

CADUCIDAD - Inexistencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DERECHO DE DEFENSA

Como los actos que se demandan son administrativos, éstos debieron indicar los recursos que contra ellos procedían y los términos dentro de los cuales debían interponerse, por la afectada, por tratarse de actos particulares y concretos y como tal indicación no se contiene en los oficios cuestionados suscritos por el señor Contralor General de la República, se concluye que cuando se presentó la demanda, no había caducado la acción precisamente por la falta de indicación de los recursos y el término para interponerlos, cuya consecuencia es que no había caducado la acción de restablecimiento.

CONTROL FISCAL / FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Los dineros que la Federación Nacional de Cafeteros pertenecientes al Fondo Nacional del Café, recibe, son esencialmente, productos de impuestos nacionales, es decir, dineros del erario público, destinados a una finalidad concreta, como lo es la satisfacción de necesidades públicas, que normalmente deben cumplir las agencias del Estado. Es por ello, que están destinados a un fin público concreto y por lo mismo, no puede escapar la Federación Nacional de Cafeteros al control fiscal que ejerce en virtud de la Constitución, la ley y el contrato, la Contraloría General de la República. Si se entendiera que tales dineros los recibe la Federación a título de donación, tendría que declararlo así la ley, pues la donación no se presume y menos de dineros públicos.

FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS - Naturaleza / FONDO NACIONAL DE CAFE / CONTROL FISCAL / CONTRIBUCION PARAFISCAL

Los ingresos que transfiere el Fondo Nacional del Café y que son de su propiedad, a la Federación Nacional de Cafeteros siguen perteneciendo a éste, por cuanto tienen destinaciones especiales a fin de atender necesidades colectivas de la región cafetera; por lo tanto no son bienes ni rentas privadas, puesto que la Federación lo que hace es administrar impuestos, en este caso denominados contribuciones parafiscales. Sin embargo siendo como es la Federación una entidad gremial de derecho privado, recibe emolumentos en virtud de tal condición, como son los aportes de sus afiliados, la remuneración que percibe del Fondo Nacional del Café y demás actividades que realiza por o para sus afiliados, o para el manejo y la administración de las reservas prestacionales constituidas para atender a sus propios empleados, sobre los cuales no puede haber control fiscal.

INGRESOS POR COMERCIALIZACION DEL CAFE / FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS / FONDO NACIONAL DEL CAFE

Los ingresos que la Federación nacional de Cafeteros ha obtenido de utilidad generada de la operación de comercialización interna del café, mediante la compra con sus propios recursos de la materia prima - café pergamino - al Fondo Nacional del Café y asumiendo los costos y riesgos correspondientes de propiedad de dicha Federación y no están sujetos a la comercialización, tanto externa como interna, que realice dicha Federación a nombre del fondo Nacional de Café.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: CARMELO MARTINEZ CONN

Santafé de Bogotá D. C., cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993)

Radicación número: 2687

Actor: FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

FALLO

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, entidad gremial de derecho privado y sin ánimo de lucro, con personería jurídica reconocida por Resolución Ejecutiva Nacional No. 33 de 1927, en extenso memorial de demanda presentado en la Secretaría de la Sección Cuarta el 9 de octubre de 1989, pide que se decrete la nulidad de los numerales 6 y 8 del Capítulo "Conclusiones" del oficio de 30 de noviembre de 1988, que el señor Contralor General de la República dirigió al señor Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros cuyo tenor es el siguiente:

"Conclusiones: Como conclusiones finales, derivadas de las exposiciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias aquí expuestas podemos concluir las siguientes:

"6. La Federación no recibe ninguno de los recursos que le entrega el Estado a título traslativo de dominio, ni a título de donación, ni la Federación puede ejercer frente a ellos los atributos del derecho de propiedad ni usarlos libremente. Esto impide que quepa la figura de la donación mientras una ley de la República no autorice a la Administradora del Fondo al efecto. La donación no es presumible según el Código Civil".

"8. La Contraloría tiene la obligación de solicitar una información y en concreto rendición de cuentas, sobre la parte que reciba la Federación en virtud del impuesto ad - valorem y del impuesto de pasilla para campañas de sanidad rural,

y para campañas de progreso social y económico de las zonas cafeteras. No basta conocer las instrucciones que de la federación para ello, sino que debe verificarse efectivamente esa destinación, en aplicación de la ley 11 de 1972 que ordena a la federación rendir cuentas a la Contraloría para su revisión y fenecimiento". Pide, además, que se decrete la nulidad de la frase " y los beneficios de ésta son recursos del fondo" contenida en el citado oficio de 30 de noviembre de 1988, pagina 22 cuyo texto completo dice:

"De otra parte como el café que vende la Federación Nacional de Cafeteros para consumo nacional es comprado al Fondo Nacional del Café, que lo ha recibido por retención o por compra de los cafeteros, estamos en presencia de figuras que se enmarcan en el concepto de comercialización; y los beneficios de ésta son recursos del fondo ". (La parte que se destaca es la que se demanda).

Además, también pide que se decrete la nulidad del oficio de 8 de junio de 1989, emitido por el señor Contralor General de la República que confirmó el contenido del memorando oficio de 30 de noviembre de 1988 que textualmente expresa:

"Bogotá, 8 de junio de 1989

Doctor

Hernán Uribe Arango

Gerente(E.)

Federación Nacional de Cafeteros

E. S. D.

"Apreciado Doctor:

"Este Despacho ha estudiado cuidadosamente el texto de la carta enviada el 20 de abril pasado, como los memorandos anexos a la misma, relacionados con el tratamiento fiscal del impuesto ad - valorem a la exportación de Café y de las utilidades obtenidas en la comercialización interna del mismo".

"Al respecto, es criterio de la Contraloría General, que los conceptos allí contenidos no invalidan lo expuesto en las comunicaciones remitidas a Ustedes el

30 de noviembre pasado. De es entendido que el contrato suscrito por el gobierno nacional y la Federación Nacional de Cafeteros en diciembre de 1988, tuvo su etapa de discusión para llegar al acuerdo contractual y constituirse por ende en ley para las partes. Por lo tanto la Contraloría General continuará fiscalizando bajo los parámetros de la ley 11 de 1972 , la ley 20 de 1975 y las cláusulas contractuales en especial la 7ª y la 42 en las cuales se definen tanto los recursos que se incorporan al Fondo Nacional del Café y su destinación como la competencia de la Contraloría en la vigilancia de los dineros y fondos oficiales administrados o invertidos tanto por la Federación como por los Comités Departamentales. El texto señalado es de una claridad tan meridiana que no permite interpretación distinta a lo allí pactado".

"Como consecuencia de lo anterior esperamos obtener de esa gerencia la máxima colaboración para desarrollarse una manera oportuna y eficaz el control fiscal establecido legal v contractualmente".

"Del señor Gerente con toda consideración"

"Rodolfo González García"

"Contralor General".

"Que como consecuencia de la nulidad solicitada, debe declararse que la Contraloría General de la República carece de atribuciones para ejercer control fiscal respecto de los recursos que por transferencia directa del legislador, en virtud de subvención acrecen el patrimonio de la Federación para ser utilizados en las finalidades asignadas por la ley y los estatutos de la entidad a partir del momento en que tales recursos son registrados en la contabilidad de la Federación".

"Que igualmente, debe declararse que la Contraloría General de la República carece de competencia para ejercitar vigilancia fiscal sobre los dineros que percibe la Federación Nacional de Cafeteros como resultado de la comercialización del café que ella, con sus recursos propios, compra de las existencias del Fondo Nacional del Café, y procesa a sus expensas".

En cuanto a los hechos en que se funda la demanda, los demandantes relatan que la Contraloría General de la República por mandato de la ley 11 de 1972, ejerce la vigilancia fiscal en la Federación Nacional de Cafeteros, sobre "las inversiones de los dineros provenientes del Fondo Nacional del Café y sobre los

demás bienes y fondos públicos que esta administre”, expidiendo las resoluciones orgánicas del caso; y que el 20 de mayo de 1988 el Auditor de la Contraloría General de la República ante la Federación, envió al Gerente General de ésta, el oficio A. G.524 en el que inquiría acerca del incumplimiento de la Federación Nacional de Cafeteros de obligaciones que a su juicio, imponen la ley y el contrato vigente; concretamente, solicitó explicación sobre los fundamentos legales o contractuales de las operaciones de compraventa del café del Fondo Nacional del Café, vendido para consumo particular a la federación, y la razón por la cual no se rendían cuentas sobre la inversión y manejo de los recursos recibidos por concepto de impuestos ad - valorem asignada por el artículo 227 del Decreto 444 de 1967, a las campañas para el progreso social y económico de las zonas cafeteras y los originados en las Leyes 128 de 1941 y 66 de 1942, destinados a campañas de sanidad rural en la región cafetera.

Posteriormente el 16 de junio de 1988, el Gerente General de la Federación de Cafeteros responde al auditor diciendo que ha ordenado a las distintas áreas que tienen que ver con los cuestionamientos de la Auditoría, un análisis de fondo para responderle en forma precisa, la que se produjo parcialmente el 16 de septiembre de 1988, mediante la comunicación 0595, a la cual adjuntó el concepto emitido por el doctor Alvaro Esguerra (q. p. d.) sobre el tema, y el once (11) de octubre de 1988 el Gerente General de la Federación, encargado, envió la comunicación G G 647 a la que acompaña el concepto emitido por el doctor Diego Moreno Jaramillo, acerca del destino de las utilidades que obtiene la Federación por la comercialización del Café comprado al Fondo Nacional del Café y con destino al consumo interno.

El 30 de noviembre de 1988 el Contralor General de la República emite un extenso oficio relativo a la extensión de las facultades de fiscalización de la entidad a su cargo, sobre el impuesto destinado por el estatuto cambiario a las campañas que la Federación ejecuta por conducto de los Comités Departamentales, en relación con el impuesto de cuatro pesos (\$ 4,00) por cada saco de pasilla para campañas de sanidad rural en cumplimiento de la ley 66 de 1942, y así mismo, sobre la utilidad producto de la comercialización interna del café, que la Federación compra al fondo; se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de las relaciones de la Federación Nacional de Cafeteros con el Fondo Nacional del Café y de los bienes pertenecientes a éste; régimen fiscal aplicable a la Federación como administradora del Fondo, y el alcance de la función de la

Contraloría y del Contrato de administración, a la que la Federación responde el 20 de abril de 1989 en la comunicación GG 0233, adjuntándole copia fotostática de los memorandos redactados por los doctor Alvaro Esguerra y el Director de la División Jurídica de Cafeteros doctor Gaspar Caballero Sierra, en los que se examinan los planteamientos de la Contraloría, las leyes vigentes aplicables y el contrato celebrado entre la Federación y el Gobierno Nacional el 22 de diciembre de 1988, los cuales a su juicio, hacen claridad al respecto. La Contraloría General de la República, respondió el ocho (8) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), expresando que los conceptos anteriores no invalidan lo expuesto por esa oficina el 30 de noviembre de 1988 y que el contrato suscrito con el Gobierno Nacional es ley para las partes, por lo que esa Contraloría continuará su gestión fiscalizadora bajo los parámetros señalados en la Ley 11 de 1972, 20 de 1975 y las cláusulas contractuales, especialmente la 7ª y la 42, en las que se definen los recursos que son del Fondo Nacional del Café y su destinación, y la competencia de la Contraloría en la vigilancia de los dineros nacionales administrados por la Federación Nacional de Cafeteros y los Comités Departamentales, "textos que son de meridiana claridad", insistiendo a su turno la Federación, en los puntos de vista expuestos en la comunicación GG 0233, en oficio de respuesta de fecha 13 de junio de 1989.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

En la demanda se expresa que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, es una entidad de carácter gremial de los productores de café que surgió de la voluntad del Congreso Cafetero reunido en 1927, como una persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, cuyo objeto es la defensa de la industria cafetera, carácter que se ha reconocido legalmente (Ley 11 de 1972) y como tal tiene un patrimonio propio y autonomía administrativa e intereses propios de la Federación, a los que el Contralor General de la Nación, so pretexto de ejercer la vigilancia fiscal de la inversión de los dineros públicos provenientes del Fondo Nacional del Café, y los demás bienes y fondos oficiales que administra, conforme al artículo 3º de la Ley 11 de 1972, quiere extender su intervención vulnerando intereses particulares de la Federación.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTOS DE LA VIOLACION

Se dice en la demanda que los actos acusados originario del Despacho del señor Contralor General de la República, se fundamentan, según este funcionario, en que las normas legales y las estipulaciones del contrato celebrado entre la Federación Nacional de Cafeteros y el Gobierno Nacional de 20 de diciembre de 1978, (cláusula catorce), según el oficio de 30 de noviembre de 1988 acusado parcialmente, y en el contrato celebrado entre las mismas partes el 22 de diciembre de 1988 (cláusulas 7ª y 42), facultan a ese despacho para ejercer una vigilancia integral sobre la inversión y el manejo de las utilidades producto de la comercialización interna y lo valores retenidos a los exportadores por la vente de pasilla, que éstos hacen al Fondo Nacional del Café, y sobre la inversión y manejo de los recursos que reciben la Federación y los comités departamentales, originados en el impuesto ad - valorem, conforme al artículo 227 del Decreto 444 de 1967, recursos asignados para adelantar campañas de progreso social y económico en las zonas cafeteras, y la inversión y manejo de los recursos asignados por la ley a las campañas de sanidad rural de las zonas cafeteras que adelante la Federación.

Entre los dineros que la Federación administra como persona de derecho privado que considera la actora, son recursos propios, no sometidos por ello, al control fiscal de la Contraloría, señala:

- a) Las cuotas que recibe de sus afiliados;
- b) Los recursos que recibe como contraprestación por el cumplimiento de sus obligaciones en los contratos de prestación de servicios y de administración del Fondo Nacional del Café;
- c) Los beneficios que recibe derivados de sus propias actividades, entre otras las utilidades originadas en la comercialización interna del café que la Federación desarrolla con el café que con sus propios recursos compra al Fondo Nacional del Café, asumiendo los riesgos propios del comercio, y
- d) Los recursos que a título de transferencia o subvención legal, percibe para ser aplicados en las campañas de sanidad y desarrollo social y económico de las zonas cafeteras.

Sostiene la actora, que si bien es cierto que todos los recursos propios de la Federación están destinados por sus estatutos, y por mandato legal, a la protección y desarrollo de la industria cafetera, esa finalidad no desvirtúa su carácter de ente privado, ni su autonomía administrativa, conforme al artículo 5° de la ley 11 de 1972; pero la ley en virtud de la circunstancia de que la Federación administra el Fondo Nacional del Café y otros fondos y bienes públicos, previo la fiscalización y control por parte de la Contraloría General de la República, por lo cual es necesario determinar el límite de tal fiscalización que la ley 11 de 1972 señaló en el sentido de que la vigilancia fiscal se contrae a la inversión de los dineros del Fondo Nacional del Café y demás bienes oficiales que administre (art. 3°), debiendo la Federación rendir cuentas periódicas a la Contraloría sobre los recursos que administra para su revisión fenecimiento, (art. 4°) para lo cual la Contraloría debe adoptar sistemas especiales que no menoscaben la autonomía administrativa de la Federación, como entidad de derecho privado que es, (art. 5°) sobre el cual la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de octubre de 1977, al declarar exequible el artículo 50 de la Ley 11 de 1972, precisó:

"6. Así las cosas aparece evidente que la Federación tuvo origen privado, no fue creada por disposición legal y sus órganos de actuación derivan de lo previsto en sus estatutos, careciendo de ánimo de lucro, está vinculada a los intereses nacionales mediante contratos especiales que la autorizan a manejar parte de los dineros públicos para la protección y defensa de la Industria Cafetera".

"La Federación, además, tiene su Propio Patrimonio, no se desvirtúa su carácter privado por el hecho de que maneje fondos provenientes de contribuciones a que se refieren las Leyes 76 de 1927, 21 de 1935 y otras normas especiales, ni tampoco por virtud de la existencia del Fondo Nacional del Café; (D. L. 2078 de 1942 y Ley 66 de 1942) esto solamente indica que está sujeta a vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República habida cuenta de que administra ingresos de origen público". (Lo resaltado es de la Sala).

"8. La calificación hecha en el artículo 5° de la Ley 11 / 72 de la Federación Nacional de Cafeteros como entidad de derecho privado no es inconstitucional como va se ha dicho".

"Porque no define ni transforma su naturaleza y solo reconoce la preexistente. Es una simple mención explicativa, destinada a precisar y justificar la modalidad del control fiscal".

"Tal parece, pues, que la norma que ahora se discute contenga una redundancia, porque correlacionando las dos normas transcritas, resulta inequívoco que si la federación, como es cierto, maneja y administra por medios contractuales, dineros públicos, es obligación de la Contraloría General ejercer control tanto sobre ellos como sobre la totalidad de los bienes y servicios que con ellos se obtenga o se hayan obtenido; por lo mismo lo que ahora se dispone en el artículo 5° cuestionado, no solo es nuevo, sino que no presenta desacuerdo con la naturaleza de la Federación. Por ello no significa que sea inconstitucional, ni que el control fiscal quede menguado; siendo tarea y responsabilidad del Contralor General de la República, velar por el destino de los dineros públicos que se han entregado a la Federación, haciendo, inclusive, un riguroso inventario de todos los bienes que por haberse adquirido con ellos sean de propiedad nacional velando por el cumplimiento de su finalidad de acuerdo con la ley. (Resalta la Sala).

"Lo que significa que el control fiscal no tiene en su ejercicio limites distintos de los bienes de propiedad de la Federación para precisar, los cuales es necesario determinar los oficiales a través del inventario mencionado o de otro sistema que arrojó los mismos resultados. Lo que no se justificaría sería la aplicación del control fiscal ,a bienes de una entidad privada con el pretexto de que ésta maneja o administra fondos o bienes de propiedad nacional". (Resalta la Sala). (Sent. Corte Suprema de Justicia al declarar exequible el art. 5° de la Ley 11 de 1972).

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La demandante señala como normas quebrantadas los artículos 2°, 16, 20, 30, 60, 63 y 76 numeral 20; 78, numeral 5° de la Constitución Política vigente cuando se introdujo la demanda - 9 de octubre de 1989 - , Ley 66 de 1942, artículos 4°, 5°, 6° y 8° - ; Decreto - ley 444 de 1967, artículo 227 literal b); Ley 11 de 1972, artículos 3°, 4°y 5°; Ley 20 de 1975, artículo 2°, Código Civil. artículo 669 y la Ley 11 de 1975, artículo 8°.

Se afirma en la demanda que los actos acusados se relacionan con la vigilancia fiscal sobre recursos que provienen, de una parte, de subvenciones ordenadas

por la ley en favor de la Federación Nacional de Cafeteros; y de otra, los que resultan de la actividad de comercialización del café. Al desarrollar y concretar el concepto de violación, la demanda, sostiene:

“ a) En cuanto a la violación de la ley 66 de 1942, en sus artículos 5° y 6° del Decreto - ley 444 / 67, artículo 227, literal b) y 76, 20 y 78 numeral 5° de la Constitución Nacional vigente entonces, que a continuación se sintetiza: Que en el oficio de 30 de noviembre de 1988, posición que ratifica posteriormente el 8 de junio de 1989, en el No 6, se dice que: ‘ La Federación no recibe ninguno de los recursos, que le entrega el Estado a título traslativo de dominio ni a título de donación, ni la Federación puede ejercer frente a ellos los atributos del derecho de propiedad ni usarlos libremente. Esto impide que quepa la figura de la donación mientras una ley de la República no autorice a la Administración del Fondo al efecto. La donación no es presumible según el Código Civil’.

Argumenta la actora que en desarrollo del artículo 76 No. 10 de la Constitución vigente entonces, el legislador ha determinado que el servicio público lo puede prestar el Estado, directa o indirectamente, en este último caso, mediante contrato, debiendo tener la obligación del contratante particular, las mismas características de la actividad que presta la administración, en cuanto a generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad, conforme al Decreto Legislativo 753 de 1956, quedando sujeto a la vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República, según el artículo 60 No. 4 de la Constitución.

Luego de citar a distintos tratadistas nacionales y extranjeros sobre el carácter jurídico de la subvención, como el argentino Manuel María Díez, que estudia los caracteres jurídicos de la subvención en su libro sobre contratos administrativos, en el que define la subvención como una donación modal que se realiza en el momento de la subvención, siendo la ejecución el modo posterior al otorgamiento, produciéndose el enriquecimiento del subvencionado; coincide con la tesis anterior, la expuesta por el tratadista español Nivas Borrego, que define la subvención como un acto modal, tesis también coincidente con la conocida en Italia como doctrina Falcone, que califica la subvención como un *modus iures*.

En nuestro derecho, la figura de la subvención está regulada, agrega, en los artículos 76, numeral 20 y 187 numeral 3° de la Constitución Política de 1886, en los cuales se faculta al legislador (art. 76 No. 20) y a las Asambleas

Departamentales (art. 187 No. 3°) para fomentar empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo, el artículo 78 No. 5 de la C. N. Que otorga la facultad dispositiva al Congreso sobre el Erario Público para decretar a favor de personas o entidades, gratificaciones, indemnizaciones, pensiones y otras erogaciones si están destinadas a satisfacer créditos originados en obligaciones surgidas de contratos que establecen obligaciones a cargo de la Nación. Alega que las subvenciones tienen como título traslativo de dominio una ley y en razón de su gratuidad ,la doctrina ha visto en ellas las características de una donación modal de derecho público, que se otorga a fondo perdido y que cuando a un particular se le confía la gestión de un servicio público, puede recibir fondos o bienes públicos para aplicarlos a dicho objeto ; pero que en el caso de la subvención , los recursos originalmente públicos se transforman en privados, en seguida ingresan al patrimonio de la entidad financiera, por virtud del título traslativo de dominio constituido por la ley cuyo contenido tipifica una donación modal, pero los recursos deben ser utilizados en las actividades propias de la beneficiaria y de manera específica en los que hubiere señalado la ley. Desarrolla los argumentos antes expuestos expresando que el gobierno de Colombia, con autorización legal, ha celebrado contrato con la Federación Nacional de Cafeteros para la administración del Fondo Nacional del Café, para la preservación y defensa de la industria del café, actividad que ha definido la Corte Suprema de Justicia como de servicio público en sentencia de 14 de octubre de 1970.

En virtud del contrato de administración, la Federación maneja fondos y bienes públicos, afectados al servicio; que conforme a la Ley 11 de 1972 dictada en desarrollo del artículo 60, numeral 4 de la Constitución (de 1886 y sus reformas) la Federación Nacional de Cafeteros rendirá cuentas periódicas a la Contraloría General de la República sobre la inversión de los dineros del Fondo Nacional del Café y sobre el destino de los demás bienes oficiales que administre, para su revisión y feneamiento. La Federación, además, recibe del Estado Colombiano por disposición de la Ley 66 de 1942, artículo 6° y Decreto 444 de 1967 artículo 227 letra b), unas subvenciones para que de acuerdo con sus estatutos cumpla campañas de interés general, como las de sanidad rural a cargo del Comité Nacional de la Federación y de los Comités Departamentales en la Dirección Administrativa y Técnica, para el progreso social de las zonas cafeteras y en beneficio de sus afiliados, para concluir diciendo que por ser un estímulo a sus afiliados, esa gestión carece de un elemento básico en la prestación del servicio

público., como es el de la igualdad, conforme al artículo 16 de la Constitución Política.

La subvención que recibe la Federación para aplicarla a las campañas de sanidad rural, explicada en la comisión Parlamentaria que presentó el proyecto de ley, en el sentido de que habrá una campaña con dirección técnica confiada a la Dirección Nacional de la Federación, la que, sin embargo, sería administrada por los Comités Departamentales, fue acogida por la Plenaria del Senado de la República, entrando los recursos que recibe, a un fondo creado por la Federación.

La segunda subvención que recibe la federación está prevista en el artículo 227, letra b) del D. E No 444 de 1967, tiene base constitucional en virtud de la autorización contenida en la ley 6° de 1967, por la cual el legislador tomó medidas de diferente naturaleza en el ámbito de la actividad administrativa, para el fin de abocar la política económica (art. 63); el cumplimiento del servicio público (arts. 64 y 227 letra a) y fomento de la actividad cafetera (art. 227, letra b); como compensación a una congelación temporal del precio interno de compra del café, se tomaron medidas coercitivas, como la retención cafetera y otras de estímulo, como las campañas de desarrollo económico y social, emprendidas por la federación que tenían como objetivos vincular el sector gremial a la finalidad señalada, requiriéndose de medidas de policía económica y de fortalecimiento en la prestación del servicio público de protección y defensa de la industria cafetera y de estímulos a ese gremio, mediante subvención a sus programas económicos y sociales, política que no fue solo para ese sector de la producción, sino que hizo parte de una más extensa de promoción de exportaciones, para lo cual fue creado Proexpo, para cuyos fines, podía utilizar líneas de crédito, el certificado de abono tributario, facultades que se otorgaron al ejecutivo para enfrentar la crisis generada por el descenso de los precios del café

Alega que "los ingresos que genera la subvención se transforman de recursos públicos en privados por disposición legal, ya que tienen un carácter no devolutivo" como lo han reconocido las partes en la cláusula décimo cuarta del contrato suscrito el 20 de diciembre de 1978, al decir:

"Además de los recursos asignados por la ley a la Federación para adelantar por intermedio de los Comités Departamentales de Cafeteros. las campañas de sanidad rural y las de progreso social y económica de las zonas cafeteras".

Continúa su alegato citando la cláusula 7ª párrafo 2º del contrato suscrito entre el Gobierno Nacional y la Federación el 22 de diciembre de 1988, la cual expresa:

"La totalidad de los recursos a que hace referencia el presente párrafo se incorporará al Presupuesto General del Fondo Nacional del Café dentro de sus ingresos corrientes, con destino específico a los programas arriba mencionados. Estos recursos se transferirán, tan pronto se recauden a los Comités Departamentales Cafeteros".

"Los Comités Departamentales llevarán en su contabilidad una cuenta del balance separada en la cual se refleje el origen y la inversión que se haga de estos recursos. En el evento de que los activos inicialmente adquiridos se transformen en otros, los nuevos activos deben quedar vinculados en el respectivo Departamento, a los programas a que se refieren las normas legales en que se originan".

De la anterior cláusula, en la demanda se hace la observación de que hay una transferencia de recursos por la vía del Fondo Nacional del Café a la Federación Nacional de Cafeteros, ya que los Comités Departamentales son unidades operativas de la federación, por lo cual el registro contable se hace en la contabilidad de ésta, siendo diferente la del Fondo Nacional del Café y la de la entidad que lo administra, por lo que los estados financieros también lo son, y son refrendados los del Fondo Nacional del Café por la Contraloría General de la República.

De la exposición anterior, la actora concluye que el Contralor General de la República en los actos cuya nulidad demanda, infringe normas legales, por interpretación errónea, por cuanto desconoce los efectos de la subvención otorgada por la ley 66 de 1942, artículos 5º y 6º y Decreto - ley 444 de 1967, artículo 227 ordinal b) y reiterando su afirmación que los recursos públicos se transforman en privados una vez ingresan al patrimonio de la Federación, porque

se genera una obligación modal de derecho público infringiendo los artículos 76 numeral 20 y 78 numeral 5 de la Constitución Nacional vigente entonces, que autorizan la subvención como una donación modal de derecho público y la ley 66 de 1942, artículos 5° y 6°, y Decreto - ley 444 / 67, art. 227, ordinal b) que ordena la transferencia del Fondo Nacional del Café a la Federación Nacional de Cafeteros, para que ésta con plena autonomía, realice campañas de sanidad rural y desarrollo social.

Acusa la violación de la Ley 11 de 1972, artículos 3°,4° y 5°; Ley 20 de 1975, artículo 2°; Código Civil, artículo 669; Ley 11 / 67 artículo 8° y de los artículos 2°. 16, 30, 60 y 63 de la Constitución.

Al efecto expresa que el Contralor General de la República en los oficios de 30 de noviembre de 1988 y 8 de junio de 1989, que ratifica al anterior, en el numeral 8° de las conclusiones de ese acto administrativo, afirma que ese despacho se propone ejercer control fiscal sobre la totalidad de la actividad de la Federación en aplicación de la Ley 11 / 72.

Agrega que la Ley 71 de 1946, reglamentaria del artículo 76, numeral 20 de la Constitución Nacional (se refiere a la del 86 v sus reformas) el artículo 7° le asignó al Gobierno Nacional la vigilancia de la aplicación del aporte estatal, función que mantuvo la ley 11 de 1976, artículo 8°, la que tiene como fundamento la consideración de que eran recursos privados por estar afectados a una determinada finalidad.

A raíz de la expedición de la ley 20 de 1975, orgánica de la Contraloría General de la República, que estableció en el artículo 2° una cláusula general de competencia para vigilar las “entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación”, “adquirió competencia para vigilar el cumplimiento de la aplicación de la finalidad de la subvención”; pero la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable la expresión “a cualquier título”, del artículo 2° de la ley 20 de 1975, en sentencia de 19 de mayo de 1987, por ser demasiado amplia, porque en un Estado de Derecho las atribuciones de todo funcionario deben estar determinadas; pero la vigilancia de la Contraloría sobre la Federación solo puede referirse a la gestión fiscal de ésta, más no a la que cumple en desarrollo de sus estatutos. Alega, que como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de la expresión “a cualquier título”, recobra

vigilancia el artículo 8° de la Ley 11 de 1967. que le asigna al Gobierno esa vigilancia. Sin embargo, acepta, que el objeto del control fiscal en la Federación Nacional de Cafeteros, es sobre los fondos y bienes oficiales que la Federación administra en cumplimiento del contrato suscrito con el Gobierno Nacional, conforme a la cláusula 42 del mismo, atribución que no es de la Contraloría por cuanto las funciones de ésta deben estar determinadas en la ley y no contractualmente, por lo cual concluye afirmando que el control fiscal de la Contraloría se ejerce en el momento de captación de los recursos por el Fondo Nacional del Café y concluye con la entrega de éstos a la Federación Nacional de Cafeteros, para la realización de los programas mencionados. La Contraloría pretende ejercer control fiscal sobre dineros que en virtud de la subvención sólo son objeto de vigilancia administrativa del Gobierno Nacional, violando en consecuencia, los artículos 60 y 63 de la Constitución de 1886 y sus reformas,, los cuales determinan que la competencia de la Contraloría se fija exclusivamente por la ley. Se infringen también el artículo 4° de la Ley 11 de 1972 que ordena la fiscalización exclusivamente sobre los fondos y bienes nacionales que administra la Federación; la Ley 20 de 1976 en su artículo 2°; la Ley 11 / 67 que atribuye la vigilancia al Gobierno Nacional de los recursos provenientes de la subvención a empresas útiles y benéficas; los artículos 30 y 16 de la Constitución vigente cuando se formuló la demanda y 669 del Código Civil que garantiza la propiedad privada.

En una segunda parte de la demanda señala la violación de normas superiores de derecho relativas a la vigilancia sobre las utilidades derivadas de la comercialización interna del café.

Sobre lo anterior, la demanda destaca la pretensión de la Contraloría de ampliar el control fiscal a las utilidades obtenidas en la comercialización interna del café que la Federación compra al Fondo, con sus recursos propios, la que es, afirma, violatoria de las disposiciones legales en la cual se basa, destacando la frase del memorando de la Contraloría que dice: “como el café que vende la Federación Nacional de Cafeteros para el consumo nacional es comprado al Fondo Nacional del Café, que lo ha recibido por retención o por compra de los cafeteros estamos en presencia de figuras que se enmarcan en el concepto de comercialización, y los beneficios de ésta son recursos del Fondo”. En relación con lo anterior, la demanda alega que lo comprado por la Federación al Fondo con sus propios recursos, es de su propiedad, pues ella asume los riesgos relativos a la pérdida en

que pueda incurrirse en la comercialización, que no afecta al fondo; como tampoco son de este las respectivas utilidades, porque no son recursos públicos. En cambio, cuando la Federación comercializa el café de propiedad del Fondo, adquirido ya sea por retención a los particulares o por compra a estos, las utilidades por la comercialización en el exterior, son del Fondo, vale decir, de la Nación, y por lo mismo sometidos a control fiscal.

Que conforme al contrato celebrado entre la Federación y el Gobierno Nacional el 22 de diciembre de 1988, la Federación como administradora del Fondo "podrá con cargo a los recursos del Fondo, comprar y vender libremente café, tanto en el interior como en el exterior del país, y asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de café, suscrito por el Estado, conforme a la cláusula 3ª Literal a) "; que según la cláusula 7ª, son ingresos corrientes del Fondo, "los derivados de la venta del café que a su nombre realiza la Federación en el interior y en el exterior; que los precios de venta del café de Consumo Nacional del Fondo a la Federación y de ésta a los tostadores, se determina por el Comité Nacional con el voto favorable del Ministro de Hacienda, previa propuesta de la Comisión de Comercialización que está integrada por los Gerentes Generales y Comercial de la Federación y dos miembros del Comité Nacional; que son egresos corrientes del Fondo, los originados en la compra de café, los gastos de operación, comercialización y almacenamiento de café en el interior y en el exterior", según la cláusula 8º. Con fundamento en lo anterior, el demandante pone de presente que de ello surgen dos situaciones, a saber: a) la actuación de la Federación como administradora del Fondo, comercializando el café a su nombre y con recursos de éste, y b) la actuación de la Federación en nombre propio, comercializando el café que adquiere por compra al fondo, pues si así no fuera carecería de sentido que en los contratos se fijaran los mecanismos para la determinación de los precios de venta del café de consumo nacional del Fondo a la Federación. Por ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14 de octubre de 1970 al resolver el cargo de inexecutable contra el artículo 6º de la ley 41 de 1937, que atribuía a la Superintendencia Bancaria la fiscalización de las "operaciones comerciales de la Federación y la inversión de las sumas cuyo manejo le corresponda las que dada la generalidad con que se les designa, pueden proceder de fondos públicos o privados, por lo cual las funciones relativas a operaciones mercantiles no son fiscales sino administrativas y en relación con estas, en modo alguno, pueden ser atribuidas a la Contraloría porque se lo prohíbe el artículo 59 de la Constitución.

TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue admitida por auto de sala unitaria de 23 de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) (fls. 157 / 158) respecto del cual el apoderado judicial de la Nación - Contraloría General de la República, interpuso recursos de reposición para que se revocara el auto admisorio y en su lugar se inadmitiera la demanda. Alegó el apoderado judicial de la Nación, en lo fundamental, que los oficios - cartas - objeto de debate, no son actos administrativos, dado que ellos sólo contienen la posición de la Contraloría General de la República acerca del carácter de los recursos manejados por la Federación, y el campo de la acción fiscal de la Contraloría, pues con tales planteamientos no se está implantando el control fiscal ni tales opiniones son obligatorias, ni constituyen decisión administrativa por cuanto la vigilancia de la gestión fiscal la ejerce la Contraloría por mandato de la Constitución Política y de las Leyes 20 de 1975 y 11 de 1972 y no por los conceptos emitidos.

Como segundo argumento para la revocatoria del auto admisorio, y aceptando que tales actos sean demandables, expuso el de la caducidad de la acción, pues el "escrito en debate", fue emitido el 30 de noviembre de 1988 y notificado el 6 de diciembre del mismo año, publicado el 16 de diciembre siguiente en el informe financiero de la Contraloría, páginas 32 y 52, y su ejecutoria comenzó el 14 de diciembre de ese año, acto contra el cual no se interpuso recurso alguno, quedando ejecutoriado, por lo cual cualquier pronunciamiento posterior al término de caducidad o cualquier referencia que se haga de dicho acto administrativo, no interrumpe el término de caducidad ni lo revive como erróneamente se pretende con el oficio de 8 de junio de 1989. a partir del cual los apoderados de la Federación establecen el término de caducidad de la acción sea que se tome como fecha a partir de la cual se notificó (6 de diciembre de 1988) o la del 16 de diciembre del mismo año fecha en la cual fue publicado, y la de presentación de la demanda (9 de octubre de 1989) cuando la acción había caducado a términos del artículo 26 del Decreto - ley 2304 de octubre 7 de 1989 que fija en cuatro meses el término de caducidad de la acción, por ser una acción de restablecimiento del derecho.

La Federación Nacional de Cafeteros por conducto de sus apoderados, se opuso a la revocatoria del auto admisorio de la demanda, alegando, en síntesis, que los

actos demandados son actos administrativos porque emanan de una autoridad pública y contienen la manifestación de voluntad de la administración en el sentido de someter a control fiscal todos los actos de la Federación Nacional de Cafeteros, incluso los que ejecuta como entidad gremial, con sus propios medios económicos y en desarrollo de sus estatutos.

Por auto de Sala unitaria de 28 de marzo de 1990 (ver folios 176 / 180), se confirmó el auto recurrido en reposición, fundándose en que el oficio o carta de 8 de junio de 1989 confirma el criterio expuesto en el oficio de 30 de noviembre de 1988, por una parte, y que este acto administrativo no contenía la indicación de los recursos que conforme a la ley procedían contra él, por lo cual quedó abierta la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción, como tampoco contenía esa indicación el oficio de 8 de junio de 1989, pero que habiéndose interpuesto demanda, judicial, debía entenderse que la Federación se daba por notificada de ellos por conducta concluyente al presentar la demanda.

En memorial de 4 de mayo de 1990 (fls. 181 a 187) el apoderado judicial de la Nación - Contraloría General de la República, propuso las excepciones de "falta de jurisdicción", con fundamento en los artículos 12 y 13 del Decreto - ley 2304 de 7 de octubre de 1989, reformativo del artículo 82 del C. C.A., que señala el objeto de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y el 83 ibídem, sobre extensión del control jurisdiccional, todo para argüir que los actos demandados no son actos administrativos, puesto que ellos solo contienen los planteamientos o la posición de la Contraloría, sobre el carácter de los recursos fiscales que maneja la Federación Nacional de Cafeteros como administradora de Fondo Nacional del Café, y el campo de acción de la Contraloría General de la República, con los cuales no está implantando el control fiscal la Federación Nacional de Cafeteros, ni ellos son obligatorios, ya que el control fiscal que la Contraloría ejerce en la federación, emerge de la Constitución y de la ley, citando jurisprudencias que atribuye a esta Corporación en los que se afirma que un concepto no es obligatorio y al no serlo no es acto administrativo.

Como segunda excepción presenta la de caducidad de la acción, repitiendo, en lo fundamental, los argumentos expuestos para pedir la revocatoria de los actos administrativos demandados.

El 15 de agosto de 1990, la Contraloría otorgó poder para que la representara en el proceso al doctor Gustavo Humberto Rodríguez a que se le reconoció personería para actuar en auto de 23 de agosto del mismo año y por auto de 22 de octubre se decretaron pruebas, entre otras, una de inspección judicial con peritos a la contabilidad del Fondo Nacional del Café y a la de la Federación Nacional de Cafeteros con el propósito de establecer si la contabilidad del Fondo Nacional del Café es separada de la de la Federación Nacional de Cafeteros; si las compras de café para consumo interno que hace la Federación al Fondo Nacional del Café, aparece en la contabilidad de éste como un crédito a cargo de la Federación y en la de ésta como un débito a favor del Fondo; que es de cargo de la Federación los gastos que demanda la comercialización que efectúa con sus propios ingresos, todo para demostrar que se trata de una operación comercial ajena a la fiscalización oficial de la Contraloría General de la República.

Tramitado el proceso, en legal forma se dio traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. El señor apoderado de Federación lo hizo en memorial visible a folios 378 a 409 y el de la Contraloría hizo lo propio en memorial visible a folios 410 a 426, se expondrán en su orden y se resumirán las tesis que defienden.

ALEGATO DE CONCLUSION DE LA FEDERACION

En primer lugar, se refiere a las excepciones propuestas por el señor apoderado de la Nación, de falta de jurisdicción y caducidad de la acción, expresando respecto de la primera, asentimiento o conformidad con lo expuesto por el consejero sustanciador al resolver el recurso de reposición para que revocara el auto admisorio; e igualmente, en relación con la excepción de caducidad de la acción, que se propuso como motivo fundamental para revocar la citada providencia, se remite a lo dicho en el citado auto.

Y en cuanto a la cuestión de fondo, expresa que las decisiones acusadas del señor Contralor General de la República, se fundamentan en que las normas legales y las estipulaciones del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros el 20 diciembre de 1978, (Cláusula catorce), conforme al oficio de 30 noviembre de 1988 y el celebrado el 22 de diciembre de 1988, (Cláusulas 7° y 42) establecen la vigilancia de la Contraloría, en:

a) La inversión y manejo de las utilidades producto de la comercialización interna, así como sobre los valores retenidos a los exportadores por la venta de pasilla que estos hacen al Fondo Nacional del Café.

b) Inversión y manejo de los recursos que reciben la Federación tanto en la oficina central como por los Comités Departamentales, por concepto de la parte del impuesto Ad Valorem asignada por el artículo 227 del Decreto - ley 444 de 1967, a las campañas para el progreso social y económico de las zonas cafeteras, y

c) Inversión y manejo de los recursos asignados por la ley a las campañas de sanidad de las zonas cafeteras que adelanta la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

El actor precisa que la Federación de Cafeteros de Colombia, administra en virtud de autorización legal y contractual, fondos y bienes oficiales, pero también como persona jurídica que es de derecho privado, maneja y gestiona recursos propios que integran su patrimonio, entre los que menciona las cuotas que percibe de sus afiliados; los recursos que ha recibido y percibe como contraprestación por razón del cumplimiento de servicios y administración del Fondo Nacional del Café y los bienes que percibe de sus propias actividades, entre otras, las utilidades originadas en la comercialización del Café por compra que hace al Fondo Nacional del Café con recursos propios; y finalmente, los recursos que a título de transferencia o subvención legal, percibe para ser aplicados en las campañas de sanidad y desarrollo económico y social de las zonas cafeteras. Admite que todos los recursos propios de la Federación están destinados por destinación estatutaria y, por mandato legal, a la protección y desarrollo de la industria cafetera, finalidad que no desvirtúa su carácter privado, ni su autonomía administrativa que la Ley 11 de 1972, artículo 5°, garantiza, y por lo mismo el carácter no oficial de sus bienes y recursos propios; por ello, el control fiscal por determinación de la ley sólo se ejerce sobre los bienes y recursos públicos que la Federación administra, por lo cual es necesario determinar el ámbito de la vigilancia fiscal; alega que la Ley 11 de 1972 precisó los límites que deben ser observados por la Contraloría General de la República, así:

a) El artículo 3° de la ley 11 de 1972, dice de manera expresa que la vigilancia fiscal se contrae a la inversión de los dineros del Fondo Nacional del Café y demás fondos y bienes oficiales que administre;

b) La ley impone a la Federación la obligación de rendir cuentas periódicas a la Contraloría General de la República (art. 4°).

c) La Contraloría debe adoptar sistemas apropiados para ejercer la vigilancia fiscal, dada la naturaleza de las actividades que ejerce la Federación, que no menoscaben su autonomía administrativa (art. 5°), precisiones que hallan respaldo en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 20 de octubre de 1977, que en la demanda se transcriben. Tales precisiones se refieren al carácter privado de la Federación conforme a sus estatutos, que establecen su ausencia de animo de lucro; su vinculación contractual en el manejo de dineros públicos para la defensa de la industria cafetera ; y su patrimonio propio, todo lo cual significa que el control fiscal en su ejercicio, solo esta limitado por los bienes propios de la Federación como persona de derecho privado si animo de lucro que es.

Al desarrollaron el citado alegato la acusación sobre violación de la Ley 66 de 1942, artículos 5° y 6°; Decreto - ley 444 de 1967, artículo 227. ordinal b), el actor expone que la Federación Nacional de Cafeteros recibe del Estado Colombiano, unas subvenciones para que de acuerdo con sus estatutos [art. 2°, letras p) r) y rr)] cumpla actividades de interés general, como la campaña de sanidad rural de la zona cafetera, a cargo de la Federación y de los Comités Departamentales, que se cumple a través de la Dirección Administrativa y Técnica para el progreso socio - económico de la zona cafetera y en beneficio de sus afiliados, de acuerdo con la Ley 66 / 42 Art. 7°. letra a), recursos que entran a un fondo creado por la Federación que se nutre de sus recursos propios y de la subvenciones que reciben del Estado en virtud de los acuerdos 4 de 1941, Resolución No. 2 de 1943; Acuerdo 5° de 1944, Resoluciones 11 de 1945, y 9ª de 1957 de la Federación Nacional de Cafeteros, el cual maneja autónomamente sin participación de ninguna entidad estatal, en cambio sí están sometidos a control el contenido de las obligaciones surgidas de las leyes 4° de 1973, artículo 4°; Ley 48 de 1937, artículo 4° y Ley 11 de 1972 artículo 2°, que recogen los contratos suscritos entre la Federación y el Gobierno Nacional que tienen por objeto la

defensa de la industria cafetera, recursos que la Federación administra, y están sometidos a control fiscal.

Reitera el argumento según el cual los ingresos que genera la subvención se transforman de recursos públicos en privados, por tener un carácter no devolutivo (arts. 76 de la C. N. de 1886 numeral 20 y 78 numeral 5° de la Carta Política vigente) al expedirse los actos acusados y los recursos asignados por la ley a la Federación y los comités Departamentales.

Alega que el carácter de donación modal que tienen los recursos provenientes de la ley 66 de 1942 y del Decreto - ley 444 / 67, art. 227 ordinal b) fue ratificado por la ley 9ª de 1991 en su párrafo del artículo 20, al decir que el patrimonio que se forme con los recursos del literal a) serían propiedad de los Comités Departamentales y Municipales de Cafeteros, quedando el patrimonio así constituido vinculado a los fines previstos en el literal a) de ese artículo, por cuanto establece el mismo destino para programas de desarrollo económico y social de las zonas cafeteras que sustituyó el impuesto ad valorem a las exportaciones que establecían los artículos 226 y 227 del Decreto 444 / 67, y el de ripio y pasilla, a que se refieren los artículos 5° y 6° de la ley 66 de 1942, de acuerdo con el párrafo 1° del artículo 19 de la ley 9ª de 1991.

Al desconocer los actos acusados, los efectos de la subvención otorgada por la Ley 66 / 42, artículos 5° y 6°; Decreto 444 / 67, artículo 227 ordinal b) con fundamento en el artículo 76 numeral 20 de la Constitución vigente entonces, que genera una donación modal de derecho público, los recursos de la subvención originariamente públicos, se transforman en privados una vez ingresan al patrimonio de la Federación en virtud de título traslativo de dominio constituido en la ley; en consecuencia, al desconocer los actos acusados los efectos de la donación modal de derecho público, violan los artículos 76 numeral 20 y 78, numeral 5° de la Constitución que autoriza la subvención como donación modal.

Expresa que el control fiscal de la Contraloría General de la República sobre los recursos provenientes de la Ley 66 / 42, artículo 5° y del Decreto 444 / 67, artículo 227 letra b) se ejercen en el momento de la captación por el Fondo Nacional del Café y concluyen con la entrega a la Federación Nacional de Cafeteros para la realización de los programas ejecutados por la entidad gremial; y, agrega, que no obstante el carácter privado de los recursos provenientes de la

subvención, el contrato de administración suscrito en 1988 entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros para el manejo del Fondo Nacional del Café dispone en el artículo 42 que "el control se extenderá a las partidas que con destinación específica son ejecutados por los Comités Departamentales de Cafeteros", y que esa cláusula contractual no genera competencia a la Contraloría para vigilar los recursos de la subvención, puesto que conforme a la Constitución la competencia debe tener origen en la Constitución y en la ley y por lo mismo, ella no puede atribuirse en virtud de una cláusula contractual.

En el Capítulo IV del memorial que contiene el alegato de conclusión, el actor se refiere a la violación de las normas superiores de derecho en relación con la vigilancia sobre las utilidades de la "comercialización del café en el interior del país, tema que desarrolla transcribiendo los apartes pertinentes del oficio de 30 de noviembre de 1988 y de 8 de junio de 1989 y las normas de nuevo contrato.

El memorialista afirma que la decisión de la Contraloría General de la República de extender el control fiscal a las utilidades obtenidas por la federación en la comercialización interna del café, es claramente violatoria de las disposiciones en que dice basarse y contraría a las disposiciones constitucionales y legales cuya violación se acusa en la demanda, al expresar equivocadamente que como el café lo compra la Federación al Fondo, las utilidades generadas en la comercialización del mismo, deben reputarse como recursos del Fondo que acrecientan el erario público. El criterio anterior lo refuta el señor apoderado de la actora diciendo que como la Federación en ejercicio de su personería jurídica y con recursos propios, compra café al Fondo Nacional del Café, es obvio que se opera una traslación patrimonial, por lo que ni el café adquirido ni el beneficio que se obtenga de su comercialización, asumiendo la Federación todos los riesgos de tal operación, pueden considerarse como recursos públicos. Situación diferente - agrega - es la que se configura dentro del marco contractual vigente, cuando la Federación comercializa café de propiedad del Estado, que acrece las existencias del Fondo Nacional del Café, sea en cumplimiento de la retención cafetera, o por compra a los particulares, actuando como administradora mediante - contrato - del Fondo Nacional del Café, supuesto que corresponde a la comercialización en el exterior, las utilidades o beneficios son del Fondo y no pierden su condición originaria de recursos públicos y por lo mismo sometidos a control fiscal.

Continúa expresando en el alegato de conclusión el actor, que en armonía con el artículo 3° de la Ley 11 de 1972 y en relación con la comercialización del café, el contrato vigente celebrado el 22 de diciembre de 1988 determina que la Federación como administradora del Fondo, podrá con cargo a los recursos del Fondo, "adquirir y vender libremente café tanto en el interior como en el exterior del país, y asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales suscritos por el Estado, conforme a la cláusula tercera; que son ingresos corrientes del Fondo Nacional del Café". Los derivados de la venta de café que a su nombre realiza la Federación en el interior y en el exterior del país, según la cláusula 7ª; que los precios de venta de café de consumo nacional, del Fondo a la Federación y de esta a los tostadores, se determinan por el Comité Nacional con el voto favorable del Ministro de Hacienda, previo pronunciamiento de la Comisión de Comercialización; que son egresos corrientes del Fondo, "los originados en la compra de café, los gastos de operación, comercialización y almacenamiento del café en el interior y en el exterior" (cláusula 8ª); y que los enunciados anteriores ponen de presente que en el contrato prevé dos situaciones, a saber:

- a) La actuación de la Federación como administradora del Fondo comercializando el café a nombre de éste, y con recursos pertenecientes al mismo, y
- b) La actuación de la Federación en nombre propio, comercializando el café que adquiere por compra que hace de las existencias del Fondo; y que si así no fuera, carecería de sentido la determinación en el contrato de los mecanismos para fijar los precios de venta del café para consumo nacional del Fondo a la Federación.

Cita en apoyo de su tesis, la sentencia de 14 de octubre de 1970, la que refiriéndose al cargo de inconstitucionalidad esgrimido contra el artículo 6° de la ley 41 de 1937, que atribuía a la Superintendencia Bancaria la Fiscalización de las operaciones comerciales de la Federación Nacional de Cafeteros y la inversión de las sumas cuyo manejo le corresponda, dijo:

"El artículo 6° de la Ley 41 encarga a la Superintendencia Bancaria la fiscalización de 'las operaciones comerciales de la Federación Nacional de Cafeteros y la inversión de las sumas cuyo manejo le corresponda', cantidades éstas que dada la generalidad con que se les designa, pueden proceder de fondos públicos o tener fuentes privadas".

"Es claro que tales funciones, referentes a operaciones mercantiles no son fiscales sino administrativas y que en manera alguna pueden desempeñarlas la Contraloría General, porque se lo prohíbe el inciso 2° del artículo 59 de la Carta, a cuyas voces, 'la Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización'".

Finalmente el alegato concluye afirmando que se ha demostrado que el señor Contralor General de la República al expedir los actos acusados violó normas de carácter superior.

ALEGATO DE CONCLUSION DE LA DEFENSA:

Luego de sintetizar el objeto de la demanda, reitera las excepciones de falta de jurisdicción y caducidad de la acción, respecto de las cuales, expresa:

“ a) Falta de jurisdicción. La Nación - Contraloría General de la República - por conducto de su apoderado especial, dice que ‘los oficios - cartas - demandados son apenas conceptos acerca del contrato que no contienen decisiones, pues estas se expresan mediante resoluciones y los conceptos que sientan una opinión sobre normas vigentes, como el artículo 59 de la Constitución Nacional anterior, las leyes 20 de 1975, 11 de 1972 y las resoluciones orgánicas de la Contraloría; por tanto los actos objeto de demanda no tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos, y por lo mismo no son objeto de conocimiento del contencioso administrativo. Se remite al escrito de excepciones en el que se hace énfasis en que el control fiscal de la Contraloría no está gobernado por cartas como las acusadas’ sino por el manual de Auditoría No. 8 para la Federación Nacional de Cafeteros y por las Resoluciones 0011565 de abril 9 y 011801 de diciembre 18 de 1988, actos administrativos que regulan tal fiscalización, e igualmente la cláusula 3ª del contrato vigente suscrito entre el Gobierno Nacional y la Federación, los que son susceptibles de demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que han debido demandarse y no las cartas acusadas del Contralor, por lo cual con acierto se dijo al proponer la excepción que el fallo sería inocuo pues, que con él no se suspendería ni extendería el control fiscal que se ejerce sobre la Federación Nacional de Cafeteros; y agrega que en el supuesto hipotético que se anularan esas cartas, subsistiría el control fiscal de la Contraloría por disposición de las Leyes 11 de 1972, 20 de 1975 y de las resoluciones orgánicas de la Contraloría, como por disposición de la cláusula primera del contrato suscrito entre el Gobierno

Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros, que fue publicado en el Diario Oficial 38868 de 22 de junio de 1989 y elevado a escritura pública, en el cual se pactó que 'la vigilancia fiscal del Fondo Nacional del Café corresponde a la Contraloría General de la República'. Además, en la cláusula 42 del mismo contrato se pactó que 'En los términos de la Ley 11 de 1972, la Contraloría General de la República ejercerá sus funciones de acuerdo a un régimen especial de vigilancia fiscal sobre los recursos del Fondo Nacional del Café que administra la Federación".

Agrega que doctrinariamente esas cartas no tiene la calidad de "actos administrativos", y explica su posición diciendo que en las cartas se afirma que los recursos dados a la federación por el Estado no lo son a título traslativo de dominio ni de donación, y que la Contraloría debe exigir rendición de cuentas por el impuesto ad valorem y de pasilla para campañas de sanidad y de desarrollo social en las zonas cafeteras, según el mandato de la ley 11 de 1972, por lo que no constituyen actos decisorios, y la decisión es elemento esencial para que el acto sea administrativo, y que las decisiones están contenidas en normas legales y contractuales, de todo lo cual concluye solicitando decisión inhibitoria.

CADUCIDAD DE LA ACCION

La excepción se propuso "aceptando en gracia de discusión que las cartas demandadas son actos administrativos". Ella se propuso diciendo que la carta u oficio demandado de 30 de noviembre de 1988, comunicado el 6 de diciembre siguiente y publicado el 14 de diciembre de 1988 en el informe financiero de la Contraloría, quedó ejecutoriado ese día 14 y contra él no se interpuso recurso alguno; por lo tanto, los 4 meses de que disponía la Federación para que ese oficio pudiera demandarse vencieron el 14 de abril de 1988 y la demanda se presentó el 9 de octubre de 1989, cuando la acción había caducado. Agrega que como se relata en el punto 7 de la demanda, el 20 de abril de 1989 el Gerente de la Federación dirigió al Contralor General de la República la Carta GG 0233, "reviviendo el tema del control fiscal sobre la Federación con la inocultable pretensión de revivir la acción" y al responder el Contralor repitió sus comentarios dados en la carta de 30 de noviembre de 1988, en nueva carta enviada el 8 de junio de 1989, en la que manifiesta que la Contraloría continuará fiscalizando bajo los parámetros de las Leves 11 de 1972,20 de 1975 y las cláusulas contractuales, en especial la 7ª y la 42, en las cuales se definen tanto los recursos que se

incorporan al Fondo Nacional del Café y su destinación, como la competencia de la Contraloría en la vigilancia de los fondos administrados o invertidos tanto por la Federación como por los Comités Departamentales, respuesta que sirvió a la Federación para revivirla acción artificialmente.

Alega que las "comunicaciones" fueron eliminadas como elemento para contar la fecha a partir de la cual se cuenta la caducidad, tal como aparece en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo fueron suprimidas en la reforma que de este artículo se hizo en el Decreto 2304 de 1989.

EN CUANTO A LA CUESTION DE FONDO Y VIGILANCIA FISCAL SOBRE LA FEDERACION

En relación con la cuestión de fondo, relativa a la vigilancia fiscal sobre la Federación, el señor apoderado de la Nación - Contraloría General de la República - expone que en el capítulo sobre los fundamentos de derecho de la demanda, el actor se apoya en doctrinas foráneas para desvirtuar la apreciación contenida en las cartas acusadas, según la cual los dineros fiscalizados no son de propiedad de la Federación ni constituyen donaciones, para concluir que son subvenciones a los que identifica con las donaciones, transcribiendo el aparte de la demanda en la que se afirma que en el caso de la subvención, los dineros originalmente públicos, se transforman en privados, opinión que estima errónea, expresando al efecto que los recursos públicos al ser recibidos por una entidad privada, no se transforman en privados, lo que no puede ser cierto, puesto que por conservar su carácter de públicos y por su destinación específica al desarrollo económico y social, que es función estatal, la ley exige el control fiscal sobre tales recursos y su inversión y que la entidad privada que recibe los recursos es sólo una administradora de los mismos.

Y, en cuanto a que la ley autoriza subvenciones a título traslativo de dominio, tipificándose una donación modal, expresa que la entidad privada que recibe la subvención o auxilio, no adquiere la propiedad de los recursos, pues no asume los atributos de la propiedad de uso, goce y disposición que el propietario tiene por disposición del artículo 669 del Código Civil, ni siquiera la nuda propiedad, pues la Federación recibe los recursos sobre la base de que su destino es la comunidad; no puede disponer de ellos libremente, y por ello el control fiscal al cual está sometida. Refuta la afirmación de la demanda en el sentido de que la Federación

recibe esos fondos a título de donación, porque ésta se rige por normas civiles, siendo por ello impropio hablar de donación de derecho público; según los términos del artículo 1443 del C.C. en la donación entre vivos, se produce la transferencia de dominio en forma gratuita e irrevocable y en el caso de que se trata, la subvención es revocable mediante una ley y no transfiere la propiedad, amén de que la donación no se presume, sino que requiere manifestación expresa, la que no se ha dado en este caso y según el artículo 1445 del C.C., sólo puede donar quien tiene la libre disposición de sus bienes y el Fondo Nacional del Café, no la tiene, pues carece de personería jurídica.

Critica la apreciación de la demanda en el sentido de afirmar que al recibir la subvención una entidad privada, no ejerce funciones administrativas en su manejo, diciendo que el artículo 82 del C. C.A., autoriza el ejercicio de funciones administrativas por parte de entidades privadas y la administración de fondos oficiales por parte de una entidad privada con destinación específica a la ejecución de programas de desarrollo económico y social, es función administrativa que por delegación de la administración ejecuta, ya que la atención de tales programas es función administrativa. Y como el mercado del café es básico para la economía Colombiana su comercialización ha adquirido el carácter de servicio público. Alega que no hay lugar a sostener que sobre las subvenciones que recibe la Federación sólo exista una vigilancia administrativa de parte del gobierno nacional.

En relación con la fiscalización sobre la comercialización interna del grano que la Federación compra al Fondo Nacional del Café, cita la cláusula 3ª del contrato celebrado el 15 de mayo de 1979, en la que aparecen discriminados los recursos del Fondo, entre otros en el Literal d) " Las utilidades en las operaciones de comercialización del Café", y en el e) los rendimientos de sus inversiones, para concluir que todos son recursos tributarios. Que el Fondo es una cuenta oficial cuyos recursos provienen de impuestos y de los rendimientos de sus operaciones e inversiones que administra la Federación, a quien el Estado delegó el ejercicio de funciones públicas en una materia que es un servicio público. A continuación transcribe el artículo 28 de la ley 20 de 1975, conforme al cual, la Contraloría General de la República con sujeción a lo dispuesto en la ley 11 de 1972, ejercerá la vigilancia fiscal sobre la federación Nacional de Cafeteros y el Fondo Nacional del Café" la cual se repite en la Ley 11 / 72, y se encuentra vigente.

Alega que el acto de inspección judicial y el dictamen pericial rendido con tal ocasionen nada demeritan el argumento expuesto en cuanto al control fiscal de la gestión de la Federación. Precisa que el hecho de que la Federación y el Fondo tengan contabilidades separadas y estados financieros independientes, se explica contablemente por ser la Federación una entidad privada y el Fondo Nacional del Café una cuenta oficial que la primera administra. Termina solicitando sentencia inhibitoria.

El Ministerio Público, representado por el Fiscal Sexto no presentó alegato de conclusión.

SE CONSIDERA:

Ante todo la Sala se pronunciará en relación con las excepciones propuestas de incompetencia de jurisdicción fundada en la consideración de que los oficios demandados no son actos administrativos y la de caducidad. Se examinarán en su orden:

a) Se demanda la nulidad de los numerales 6° y 8° del oficio de 30 de noviembre de 1988, suscrito por el señor Contralor General de la República, doctor Rodolfo González García (fls. 4 / 23) emitido en respuesta a los oficios GG 0595 y GG 647 de 16 de septiembre de 1988 y 11 de octubre del mismo año, dirigidos por el doctor Hernán Uribe Arango, Gerente General encargado de la Federación Nacional de Cafeteros, al doctor Ernesto Robayo Orozco, Auditor General de la Contraloría en la Federación Nacional de Cafeteros. Igualmente se demanda que se decrete la nulidad de la expresión “ y los beneficios de ésta son recursos del fondo”, contenida en el aparte Fiscalización de los beneficios de ésta.

Como ya se indicó el oficio de 30 de noviembre se produjo en respuesta a los planteamientos contenidos en los oficios GG 595 y GG 647 dirigidos por el doctor Hernán Uribe Arango, Gerente encargado de la Federación al doctor Ernesto Robayo Orozco, Auditor General de la Contraloría en la Federación.

En ese oficio de 30 de noviembre de 1988, en respuesta a la posición de la Federación sobre la determinación de la Contraloría de extender el control fiscal a todos los ámbitos de la actividad de la Federación, luego de hacer referencia a los conceptos emitidos por eminentes abogados sobre el particular, expresa:

"Por su parte la Contraloría General de la República, previos los estudios de rigor, se permite fijar a continuación su posición sobre el mismo particular en los siguientes términos".

"Planteamiento de Problema (sic)".

"El punto a examinar, con arreglo a los principios y métodos de la ciencia jurídica, se contrae a precisar hasta donde puede llegar la fiscalización de la Contraloría General de la República sobre la parte del impuesto Cafetero destinada por el Estatuto Cambiario a las campañas que la Federación Nacional de Cafeteros debe ejecutar a través de los Comités Departamentales".

"Así mismo, hasta dónde puede extenderse la función Contralora, en relación con los cuatros pesos (\$4.00) por cada saco, que la Federación debe retener por la compra de cada saco de pasilla a los particulares con dinero del Fondo Nacional del Café, para atender la campaña de sanidad rural cuya dirección técnica está a cargo del Comité Nacional, en cumplimiento de la Ley 66 de 1942, así como sobre las utilidades obtenidas en la comercialización interna del café. Para despejar estos puntos, es necesario explorar la siguiente temática; Carácter de la Federación Nacional de Cafeteros; contratación entre el Gobierno y la Federación Nacional de Cafeteros, naturaleza jurídica de la relación Federación - Fondo, linaje de los bienes pertenecientes al Fondo Nacional del Café, régimen del control fiscal aplicable a la Federación como administradora del Fondo, filosofía del control fiscal, alcance de la función Contralora, consideraciones sobre el contrato de donación, otros planteamientos de los estudios de la Federación y conclusiones".

La comunicación parcialmente transcrita u oficio de 30 de noviembre de 1988, es un acto administrativo por cuanto emana de una autoridad pública, como es la Contraloría General de la República, con competencia para expedirlo, tiene carácter obligatorio para la Federación Nacional de Cafeteros, y produce los efectos jurídicos buscados con su expedición; como acto administrativo, es objeto del control que ejerce esta jurisdicción.

Así las cosas, procede negarse la primera excepción relativa a la incompetencia de la jurisdicción.

CADUCIDAD DE LA ACCION:

Decidido que los actos que se demandan son administrativos, éstos debieron indicar los recursos que contra ellos procedían y los términos dentro de los cuales debían interponerse, por la afectada, por tratarse de actos particulares y concretos; y como tal indicación no se contiene en el oficio de 30 de noviembre de 1988 y tampoco en el de 8 de junio de 1989 también suscrito por el señor Contralor General de la República doctor Rodolfo González García, se concluye que cuando se presentó la demanda el 9 de octubre de 1989 (V. fl. 156) no había caducado la acción, precisamente por la falta de indicación de los recursos y el término para interponerlos, cuya consecuencia es que no había caducado la acción de restablecimiento. Por tanto, es el caso de negar la segunda excepción.

Y, en cuanto a la cuestión de fondo, se hacen las siguientes consideraciones:

La actora ha insistido a través del proceso en que los dineros que ella recibe proveniente del Fondo Nacional del Café lo son, título de donación modal, que enseguida ingresan a ella, se transforman de recursos públicos en privados y que por ello, el control fiscal sólo debe ejercerse en el traslado de tales dineros del Fondo a la Federación.

La Sala, no comparte esa opinión. En efecto, los dineros que la Federación Nacional de Cafeteros pertenecientes al Fondo Nacional del Café, recibe, son esencialmente, productos de impuestos nacionales, es decir, dineros del erario público, destinados a una finalidad concreta, como lo es la satisfacción de necesidades públicas, que normalmente deben cumplir las agencias del Estado. Es por ello, que están destinados a un fin público concreto y por lo mismo, no puede escapar la Federación Nacional de Cafeteros al control fiscal que ejerce en virtud de la Constitución, la ley y el contrato, la Contraloría General de la República. Si se entendiera que tales dineros los recibe la Federación a título de donación, tendría que declararlo así la ley, pues la donación no se presume y menos de dineros públicos. Además, el Fondo no podría hacer tal declaración,

porque carece de personería, ya que es sólo una cuenta del tesoro público y el legislador tampoco lo ha declarado así. Tampoco se entendería que por disposición contractual a la Contraloría General de la República le compete fiscalizaría la inversión. Además, tampoco cabría la figura de la donación modal frente a las disposiciones de los artículos 267 y 355 de la Constitución Política actual.

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es una asociación gremial de derecho privado, integrada por los productores de café de todo el país con personería reconocida por la Resolución No. 33 de septiembre 2 de 1927 y sin ánimo de lucro, que tiene por objeto conforme a sus estatutos, la defensa de la industria cafetera colombiana (art. 3°).

En tal virtud y de conformidad con las leyes y en cumplimiento de estas, ha venido celebrando contratos con el Gobierno Nacional de duración de diez cada uno para la administración del Fondo Nacional del Café, que es una cuenta del Tesoro Público destinada permanentemente a la defensa, protección y fomento de la industria cafetera Colombiana, cuya administración el Gobierno contrata con la Federación en los términos del presente instrumento, de conformidad con las normas legales existentes para este propósito; (cláusula 1ª del contrato vigente) agregando en el segundo inciso de esta cláusula primera del contrato celebrado el 22 de diciembre de 1998, que: "La vigilancia Fiscal del Fondo Nacional del Café corresponde a la Contraloría General de la República.

En la cláusula 2ª del contrato se señalan los objetivos del mismo, como son, entre otros, intervenir el mercado cafetero nacional y del extranjero con el fin de promover el consumo de café Colombiano, regular su oferta, y buscar un régimen estable de precios internos, adecuado a los requerimientos de la industria cafetera nacional", "mediante el ordenamiento de la comercialización interna y externa y la retención de los excedentes no exportables"; contribuir mediante la utilización de sus recursos al cumplimiento de los pactos internacionales que en materia de café suscriba el Estado; promover y financiar programas de investigación científica, extensión, diversificación, educación, salud, cooperativismo, bienestar social y demás que contribuyan al desarrollo, fortalecimiento y defensa de la industria cafetera colombiana y al equilibrio social y económico de la población radicada en zonas cafeteras.

Como administradora del Fondo, la Federación Nacional de Cafeteros, puede, conforme a la cláusula tercera del contrato vigente, adquirir y vender libremente café, tanto en el interior como en el exterior del país, asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de café suscritos por el Estado; participar en lonjas de café y promover la creación de instrumentos que faciliten el comercio del café colombiano. Mantener en consignación o en depósito en el exterior, según la reglamentación que dicte la autoridad monetaria, con la obligación de reintegrar su valor al Banco de la República en el momento en que reciba las divisas correspondientes; atender con el producto de las exportaciones, los gastos en moneda extranjera y los pagos de obligaciones externas incluidas en el presupuesto, los cuales están sometidos a la aprobación previa de la autoridad monetaria, de acuerdo con las normas legales vigentes; abrir previa aprobación y fijación de sus términos por la autoridad monetaria, créditos en el exterior para la adquisición de café colombiano y exportar el café que se adquiere utilizando tales créditos, con la obligación de entregar el valor en divisas extranjeras al Banco de la República al vencimiento de los créditos; celebrar operaciones de venta en divisas extranjeras que no sean de libre convertibilidad, con sujeción a las normas cambiarias; crear, adquirir, promover o apoyar empresas complementarias de la industria del café, o efectuar inversiones en las mismas; almacenar el café que adquiere, procurando su conservación; procurar la renovación de las existencias de café que por sus condiciones no sean susceptibles de almacenamiento prolongado, realizar actividades de fomento y diversificación cafetera.

Conforme a la cláusula 7ª del contrato vigente, relativa a los ingresos corrientes del Fondo Nacional del Café, éstos son los siguientes: Los derivados de la venta de café, que, a su nombre, realiza la Federación en el interior y en el exterior del país; la remuneración por servicios que preste el Fondo; los originados, en impuestos y contribuciones y los provenientes del rendimiento de las distintas inversiones, incluyendo las financieras; y, según el párrafo 1º de esta cláusula, "Los recursos de que trata el literal b) del artículo 227 del Decreto - ley 444 de 1967, se incorporarán al presupuesto general del Fondo Nacional del Café dentro de sus ingresos corrientes, con destino a los programas previstos en dicha norma"; tales recursos son, "el producto en moneda legal de la parte del impuesto cafetero que corresponde al Fondo Nacional del Café (art. 227 Decreto - ley 444 / 67) el cual según el artículo anterior del mismo decreto el impuesto representado por la existencia de un cambio diferencial para la compra de los giros provenientes

de las exportaciones, se transforma en un impuesto del 26% ad valorem, sobre el producto en moneda extranjera de dichas exportaciones”, debiendo expedir el Banco de la República certificados de cambio por el equivalente a cuatro (4) puntos del impuesto, y llevar los 22 puntos restantes a las reservas internacionales acreditándose simultáneamente la cuenta especial de cambio por su valor en moneda legal.

Dispone la cláusula 7ª, igualmente, que “ además de los recursos del Fondo Nacional del Café que con destinación específica la ley asigna a campañas de sanidad rural (art. 3º ley 128 / 41, arts. 5º y 6º ley 66 de 1942), y las de progreso social y económico de las zonas cafeteras (art. 227 Decreto - ley 444 / 67) administrados por la Federación a través de los Comités Departamentales, se dará igual destinación a las utilidades originadas en la venta de otros tipos de café para consumo nacional, manteniéndose su manejo a través de los comités y limitándose su monto a partir de 1989, a los niveles reales observados en 1988” y agrega a continuación: “los precios del café de consumo nacional , del Fondo y de la Federación y de la Federación a los tostadores, se determinarán de acuerdo con los procedimientos determinados en la cláusula decimoséptima”.(Resaltado de la Sala).

La cláusula 7ª del contrato sobre ingresos corrientes del Fondo Nacional del Café, en el inciso 3º del párrafo 2º, expresa:

“... La totalidad de los recursos a que hace referencia el presente párrafo, se incorporará al presupuesto general del Fondo Nacional del Café dentro de sus ingresos corrientes, con destino específico a los programas arriba mencionados. Estos recursos se transferirán, tan pronto se recauden, a los Comités Departamentales de Cafeteros”.

"Los Comités Departamentales llevarán en su contabilidad una cuenta del balance separada en la cual se refleje el origen y la inversión que se haga de estos recursos. En el evento de que los activos inicialmente adquiridos se transformen en otros, los mismos activos deben quedar vinculados en el respectivo Departamento, a los programas a que se refieren las normas legales en que se originan".

"El control fiscal de estos recursos lo realizará la Contraloría General de la República".

La cláusula decimoséptima a la cual se remite el párrafo 2° de la cláusula 7° parcialmente transcrita, es relativa a la comercialización interna y expresa textualmente:

"Créase una comisión de comercialización conformada por los Gerentes Generales y Comercial de la Federación y dos de los miembros gremiales del Comité Nacional de Cafeteros. Los asesores del Gobierno no asistirán a las reuniones de la comisión".

" Esta comisión presentará al Comité Nacional, anualmente o cuando fuere necesario un documento sobre políticas de comercialización interna en la cual se señalaran los procedimientos para determinar los precios de venta del café en el interior, las tarifas y comisiones que por concepto de comercialización se paguen con los recursos del Fondo, así como por los servicios de compra, venta, almacenamiento, despacho, inspección, etc.". (Resalta la Sala).

Lo expuesto permite concluir a la Sala que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, asociación gremial de los Caficultores, realiza a partir de 1940 y en virtud de contratos de prestación de servicios con la Nación que se han venido renovando desde entonces cada diez años, actividades que corresponden a las agencias del Estado, como quiera que la Nación le ha encargado la defensa de la industria cafetera, el desarrollo económico y social de las zonas del país dedicadas a la Caficultura, la promoción en el exterior del consumo del café, el cumplimiento de los contratos suscritos por el Gobierno Nacional en relación con los compromisos que éste contraiga con otros gobiernos extranjeros, entre otras; y siendo ello así, no solo por disposición legal, sino contractual, la Contraloría General de la República tiene competencia para vigilar y exigir el cumplimiento de las normas fiscales, por lo que no puede quedar excluida la Federación del control fiscal que ejecuta la Contraloría de conformidad con el artículo 59 de la Constitución de 1886, a cuyos términos: "La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República"; igualmente el artículo 267 de la Constitución Política de 1991 sobre el particular dice: "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la Administración y de los particulares

o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación ".(Resalta la Sala). (Por Leyes 20 / 75 y 11 de 1972). Pero es obvio que el límite de dicho control se encuentra cuando la Federación como persona jurídica de derecho privado y con sus propios recursos compra café al Fondo en las condiciones de precios fijados de modo general por el Comité de Comercialización, para consumo interno, asumiendo todos los riesgos del negocio, tal como lo puede hacer cualquier persona natural o jurídica, que lo adquiriera en similares condiciones para el mismo fin o para la exportación. Y es sobre tal actividad que no puede haber control fiscal. Lo anterior por cuanto la Federación también recibe contribuciones de todos los Caficultores que son afiliados forzosos de la Federación, entre otras actividades, y los emolumentos que recibe por remuneración por la administración del Fondo, que realiza como persona jurídica de derecho privado. No ocurre lo mismo con la comercialización del gramo en el exterior o en el interior, porque esta actividad la ejerce la Federación en cumplimiento de la ley y del contrato como administradora del Fondo Nacional del Café. Ahora bien, si la Federación compra café al Fondo para su comercialización interna, pero no con sus propios recursos, sino con los del Fondo, es claro que tales rendimientos están sometidos al control fiscal por parte de la contraloría. Y, no es difícil establecer tal circunstancia por cuanto la Federación y el Fondo llevan cuentas separadas, es decir, que cada uno tiene su propia contabilidad. Al respecto los peritos expresan:

“Dejamos anotados, no obstante, que en el presupuesto de Ingresos y Egresos del Fondo Nacional del Café correspondiente a la vigencia de 1987, aparece como ingresos, por venta de café, materia prima para consumo interno, la suma de \$4.257.000.000.00 y a su turno en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, por la misma vigencia 1987 dentro del presupuesto aparece igual partida \$4.257.000.000.00, dentro de sus egresos para costo consumo interno - materia prima como lo dijimos anteriormente, esta comprobación se efectuó al muestreo, con presupuestos por la vigencia de 1987”.

"De lo anterior se deduce que el egreso, o salido de café materia prima para consumo interno, que por concepto de venta ha efectuado el Fondo Nacional del Café a la Federación Nacional de Cafeteros, se ha contabilizado en el Fondo como ingreso por ventas que se ha reflejado en el momento de la operación contablemente en el rubro 'Cuenta por Cobrar' a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros, y que a su turno, en la contabilidad de la Federación las mismas

cantidades y operaciones han aparecido contabilizadas en 'Cuentas por pagar', a favor del Fondo Nacional del Café ".

Los peritos acompañan a su dictamen los balances y estados de rendimientos económicos de 1985, balances y estados de ingresos y egresos de 1987 - 1989 del Fondo Nacional del Café y balance y estados de rendimientos 1985 - 1987, 1989 de la Federación Nacional de Cafeteros tomados de sus libros.

El dictamen no fue objetado por las partes ni pedido tampoco aclaración del mismo y los honorarios fueron cubiertos por la actora oportunamente.

Sintetizando se tiene:

1. Los dineros públicos que la Federación Nacional de Cafeteros administra por cuenta del Fondo Nacional del Café, tienen destinación específica a fines determinados no los recibe a título de donación, porque respecto de ellos no puede ejercer los atributos del derecho de propiedad.

2. Es atribución de la Contraloría General de la Nación conforme la Constitución y la ley, ejercer el control fiscal sobre los bienes y rentas de la Nación y sobre los bienes o rentas fiscales que administren los particulares, conforme a la parte final del primer inciso de la Constitución vigente; en consecuencia la Federación Nacional de Cafeteros, en cuanto administre bienes y rentas oficiales, está sujeta a dicho control fiscal;

3. Los ingresos que transfiere el Fondo Nacional del Café, y que son de su propiedad, a la Federación Nacional de Cafeteros siguen perteneciendo a éste, por cuanto tienen destinaciones especiales a fin de atender necesidades colectivas de la región cafetera; por tanto, no son bienes ni rentas privadas, puesto que la Federación lo que hace es administrar impuestos, en este caso denominados contribuciones parafiscales.

4. Sin embargo, siendo como es la Federación Nacional de Cafeteros, una entidad gremial de derecho privado, recibe emolumentos en virtud de tal condición, como son los aportes de sus afiliados y la remuneración que percibe como administradora del Fondo Nacional del Café y demás actividades que realiza por o para sus afiliados, o para el manejo y la administración de las reservas

prestacionales constituidas para atender a sus propios empleados, sobre las cuales, no puede haber control fiscal;

5. No es difícil establecer los ingresos del Fondo Nacional del Café que administra la Federación Nacional de Cafeteros, de los suyos propios, por tener contabilidad separada.

6. Considera la Sala pertinente aquí, para evitar confusiones, señalar que a partir de la vigencia de la Ley 9ª de enero 17 de 1991, es decir con posterioridad a la admisión de la demanda presentada por la Federación Nacional de Cafeteros, cesó la compra de café para su procesamiento y comercialización interna por parte de la Federación Nacional de Cafeteros al Fondo Nacional del Café.

Se operó este cambio en el sistema de comercialización por cuanto, por una parte, en la práctica se puso fin a la política de vender café para consumo interno a precios subsidiados, y por otra parte porque las utilidades que hacía la Federación se destinaban, cómo ya se ha dicho a los Comités Departamentales para la realización de sus programas de beneficios para las comunidades cafeteras. En la actualidad la mayor parte del café para consumo interno es suministrado por particulares y el resto proviene de café de propiedad del Fondo Nacional del Café.

Los fondos que se obtenían por las utilidades generadas en la comercialización que efectuaba la Federación Nacional de Cafeteros han sido reemplazados por las transferencias de que trata el artículo 20 de la ley 9ª de 1991 y el cual ordena al Fondo Nacional del Café que parte de los recursos de la denominada "contribución cafetera" se destinen así:

a) Durante los años 1991 y 1992, el equivalente al dos punto siete por ciento (2.7%), del valor del reintegro se destinará a los comités departamentales de la Federación Nacional de Cafeteros para los programas de desarrollo social y económico de las zonas cafeteras, de fomento y apoyo al cooperativismo, de mejoramiento de las condiciones de la población campesina en zonas cafeteras, directamente o a través de convenios con las entidades territoriales, cuando lo permita la naturaleza de los programas. A partir de 1993, la participación de los comités regionales se incrementará al tres punto siete por ciento (3.7%).

7. Los ingresos que la Federación Nacional de Cafeteros ha obtenido de utilidad generada de la operación de comercialización interna del café, mediante la compra con sus propios recursos de la materia prima - café pergamino al Fondo Nacional del Café y asumiendo los costos y riesgos correspondientes, son de propiedad de dicha Federación y no están sujetos a la comercialización, tanto externa como interna, que realice dicha Federación a nombre del Fondo Nacional del Café.

Conforme a lo expuesto, sólo procede anular la frase: y los beneficios de ésta son recursos del fondo, contenida en la parte final del oficio de 30, de noviembre de 1988, cuyo texto completo expresa:

"De otra parte como el café que vende la Federación Nacional de Cafeteros, es comprado al Fondo Nacional del Café, que lo ha recibido por retención o por compra a los cafeteros, estamos en presencia de figuras que se deben enmarcar en el concepto de comercialización; y los beneficios de ésta son recursos del Fondo". (Resalta la Sala).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Niéganse las excepciones.
2. Anúlase la frase: y los beneficios de ésta son recursos del Fondo" contenida en la frase del oficio de 30 de noviembre de 1988, conforme se ha expresado en la parte motiva.
3. Niéganse las restantes súplicas de la demanda.
4. Sin costas.

Cópiese, notifíquese y archívese. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn.
Presidente de la Sala

Guillermo Chahín Lizcano,
Salva voto;

Consuelo Sarria Olcos,
con aclaración de voto;

Gilberto Arango Londoño,
conjuez.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Objeto / SENTENCIA INHIBITORIA

Estimo que ha debido dársele prosperidad a las excepciones que propuso la Contraloría General de la República, especialmente a la denominada de "falta de jurisdicción" ya que los oficios demandados son apenas conceptos u opiniones del Contralor que no contienen decisiones y que por lo tanto no tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos y consecuentemente no pueden constituir objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Como en las discusiones en Sala sostuve dicho criterio, el cual de haber contado con la mayoría de votos habría generado una sentencia inhibitoria, debo apartarme del criterio mayoritario que apreció como actos administrativos susceptibles de demanda lo que apenas en mi sentir son opiniones que no constituyen objeto demandable.

Consejero ponente: GUILLERMO CHAIN LIZCANO

Santafé de Bogotá D. C., cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993)

Radicación número: 2687

Actor: FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Me permito en forma sintética manifestar las razones por las cuales no comparto la sentencia que se produjo en el presente asunto:

Básicamente estimo que ha debido dársele prosperidad a las excepciones que propuso la Contraloría General de la República al momento de contestar la demanda, especialmente a la denominada de "falta de jurisdicción". Esta excepción se hizo consistir en que los oficios demandados son apenas conceptos u opiniones del contralor que no contienen decisiones y que por tanto no tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos y consecuentemente no pueden constituir objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Como en las discusiones en Sala sostuve dicho criterio, el cual, de haber contado con la mayoría de los votos, habría generado una sentencia inhibitorio, debo apartarme del criterio mayoritario que apreció como actos administrativos susceptibles de demanda lo que apenas en mi sentir son opiniones que no constituyen objeto demandable y cuya aplicación requeriría la instrumentación mediante actos del Contralor o de sus agentes.

Atentamente,

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO

SALVAMENTO DE VOTO

ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia

Considero que los oficios de la demanda no constituyen verdaderos actos administrativos, pues si bien es cierto que emanan de una autoridad como es el señor Contralor General de la República, en tal ocasión éste se limitó a consignar conceptos relativos a la interpretación de las leyes que regulan sus, funciones de control, comparadas con algunas cláusulas específicas del contrato celebrado entre la Federación Nacional de Cafeteros y el Gobierno Nacional. Los conceptos consignados en los oficios como los que fueron impugnados, podrían tomarse como manifestaciones unilaterales con relación a la interpretación del contrato que los vincula y llegar a ser motivo de la acción revisora de dicho contrato como la contemplada en el artículo 87 del C. C.A. pero en ningún caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 85.

Consejero ponente: JAIME ABELLA ZARATE

Santafé de Bogotá D. C., cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993)

Radicación número: 2687

Actor: FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros, consigno brevemente las razones que motivaron la salvedad de voto a la anterior sentencia.

Considero, al igual que mi compañero el doctor Chahín, que los oficios objeto de la demanda no constituyen verdaderos actos administrativos, pues si bien es cierto que emanan de una autoridad como es el señor Contralor General de la República, en tal ocasión éste se limitó a consignar conceptos relativos a la interpretación de las leyes que regulan sus funciones de control, comparadas con algunas cláusulas específicas del contrato celebrado entre la Federación Nacional de Cafeteros y el Gobierno Nacional, tales como la cláusula 3ª sobre lo que entiende la Contraloría como operaciones que puede efectuar la federación como administradora del fondo y sobre las cuales puede recaer su gestión controladora, distintas desde luego, de las operaciones celebradas con sus propios recursos.

A mi modo de ver, la forma normal de producir la Contraloría actos administrativos propios de su gestión, radica en la expedición de actos de carácter general como el Manual de Auditoría numero 8 que señala las pautas generales a sus funcionarios, áreas de inspección, integración y manejo de las distintas cuentas, etc., y los actos particulares y concretos que lleguen a producir sus funcionarios a raíz de la revisión de un periodo determinado o de un aspecto concreto, mediante actas que aprueban o glosan las cuentas revisadas. Mediante éstos, se concreta la voluntad del contralor con relación a un aspecto determinado, con un efecto jurídico igualmente determinado y del cual se derivan todas las consecuencias legales que el contralor puede desarrollar para que, inclusive judicialmente, tengan fuerza coercitiva sus decisiones frente a la entidad vigilada o al funcionario público, que se revela contra sus determinaciones así adoptadas.

Pero, los conceptos consignados en los oficios como los que fueron impugnados, podrían tomarse como manifestaciones unilaterales con relación a la interpretación del contrato que los vincula y llegar a ser motivo de la acción revisora de dicho contrato como la contemplada en el artículo 87 del C. C.A. pero, en ningún caso la acción de nulidad restablecimiento del derecho del artículo 85 que fue la entablada y tramitada.

La prueba de esta última apreciación es que, de no haber sido por la finalización que puso la Ley 9ª de 1991 al sistema que dio origen a la controversia, aun después de esta sentencia podría estar discutiéndose con relación a la comercialización del café comprado al Fondo y si "los beneficios de ésta son recursos del Fondo", puesto que la sentencia se limitó simplemente a "anular" esta expresión, pero no accedió a las demás pretensiones de la demanda que se referían precisamente a definir la competencia de la contraloría en este aspecto del contrato.

En consecuencia, no obstante la anulación decretada en el fallo podría continuar la discusión alrededor de la interpretación que le pueden dar las partes contratantes a las cláusulas 3ª, 7ª y otras del contrato. O sea, que aunque la acción dijo ser de nulidad y restablecimiento del derecho resolvió solamente sobre la mitad de lo pedido, sin atreverse a definir el problema de las competencias, tema que quedó insoluto, precisamente por el defecto inicial de acusar los actos que no eran los propios por medio de los cuales ejerce formalmente la Contraloría su función de control fiscal.

JAIME ABELLA ZÁRATE

ACTO ADMINISTRATIVO / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA / CONTROL FISCAL

Del texto de los oficios demandados, se tiene que evidentemente constituyen actos administrativos, que pueden ser objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso - administrativa, ya que: 1. En ellos hay una manifestación de voluntad; la decisión de realizar el control fiscal de la Federación, de acuerdo con la interpretación que se hace de las normas aplicables. 2. Dicha decisión fue tomada por la autoridad, con fundamento en normas de la Constitución y la ley, que ella misma invoca como base legal de la misma. 3. La manifestación de voluntad contenida en los oficios demandados produce efectos en derecho, toda vez, que éstos tienen el carácter de obligatorios para su destinatario: la Federación Nacional de Cafeteros .4. Como actos administrativos que son pueden hacerse cumplir a través de los mecanismos coercitivos con que cuenta la Contraloría General.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Improcedencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS / CONTROL FISCAL / (Aclaración de voto)

Es cierto que existe una relación contractual entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros y que allí se acogen las disposiciones constitucionales y legales sobre control fiscal, pero no es jurídicamente posible que actos administrativos proferidos unilateralmente por la Contraloría General de la República puedan controvertirse a través de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo para las partes de un contrato, porque el Contralor no tiene ningún contrato con la Federación Nacional de Cafeteros, ni es parte del que ésta tiene celebrado con el Gobierno Nacional. Por ello, la acción ejercida por la Federación Nacional de Cafeteros fue la correcta al escoger la de nulidad y restablecimiento del derecho.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Aclaración de Voto: CONSUELO SARRIA OLCOS

Santafé de Bogotá D. C., cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993)

Radicación número: 2687

Actor: FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

En este proceso fueron demandados los siguientes apartes del oficio de 30 de noviembre de 1988 dirigido por el Contralor General de la República al Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros:

“ ...

“6. La federación no recibe ninguno de los recursos que le entrega el Estado a título traslativo de dominio, ni a título de donación; ni la federación puede ejercer frente a ellos los atributos del derecho de propiedad ni usarlos libremente. Esto impide que quepa la figura de la donación mientras una ley de la República no autorice a la administradora del Fondo al efecto. La donación no es presumible según el Código Civil.

"8. La Contraloría tiene la obligación de solicitar información y en concreto rendición de cuenta, pues, sobre la parte que recibe la Federación en virtud del impuesto ad valorem y del impuesto de pasillas para campañas de sanidad rural, y para campañas de progreso social y económico de las zonas cafeteras. No basta conocer las instrucciones que dé la Federación para ello, sino que debe verificarse efectivamente esa destinación; en aplicación de la Ley 11 de 1972 que ordena a la Federación rendir cuentas a la Contraloría para su revisión y fenecimiento".

Y las expresiones que se subrayan del siguiente párrafo:

"De otra parte como el café que vende la Federación Nacional de Cafeteros para consumo nacional es comprado al Fondo Nacional del Café, que lo ha recibido por retención o por compra a los cafeteros, estamos en presencia de figuras que se enmarcan en el concepto de comercialización y los beneficios de ésta son recursos del Fondo".

Igualmente se solicitó la nulidad del oficio del 8 de junio de 1989, confirmatorio del anterior.

De conformidad con lo establecido a través del proceso, dichos actos se originaron en el cuestionamiento hecho por el Auditor General ante la Federación de Cafeteros respecto del cumplimiento de obligaciones que, a su juicio, tiene la Federación, en virtud de la ley y el contrato vigente celebrado con el Gobierno Nacional.

Además de los apartes demandados y transcritos, en dichos oficios se lee:

“ ...

“Es criterio de la Contraloría General, que los conceptos allí contenidos no invalidan lo expuesto en las comunicaciones remitidas a ustedes el 30 de noviembre pasado. De igual forma es entendido que el contrato suscrito por el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros en diciembre de 1988, tuvo su etapa de discusión para llegar al acuerdo contractual y constituirse por ende en la ley para las partes. Por lo tanto la Contraloría General continuará fiscalizando bajo los parámetros de la ley 11 de 1972, la ley 20 de 1975 y las cláusulas contractuales en especial la 7ª y la 42, en las cuales se definen tanto los recursos que se incorporan al Fondo Nacional del Café y su destinación, como la competencia de la Contraloría en la vigilancia de los dineros y fondos oficiales administrados o invertidos tanto por la Federación como por los comités departamentales. El texto señalado es de una claridad tan meridiana que no permite interpretación distinta a lo allí pactado (se resalta).

"Como consecuencia de lo anterior esperamos obtener de esa gerencia la máxima colaboración para desarrollar de una manera oportuna y eficaz el control fiscal establecido legal y contractualmente.

“ ... ”

Del texto completo de los citados oficios y en especial de los apartes transcritos, se tiene que evidentemente constituyen actos administrativos, que pueden ser objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

En efecto:

1. En ellos hay una manifestación de voluntad: la decisión de realizar el control fiscal de la Federación, de acuerdo con la interpretación que se hace de las normas aplicables.

2. Dicha decisión fue tomada por la autoridad competente, con fundamento en normas de la Constitución y la ley, que ella misma invoca como base legal de la misma.

3. La manifestación de voluntad contenida en los oficios demandados produce efectos en derecho, toda vez que éstos tienen el carácter de obligatorios para su destinatario: la Federación Nacional de Cafeteros.

4. Como actos administrativos que son pueden hacerse cumplir a través de mecanismos coercitivos con que cuenta la Contraloría General de la República.

Los anteriores aspectos constituyen los elementos propios de los actos administrativos de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, precisados en múltiples definiciones que no son del caso transcribir en esta oportunidad.

No es válida la afirmación de que la forma normal de producir la Contraloría actos administrativos propios de su gestión radica en la expedición de actos de carácter general como el Manual de Auditoría número 8 y los actos particulares que profieran sus funcionarios a raíz de la revisión de un período determinado o de un aspecto concreto, mediante actas que aprueban o glosan las cuentas revisadas, ya que la Contraloría General de la República como autoridad pública ejerce las funciones que le asigna la Constitución y la ley, no solo a través de Manuales de Auditoría y de aprobación o glosa de cuentas, sino que esa función fiscalizadora si bien recoge las dos formas anteriores, puede también concretarse en resoluciones, conceptos, circulares y otras decisiones dentro del ámbito de su competencia, que si reúnen los elementos necesarios ya citados constituyen verdaderos actos administrativos.

Y como actos administrativos que son, son demandables ante la jurisdicción contencioso - administrativa, a través de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según se pretenda solamente su anulación o como en el caso de autos su anulación y el restablecimiento del derecho vulnerado.

Es cierto que existe una relación contractual entre el Gobierno Nacional y la Federación de Cafeteros y que allí se acogen las disposiciones constitucionales y legales sobre control fiscal, pero no es jurídicamente posible que actos administrativos proferidos unilateralmente por la Contraloría General de la República puedan controvertirse a través de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo para las partes de un contrato, porque el Contralor no tiene ningún contrato con la Federación Nacional de Cafeteros, ni es parte del que ésta tiene celebrado con el Gobierno Nacional.

Por ello, la acción ejercida por la Federación Nacional de Cafeteros fue la correcta al escoger la de nulidad y restablecimiento del derecho, para establecer la legalidad o ilegalidad de actos administrativos proferidos por el Contralor General de la República y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Por otra parte, la sentencia objeto de la presente aclaración de voto en su parte considerativa dijo:

"... Pero es obvio que el límite de dicho control se encuentra cuando la Federación como persona jurídica de derecho privado y con sus propios recursos compra café al Fondo en las condiciones de precios fijados de modo general por el Comité de Comercialización, para consumo interno, asumiendo todos los riesgos del negocio, tal como lo puede hacer cualquier persona natural o jurídica, que lo adquiera en similares condiciones para el mismo fin o para la exportación. Y es sobre tal actividad que no puede haber control fiscal. Lo anterior por cuanto la Federación también recibe contribuciones de todos los Caficultores que son afiliados forzosos de la Federación, entre otras actividades, y los emolumentos que recibe por remuneración por la administración del Fondo, que realiza como persona jurídica de derecho privado. No ocurre lo mismo con la comercialización del grano en el exterior o en el interior, porque esta actividad la ejerce la Federación en cumplimiento de la ley y del contrato como administradora del Fondo Nacional del Café. Ahora bien, si la Federación compra café al Fondo para su comercialización interna, pero no con sus propios recursos, sino con los del Fondo, es claro que tales rendimientos están sometidos al control fiscal por parte de la Contraloría. Y, no es difícil establecer tal circunstancia por cuanto la Federación y el Fondo llevan cuentas separadas, es decir que cada uno tiene su propia contabilidad". (Se resalta).

Y más adelante afirma:

"... Sin embargo, siendo como es la Federación Nacional de Cafeteros, una entidad gremial de derecho privado, recibe emolumentos en virtud de tal condición, como son los aportes de sus afiliados y la remuneración que percibe como administradora del Fondo Nacional del Café y demás actividades que realiza por o para sus afiliados, o para el manejo y la administración de las reservas prestacionales constituidas para atender a sus propios empleados, sobre los cuales no puede haber control fiscal; (se resalta).

"5°. No es difícil establecer los ingresos del Fondo Nacional del Café que administra la Federación Nacional de Cafeteros, de los suyos propios, por tener contabilidad separada".

De acuerdo con los apartes transcritos, y por considerar que los fondos originados en la comercialización interna del café, que hace la Federación Nacional de Cafeteros, con sus propios recursos no pertenecen al Fondo Nacional del Café y por lo tanto no son fondos públicos, declaró la nulidad de la frase "...y los beneficios de esta son recursos del Fondo.....", lo que necesariamente indica que las utilidades obtenidas por comercialización de café comprado al fondo por la Federación con sus propios recursos, no son del Fondo Nacional del Café y por lo tanto no están sujetos al control fiscal de la Contraloría General de la República, tal como se precisó en el aparte transcrito de la parte considerativa.

Por lo expuesto estuve de acuerdo con la posición mayoritaria aunque, con las declaraciones precisadas, que fueron planteadas a través de la discusión del proyecto presentado a consideración de la Sala.

CONSUELO SARRIA OLCOS

