo 21 de la Ley 1116 de 2006.

Así, en los folios 125, 126 y 127 del expediente, consta que el demandante se refirió al régimen jurídico de la Ley 1116 de 2006, realizando idénticas reflexiones a las que se esbozan en la solicitud de medidas cautelares, incluyendo el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006 como una de las disposiciones que se consideran violadas.

Para confirmar esta apreciación, el demandante posteriormente, a folio 142 del expediente, resume las acusaciones formuladas en contra del Decreto 2537 de 2015, señalando en una de ellas que “(...) 6) *El decreto acusado viola la Ley 1116 de 2006 porque impide la reorganización empresarial al obstaculizar la celebración de contratos con empresas que se han sometido a ese régimen jurídico (...)*”, lo que descarta lo señalado por dicho ministerio, por lo que resulta procedente el estudio del cargo formulado.

Para efectos del análisis preliminar que corresponde al despacho, las normas señaladas se confrontan de la siguiente manera:

Ley 1116 de 2006	Numeral 2° del artículo 2.10.5.1 del Decreto 2537 de 2015
ARTÍCULO 21. CONTINUIDAD DE CONTRATOS. <i>Por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía. Tampoco podrá</i>	Artículo 2.10.5.1. <i>Razones especiales para la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Se considerarán como razones especiales para que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asuma temporalmente la</i>

decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha.

Los incumplimientos de obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, independientemente de cuando hayan ocurrido dichas causales.

El deudor admitido a un trámite de reorganización podrá buscar la renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de tracto sucesivo de que fuera parte.

Cuando no sea posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez del concurso, autorización para la terminación del contrato respectivo, la cual se tramitará como incidente, observando para el efecto el procedimiento indicado en el artículo 8o de esta ley. La autorización podrá darse cuando el empresario acredite las siguientes circunstancias:

1. El contrato es uno de tracto sucesivo que aún se encuentra en

administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras, las siguientes:

(...)

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.

<i>proceso de ejecución.</i> <i>2. Las prestaciones a cargo del deudor resultan excesivas, tomando en consideración el precio de las operaciones equivalentes o de reemplazo que el deudor podría obtener en el mercado al momento de la terminación. Al momento de la solicitud, el deudor deberá presentar:</i> <i>a) Un análisis de la relación costo-beneficio para el propósito de la reorganización de llevarse a cabo la terminación, en la cual se tome en cuenta la indemnización a cuyo pago podría verse sujeto el deudor con ocasión de la terminación;</i> <i>b) En caso que el juez de concurso autorice la terminación del contrato, la indemnización respectiva se tramitará a través del procedimiento abreviado y el monto que resulte de la indemnización se incluirá en el acuerdo de reorganización, en la clase que corresponda.</i>	
--	--

De la confrontación de las disposiciones en cuestión no se evidencia, en forma preliminar se insiste, violación alguna del artículo 21 de la Ley 1116 de 2006, puesto que del contenido del citado numeral 2° no puede deducirse que el mismo implique la terminación unilateral del contrato de administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras, pues la causal



está referida a que sea “(...) *el Fondo (...)*” y no la organización gremial que lo administra, quien entra en el proceso de reorganización previsto en el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006.

En mérito de lo expuesto, el Consejero Ponente de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE

NEGAR la suspensión provisional del Decreto 2537 de 29 de diciembre del 2015, “(...) *por medio del cual se adiciona el Título 5 a la Parte 10 del Libro 2 del Decreto 1071 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, relacionado con la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales (...)*”, expedido por el Gobierno Nacional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado