

## **ACCION POPULAR - Objeto. Pretensiones**

La Constitución Política de 1991 elevó a categoría constitucional las acciones populares, en el artículo 88, e indicó que su regulación la hará el legislador, el cual expidió la ley 472 de 1998 que señala en los artículos 2 y 9 que dentro del juicio a que dan origen pueden ser objeto de protección todos los derechos e intereses colectivos, cuando las conductas de la Administración o de los particulares -en función administrativa o por fuero de atracción- los amenazan o quebrantan. Dicha ley señala que las acciones populares tienen por objeto (art 4º) proteger y defender los intereses y derechos colectivos; y que las conductas que dan lugar a su ejercicio ante esta jurisdicción de lo Contencioso Administrativo están referidas, por regla general, a las de acción o de omisión de las personas en ejercicio de la función administrativa, sin ninguna distinción y por lo tanto sin limitante siempre y cuando la finalidad de la pretensión tenga que ver con derechos e intereses colectivos, como se deduce del contenido de sus artículos 2 y 9. De esos mismos textos legales se advierte qué tipo de pretensiones pueden perseguirse en ejercicio de la acción: -evitar el daño contingente, -hacer cesar el peligro, o la amenaza o la vulneración sobre los derechos o intereses colectivos, -restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. La misma ley hizo un listado, no taxativo, de esos derechos e intereses, entre los cuales se encuentran los relacionados con la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público (lit. b) y d) art. 4), e indicó que son también derechos e intereses de esa índole los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.

## **MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Norma en blanco. Transgresión al ordenamiento jurídico. Mala fe de la administración**

La Sala ha precisado que el derecho colectivo “a la moralidad administrativa”, contenido en el artículo 4 de la ley 472 de 1998, se asimila a lo que en derecho penal se ha denominado como una norma en blanco, al contener elementos cuya definición se encuentra o se debería hallar en otras disposiciones, y que para verificar su posible amenaza o vulneración concreta debe acudir al desarrollo específico que haya hecho el legislador sobre alguno de los aspectos del principio. Teniendo en cuenta el carácter básicamente legislado de nuestro Derecho, el estudio no se encamina a hacer un juicio de conciencia sobre la actuación del funcionario o del Estado, pues lo perseguido a través de esta acción es la protección del derecho a la moralidad administrativa, donde la evaluación de la conducta de la autoridad sólo puede hacerse bajo la perspectiva de la función administrativa, enmarcada por los principios constitucionales y las normas jurídicas; entonces para que pueda hablarse de vulneración al mismo, debe existir, necesariamente, transgresión al ordenamiento jurídico, además de otros elementos adicionales, porque no toda ilegalidad atenta contra dicho derecho, debiendo probarse también la mala fe de la Administración y la vulneración a otros derechos colectivos. Y aunque el mismo no está definido en la ley 472 de 1998, en los antecedentes de ésta sí se precisó como derecho colectivo el de “la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos”; dio la siguiente definición: “Se entenderá por moralidad, administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario” (Cfr. Gaceta del Congreso No. 277 de septiembre 5 de 1995, pág. 1). Nota de Relatoría: Ver Exps. AP-166 del 17 de junio de 2001 y AP-170 del 16 de febrero de 2001

## **PATRIMONIO PUBLICO - Noción / ACCION POPULAR - Defensa del patrimonio público / DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO - Juez. Control de límites normativos**

Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones propiedad del Estado, que sirven para cumplir sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, según las normas presupuestales y que mientras no exista una norma expresa que defina el contenido jurídico del concepto de defensa del patrimonio público, corresponderá determinarlo al juez en cada caso, efectuando un estudio de validez constitucional y legal de la opción políticamente escogida, por lo que podría decirse que el juez asume el control de límites normativos que condicionan al derecho la decisión discrecional, no arbitraria, de los órganos políticos; por esta razón es el juez el que tiene el poder para decidir quien atenta o no contra el patrimonio público, de acuerdo con la Constitución y las leyes respetando la autonomía que tiene el Administrador para ejecutar. Nota de Relatoría: Ver Espx. AP-100 del 24 de agosto de 2001, AP-300 del 31 de mayo y AP-1059 del 31 de octubre, ambas de 2002

## **CONTROL FISCAL - Marco normativo / CONTROL FISCAL - Posterior y selectivo / CONTROL FISCAL - Sistemas de control financiero. Legalidad. Gestión. Resultados. Revisión de cuentas. Evaluación del control interno / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Trámite / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Objetivos**

La Constitución Política de 1991, en el artículo 267, lo definió como “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”. Dispuso que dicho control se ejercerá “en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley”; que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. El Congreso expidió la ley 42 de 26 de enero de 1993 que comprende el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero, de los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal y de los procedimientos jurídicos aplicables . Se concretó que para efecto del artículo 267 de la Constitución, se entiende: por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos y por control selectivo la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal; y que para el ejercicio del control posterior y selectivo las contralorías podrán realizar las diligencias que consideren pertinentes (art. 5). Así mismo se estableció que podrían aplicarse sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno (art. 9). El control financiero, es el examen que se realiza para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de las operaciones y los cambios en su situación financiera (art. 10); el de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que

se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables (art. 11); el de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia, determinada mediante la evaluación de los procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad (art. 12); y el control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado (art. 13). La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones (art. 14). Luego se expidió la ley 610 de 15 de agosto de 2000, mediante la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, define que “El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado” (art. 1); determina que el proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas de que trata la Ley 563 de 2000 (art. 8); y establece el procedimiento para adelantar la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal y las consecuencias del fallo, entre ellas, que presta mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva. Posteriormente se expidió el decreto extraordinario 267 de 22 de febrero de 2000, mediante el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República; se establece su estructura orgánica; se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones. Del mismo se destaca que los objetivos de la Contraloría General de la República, entre otros, “ejercer en representación de la comunidad, la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación; evaluar los resultados obtenidos por las diferentes organizaciones y entidades del Estado en la correcta, eficiente, económica, eficaz y equitativa administración del patrimonio público, de los recursos naturales y del medio ambiente; generar una cultura del control del patrimonio del Estado y de la gestión pública; establecer las responsabilidades fiscales e imponer las sanciones pecuniarias que correspondan y las demás acciones derivadas del ejercicio de la vigilancia fiscal; procurar el resarcimiento del patrimonio público” (art. 3).

#### **FONDO NACIONAL DEL CAFE - Control fiscal / CONTROL FISCAL - Control posterior y selectivo. Fondo Nacional del Café**

El Consejo de Estado observa, de las pruebas aportadas al proceso, algunas de las cuales ya fueron referidas, que la Contraloría General de la República sí actuó en forma oportuna, diligente y eficaz en el CONTROL FISCAL sobre los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, a que estaba obligada, no sólo en virtud de la cláusula vigésima del contrato, sino por mandato de los artículos 267 y 268 constitucional y de las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000 ya citados. El informe

simplemente refleja la realidad financiera del FONDO, y no puede pretenderse, por el simple hecho de encontrar pérdida patrimonial en la entidad auditada, responsabilizarse por OMISIÓN, como si la Contraloría tuviese ingerencia en las decisiones de todas las entidades y personas vigiladas porque, se reitera, su control es 'posterior y selectivo'.

### **FEDERACION DE CAFETEROS - Inversiones a cargo del Fondo Nacional del Café. Concasa. Bancafé / INVERSION - Imprevisión. Federación de Cafeteros / INVERSION - Estrangulamiento económico. Crédito común / BANCAFE - Crisis del sector financiero. 1998**

No todas las inversiones traen resultados positivos económicamente, pues por su misma naturaleza, la inversión tiene márgenes de pérdidas y de ganancias, en las cuales influyen muchos factores, entre ellos el momento en que se haga y el tipo de mercado, aspectos que previamente se conocen por todo inversionista, pero que debe soportar, pues de lo contrario no habría operación financiera posible. El que invierte arriesga: o a ganar o a perder, o simplemente a recuperar lo invertido. Así quedó demostrado en el proceso con las pruebas analizadas y otras que también concurren a definir la imprevisión de las inversiones asumidas por la FEDERACIÓN como administradora del FONDO. La Ex Superintendente Bancaria, doctora Sara Ordóñez Noriega, en estudio citado por la Contraloría General de la República en su alegato de segunda instancia, en el cual dicha ex funcionaria precisó que el país, durante el primer quinquenio de la década de los 90 incrementó su P.I.B. en porcentajes superiores al 5% anual, pero pasó al 2.1% en 1996, al 3.2% en 1997 y empezó a decrecer en el último trimestre de 1998; que el sector financiero empezó a sufrir el efecto combinado de los factores económicos; viene una situación de estrangulamiento del crédito conocida como 'credit crunch' que entorpece la recuperación de las empresas y la del propio sistema financiero, de dicha aversión no se escapan en épocas difíciles ni quienes, como los bancos, tienen su administración como parte de su objeto principal. Entonces, la crisis del BANCAFÉ presentada en 1998 estuvo enmarcada dentro de la crisis general del sector financiero, y la capitalización efectuada por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, además de ser exigida por la Superintendencia Bancaria, fue autorizada por el Comité Nacional de Cafeteros y votada favorablemente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, situación que sopesada hoy en día puede mostrar algún tipo de inconveniencia, pero que analizada en el contexto en que se dio, resulta perfectamente atendible y conveniente, sin que los resultados posteriores permitan per se, derivar algún tipo de responsabilidad a la entidad que ejercía el control posterior y selectivo de tales operaciones.

### **CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Potestades. Atribuciones / CONTROL FISCAL - Peticiones. No obligatoriedad**

El Consejo de Estado observa que las peticiones que hacía la Contraloría en ejercicio del control fiscal, no eran obligatorias para las entidades objeto del mismo, al menos en la época de que tratan las conductas endilgadas por el actor, años 1998 y 1999. En efecto, ni en la Constitución Política, en la ley ni en las resoluciones internas de la Contraloría, para los años anteriores a la expedición de la ley 610 de 2000, se establecía la obligatoriedad de los informes y requerimientos de la Contraloría General, como consecuencia del control fiscal. En la Constitución Política se establece como atribución del Contralor "Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda

persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación” (art. 268-4), de lo cual no puede deducirse que las sugerencias y requerimientos del Contralor sean obligatorios para sus destinatarios. La ley 42 de 1993 citada, sólo refiere a que “Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal” (art. 17) y que “Los contralores podrán amonestar o llamar la atención a cualquier entidad de la administración, servidor público, particular o entidad que maneje fondos o bienes del Estado, cuando consideren, con base en los resultados de la vigilancia fiscal que han obrado contrariando los principios establecidos en el artículo 9o., de la presente Ley, así como por obstaculizar las investigaciones y actuaciones que adelanten las contralorías, sin perjuicio de las demás acciones a que pueda haber lugar por los mismos hechos” (art. 100). Dicha ley le da también atribuciones sancionatorias al Contralor respecto de funcionarios renuentes sobre varios aspectos, entre ellos cuando “no adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías” (art. 101), o respecto de la presentación oportuna de las cuentas o informes, o su no presentación por más de tres períodos consecutivos o seis no consecutivos, caso en el cual podrá solicitar “la remoción o la terminación del contrato por justa causa del servidor público, según fuere el caso, cuando la mora o la renuencia hayan sido sancionadas previamente con multas” (art. 102). Es decir, en principio era potestad de los representantes de las entidades auditadas cumplir las exigencias de la Contraloría, aunque su incumplimiento les generara sanción personal o el inicio de un juicio fiscal. La ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, fue un poco más allá y estableció que las Contralorías que realicen funciones de investigación o indagación, tienen el carácter de autoridad de policía judicial y por tanto, además de las funciones previstas en el Código de Procedimiento Penal, pueden entre otras potestades “Solicitar información a entidades oficiales o particulares en procura de datos que interesen para solicitar la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal o para las indagaciones o investigaciones en trámite, inclusive para lograr la identificación de bienes de las personas comprometidas en los hechos generadores de daño patrimonial al Estado, sin que al respecto les sea oponible reserva alguna” (art. 10, num. 3). Nota de Relatoría: Ver sentencias C-046/94 y C-484/00 de la Corte Constitucional

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ**

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil cuatro (2004)

**Radicación número: 25000-23-25-000-2001-90550-01(AP)DM**

**Actor: NESTOR BUITRAGO TRUJILLO**

**Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**

## **Referencia: ACCION POPULAR**

I. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia proferida el día 18 de marzo 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda A), mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio de la acción popular.

### **II. ANTECEDENTES:**

#### **A. DEMANDA:**

La presentó Néstor Buitrago Trujillo, el día 26 de octubre de 2001 y la dirigió frente a la Contraloría General de la República (fols. 1 a 34 c. ppal).

#### **B. HECHOS**

Por su extensión, el Consejo de Estado los resume de la siguiente manera:

1. El Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia celebraron; el 12 de noviembre de 1997, el contrato por el cual ésta administre el Fondo Nacional del Café; en la cláusula vigésima primera se designó a la Contraloría General de la República como la entidad que ejercerá el control sobre los recursos parafiscales que conforman dicho Fondo, de acuerdo con los artículos 267 y 268 de la Constitución Política y la ley 42 de 1993 (hechos 1 y 2).
2. Dicho organismo no ha ejercido los controles financiero, de gestión y de resultados fundados en los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales a que está obligado y frente al manejo de los recursos públicos que se desprenden del contrato citado (hechos 3 y 4).
3. En ejercicio del derecho constitucional de petición, el actor en repetidas oportunidades ha solicitado a Contralor General “se sirva contestar una serie de cuestionamientos elevados a derecho de petición que buscan proteger el PATRIMONIO PÚBLICO de nuestro país, como son los recursos del Fondo

Nacional del Café que administra por contrato con la Nación, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia”; y aunque esas solicitudes fueron respondidas dentro de los términos legales, las “respuestas” fueron vagas, evasivas y omisivas. Destacó que la acción popular busca encausar la omisión en que incurrió la Contraloría en la defensa del patrimonio público, y no busca cuestionar el contrato celebrado entre el Gobierno y la Federación Nacional de Cafeteros, sino proteger derechos colectivos amenazados y vulnerables con esa omisión (hechos 5 a 7).

4. Por último en ese capítulo de antecedentes el actor enunció las 15 preguntas que le formuló al Contralor, las respuestas de éste y las ‘rèplicas’ a cada una de ellas, es decir las explicaciones por las cuales el demandante considera que no le fueron satisfechas sus inquietudes (hecho 8) (fols. 2 a 31 c. ppal).

### C. PRETENSIONES

*“Primero. Ordenar a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para que en virtud de la Constitución Política de Colombia, de la ley 42 de 1993 y del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia para el manejo del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, rinda un informe detallado, exacto, fidedigno y legalmente soportado, dentro del término que usted indique, sobre las quince (15) preguntas que se ventilan en la presente acción popular y en los derechos de petición expuestos; así como de la gestión realizada frente al control fiscal encomendado siendo el ÚNICO ente autorizado para hacerlo.*

*El informe aquí solicitado deberá rendirse a partir de la vigencia del nuevo contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia para el manejo del Fondo Nacional del Café; es decir, a partir del 01 de enero de 1998.*

*Segundo. Ordenar que se apliquen los correctivos que el Tribunal estime necesarios a fin de que cesen las acciones y omisiones derivadas de un control fiscal deficiente e inadecuado, el cual ha lesionado gravemente los derechos colectivos de los caficultores colombianos.*

*Tercero. Ordenar la citación de oficio a las personas que en el transcurso de la presente acción popular se les establezca responsabilidad frente a los hechos denunciados (art. 18 de la ley 472 de 1998) para que respondan jurídica, penal, disciplinaria y económicamente, bajo las mismas circunstancias del órgano de control demandado, conforme a lo prescrito por la Cláusula Décimo Octava del contrato vigente celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia para el manejo del Fondo Nacional del Café.*

*Cuarto. Ordenar al señor Carlos Ossa Escobar, en calidad de Contralor General de la República o a quien haga sus veces, para que en nombre y representación de la Contraloría General de la República, indemnice y repare económicamente al Fondo Nacional del Café (gremio caficultor) con las sumas de dinero que se establezcan en desarrollo de esta acción popular como perdidas o ilegalmente empleadas en desarrollo del mencionado contrato, debido a su OMISIÓN en el cabal cumplimiento de las funciones encomendadas por la Constitución Política de Colombia, la ley 42 de 1993 y el contrato vigente celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia para el manejo del Fondo Nacional del Café, en su cláusula vigésima primera.*

*Quinto. Ordenar que se apliquen las sanciones legales del caso al señor Contralor de la República por su OMISIÓN ante la defensa del patrimonio público y a quienes les quede demostrada en esta acción su responsabilidad disciplinaria frente a los hechos denunciados, conforme a lo estipulado en el art. 20 de la ley 200 de 1995 y art. 18 de la ley 190 de 1995 Estatuto Anticorrupción (cláusula Décimo Octava del contrato vigente).*

*Sexto. Ordenar la notificación de la presente acción popular a la Defensoría del Pueblo, así como de su coadyuvancia de acuerdo a lo estipulado por el artículo 13 de la ley 472 de 1998.*

*Séptimo. Ordenar que el incentivo económico de que trata el artículo 39 de la ley 472 de 1998 se destine al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.*

*Octavo. Que se condene en costas a la Contraloría General de la República” (fols. 31 y 32 c. ppal).*

Finalmente, solicitó como medida cautelar ordenar que se designe un Contralor ad-hoc para que ejecute los actos necesarios que estime convenientes, para que cesen, de una parte la conducta OMISIVA de la Contraloría General de la República frente al contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia ya referido, y, de otra, los perjuicios tanto a este FONDO como al gremio caficultor en general (fol. 32 c. ppal).

#### *D. ADMISIÓN DE LA DEMANDA:*

El Tribunal la admitió el día 1 de noviembre de 2001; ordenó las notificaciones y comunicaciones pertinentes y negó las medidas cautelares solicitadas, al considerar que el actor no ha ofrecido prueba del daño o perjuicio *“pues la calificación que el mismo hace de las respuestas ofrecidas por la Contraloría General de la República a sus preguntas, no determinan per se la existencia del presunto daño alegado por el libelista, y el asunto implica el que se haga un detenido estudio del material probatorio, hasta ahora exiguo, y su confrontación con la situación planteada por el accionante”* (fols. 530 a 537 c ppal).

#### *E. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y OTRAS ACTUACIONES:*

1. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA señaló que, efectivamente, entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros se suscribió el contrato de que trata la demanda cuyo objeto fue **“regular** la Administración del Fondo Nacional del Café por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, responsabilidad que compete a la Federación por la vocación que le reconocen las leyes en su calidad de entidad nacional representativa del gremio caficultor”; que en ese se le designó como el organismo que ejercerá el **control fiscal** sobre los recursos del Fondo Nacional del Café y sobre los parafiscales que

son ejecutados por los Comités Departamentales de Cafeteros, función que ha cumplido a cabalidad, pues ha practicado auditorías sobre las diferentes vigencias fiscales. Agregó que las respuestas dadas al actor se ajustaron a la realidad y fueron contestadas según el contenido puntual de cada pregunta “y no al pensamiento del señor Néstor Buitrago Trujillo plasmado en sus réplicas”, que califica de apreciaciones subjetivas del accionante, quien por demás habla en forma genérica de incumplimiento, pero sin precisar los hechos soporte de su dicho.

Explicó cuáles son los recursos objeto del control, la metodología para la auditoría y las actuaciones suyas frente a su obligaciones constitucional; de respuesta a las peticiones del señor Buitrago, de lo cual se aprecia que respecto del Fondo Nacional del Café, desde 1990 y año por año, ha efectuado informes: de auditoría sobre estados financieros (años 1990 a 1992), de control financiero y legalidad (1993 y 1994); de control integral (1995 a 1998); de auditoría gubernamental con enfoque integral (1999); y que a raíz de las denuncias del actor y de las sugerencias de asesores del Despacho del Contralor General, y a pesar de no estar obligada a ello, también se hizo una auditoría especial a las inversiones del Fondo durante el período 1990-2000, el cual fue publicado; que igualmente se realizó una visita de auditoría a la Fábrica de Café liofilizado en Chinchiná en junio de 2001.

Y relacionó de un lado, las respuestas dadas a las peticiones del demandante y de otro lado, la documentación que soporta cada una de las aquellas preguntas (fols. 543 a 557 c. ppal).

En escrito separado llamó en garantía al doctor Jorge Cárdenas Gutiérrez, en su calidad de gerente general de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia (fols. 561 a 564 c. ppal), el cual fue aceptado por el Tribunal en auto de 2 de noviembre de 2001, por lo tanto se ordenó la suspensión del proceso por el término máximo de 90 días (fols. 623 a 625 c. ppal).

2. La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA interpuso recurso de apelación contra el auto de llamamiento, el cual le fue rechazado por el Tribunal el 8 de febrero de 2002 (fols. 627 y 643 c. ppal). Y en otro escrito

contestó la demanda; consideró que no está legitimada por cuanto no tuvo conocimiento de las peticiones que se le formularon a la Contraloría; alegó que no puede ser condenada a las pretensiones de la demanda, ni afirmar o negar los hechos “ya que no es sujeto activo del ejercicio del control fiscal, sino por el contrario, sujeto pasivo del mismo en los términos establecidos en el artículo 267 de la C. P.”, y además porque el propósito de la acción es encausar la omisión en que incurrió la Contraloría (fols. 632 a 635).

#### *F. AUDIENCIA, PRUEBAS Y ALEGATOS:*

1. El 28 de febrero de 2002 se citó a las partes a audiencia especial de pacto de cumplimiento para el día 30 de abril siguiente, la cual se declaró fallida por falta de coincidencia en la posición de las partes (fols. 646 y 690 c. ppal).

2. Luego, el 16 de mayo el A Quo abrió a pruebas el proceso (fols. 694 y 695), y practicadas se ordenó traslado a las partes para alegar de conclusión (fol. 808 c. ppal).

a. El Defensor del Pueblo manifestó que el actor confunde el concepto de gestión fiscal con el de control fiscal, que es el que compete a la Contraloría; que del análisis de las pruebas, la demanda y la contestación se demuestra que no ha existido vulneración de derechos colectivos por parte de la Contraloría (fols. 80 y 810).

b. La parte actora reiteró que el control de gestión a cargo de la Contraloría tiene por objeto el examen de eficiencia y la eficacia de los organismos de la Administración o de los particulares que manejen recursos públicos, y que la demandada sí omitió controlar el contrato de que da cuenta la demanda (fols. 811 a 829 c. ppal).

c. La Contraloría General de la República insistió en que las pretensiones carecen de fundamento fáctico y jurídico y son improcedentes; que de todas maneras para que se vulnere el derecho a la moralidad, la conducta presuntamente trasgresora debe vulnerar flagrantemente el ordenamiento jurídico, estar acompañada de un conocimiento objetivo de la ilicitud y causar lesión o daño

que se concreta en la vulneración de otros derechos colectivos. Concluyó que no ha actuado así y por el contrario sí ha ejercido la función de fiscalización, y por lo mismo no ha vulnerado ningún derecho colectivo (fols. 830 a 838 c. ppal).

d. Y la Federación Nacional de Cafeteros aludió a los diferentes aspectos tratados por el actor en el cuestionario formulado al Contralor:

- Sobre la capitalización de BANCAFÉ: Consideró que las afirmaciones del actor quedaron desvirtuadas con prueba testimonial de la doctora Abril Caballero y del doctor Otálora Pinzón, funcionarios de la Contraloría, quienes manifestaron que unas inversiones en BANCAFE estuvieron autorizadas por el Comité Nacional de Cafeteros y otras fueron ordenadas por la Superintendencia Bancaria de acuerdo con el Estatuto Financiero;

- Sobre la absorción de CONCASA por parte de BANCAFÉ y la posterior capitalización de éste; Dijo que se probó su legalidad con la prueba pericial practicada por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación;

- Sobre faltantes de café (inventarios) en el Fondo Nacional del Café entre 1989 y 1998: Se estableció con la declaración del doctor Otálora de la Contraloría que el actor se basa en cifras inexistentes porque “suma cosas que no son y por el otro resta cosas que tampoco son”; y se demostró con dictamen pericial de la Procuraduría que la Federación ejerce un estricto control a través de sistemas que le permiten detectar pérdidas.

- Sobre el bajo avalúo de la fábrica de café liofilizado de Chinchiná, a pesar de su reciente ampliación: Alegó que con la declaración de la doctora Abril Caballero de la Contraloría se da cuenta que el avalúo de dicha fábrica fue mucho más alto de lo que afirmó el actor, lo cual además está respaldado con el dictamen pericial de la Procuraduría (fols. 840 a 850 c. ppal).

3. Mediante auto de 13 de junio de 2003 el Tribunal hizo uso de la facultad para decretar pruebas para esclarecer puntos oscuros y pidió a la Contraloría General de la Nación información concreta sobre algunos aspectos (fols. 860 a 867 c. ppal). Luego, en auto del 1 de septiembre siguiente, se reiteraron algunas de las respuestas e informes solicitados (fols. 903 y 904 c. ppal).

*H. SENTENCIA APELADA:*

Definió, inicialmente, la naturaleza de los recursos del Fondo Nacional del Café como provenientes de contribuciones parafiscales con carácter público; hizo referencia al control fiscal que le compete realizar a la Contraloría General de la República y especialmente frente al contrato firmado por el Gobierno con la Federación Nacional de Cafeteros; aludió, en primer término, al derecho de petición elevado por el señor Buitrago Trujillo en virtud del cual formuló 15 preguntas a la Contraloría General de la República y, en segundo término, a las respuestas dadas por este órgano. Luego efectuó la valoración probatoria, para sopesar cada uno de los cargos formulados por el actor contra la omisión de la demandada, y concluyó que:

- Las inversiones hechas por la Federación Nacional del Café con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café fueron justificadas y autorizadas;
- Los avalúos de la fábrica de café liofilizado de Chinchiná fueron acordes con la diligencia realizada por los auditores de la Contraloría;
- Las inversiones en la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana eran permanentes en los estados financieros del Fondo, y también estaban autorizadas;
- La expedición de las 'BOCEAS' o inversión en bonos por \$100'000.000, fue una propuesta que en últimas no se cumplió por parte del Estado;
- No se advirtieron faltantes de sacos de café, y los resultados encontrados están acordes con los estados financieros revisados; al respecto, no todos los valores señalados por el actor entran en juego para determinar faltantes;
- La Contraloría ha hecho el control fiscal en forma permanente; por ello cuando lo creyó necesario solicitó al Fondo las explicaciones y aclaraciones pertinentes; exigió la formulación de un plan de gestión de dichas inversiones y planes de mejoramiento; ha hecho planes de seguimiento y monitoreo respecto de esos planes y ha concluido la inexistencia de determinaciones de responsabilidad fiscal y el informe de auditoría integral vigencia 2000 comunica la razonabilidad de los estados financieros del Fondo; en fin, cumplió con sus deberes constitucionales, legales y contractuales.

Por último aseveró que no aparece configurado detrimento del patrimonio público en las distintas operaciones a que se refirió el accionante, y que la entidad

demandada no ha incurrido en conductas que vulneren derechos colectivos (fols. 1.106 a 1.167m c. ppal).

### I. RECURSO DE APELACIÓN:

El demandante reiteró que el fundamento de la acción popular radica en la omisión por parte de la Contraloría General de la República dado el escaso, frágil y casi nulo ejercicio del control fiscal sobre los recursos parafiscales que conforman el Fondo Nacional del Café, pues ha tenido una conducta “por decir lo menos laxa en el ejercicio de su función fiscalizadora”. Volvió a referirse al cuestionario que en ejercicio del derecho de petición formuló al Contralor, a las respuestas dadas y a las críticas de las respuestas.

Hizo énfasis en las capitalizaciones que corrieron a cargo del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ que considera contrarias a la moral; textualmente señaló:

*“La actuación de las instancias contractuales pertinentes para la toma de decisiones de capitalizar con dineros del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ empresas en las que éste era accionista, se sale de los parámetros de la Buena Fe; pues es bien sabido por todos que esta equivale a obrar con lealtad, con rectitud y honestidad; sustento de lo anterior es el ‘Informe de auditoría especial inversiones permanentes Fondo nacional del Café’ páginas 71 y 72, realizado por la Contraloría General de la República (...) pues es inaudito que este ente de control denuncie que **‘El Comité Nacional hizo caso omiso a las recomendaciones del Ministro de Hacienda, con relación a que los recursos del Fondo Nacional del Café no deben destinarse a inversiones permanentes y/o capitalizaciones, en la medida en que ello reduce la capacidad financiera del Fondo para cumplir su objetivo’** (...) y no realice las actuaciones de Control Fiscal, de Gestión y de Resultado sobre este hallazgo; a las cuales está obligada; pues es de anotar, que quienes manejan recursos públicos, en este caso parafiscales, deben actuar con total transparencia y buena fe (...)*

*(...) la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, con recursos del Fondo Nacional del Café, capitalizó a CORFICAFE mediante la constitución de un CDT el 24 de diciembre de 1999 por valor de 10.000 millones de pesos, pese al alto riesgo de insolvencia por la cual pasaba la Corporación y a que el objeto social tanto de esta corporación como el de CORFIOCCIDENTE no estaba relacionado directamente con la misión del Fondo Nacional del Café (...)*” (fols. 1.179 a 1.205 c. ppal).

## *J. TRÁMITE SEGUNDA INSTANCIA:*

1. El recurso fue admitido el día 16 de junio de 2004 y luego se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, el 16 de julio siguiente (fols.1.207 y 1.208 c. ppal).

a. La Contraloría General de la Nación consideró que con las pruebas allegadas se desvirtuaron las afirmaciones del actor, quien confunde el concepto de gestión fiscal con el de control fiscal; que sí ha realizado los controles fiscal, posterior y selectivo al Fondo Nacional del Café desde 1990, según los informes sobre ello, con los cuales se demuestra que no se encontró la configuración de responsabilidad fiscal en el manejo dado a los recursos del Fondo por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, pero que así mismo se encontraron deficiencias administrativas que la Contraloría puso en conocimiento del Administrador del Fondo. Agregó que contrario a lo afirmado por el actor, no se demostró el posible detrimento patrimonial por causa de supuesta conducta omisiva de la Contraloría, tasado por el actor en no menos de US\$1.000 millones, tasación que obedece a capricho de éste y no a un análisis técnico, de investigación y profesional.

Luego de un análisis de los orígenes y desarrollo del Banco Cafetero y de alguna normatividad expresó que la Federación Nacional de Cafeteros sí está autorizada para efectuar inversiones permanentes; “la preocupación del señor Buitrago la acepción ‘excepcional’, la cual es perfectamente entendible en el sentido de que las partes hacen énfasis en el hecho que el objeto prioritario del negocio del Fondo Nacional del Café no es el de mantener sus recursos en inversiones permanentes, por lo tanto, si se requiere este tipo de operaciones, ellas deben ser ocasionales, al parecer para el señor Buitrago ‘excepcional’ es sinónimo de prohibido, lo cual no es válido en ninguna acepción de tal palabra”, y explica lo que debe entenderse por ‘inversión permanente’, las cuales estaban previstas desde antes del contrato firmado el 12 de noviembre de 1997.

Agregó que el sistema financiero se vio afectado desde comienzos de la década de los 90, la cual se acrecentó desde 1996 hasta 1999, que afectó no solamente al Banco Cafetero que debía cumplir con el Estatuto Orgánico del

Sistema Financiero, sino a todo el sistema y para explicarlo técnicamente citó informe del Departamento Nacional de Planeación y de la Superintendencia Bancaria. En ese contexto el Banco Cafetero debía mantener niveles adecuados de patrimonio que le permitieran ejercer sus actividades, y para llevar a niveles adecuados de solvencia en un tiempo rápido, la primera opción es la de recapitalizar, es decir aumentar el capital suscrito y pagado, con lo que se refuerza el patrimonio básico y por ende el patrimonio técnico. Los niveles adecuados de patrimonio del Banco Cafetero fueron atendidos en su oportunidad por su propietario, el Fondo Nacional del Café, pero a partir de 1998 se agravó la situación del Banco, y la Superintendencia Bancaria ordenó la capitalización del Banco en \$600.000 millones, orden que no pudo ser cumplida por la Federación Nacional de Cafeteros con recursos del Fondo Nacional del Café, por lo que intervino el Fondo de Garantías de Instituciones Financiera -FOGAFIN- como órgano diseñado para tales fines; de esa forma el Banco restableció su situación patrimonial y pasó a ser propiedad de FOGAFIN, reduciéndose la participación accionaria del Fondo Nacional del Café.

Sobre otro punto de los referidos por el actor, sostuvo:

*“También es importante destacar otra argucia esgrimida por el actor consiste, para el caso de las inversiones, en combinar dos criterios, plasmados en el contrato y mostrados como si fueran dependientes el uno del otro. Es así como señala que para el caso de las inversiones permanentes éstas sólo se podían efectuar solo de manera excepcional y sólo en títulos de reconocida seguridad y adecuada rentabilidad.*

*Allí está fusionando los literales j( y k) de la cláusula octava del contrato de administración, los cuales son excluyentes, dado que la cláusula lo que hace es enumerar las actividades que puede ejecutar la Federación Nacional de Cafeteros con recursos del Fondo Nacional del Café. Entonces tenemos que el literal j) autoriza a la Federación a ‘efectuar inversiones en títulos de reconocida seguridad y adecuada rentabilidad’, sin condición alguna sobre temporalidad o dependencia de cualquier índole. El literal k), citado con anterioridad faculta a la Federación para realizar inversiones permanentes, condicionado a que sean excepcionales, con el beneplácito del Comité Nacional de Cafeteros y con el voto favorable del Ministro de Hacienda, pero en ningún momento es condicionado a que sea solamente en títulos valores como lo hace creer el actor” (fols.1.210 a 1.237 c. ppal).*

b. La Federación Nacional de Cafeteros también solicitó que se confirme la sentencia apelada, para lo cual consideró que las acusaciones del actor respecto

de la capitalización del Banco Cafetero con recursos del Fondo Nacional del Café, la absorción de CONCASA por BANCAFE, los posibles faltantes de café en inventarios y el avalúo de la fábrica de café liofilizado, quedaron desvirtuadas con las pruebas, especialmente con las declaraciones de los funcionarios de la Contraloría y el dictamen pericial rendido por funcionarios de la Procuraduría General (fols. 1.238 a 1.254 c. ppal).

c. Y la parte demandante recabó en su solicitud de revocar la sentencia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos a través del trámite, de omisión por parte de la Contraloría “frente al ejercicio de vigilancia de la gestión fiscal” que le correspondía, aunque limita tal situación a las inversiones con dineros del Fondo Nacional del Café a partir de 1998 como las capitalizaciones al Banco Cafetero, en la sociedad Tsit Wing Investment Ltd, en la Corporación Financiera de Caldas hoy ‘CORFICAFÉ en liquidación’ a pesar del concepto desfavorable del Ministro de Hacienda; un préstamo capitalizable y la pérdida de la inversión que tenía el Fondo en CORFIOCCIDENTE, debido a la liquidación decretada por la Superbancaria (fols. 1.255 a 1.266 c. ppal).

*Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, los presupuestos procesales se encuentran cumplidos, se procede a decidir previas las siguientes,*

### **III. CONSIDERACIONES:**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el día 18 de marzo de 2004 por la Sección Segunda A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda de acción popular, mediante la cual se procura la protección de derechos colectivos, entre ellos el de la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Para resolver, se hará referencia a las acciones populares; a los derechos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, para luego analizar el caso particular y recordar las imputaciones formuladas; referir al control fiscal y a la normatividad que lo contiene; y por último, a partir de lo probado, determinar si

existe mérito para decretar la protección solicitada en la demanda y en el memorial de apelación propuesto contra la sentencia de primera instancia.

#### A. ACCIONES POPULARES.

La Constitución Política de 1991 elevó a categoría constitucional las acciones populares, en el artículo 88, e indicó que su regulación la hará el legislador, el cual expidió la ley 472 de 1998 que señala en los artículos 2 y 9 que dentro del juicio a que dan origen pueden ser objeto de protección todos los derechos e intereses colectivos, cuando las conductas de la Administración o de los particulares -en función administrativa o por fuero de atracción- los amenazan o quebrantan.

Dicha ley señala que las acciones populares tienen por objeto (art 4º) proteger y defender los intereses y derechos colectivos; y que las conductas que dan lugar a su ejercicio ante esta jurisdicción de lo Contencioso Administrativo están referidas, por regla general, **a las de acción o de omisión de las personas en ejercicio de la función administrativa**, sin ninguna distinción y por lo tanto sin limitante siempre y cuando la finalidad de la pretensión tenga que ver con derechos e intereses colectivos, como se deduce del contenidos de sus artículos 2 y 9.

De esos mismos textos legales se advierte qué tipo de pretensiones pueden perseguirse en ejercicio de la acción:

- . evitar el daño contingente,
- . hacer cesar el peligro, o la amenaza o la vulneración sobre los derechos o intereses colectivos,
- . restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

La misma ley hizo un listado, no taxativo, de esos derechos e intereses, entre los cuales se encuentran los relacionados con la **moralidad administrativa** y **la defensa del patrimonio público** (lit. b) y d) art. 4), e indicó que son también derechos e intereses de esa índole los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.

## B. MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIO PÚBLICO:

La Sala<sup>1</sup> ha precisado que el derecho colectivo “a la **moralidad administrativa**”, contenido en el artículo 4 de la ley 472 de 1998, se asimila a lo que en derecho penal se ha denominado como una norma en blanco, al contener elementos cuya definición se encuentra o se debería hallar en otras disposiciones, y que para verificar su posible amenaza o vulneración concreta debe acudirse al desarrollo específico que haya hecho el legislador sobre alguno de los aspectos del principio<sup>2</sup>. Teniendo en cuenta el carácter básicamente legislado de nuestro Derecho, el estudio no se encamina a hacer un juicio de conciencia sobre la actuación del funcionario o del Estado, pues lo perseguido a través de esta acción es la protección del derecho a la moralidad administrativa, donde la evaluación de la conducta de la autoridad sólo puede hacerse bajo la perspectiva de la función administrativa, enmarcada por los principios constitucionales y las normas jurídicas; entonces para que pueda hablarse de vulneración al mismo, debe existir, necesariamente, trasgresión al ordenamiento jurídico, además de otros elementos adicionales, porque **no toda ilegalidad atenta contra dicho derecho, debiendo probarse también la mala fe de la Administración y la vulneración a otros derechos colectivos**<sup>3</sup>. Y aunque<sup>4</sup> el mismo no está definido en la ley 472 de 1998, en los antecedentes de ésta sí se precisó como derecho colectivo el de “*la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos*”; dio la siguiente definición: “*Se entenderá por moralidad, administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario*” (Cfr. *Gaceta del Congreso No. 277 de septiembre 5 de 1995, pág. 1*).

Y que por **patrimonio público** debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones propiedad del Estado, que sirven para cumplir sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, según las normas

---

<sup>1</sup> AP-166 de 17 de junio de 2001, ; actor Manuel Jesús Bravo.

<sup>2</sup> También puede consultarse la sentencia de 16 de febrero de 2001 exp. AP 170.

<sup>3</sup> AP-163 del 6 de septiembre de 2001. Actor: Jorge A. Piedrahita Aduen.

<sup>4</sup> AP 166 del 17 de junio de 2001.

presupuestales<sup>5</sup> y que mientras no exista una norma expresa que defina el contenido jurídico del concepto de defensa del patrimonio público, corresponderá determinarlo al juez en cada caso, efectuando un estudio de validez constitucional y legal de la opción políticamente escogida, por lo que podría decirse que el juez asume el control de límites normativos que condicionan al derecho la decisión discrecional, no arbitraria, de los órganos políticos<sup>6</sup>; por esta razón es el juez el que tiene el poder para decidir quien atenta o no contra el patrimonio público, de acuerdo con la Constitución y las leyes respetando la autonomía que tiene el Administrador para ejecutar<sup>7</sup>.

### C. CASO PARTICULAR

#### 1. IMPUTACIONES.

El señor NESTOR BUITRAGO TRUJILLO, ingeniero civil, elevó el 27 de junio de 2000 ante el Contralor General de la República petición, con el propósito que le diera “explicación, aclaración o informe” sobre 15 interrogantes; y la Contraloría General de la República, a través del Contralor Delegado para el Sector Gestión Pública e Instituciones Financieras, le dio respuesta con oficio 1205 de 13 de julio de ese año (fols. 391 a 397 y 509 a 520 c. ppal). Pero el peticionario no se consideró satisfecho con la respuesta, razón por la cual reiteró su petición el 31 de agosto de 2000, en escrito en el cual además hace ‘réplicas’ a cada una de las respuestas, el cual fue respondido con oficio 1889 de 15 de septiembre de 2000 (fols. 398 a 452 y 521 a 522 c. ppal).

Como en su criterio no han sido satisfechas las inquietudes, el 26 de octubre de 2001 promovió acción popular con la cual procura la defensa de los derechos a la moralidad administrativa, el patrimonio público, la integridad de bienes de uso público y los derechos de los usuarios. En el escrito transcribió, básicamente, la petición que en su sentir estima insatisfecha, de la cual se extracta que la imputación material y jurídica contra la Contraloría General de la República se refiere a la OMISIÓN en el control fiscal eficiente y adecuado respecto del contrato

---

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, *Proceso No. AP- 52001233100020001059 01, del 31 de octubre de 2002.*

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO, *sentencia AP-100, 24 de agosto de 2001, M.P. Darío Quiñónez Pinilla.*

<sup>7</sup> También puede consultarse *sentencia de 31 de mayo de 2002, exp. AAP-300, Sección Cuarta Consejo de Estado.*

celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia para el manejo del Fondo Nacional del Café, que empezó a regir el 1 de enero de 1998, lo cual trajo como consecuencia el detrimento patrimonial del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

## 2. MARCO NORMATIVO DEL CONTROL FISCAL

La Constitución Política de 1991, en el artículo 267, lo definió como *“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”*. Dispuso que dicho control se ejercerá *“en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley”*; que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

**El Congreso expidió la ley 42 de 26 de enero de 1993** <sup>8</sup> que comprende el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero, de los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal y de los procedimientos jurídicos aplicables (art. 1) y expresamente dispuso:

*“ARTÍCULO 27. La vigilancia de la gestión fiscal del Fondo Nacional del Café, sus inversiones y transferencias, así como las de otros bienes y fondos estatales administrados por la Federación Nacional de Cafeteros, será ejercida por la Contraloría General de la República mediante los métodos, sistemas y procedimientos de control fiscal previstos en esta Ley”*

Se concretó que para efecto del artículo 267 de la Constitución, se entiende: por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos y por control selectivo la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal; y que para el ejercicio del control posterior y selectivo las contralorías podrán realizar las diligencias que consideren pertinentes (art. 5).

---

<sup>8</sup> Diario Oficial 40.732 de 27 de enero de 1993.

Así mismo se estableció que podrían aplicarse sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno (art. 9). El control financiero, es el examen que se realiza para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de las operaciones y los cambios en su situación financiera (art. 10); el de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables (art. 11); el de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia, determinada mediante la evaluación de los procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad (art. 12); y el control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado (art. 13). La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones (art. 14).

**Luego se expidió la ley 610 de 15 de agosto de 2000** <sup>9</sup>, mediante la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, **define** que *“El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”* (art. 1); **determina** que el proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías

---

<sup>9</sup> Diario Oficial 44.133 de 18 de agosto de 2000.

ciudadanas de que trata la Ley 563 de 2000 (art. 8); y **establece** el procedimiento para adelantar la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal y las consecuencias del fallo, entre ellas, que presta mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva.

**Posteriormente se expidió el decreto extraordinario 267 de 22 de febrero de 2000** <sup>10</sup>, mediante el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República; se establece su estructura orgánica; se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones. Del mismo se destaca que los objetivos de la Contraloría General de la República, entre otros, *“ejercer en representación de la comunidad, la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación; evaluar los resultados obtenidos por las diferentes organizaciones y entidades del Estado en la correcta, eficiente, económica, eficaz y equitativa administración del patrimonio público, de los recursos naturales y del medio ambiente; generar una cultura del control del patrimonio del Estado y de la gestión pública; establecer las responsabilidades fiscales e imponer las sanciones pecuniarias que correspondan y las demás acciones derivadas del ejercicio de la vigilancia fiscal; procurar el resarcimiento del patrimonio público”* (art. 3).

### 3. MATERIAL PROBATORIO:

Está conformado:

- Por la documentación aportada: por el actor con su demanda; y por la demandada y el llamado en garantía y por las pruebas decretadas dentro del trámite del proceso.
- Por las pruebas contenidas en anexos que fueron recaudadas por la Procuraduría General de la Nación (Dirección Nacional de Investigaciones Especiales Unidad Anticorrupción) en visita especial practicada en la Contraloría Delegada para el Sector Agropecuario de la Contraloría

---

<sup>10</sup> Diario Oficial 43.905 de 22 de febrero de 2000.

General de la República, entre los días 2º y 29 de agosto de 2003 (fols. 944 a 969 c. ppal).

Como la OMISIÓN imputada por el actor fue limitada desde la demanda frente a la función de la Contraloría respecto del contrato firmado en noviembre de 1997 y que empezó a regir en enero de 1998, la Sala hará énfasis en las pruebas que se refieran a ese hito temporal, de lo cual, destaca lo siguiente:

a. El 12 de noviembre de 1997, el Gobierno Nacional <sup>11</sup> celebró con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, representada por su gerente general, el “CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ”, del cual se resaltan las siguientes cláusulas:

*“CLÁUSULA PRIMERA. Objeto del contrato: El objeto del presente contrato es regular la administración del Fondo Nacional del Café por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, responsabilidad que compete a la FEDERACIÓN por la vocación que le reconocen las leyes en su calidad de entidad nacional representativa del gremio caficultor.*

*La FEDERACIÓN mantendrá la plena vigencia de los principios democráticos en la integración de sus órganos colegiados de dirección y representación, de conformidad con los procedimientos electorales que para el efecto están consagrados en sus Estatutos, en consonancia con la ley 188 de 1995.*

*CLÁUSULA SEGUNDA. Naturaleza y objetivo prioritario. El Fondo Nacional del Café es una cuenta de naturaleza parafiscal constituida por recursos públicos cuyo objetivo prioritario es contribuir a estabilizar el ingreso cafetero mediante la reducción de los efectos de la volatilidad del precio internacional.*

*El Fondo cumplirá los objetivos en las normas legales vigentes, en orden a impulsar y fomentar la caficultura eficiente, sostenible y mundialmente competitiva.(...)*

*CLÁUSULA SÉPTIMA. Obligaciones de la FEDERACIÓN como administradora del Fondo Nacional del Café. La FEDERACIÓN, como administradora del Fondo Nacional del Café, tendrá las siguientes obligaciones:*

---

<sup>11</sup> Representado por el Presidente de la República, los ministros de Relaciones Exteriores, de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura y Desarrollo Rural, de Comercio Exterior, del Medio Ambiente y la Directora del Departamento Nacional de Planeación.

a) *Cumplir los objetivos del Fondo Nacional del Café realizando por sí o por intermedio de terceros las actividades y las funciones previstas en este contrato, e invertir los recursos del mismo, de conformidad con lo estipulado en la normatividad legal que rige la materia y en el presente contrato.*

(...)

d) *Administrar los recursos del Fondo Nacional del Café, preparar sus flujos de caja, llevar su contabilidad, manejar su liquidez con entidades financieras de reconocida solvencia o en títulos de reconocida seguridad y adecuada rentabilidad, cobrar sus acreencias y gestionar y atender sus compromisos. (...)*

CLÁUSULA OCTAVA. Actividades con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café: *Las actividades que podrá ejecutar la FEDERACIÓN con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, directamente o mediante contratación, son:*

(...)

j) *Efectuar inversiones en títulos de reconocida seguridad y adecuada rentabilidad.*

k) *Efectuar inversiones permanentes, sólo de manera excepcional y cuando lo autorice el Comité Nacional de Cafeteros, con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público.(...)*

CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA. Control fiscal: *En los términos de los artículos 267 y 268 de la Constitución Política, la ley 42 de 1993 y aquellas normas que la sustituyan, adicionen o modifiquen, la Contraloría General de la República ejercerá el control fiscal sobre los recursos del Fondo Nacional del Café y sobre los recursos parafiscales que son ejecutados por los Comités Departamentales de Cafeteros” (fols. 35 a 51 c. ppal).*

b. En mayo de 1999, la Contraloría General de la República expide el INFORME DE CONTROL INTEGRAL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ 1998 PRIMER TOMO. En el capítulo titulado ‘RESUMEN EJECUTIVO’ se informa que la auditoría incluyó el Control Financiero al Balance del Fondo y a los correspondientes estados de rendimiento económico, cambios en la situación financiera y flujo de fondos que le son relativos, con corte a 31 de diciembre de 1998; agregó:

“El informe correspondiente destaca los siguientes aspectos, cuyo estudio y análisis merecen especial atención por parte del nivel directivo de la Entidad, a fin de adoptar e implantar las medidas que garanticen el mejoramiento de la gestión fiscal y el cuidado del patrimonio público; ellos son:

- **Los recursos del Fondo Nacional del Café se han deteriorado por el manejo del portafolio de inversiones.**

La Contraloría General de la República analizó el portafolio de inversiones del Fondo Nacional del Café, encontrando que en la administración de algunas, se generaron pérdidas, **entre otros aspectos**, por la disminución de los valores intrínsecos de las acciones de sus inversiones de capital. Las cifras obtenidas se presentan a continuación:

SOCIEDAD	Disminución del valor comercial, por efecto de los valores intrínsecos informados (Millones de pesos)
COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S A.	11.424
BANCAFÉ S. A.	191.858
COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S. A.	16.973
CORPORACIÓN FINANCIERA DE OCCIDENTE S. A.	5.499
CORPORACIÓN FINANCIERA DE SANTANDER S. A.	310
CORPORACIÓN FINANCIERA DEL VALLE S. A.	383
SOCIEDAD COLOMBIANA DE TRANSP. FERROVIARIO S A	68
SOCIEDAD FORESTAL CAFETERA DEL VALLE S. A	1

La Contraloría General de la República **ve con preocupación el deterioro del portafolio de inversiones y solicita a la Federación Nacional de Cafeteros** la evaluación de los riesgos y la adopción de las medidas conducentes a garantizar la rentabilidad de las mismas.

- **La Federación Nacional de Cafeteros comprometió recursos para el pago de publicidad en el exterior, sin que se puedan verificar los mecanismos de seguimiento y control de los mismos.**

La Contraloría (...) señala las siguientes observaciones y deficiencias:

- La responsabilidad en la ordenación del gasto no es clara (...)
- Existen pasivos a favor de la Federación (...) cuando tales operaciones y registros deben estar a nombre de las empresas proveedoras de los servicios.
- Los soportes de las notas de contabilidad son deficientes, tal es el caso de un anticipo registrado en diciembre de 1998, por US\$4'436.078, equivalente a \$6.812 millones a cargo de la agencia de publicidad DDB NEEDHAM WOELWIDE (...)
- Durante el período analizado, se registraron pasivos a favor de la firma DDB NEEDHAM WOELWIDE por \$44.947 millones y a la DDB

NEEDHAM DIK KOREA por \$994 millones. Los auditores no lograron conocer el contrato o documento que establezca los servicios que prestan dichas empresas (...) Igual situación se presentó con la firma SOCIETE ANONIME COLOMBIENNE, SACA, a la cual se le registraron pasivos por \$1.500 millones (...)

- La Contraloría evidenció que los gastos por campañas de promoción y publicidad del exterior, aún cuando se soportan en facturas y otros documentos pertinentes, no permiten identificar en qué fueron aplicados los recursos llevados al gasto (...)

-

La Federación (...) en respuesta al Informe de Control Integral, por la vigencia de 1998, señala la existencia de los contratos y pone a disposición de la Contraloría el texto de los mismos.

Sin embargo cabe preguntarse: ¿Por qué en la relación de contratos solicitada a la Oficina Jurídica de la Federación, lo mismo que en la relación de contratos anexa a la rendición de Cuenta Fiscal por el año de 1998, la Federación no relacionó tales contratos?

**Ante este evento, la Contraloría desconoce los criterios que tuvo la Federación, para la selección objetiva de los contratistas, la normatividad que está aplicando a estos contratos, firmados en el exterior, el proceso de ejecución de los mismos y la responsabilidad que en materia tributaria le competiría a la Federación y a los contratistas.**

Tales cuestionamientos deben ser aclarados por la Federación y presentados a la Contraloría General de la República con las respuestas debidamente soportadas, para su evaluación y verificación.

• ***Algunas de las situaciones detectadas por la Contraloría General de la República, en informes de ejercicios anteriores, continúan presentándose sin que la Federación Nacional de Cafeteros haya implantado los correctivos adecuados.***

(...)

- La falta de agilidad en los cobros y el registro de operaciones como Deudas de Difícil Cobro por faltantes de café en Almacafé, sin los avales y/o garantías correspondientes de siniestros que datan desde 1990, constituyen un asunto de la mayor importancia para las finanzas del Fondo Nacional del Café.

La cartera registrada a cargo de transportadores en diciembre 31 de 1998, por faltantes de café, tenía la siguiente distribución por edades: (...) TOTAL \$2.929 millones de pesos. (...)

La Federación Nacional de Cafeteros deberá evaluar el riesgo que asume en la operación de transporte, con el fin de minimizar el impacto de la cartera incobrable, sin prescindir de la adopción de medidas que conduzcan a la recuperación de los faltantes a cargo de las empresas transportadoras.

- La Contraloría General de la República insiste nuevamente en que el aporte, en calidad de donación, por valor de US\$1.000.000 aprobado por

el Comité Nacional de Cafeteros en el año 1992, a favor de la FUNDACIÓN PARA EL FUTURO DE COLOMBIA, COLFUTURO, es una operación que no se podía efectuar con recursos del Fondo Nacional del Café, pues no cumple con sus objetivos, además desborda el ámbito en el que se desenvuelven los recursos públicos de carácter parafiscal, en el sentido que estos son extraídos de un grupo social o económico, para ser distribuidos dentro del mismo grupo social o económico. (...)

En el caso que no se puedan beneficiar solamente los caficultores, es indispensable devolverle los recursos al Fondo Nacional del Café en cuantía de US\$1.000.000 (...)

La Contraloría General de la República considera, que no es excusa el que en el año de 1992 el tema de la parafiscalidad fuera novedoso, teniendo en cuenta que el 70% de la donación afectó al Fondo Nacional del Café en el año de 1997.

- El Comité Nacional de Cafeteros, en sesión extraordinaria N° 3 del 11 de diciembre de 1997, autorizó a la Federación Nacional de Cafeteros para entregar a la CORPORACIÓN PARA LA DIVERSIFICACIÓN DEL INGRESO CAFETERO 'CORDICAFÉ', a título de aporte, la suma de \$240 millones. Al registrarse como gasto del Fondo y no como aporte, la Federación no dio cumplimiento a lo expresado por el Comité Nacional de Cafeteros.

(...) la Contraloría General de la República solicitó a la Federación le indicara, en qué consistió la inversión de tales recursos, número de caficultores beneficiados y cumplimiento del programa.

La Federación Nacional de Cafeteros, en el Avance al Plan de Acción de marzo de 1999, indica que CORDICAFÉ dio cumplimiento a lo autorizado por el Comité Nacional de Cafeteros, pero no respondió las inquietudes de la Contraloría.

En los comentarios al informe de Auditoría Integral por la vigencia de 1998, la Federación colocó a disposición de la Contraloría General de la República los soportes. Como resultado del análisis practicado a los documentos presentados, los cuales consisten en una relación de gastos, se desprende que los recursos se destinaron a atender la administración de CORDICAFÉ, sin evidencia del cumplimiento de los objetivos del Fondo Nacional del Café (...)

De acuerdo con lo expuesto y si la Federación no allega, los informes solicitados por la Contraloría General de la República, deberá reintegrar tales recursos al Fondo Nacional del Café, por no cumplir con los objetivos de éste.

- En informes anteriores se evidenció que venían figurando, en la contabilidad del Fondo, inventarios de fertilizantes, localizados en puertos, sin que físicamente se lograra determinar su existencia. A diciembre de 1998, tales inventarios están registrados por \$224,9 millones y la Federación aún no ha dado respuestas satisfactorias sobre estos hechos (...).

- La Contraloría (...) desde 1991, ha venido solicitando a la Federación (...) que efectúe las diligencias necesarias y recupere el saldo que viene afectando los Estados Financieros del Fondo Nacional del Café, ocasionados por el manejo de los Certificados Cafeteros por parte del Banco Cafetero, sin que a diciembre de 1998 haya efectuado la recuperación del saldo que asciende a \$47 millones.

(...) la Contraloría es del criterio, que tales valores deben ser asumidos por la Administración, para lo cual debe, en el menor tiempo, entregarle los documentos que soporten el pago al Fondo Nacional del Café.

- La Federación Nacional de Cafeteros, en diciembre de 1995, trasladó de la cuenta Fondos Especial en Poder de Terceros, la suma de \$60 millones, correspondientes al Fideicomiso contratado con el Banco Cafetero para la colocación de Certificados Cafeteros (...)

Por tratarse de cifras y hechos observados en años anteriores, sin lograrse detectar una adecuada gestión de cobro, con el riesgo de que patrimonialmente el Fondo Nacional del Café resulte afectado, la Federación deberá cancelarle tales valores, por cuanto sus gestiones de cobro y eficiencia en el recaudo no han sido las adecuadas.

- ***La reglamentación existente en la Federación Nacional de Cafeteros, sobre el proceso de contratación con recursos del Fondo Nacional del Café, debe adecuarse a las condiciones del nuevo contrato de administración (...)***

- ***La Federación Nacional de Cafeteros viene cobrando administración por los recursos del Fondo Nacional del Café manejados por intermedio de la Oficina Central, de conformidad con el Contrato de Administración, e irregularmente por los recursos administrados a través de los Comités Departamentales de Cafeteros.***

(...) Cuando el Gobierno Nacional contrata la Administración del Fondo Nacional del Café con la Federación Nacional de Cafeteros, lo hace con el ente gremial, es decir, con la entidad que aglutina el gremio cafetero y no con la Administración Central de la Federación. (...)

Por estas consideraciones, los recursos transferidos en los Comités Departamentales a recursos propios, como administración de los programas no tiene razón de ser. Tales recursos deben ser reintegrados en su totalidad al Fondo Nacional del Café, para lo cual la Federación debe entregarle a la Contraloría el estudio y análisis pertinente.

A manera de ejemplo y de conformidad con la auditoría practicada a los recursos del Fondo Nacional del Café, administrados por el Comité Departamental de Cafeteros de Cundinamarca, los valores causados ascienden a \$1.100 millones, en 1998.

- ***El criterio de economía debe aplicarse en el desarrollo de las campañas de promoción y publicidad en el interior del país.***
- ***Los informes de ejecución presupuestal del Fondo Nacional del Café deben modificarse y sujetarse a los principios establecidos en el Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café.***
- ***La Federación Nacional de Cafeteros debe reintegrarle al Fondo Nacional del Café, los gastos registrados en los Programas de Fomento al Cooperativismo Caficulator, ejecutados sin tener en consideración lo estipulado en el contrato de administración y sin las debidas autorizaciones.***

(...) La Federación debe reintegrar, por lo anteriormente expuesto, la suma de \$1.087,5 millones, correspondientes a los gastos de recompra de cartera y liquidación de FERTICAFÉ, que efectuó con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, por no haber sido autorizados, ni cumplir con el objeto del contrato, originando un detrimento para el Fondo.

(...) los recursos del Fondo Nacional del Café destinados a la actividad descrita, van dirigidos a la capacitación de personal de las cooperativas de caficultores; sin embargo, al verificar el gasto, se logró detectar que en las actividades realizadas en cumplimiento de la capacitación, participaron personas, que a juicio de la Contraloría, no lo podían hacer, sufragándoseles gastos con recursos del Fondo Nacional del Café, sin ser estrictamente personal de las Cooperativas de Caficultores.

La Contraloría General de la República estima que los controles internos y la gestión administrativa deben ser objeto de fortalecimiento y de un mejoramiento permanente, dado que en el análisis y evaluación se identificaron debilidades importantes, las cuales, de no tomarse los correctivos necesarios y solicitados, podrían afectar en forma negativa el patrimonio del Fondo Nacional del Café” (fols. 94 a 109, y 110 a 280 c. ppal).

c.- El 27 de junio de 2000, el ingeniero civil Néstor Buitrago Trujillo presentó ante el Contralor General de la República, derecho de petición, para que le respondiera los siguientes interrogantes:

*“1. Por qué, si en el contrato firmado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros para la administración del Fondo Nacional del Café, se establece en el literal k de la cláusula octava que reglamente las actividades del Fondo, que este podrá: ‘Efectuar inversiones permanentes sólo de manera excepcional y cuando lo autorice el Comité Nacional de Cafeteros, con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público,’ se permitió con recursos del Fondo la absorción de Concasa en el año de 1998 y la posterior capitalización de Bancafé, a principios de 1999, operaciones que tuvieron un valor de \$298.044 millones de pesos. Máximo que, el contrato establece que el objetivo prioritario del Fondo es: ‘contribuir a*

*estabilizar el ingreso cafetero mediante la reducción de los efectos de la volatilidad del precio internacional', si de ninguna manera estas operaciones caben dentro de tal objetivo legal?*

*2. Por qué, si Bancafé prestaba sus servicios crediticios sólo en una mínima parte al caficultor colombiano (crédito a caficultores a junio 30 de 1999 \$138.000 millones equivalente al 4 por ciento sobre una cartera total de \$3.366.665 millones), tenía que salir el Fondo a capitalizarlo para enjugar sus cuantiosas pérdidas, sabiendo, como lo afirmó don Jorge Cárdenas en foro realizado por el Comité de Cafeteros de Antioquia en junio de 1999 que 'desde hace año y medio los cafeteros, llegaron a la conclusión de que sólo no eran capaces de capitalizar y mantener el Banco en los niveles que exige la competencia bancaria'?*

*3. A diciembre 31 de 1997 el valor comercial de las acciones que el Fondo tenía en el Banco Cafetero y en Concasa eran, según balance, \$371.802 y \$48.103 millones de pesos respectivamente. En el año de 1998 se fusionó Concasa con Bancafé causándole una erogación para éste de \$108.044 millones de pesos. E el año de 1999, por cuenta del Fondo, se capitalizó Bancafé en \$190.000 millones de pesos. En septiembre de 1999 al capitalizar FOGAFIN a Bancafé en aproximadamente \$600.000 millones de pesos las acciones del Fondo en este quedaron sin valor comercial, lo que representa una destrucción de valor para el Fondo en poco más de un año de \$717.949 millones de pesos.*

*4. Después de la absorción por Fogafin de Bancafé, en qué quedan las filiales del Banco Cafetero: Banco Cafetero Panamá, el cual es a su vez dueño del 100% del capital del Banco Cafetero Finance Corporation en Islas Cayman y del Banco Nassau en las Bahamas? Qué pasará con el Banco Cafetero Internacional Corporation de Miami?*

*5. Por qué, después de tener la mayoría del Bancafé el Fogafin en el segundo semestre de 1999, el Fondo se comprometió nuevamente a suscribir 100.000 millones de pesos en bonos? Qué ventaja para los caficultores representa dicha inversión?*

*6. Por qué, si a la fábrica de café liofilizado se le hizo una ampliación recientemente (mediados de los años 90), por cerca de US\$70 millones de dólares, el valor en libras a diciembre 31 de 1998 es de sólo \$16.788.262.443 y, al hacer la valoración de activos según 'avalúos técnicos actualizados, presentados por la Federación de Cafeteros' en marzo de 1999, esta se avalúa, incluyendo la totalidad de dicha empresa, en sólo \$48.815 millones? (ver informe Contraloría, primer tomo, año 1998). A qué se deberán diferencias tan cuantiosas? Cómo se hace la contabilización de las inversiones en dicha empresa?Cuál es el valor real de la fábrica de Café Liofilizado de Chinchiná?*

*7. Por qué, si el contrato en su cláusula séptima literal p, obliga a la Federación Nacional de Cafeteros a 'informar por lo menos una vez al año a los productores de café mediante un boletín escrito sobre la situación del Fondo Nacional del Café y de la Industria cafetera', nunca se ha informado en estos sobre la suerte de la Flota Mercante*

*Grancolombiana, hasta principio de los años 90 una de las inversiones más relevantes del Fondo? Cuánto vale la inversión en la Flota hoy? Cuánto se perdió en la Flota, si esta, a valores de balance del Fondo de 1991 representaba \$129 millones de dólares?*

*8. Por qué se debió hacer en 1999 una nueva capitalización en la Sociedad Inversiones Flota Mercante S. A., si a dicha sociedad, que se creó en 1997 para responder por los pasivos pensionales de la extinta Flota Mercante, se le entregaron activos suficientes (más de \$47.000 millones de pesos), para atender tales obligaciones)*

*9. Quién realiza y cierra la venta externa de café por cuenta del Fondo y fija las condiciones de los contratos de suministro?*

*10. Quién maneja por cuenta del Fondo los recursos en el exterior de venta de café y quién audita dichos recursos? Dónde se informa de tales finiquitos?*

*11. Si la ley 9 de 1991, artículo 20, literal b crea una transferencia del 2.7% del valor de los reintegros por las exportaciones de café para que el Fondo Nacional del Café 'destine prioritariamente al fortalecimiento de programas dirigidos a incrementar la competitividad y eficiencia de la caficultura colombiana tales como experimentación científica-tecnológica-difusión-extensión y diversificación de las prácticas de cultivo y beneficio del café', por qué se recorta drásticamente el presupuesto de CENICAFÉ y este hecho no se objeta?*

*12. En los informes que contractualmente tiene que enviar la Federación Nacional de Cafeteros cada año a los productores de café sobre la situación del Fondo Nacional del Café y la Industria Cafetera aparece, en los correspondientes a los años 1989 a 1998, inconsistencias protuberantes como se pueden apreciar en el cuadro adjunto (...) Como claramente se deduce del cuadro, existe un faltante de 1.600.000 sacos de café que a precios de hoy valen \$212 millones de dólares.*

*Qué dijo en su momento la Contraloría General de la República sobre esta información viciada que se le envió a los dueños del Fondo? Qué dice hoy?*

*13. Siendo la Contraloría General de la República la entidad encargada por la Constitución para ejercer la Función Pública del Control Fiscal a quién debe darle razón de su encargo en el caso de los recursos parafiscales?*

*14. Qué juicios fiscales y penales ha instaurado la Contraloría General de la República a empelados y asesores de la Federación Nacional de Cafeteros por tantos desafueros como en este petitorio se anotan, siendo la Contraloría el órgano legal para la vigilancia y control de los recursos del Fondo Nacional del Café que manejan aquellos, ya que el contrato que regula dicho manejo en su cláusula décima octava establece que son sujeto de la normatividad contenida en el Código Único Disciplinario (ley 200 de 1995)?*

15. *Existe ya el finiquito definitivo para los estados financieros del Fondo Nacional del Café para las vigencias de los años 1990 a 1998?* (fols. 391 a 397 c. ppa).

d. El 12 de julio de 2000, la Contraloría General de la República, a través del Contralor Delegado para el Sector Gestión Pública e Instituciones Financieras dio respuesta a los interrogantes del señor Buitrago Trujillo, punto por punto, de la cual el Consejo de Estado destaca lo siguiente:

“Inicialmente es necesario aclarar que la operación por la cual se dio en venta a CONCASA, se regía bajo la normatividad establecida en el contrato de administración del Fondo Nacional del Café, firmado el 22 de diciembre de 1988, el cual no fundamentaba como prioritario el objetivo que Ud. cita.

De otra parte no entendemos la afirmación de que ‘se permitió con recursos del Fondo la absorción de Concasa’. Para su conocimiento tal operación tuvo el siguiente desenvolvimiento:

El Comité Nacional de Cafeteros, como máximo órgano de dirección del Fondo Nacional del Café y en atención a lo consagrado en la cláusula vigésima del contrato de administración celebrado el 22 de diciembre de 1988, quedó facultado para aprobar un programa de venta de aquellas inversiones que se consideraran no fueran indispensables para el desarrollo de la política cafetera. Conforme a dicha facultad, el Comité Nacional de Cafeteros toma la decisión de vender el capital accionario del Fondo Nacional del Café en la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda S. A. CONCASA.

El 31 de julio de 1995, el Comité Nacional de Cafeteros autorizó al Gerente General de la Federación para contratar con FOGAFIN el diseño del programa de venta de las acciones de Concasa. El 27 de junio de 1996 se firma el contrato 079 con FOGAFIN para adelantar el proceso de venta de las acciones de Concasa de propiedad del Fondo Nacional del Café.

El Decreto 2.142 del 25 de noviembre de 1996, expedido por el Gobierno Nacional, aprueba el programa de venta de 8.222.366 acciones del Fondo Nacional del Café y de 8.734.154 del Banco Cafetero. La Corporación fue valorizada en \$180.000 millones a la fecha del Decreto.

Para el desarrollo del proceso de enajenación se establecieron dos etapas: en la primera se ofrecería la totalidad de las acciones al sector solidario de la economía, en las condiciones establecidas en la ley 226 de 1995 y en la segunda, las que no hubiesen sido adquiridas, se ofrecerían a las personas naturales y/o jurídicas, nacionales y/o extranjeras con capacidad legal para participar en el capital de Concasa.

En la primera etapa, que fue prorrogada mediante los decretos 1.337 del 19 de mayo de 1997 y 2.132 del 29 de agosto del mismo año, se

enajenaron muy pocas acciones (menos de 1.000); en vista de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el decreto 2.619 del 29 de octubre de 1997, suspendiendo el programa de venta. En los considerandos de tal decreto se indica que la decisión de suspender la segunda etapa del programa de venta obedecía, entre otros, a que el Comité Nacional de Cafeteros y el Banco Cafetero autorizaron la iniciación de los trámites y de las operaciones conducentes para efectuar la fusión por absorción de Concasa con el Banco Cafetero, por cuanto la fusión constituía el mecanismo más conveniente para permitir que el Banco enfrentara con éxito la aguda competencia y la necesidad de crecimiento y posicionamiento dentro del sector financiero.

El Banco Cafetero adquirió por compra, las acciones del Fondo Nacional del Café y con el producto de la venta, se capitalizó el Banco Cafetero en \$63.532,9 millones.

Se colige de lo anterior, que el proceso de venta estaba debidamente autorizado y se cumplió con lo establecido en el contrato de administración del Fondo Nacional del Café, firmado en diciembre de 1988.

En cuanto al banco Cafetero fue creado por el Decreto 2.314 del 4 de septiembre de 1953; su naturaleza jurídica fue definida por el decreto 1.748 del 4 de julio de 1991, como sociedad e economía mixta del orden nacional y vinculada al Ministerio de Agricultura. A partir de 1994 la participación del Estado a través del Fondo Nacional del Café se vio reducida a un porcentaje inferior al 90%, por lo tanto le eran aplicables las normas del derecho privado. El Banco realiza todas las operaciones propias de los establecimientos bancarios de carácter comercial autorizadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de conformidad con las regulaciones de la Superintendencia Bancaria.

En agosto de 1998 y frente al deterioro que venía sufriendo el banco en sus finanzas, la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas decidió efectuar las capitalizaciones, las cuales se surtieron con el producto de la venta de Concasa y la suscripción de Boceas por \$40.000 millones.

El Fondo Nacional del Café en abril de 1999 capitaliza al banco con la conversión anticipada de los Boceas y con \$150.000 millones, que la asamblea extraordinaria de accionistas autorizó de acuerdo al acto N° 10 del 17 de diciembre de 1998.

Las operaciones de capitalización autorizadas, tenían como objeto mantener viable la operación del banco, sin embargo no fueron suficiente y es así como la Superintendencia Bancaria en agosto de 1999 ordena la capitalización de BANCAFÉ en cuantía no inferior a \$600.000 millones. La Federación Nacional de Cafeteros sostiene reuniones con FOGAFIN, con el fin de obtener una fórmula de capitalización, la cual, de darse, sería al tenor de lo establecido en la Resolución N° 006 del 30 de junio de 1999, relacionadas con las medidas de saneamiento del sistema financiero. La fórmula de arreglo implicaba que para restablecer el patrimonio técnico quedando el banco con un nivel de solvencia del 10%, se requerían recursos frescos del

orden de \$485.700 millones, los cuales, eran imposibles de aportar por el Fondo Nacional del Café.

En septiembre de 1999, la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas del banco, con el fin de acceder a la capitalización de FOGAFIN, decide absorber las pérdidas contra el capital suscrito y pagado, lo que implicó una reducción del mismo, sin restitución o reembolso efectivo de aportes. Con tal operación (necesaria para salvar el Banco), el capital suscrito y pagado se redujo a \$1.599.660 y el valor nominal de las acciones se situó en un centavo (\$0.01) por acción.

FOGAFIN capitaliza el banco, convirtiéndose en accionista mayoritario, con una participación del 99.99999%.

Se deduce de lo anterior que todas las operaciones fueron debidamente autorizadas y se llevaron a cabo dentro del marco contractual que ha regido las relaciones entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros” (fols. 510 a 520 c. ppal).

e.- En octubre de 2000, la Contraloría General de la República expide el INFORME DE AUDITORÍA GUBERNAMENTAL CON ENFOQUE INTEGRAL RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ VIGENCIA DE 1999. En el capítulo titulado ‘EL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ EN 1999. SUS FINANZAS’, se expresó:

“Definitivamente el año de 1999 no fue bueno para el Fondo Nacional del Café. Su patrimonio, comparado con cifras de diciembre de 1998, se vio reducido en \$611.582 millones de pesos corrientes, al pasar de \$2.026.704 millones en 1998 a \$1.415.122 millones en diciembre de 1999, significándole una disminución patrimonial del 30.18% en un año (...)

El activo total disminuyó en un 27.24% al pasar de \$2.271.430 millones en 1998 a \$1.652.599 millones en diciembre de 1999 (...)

Las existencias de café del Fondo Nacional del Café (inventarios de Café) disminuyeron en \$315.280 millones, desde \$822.224 millones en 1998 a \$506.944 millones en diciembre de 1999, caída del 38.34%, que se explica por la disminución en la producción.

El activo de largo plazo se vio afectado con una disminución del 46.93%, al pasar de \$584.087 millones en 1998 a \$327.341 millones en el 99, ocasionada por el incremento en la Provisión para la Protección de las Inversiones Permanentes, las cuales pasaron de \$111.210 millones en 1998 a \$662.145 millones en 1999, cubriendo las pérdidas obtenidas, principalmente en BANCAFÉ, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante y la Corporación Financiera de Occidente”.

En un título denominado “1.3 Las Inversiones Permanentes”, subtítulo “Inversiones en Renta Variable entre Entidades Públicas”, señaló:

“A continuación se presenta un cuadro que resume el comportamiento de las inversiones en renta variable entre entidades públicas en el año de 1999:

INVERSIONES EN RENTA VARIABLE ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS  
VALOR COMERCIAL (en pesos corrientes)  
MOVIMIENTO AÑO 1999

ENTIDAD	V/R COMERCIAL A 31-12-98 S/N BALANCES	V/R SUSCRIPCIONES	V/R REVALOR. PATRIM. 1999	V/R COMERCIAL A 31-12-99 S/N BALANCES	UTILIDAD /PERD. NETA
Artesanías de Colombia	62.015.486			66.517.934	4.502.447
Banco Cafetero	282.786.428.869	189.999.997.210	41.628.054.702	1.337.560	-514.413.143.220
Caja Crédito Agrario	-	-	-	-	-
Cia Agrícola Inversiones	27.168.815.376			19.689.884.776	7.478.930.600
Cia Agrícola de Seguros Vida	10.840.774.774			11.104.864.913	264.090.139
Cía Agrícola Seguros S A	38.157.326.825		2.075.664.045	43.237.024.342	3.004.033.473
Mercado de Risaralda	69.964.844			56.165.759	13.799.085
TOTAL ES	359.085.326.174	189.999.997.210	43.703.718.747	74.155.795.284	-518.633.246.847

Banco Cafetero

En diciembre de 1998 el Fondo Nacional del Café era propietario de 72.006.037 acciones, cuyo valor intrínseco, para efectos de la valoración de la inversión, se tomó el informado por el Banco Cafetero a 31 de diciembre de 1998 de \$3.927,26 por acción, para un total de \$282.786 millones. Por efectos de la revalorización patrimonial del Banco, correspondiente al año de 1998, el 31 de mayo de 1999 se registraron en la contabilidad del Fondo Nacional del Café 11.665.145 acciones por valor de \$41.628 millones. El 15 de abril de 1999 se convirtieron los BOCEAS en 12.163.822 acciones por valor de \$40.000 millones y finalmente el Fondo Nacional del Café el 30 de abril de 1999, suscribió 45.614.333 acciones por valor de \$150.000 millones. En total tenemos que el movimiento de acciones fue el siguiente:

ACCIONES A DICIEMBRE DE 1998	72.006.037
ACCIONES REVALOR. PATRIMONIAL	11.756.581
CONVERSIÓN BOCEAS	12.163.822
SUSCRIPCIÓN ACCIONES	<u>45.614.333</u>
 TOTAL ACCIONES A DICIEMBRE DE 1999	 141.540.733

El Banco Cafetero informó que, a diciembre de 1999, el valor intrínseco de la acción fue de \$0.00945, con lo cual el valor comercial de la inversión se situó en \$1.337.560, de tal manera que **las pérdidas asumidas por el Fondo Nacional del Café fue de \$514.413 millones**, como se ve a continuación:

Valor comercial a 31 de diciembre de 1998	\$282.786.428.869
Valor conversión BOCEAS 15 de abril de 1999	40.000.000.000
Valor suscripción acciones 30 de abril de 1999	149.999.997.210
Valor revalorización del patrimonio mayo 1999	<u>41.628.054.702</u>
 Total a diciembre 31 de 1999	 \$514.414.480.781
Valor comercial a 31 de diciembre de 1999	<u>1.337.560</u>
 Pérdida neta	 \$514.413.143.221”

Sobre los demás aspectos en los cuales la Contraloría en encontró inconsistencias, en el mismo informe se aclaró que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en su mayoría hizo las correcciones pertinentes, o se comprometió a hacerlas antes del cierre de la vigencia fiscal del año 2000 (AZ-3).

f. Con fecha octubre de 2000, la Contraloría General de la República le remitió al Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros, comunicación del siguiente tenor, con la cual le presenta el informe de seguimiento al Informe de Control Integral a los Recursos del Fondo Nacional del Café, por la **vigencia de 1998 y anteriores:**

“La Contraloría General de la República efectuó, en forma conjunta con la Federación Nacional de Cafeteros, un análisis a las observaciones y deficiencias detectadas por el órgano de Control y plasmadas en el informe de Control Integral a los Recursos del Fondo Nacional del Café, por la vigencia de 1998 y anteriores, habiendo sido un ejercicio provechoso, en aras del mejoramiento en la administración del Fondo.

Aún quedan algunas observaciones pendientes de finiquitar, sobre las que la Federación a (sic) emprendido las acciones necesarias para su resolución, tal y como se deja consignado en el cuerpo del presente informe, comprometiéndose a darle las soluciones adecuadas en un tiempo razonable, e informarle sobre sus resultados a la Contraloría General de la República, la cual hará las evaluaciones correspondientes, a través del proceso de auditoría.

Considera la Contraloría que el proceso adelantado ha sido benéfico para las partes, y los resultados para el Fondo Nacional del Café provechosos, destacándose el hecho de que la entidad a su cargo prestó toda la colaboración para la obtención de los resultados que aquí se presentan”

En dicho informe, por ejemplo, se leen conclusiones como las siguientes:

“1.2 GASTOS DE PUBLICIDAD (...) Sobre los dos casos puntuales citados, la Federación hizo entrega de los soportes correspondientes a la Nota de Contabilidad N° 03800420 por US\$812.895.77, y respecto a los soportes dejados de presentar en la Nota 03800314, por **US\$677.267.75**, la Federación decidió cancelar el pasivo, contra un ingreso de vigencias anteriores, por cuanto no logró soportar el gasto. La Contraloría considera que las medidas tomadas fueron las adecuadas, **permitiéndole al Fondo, efectuar recuperaciones por los US\$677 mil dolares.**  
(...)”

1.5 FALTANTES DE CAFÉ EN TRÁNSITO (...) Mediante el comprobante de contabilidad N° 9100011255 del 30 de mayo del 2000, la Federación inicia la reclasificación contable de los pagarés, **con lo cual se concluye el tema.**

1.6 CORDICAFÉ (...) La Federación Nacional de Cafeteros hizo entrega del documento denominado ‘Cordicafé Informe de Actividades Años 1998 y 1999’, así como los informes de cada actividad (...), con lo cual satisfizo el requerimiento de la Contraloría (...).

1.7 FERTILIZANTES EN PUERTO (...) La Federación Nacional de Cafeteros, mediante Nota de Contabilidad N° 03800605 del 12 de diciembre de 1999, efectuó el registro del pago de los fertilizantes, por valor de \$132.856.200, dando cumplimiento a la solicitud de la Contraloría.

1.17 INVERSIONES PERMANENTES

## CORFICALDAS

La Contraloría observó que la Nota de Contabilidad N° 03800340 del 18 de noviembre de 1992, por \$1.350.000 no se encontraba debidamente soportada. La Federación aportó documentos desde 1972, en los que se sustenta que, por error en tal año, se registra como inversión el gasto de un fideicomiso, que tenía que ver con bonos de CORFICALDAS. En 1991 al no existir tal inversión se provisionó (de manera equivocada), y en 1992 se canceló la provisión.

### 1.18 PROGRAMAS MANEJADOS POR CENICAFÉ (...)

Con los documentos aportados, la Contraloría General de la República considera que, CENICAFÉ es el Centro de Investigación más apto para cumplir con los objetivos del Fondo Nacional del Café, en materia de investigación, y que los factores de calidad, costo-beneficio, experiencia y oportunidad relacionados con la prestación de servicios de experimentación e investigación, están presentes por el reconocimiento hecho por COLCIENCIAS (...)

Y otros muchos aspectos, respecto de los cuales la Federación Nacional de Cafeteros hizo las correcciones, ajustes y decisiones del caso, que estudiadas por la Contraloría, satisfacen los requerimientos de control hechos. (AZ-3).

g. El 1 de diciembre de 2000, la Contraloría y la Federación Nacional de Cafeteros suscribieron un documento denominado “ACTA DE COMPROMISO PLAN MEJORAMIENTO PARA EL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ”, propuesto por la FEDERACIÓN y aprobado por la Contraloría “el cual deberá cumplirse en los términos fijados y será objeto de seguimiento por parte de la Contraloría Delegada” (AZ-3).

De las demás pruebas, pertinentes para tomar la decisión que corresponda, serán referidas y analizadas en el capítulo siguiente, en el cual se determinará si existió o no vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al patrimonio público y demás invocados por el actor, en su demanda.

### *3. ¿EXISTE LA CONDUCTA IMPUTADA A LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA?*

En síntesis, el actor considera que la Contraloría General de la República OMITIÓ hacer un control fiscal efectivo, adecuado y oportuno sobre el manejo del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ por parte de la FEDERACIÓN NACIONAL DE

CAFETEROS, lo cual permitió que el patrimonio de aquél se viera disminuído considerablemente, especialmente con las operaciones de CONCASA y de BANCAFÉ.

**EN PRIMER LUGAR**, el Consejo de Estado observa, de las pruebas aportadas al proceso, algunas de las cuales ya fueron referidas, que la Contraloría General de la República sí actuó en forma oportuna, diligente y eficaz en el CONTROL FISCAL sobre los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, a que estaba obligada, no sólo en virtud de la cláusula vigésima del contrato, sino por mandato de los artículos 267 y 268 constitucional y de las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000 ya citados.

En efecto, mucho antes de que el actor popular formulara los interrogantes que en su criterio no han sido absueltos por la Contraloría (junio de 2000), ésta entidad venía ejerciendo su obligación de control, como se observa con el documento fechado en Bogotá el mes de **mayo de 1999**, que contiene el INFORME DE CONTROL INTEGRAL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ 1998, y en el cual señaló algunos aspectos a mejorar en el manejo de los recursos e inversiones del FONDO, y solicitó aclaraciones y explicaciones en torno a ello.

Se recuerda que en virtud del artículo 267 de la Constitución Política, el control que ejerce la Contraloría es “posterior y selectivo”, conceptos que fueron definidos por el artículo 5 de la ley 42 de 1993, y puede ser financiero, de legalidad, de gestión y de resultados, así como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno.

Es decir, el control que hace la Contraloría se refiere al resultado de la gestión de la entidad objeto de aquél, y en esa medida, `la Contraloría no puede inmiscuirse ni participar en el proceso como tal, sino en el resultado, y a partir del mismo, ofrecer recomendaciones y exigir las aclaraciones y explicaciones que considere necesarias.

Entonces, no se puede responsabilizar a la CONTRALORÍA por los hallazgos en otra entidad en ejercicio de su función de control.

En este evento, al hacer el control financiero y de LEGALIDAD del balance general del Fondo Nacional del Café a 31 de diciembre de 1998, y de los estados de rendimiento económico, cambios en la situación financiera y flujo de fondos de ese mismo año 1998, la Contraloría encontró algunas situaciones que, en su informe de mayo de 1999, consideró preocupantes y respecto de los cuales solicitó una especial atención por parte del nivel directivo de la Federación “a fin de adoptar e implementar las medidas que garanticen el mejoramiento de la gestión fiscal y el cuidado del patrimonio público” (ver fol. 97 c. ppal).

Entonces, en principio, NO HUBO OMISIÓN por parte de la Contraloría, porque auditó el balance y la situación financiera y patrimonial en general del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, encontró falencias y pidió las explicaciones.

Pero su labor no se quedó ahí. La Contraloría General de la República hizo seguimiento de su requerimiento al FONDO, y fue así como en octubre de 2000 (antes que el actor interpusiera la demanda, que la presentó el 26 de octubre de ese año), la Contraloría le remitió al Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros, comunicación con la cual le presenta el informe de seguimiento al Informe de Control Integral a los Recursos del Fondo Nacional del Café, por la **vigencia de 1998 y anteriores**, y en la que el órgano de control fiscal se muestra satisfecho con las explicaciones y las gestiones realizadas por la Federación en procura del mejoramiento del FONDO, y señala puntualmente aquellos aspectos completamente superados, como se observa en la transcripción parcial del mismo, hecha en el capítulo de material probatorio. Se destaca que el control y los requerimientos efectuados permitieron que el Fondo recuperara \$677 mil dólares (cerca de \$1.700 millones a valores de hoy) por rubros de publicidad y se solucionó lo relativo a faltantes de café.

Y en documento fechado en Bogotá en octubre de 2000, la Contraloría General expide el INFORME DE AUDITORÍA GUBERNAMENTAL CON ENFOQUE INTEGRAL RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ VIGENCIA DE 1999, en el cual analizó las **FINANZAS** del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ EN 1999 para concluir que en dicha vigencia fiscal su patrimonio se vio afectado, aunque reconoció que los pasivos también disminuyeron. Destacó que las inversiones en renta variable dejaron pérdidas por \$518.633.246.847, de las

cuales \$514.413.143.221 corrieron por cuenta de la capitalización del **Banco Cafetero**.

Sobre los demás aspectos en los cuales la Contraloría en encontró inconsistencias, en el mismo informe se aclaró que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en su mayoría hizo las correcciones pertinentes, o se comprometió a hacerlas antes del cierre de la vigencia fiscal del año 2000 (anexo AZ-3).

El informe simplemente refleja la realidad financiera del FONDO, y no puede pretenderse, por el simple hecho de encontrar pérdida patrimonial en la entidad auditada, responsabilizársele por OMISIÓN, como si la Contraloría tuviese ingerencia en las decisiones de todas las entidades y personas vigiladas porque, se reitera, su control es 'posterior y selectivo'.

Tampoco hay lugar, como insistentemente lo acusa el actor, que la Contraloría no le respondió su inicial petición, formulada en junio 27 de 2000, porque la Contraloría lo respondió en julio 13 de 2000. Es obvio que para esta fecha, la Contraloría debía estar redactando el documento final que contenía el informe del control respecto del año 1999 efectuado sobre el FONDO, el cual se expidió en octubre de ese año, es decir, en forma posterior a la petición y a la respuesta inicial. Ello implica que para el análisis de esta providencia, debe tenerse en cuenta tanto la respuesta de 13 de julio como el informe de octubre de 2000.

En la respuesta de julio de 2000, se le explicó al peticionario (ahora actor popular) el procedimiento para la fusión de CONCASA y BANCAFÉ y la posterior capitalización de éste; para el efecto, le citó algunos documentos que autorizaron esas operaciones y que la Contraloría encontró ajustadas a la legalidad y al contrato.

Y en el informe de octubre de 2000, se detallaron los hallazgos financieros, pero igualmente se hicieron los requerimientos inmediatos, al punto que en el mismo documento se aprecia que la FEDERACIÓN se comprometió a tomar los correctivos del caso, para mejorar aquellos aspectos mejorables.

Adicionalmente, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS suscribió con fecha 1 de diciembre de 2000, el documento denominado DE COMPROMISO

respecto del PLAN DE MEJORAMIENTO PARA EL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ redactado y presentado por la Federación a la CONTRALORÍA y aprobado por éste y respecto del cual se comprometió a hacer el seguimiento del caso (anexo AZ-3). En la presentación de dicho plan, se expresó:

*“La Contraloría General de la República y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia acordaron adelantar un análisis conjunto de los comentarios presentados por el ente de control en el informe preliminar de la auditoría practicada por la vigencia de 1999 al Fondo Nacional del Café, administrado por la Federación.*

*Igualmente acordaron dentro de este análisis estudiar las observaciones aún pendientes de solución por la auditoría efectuada sobre el mismo Fondo por la vigencia de 1998, incluidas, en otro informe preliminar que presentó la Contraloría en donde recoge aquellas observaciones ya atendidas o aclaradas por la Federación y las que aún se encuentran en proceso de conclusión.*

*Este análisis se adelantó con el fin de encontrar solución a cada uno de los comentarios u observaciones de la Contraloría, mediante el estudio de las aclaraciones planteadas por la Federación y la formulación de Planes de Acción o de Mejoramiento en los casos en que lo amerite.*

*En desarrollo de esta acción conjunta se realizaron reuniones de trabajo los días 26, 27 y 28 de septiembre y 18 de octubre de 2000 en las cuales se llegó a las siguientes conclusiones por cada tema: (...)” (AZ-3).*

Si bien el acta de compromiso la firmaron la FEDERACIÓN y LA CONTRALORÍA después de la presentación de la demanda, por parte del señor BUITRAGO TRUJILLO, las reuniones de trabajo que generaron aquella se realizaron antes, y de todas maneras esa acta de compromiso es el resultado del control fiscal ejercido por la Contraloría y la aceptación de la Federación de los errores encontrados en la vigencia de 1999 y en el análisis de la vigencia de 1998 y que aún no habían podido ser corregidos.

Con oficio AFNC66 de 13 de agosto de 2001, la Contraloría le remite al Director de Control Interno de la Federación Nacional de Cafeteros el “borrador de informe realizado por el grupo de Auditoría a las principales inversiones permanentes 1990-2000 del Fondo Nacional del Café, (...) para que sea entregado en el día de hoy al Gerente General...”. Y la FEDERACIÓN, con oficio GG 525 de 21 de agosto de 2001 le remitió a la Contraloría la respuesta a dicho borrador (fols. 139, 140 y 141 a 173 anexo 1).

Por ultimo, se tiene como prueba relevante, el documento CGR-CDGPIF de marzo de 2002, por el cual la Contraloría expidió el INFORME DE AUDITORÍA GUBERNAMENTAL CON ENFOQUE INTEGRAL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ VIGENCIA 2000, en el cual se señalaron las debilidades, se destacaron los aciertos y se concluyó:

*“En lo referente al cumplimiento del Plan de Mejoramiento suscrito en octubre de 2000 por la Federación Nacional de Cafeteros, correspondiente a los resultados de la Auditoría Integral realizada para la vigencia 1999, la entidad ha alcanzado un nivel de cumplimiento a marzo de 2002, del 93% (anexo 1).*

*Por lo anterior, salvo las observaciones antes anotadas y las señaladas en el capítulo de contratación, se otorga fenecimiento de la cuenta rendida por la entidad, correspondiente a la vigencia del año 2000.*

*A fin de lograr que la labor de auditoría conduzca a que se emprendan actividades de mejoramiento de la gestión pública, la entidad debe diseñar un Plan de Mejoramiento que permita solucionar las deficiencias puntualizadas, en el menor tiempo posible, documento que debe ser remitido a la Contraloría General de la República -Contraloría Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras, dentro de los quince días calendario siguientes al recibo del presente informe” (anexo N° 6).*

Dicho PLAN DE MEJORAMIENTO fue presentado y en él se detalla la clase de observación, el área a la cual corresponde, las acciones de mejoramiento y el tiempo estimado, en su mayoría de cumplimiento ‘inmediato’ y la mayor de 8 meses, correspondiente a la actualización de la base de datos de bancos en SAP (fols. 190 a 198 anexo 1).

Y otros muchos documentos y decretos que relacionó la Contraloría General en el oficio 88-111 de 1 de agosto de 2003 remitido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca en respuesta a requerimiento de éste (fols. 880 a 898 c. ppal).

EN CONCLUSIÓN, frente a la actuación de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, no existe reproche alguno, porque advirtió los resultados del ejercicio fiscal del FONDO por los años 1998, 1999 y 2000, hizo los requerimientos, efectuó el seguimiento de los mismos y finalmente aprobó planes

de mejoramiento presentados por la FEDERACIÓN para dichas vigencias, el cual suscribió conjuntamente con ésta.

En igual sentido la Procuraduría General de la Nación (Dirección Nacional de Investigaciones Especiales Unidad Anticorrupción), concluyó en el documento de fecha 25 de septiembre de 2003, luego de visita especial practicada a la Contraloría, documento que contiene ASESORÍA TÉCNICA solicitada por el Tribunal, en el cual sostuvo:

*“Una vez verificados los documentos anteriormente señalados en el informativo, la funcionaria comisionada concluye que la Contraloría Delegada para Gestión Pública e Instituciones Financieras, efectivamente llevaron a cabo un control y seguimiento a las cuentas de Inversión de la Sociedad Flota Mercante Grancolombiana S. A., en liquidación (fols. 11 anverso a 26 del anexo N° 13) y demás recursos del Fondo Nacional del Café dentro del portafolio de las Inversiones Permanentes.*

*Es importante resaltar que la Contraloría General no inició proceso fiscal alguno, debido a que las decisiones fueron tomadas y aprobadas por el Comité Nacional de Cafeteros como máximo órgano de administración del Fondo Nacional del Café, tal como se refleja en las actas Nos. 28 del 17 de diciembre de 1992 y 22 del 5 de noviembre de 1995 (fols. 205 a 233 anexo N° 1).*

*(...)*

*Por lo anteriormente expuesto se concluye que el ente de control fiscal, cumplió a cabalidad con las funciones asignadas por ley y se ciñó a la normatividad contemplada en la Constitución Política de Colombia” (fols. 1.076 a 1.099 c. ppal).*

Y aunque esta asesoría técnica puede llegar a tocar aspectos de estricto análisis del Juez, es un soporte probatorio técnico, serio, adelantado por un ente oficial autónomo, especializado en asuntos de anticorrupción, que concluyó lo mismo que el Consejo de Estado.

**EN SEGUNDO LUGAR**, el actor considera que la CONTRALORÍA debe responder por la disminución del patrimonio del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, como consecuencia de inversiones realizadas por su administrador, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, lo cual constituye una pretensión salida de los límites fijados al control fiscal.

Ante la pretensión del actor, enfocada frente a la Contraloría, sólo basta saber que ésta encontró debidamente soportadas esas inversiones, que a la postre no resultaron acordes con el propósito perseguido con ellas.

La decisión de invertir o no, es de la esfera de la entidad, no del que ejerce la vigilancia fiscal; lo importante es que se haga dentro de los lineamientos establecidos, porque de no hacerse, podrían ejercitarse acciones diversas respecto de esa entidad, y no frente al que ejerce el control fiscal externo.

Aunque no venga al caso, de todas maneras el Consejo de Estado hará referencia a los procedimientos y efectos de dicha negociación, que en últimas generó la considerable disminución patrimonial del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

Se observa por ejemplo que en Acta N° 14 de 25 de agosto de 1997, del Comité Nacional de Cafeteros, en la que consta la discusión sobre la adquisición, con recursos del Fondo Nacional del Café, de las acciones de CONCASA de propiedad de las Corporaciones Financieras de Caldas y de Occidente; y la fusión de CONCASA con BANCAFÉ, *“El Comité, con el voto expreso y favorable del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público impartió su **aprobación** a las anteriores solicitudes y en consecuencia facultó al señor Gerente General para proceder de conformidad y para adelantar todos los trámites administrativos, presupuestales y jurídicos a que haya lugar para el perfeccionamiento de esta operación” (fols. 1 a 7 anexo 1).*

En la reunión del mismo Comité, como consta en al Acta N° 18 de 6 de octubre de 1997, *“tras amplio análisis y con el voto favorable del señor Ministro de Hacienda”* se expidió el Acuerdo 6 de esa fecha, en el cual el Comité resolvió **autorizar** a la Federación Nacional de Cafeteros para que *“como administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de éste, efectúe un aporte de capital en BANCAFÉ, suscribiendo y pagando para dicho Fondo acciones de esa entidad bancaria hasta por la suma de \$35.000'000.000 M/cte”* y autorizó a la Gerencia de la Federación para realizar todos los actos jurídicos, administrativos y presupuestales requeridos para el perfeccionamiento de la operación (fols. 6 a 13 anexo 1).

En la sesión del 9 de marzo de 1998, Acta N° 6, el Comité Nacional de Cafeteros autorizó a la Gerencia de la Federación para integrar los patrimonios de BANCAFÉ y CONCASA por la vía de la absorción por adquisición; dentro de dicha sesión el Comité expidió el Acuerdo 3 en el cual “con el voto expreso y favorable del señor Ministro de Hacienda” autorizó “a la Federación Nacional de Cafeteros para vender a BANCAFE las 8’222.366 acciones que el Fondo Nacional del Café posee en la Corporación Cafetera de Ahorro y vivienda CONCASA a un precio de \$6,510.90 para que con el producto de la venta se capitalice a BANCAFÉ, suscribiendo acciones del Banco a un precio igual al valor intrínseco al momento de la operación, por una suma de (...) \$53.535’.002.789,00 M/CTE” (fols. 54 a 62 anexo 1).

Luego, el mismo Comité, a través del Acuerdo 5 de 21 de julio de 1998, con el voto expreso y favorable del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, **autorizó** a la Federación para que como administradora del FONDO y con recursos de éste, capitalice a BANCAFÉ en \$50.000 millones (fols. 63 y 64 anexo 1) y mediante el Acuerdo 9 de 24 de noviembre de 1998 se le **autorizó**, también con el voto expreso y favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, para capitalizar a BANCAFÉ, con recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, en la suma de \$150.000 millones (fols. 65 y 66 anexo 1).

La Superintendencia Bancaria de Colombia ordenó a BANCAFÉ su capitalización *“mediante una inyección de recursos frescos en una cifra no inferior a \$600.000 millones, para lo cual se concede plazo hasta el 30 de agosto de 1999”* (fols. 88 a 94 anexo 1), orden que fue respondida el 24 de septiembre de 1999 por el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros mediante oficio GG 712, en el cual se puso en conocimiento de la Superintendencia *“la imposibilidad en que se encuentran ambas entidades (se refiere a la Federación y al Fondo), accionistas de Bancafé, de concurrir a la capitalización de esta última entidad ordenada por usted (...) En tal virtud el Fondo Nacional del Café y la Federación Nacional de Cafeteros declinan la facultad de hacer el aporte de capital derivado de su orden”* (fol. 95 anexo 1).

Bajo ningún punto de vista, puede concluirse que las inversiones efectuadas por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS con cargo a los dineros del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, hayan sido de mala fe o con el propósito doloso de afectar

el patrimonio. Tampoco que hayan sido ilegales, o producto de la negligencia de la Federación; y mucho menos consecuencia de la falta de control de la Contraloría General de la República.

Se tiene que parte de esa negociación se inició ANTES DE FIRMARSE el Contrato de Administración de 12 de noviembre de 1997; pero aún confrontando tales decisiones con el contenido de éste, se deduce su legalidad. En efecto, en la CLÁUSULA OCTAVA del mismo se establecieron las “actividades que podrá ejecutar la FEDERACIÓN con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café”, entre otros:

*“j) Efectuar inversiones en títulos de reconocida seguridad y adecuada rentabilidad.*

*k) Efectuar inversiones permanentes, sólo de manera excepcional y cuando lo autorice el Comité Nacional de Cafeteros, con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público”*

Como lo advirtiera la Contraloría, especialmente en el alegato de segunda instancia, el actor pretende combinar las dos posibilidades, para mostrarlas como si fueran dependientes entre sí, para señalar que las inversiones permanentes sólo podían efectuarse de manera excepcional y sólo en títulos de reconocida seguridad y adecuada rentabilidad.

Sólo basta observar que para la inversión de los títulos, la Federación no necesitaba autorización ni el voto favorable del Ministro de Hacienda, condiciones que se reservaron sólo para las inversiones permanentes, que deben ser excepcionales.

En el caso, la inversión realizada en CONCASA y luego en BANCAFÉ se adecúa a lo preceptuado por el literal k) citado, pues además de ser una inversión ‘excepcional’, contó con la autorización del COMITÉ NACIONAL DE CAFETEROS y el voto expreso y favorable del MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Pero además, debe entenderse que la Federación procuró con ello hacer una inversión rentable, para dotar a BANCAFÉ de “una adecuada relación de solvencia para mantener su capacidad de crecimiento y posicionamiento en el mercado”,

como se expresó en el Acta 18 de 6 de octubre de 1997 (FÍJESE que es anterior a la suscripción del nuevo contrato de administración). Al tener la FEDERACIÓN y el FONDO acciones que defender dentro del capital de BANCAFÉ, resultaba obvio la capitalización, con el propósito de hacerlo más rentable el mercado financiero, lo que motivó a nuevas capitalizaciones, ya en vigencia del contrato de 12 de noviembre de 1997, el cual fue citado y tenido en cuenta en cada una de las autorizaciones del Comité.

Se recuerda que el Comité Nacional de Cafeteros está integrado por los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura y Desarrollo Rural y de Comercio Exterior y el Director del Departamento Nacional de Planeación, en representación del Gobierno Nacional, con la condición que los dos primeros citados no pueden delegar su participación; y los miembros estatutarios de la FEDERACIÓN, en representación del gremio cafetero. Además se previó que los Ministros de Relaciones Exteriores y del Medio Ambiente serán invitados a las sesiones cuando se traten temas relacionados con las funciones de sus despachos. Entonces, no fue el capricho de una persona o de un grupo de personas el que motivó las inversiones, sino el análisis detenido y amplio (como quedó consignado en las actas), de funcionarios de alto nivel y conocimiento específico del tema, en procura de los mejores propósitos para el gremio cafetero y su FONDO.

Además, BANCAFÉ contrató con una firma el ANÁLISIS DE CONVENIENCIA DE UNA FUSIÓN CON CONCASA O UNA VENTA DE LA PARTICIPACIÓN, cuyo informe final se expidió el 4 de junio de 1997 (fols. 1000 a 1073 c. ppal).

El que esas inversiones no hayan resultado, no convierte en ilegal, ni siquiera de inconveniente, esas decisiones, pues cuando fueron tomadas, se hicieron con propósitos legales y convenientes.

No todas las inversiones traen resultados positivos económicamente, pues por su misma naturaleza, la inversión tiene márgenes de pérdidas y de ganancias, en las cuales influyen muchos factores, entre ellos el momento en que se haga y el tipo de mercado, aspectos que previamente se conocen por todo inversionista, pero que debe soportar, pues de lo contrario no habría operación financiera posible. El que invierte arriesga: o a ganar o a perder, o simplemente a recuperar lo invertido. Así quedó demostrado en el proceso con las pruebas analizadas y otras que

también concurren a definir la imprevisión de las inversiones asumidas por la FEDERACIÓN como administradora del FONDO. En justificada síntesis, se tiene: Declaración de GRACIELA ROCÍO ABRIL CABALLERO, Administradora de Empresas, profesional universitario de la Contraloría General de la República, rendida el 9 de julio de 2002:

“(…) con relación al Banco Cafetero las capitalizaciones estuvieron autorizadas por el Comité Nacional de Cafeteros además la de ciento noventa mil millones fue ordenada por la Superintendencia Bancaria de acuerdo al Estatuto Financiero que establece que cuando el nivel de solvencia disminuye por debajo de 9% los socios mayoritarios deben capitalizar para preservar su inversión y evitar el pánico financiero o el gobierno debe intervenir el banco (...) En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra al **DEMANDANTE** con el fin de que interrogue a la testigo (...) PREGUNTADO. Dra. Abril, por qué se permitió por parte de la Contraloría General de la República la fusión de CONCASA Y BANCAFÉ, si tal como usted lo afirma en la página 19 del informe de auditoría especial inversiones permanentes Fondo Nacional del Café de agosto de 2001, dicha fusión ‘no desarrolla directamente el negocio del Fondo Nacional del Café’ CONTESTO: La Contraloría General de la República no hace control previo hace control posterior esta decisión estuvo aprobada por el Comité Nacional de Cafeteros y no todas las decisiones que se toman en una empresa traen resultados positivos (...) CONTESTO: En la Contraloría General de la República no coadministra ni realiza control previo, esa pregunta es una conclusión de nuestro trabajo, donde el señor Contralor establece que se han disminuido los recursos para esos programas, pero no es solamente por enfocar recursos a las inversiones sino por otras variables entre otras el precio nacional del café y son cuestiones administrativas soportadas por el Comité Nacional de Cafeteros, esa conclusión no se consolidó como responsabilidad fiscal debido a que ésta debe tener unos elementos concretos” (fols. 703 a 708 c. ppal).

Declaración rendida el mismo 9 de julio de 2002 y continuada el 29 de octubre de ese año, por JOSÉ ALONSO OTÁLORA PINZÓN, Economista, profesional universitario grado 02 de la Contraloría General de la República:

“Para mí hay dos cosas importantes que son las que el señor Buitrago alude como detrimento, el primero es el relativo a un supuesto faltante de café y el segundo a inversiones que se hicieron en 1998 y 1999 para mantener la relación de solvencia del banco cafetero. Me refiero a la primera: (...) El cuadro que presenta el señor Buitrago parte de unos inventarios iniciales a es le suma algo que él llama producción registrada en miles de sacos, le resta las exportaciones también en miles de casos le resta el consumo interno y por último dice resultado de juego de inventarios lo cual le da el total. Aquí el gran problema es que los inventarios iniciales si son los del Fondo Nacional del Café pero en el item dos toma es la producción nacional del país, quiere decir que sus

cifras están aumentadas en algo que el Fondo Nacional del Café no ha adquirido, en el ítem tres también toma lo que vendió el país al exterior y no todo lo que vende el país al exterior lo vende el Fondo Nacional del Café para el ítem cuatro en alguno de los años que él toma también toma es el consumo nacional, y para el consumo nacional no todo lo vende el Fondo Nacional del Café, en conclusión hay unas cifras que no determinan si hubo o no faltante primero, por cuanto la metodología no es la adecuada y segundo porque las cifras no son referidas al negocio del Fondo Nacional del Café sino que involucran otras cifras que no son del resorte del Fondo Nacional del Café, entonces suma cosas que no son y por el otro resta cosas que tampoco son. Sobre las inversiones, específicamente BANCAFE tenemos: (...) Contablemente una inversión es permanente y debe clasificarse como tal cuando se considera que no se va a hacer líquida en el corto plazo, es decir que no se va a hacer líquida en el tiempo menor a un año si cumple con esos requisitos la inversión de considera permanente (...) (audiencia del 9 de julio de 2002, fols. 710 a 715).

“PREGUNTADO (Por el demandante): Usted considera que capitalizar al Banco Cafetero en \$253.532,9 millones de pesos cuando éste se encontraba en situación crítica, y toda la deuda de los cafeteros con dicha institución a diciembre 31 de 1998 valía \$129.400 millones de pesos y a diciembre 31 de 1999 \$140.000 millones de pesos, fue una operación ajustada a cumplir los objetivos del contrato (...) CONTESTÓ: Primero tengo que hacerle claridad al señor Buitrago en que el Banco Cafetero era un banco público, de naturaleza pública y los dueños del banco no era los cafeteros de Colombia, por lo tanto el aporte que hagan los cafeteros al Fondo Nacional del Café no tiene nada que ver con la naturaleza jurídica del Banco Cafetero. El Banco Cafetero como banco público debe cumplir con las reglamentaciones expedidas para el sistema financiero por la Superintendencia Bancaria que es el órgano de vigilancia del sistema financiero en Colombia, entonces no por el hecho de ser un banco oficial se puede sustraer a la normatividad vigente para los establecimientos de crédito. (...) Dentro de estas medidas está la de capitalizar es decir la Superintendencia le puede ordenar a una institución financiera que capitalice por encontrarse a manera de ejemplo con índices de solvencia por debajo de lo normatizado. (...) Es necesario tener en cuenta que la situación del Banco Cafetero no fue una situación coyuntural de ese banco, esta situación se enmarca dentro de lo que se ha denominado la crisis del sector financiero en la década de los noventa. Es decir para hacer un análisis productivo es necesario conocer y auscultar no solamente el entorno del Banco Cafetero sino de todas las instituciones financieras del país y de la economía como tal” (audiencia del 29 de octubre de 2002, fols. 740 a 745 c. ppal).

En similar sentido declararon YOLANDA VANEGAS VANEGAS y BLANCA MIREYA GUEVARA SAMACÁ, ambas profesionales universitarias de la Contraloría General de la República (fols. 719 a 729 c. ppal.).

En ello concordó la Ex Superintendente Bancaria, doctora Sara Ordóñez Noriega, en estudio citado por la Contraloría General de la República en su alegato de segunda instancia, en el cual dicha ex funcionaria precisó que el país, durante el primer quinquenio de la década de los 90 incrementó su P.I.B. en porcentajes superiores al 5% anual, pero pasó al 2.1% en 1996, al 3.2% en 1997 y empezó a decrecer en el último trimestre de 1998; que el sector financiero empezó a sufrir el efecto combinado de los factores económicos; viene una situación de estrangulamiento del crédito conocida como 'credit crunch' que entorpece la recuperación de las empresas y la del propio sistema financiero, de dicha aversión no se escapan en épocas difíciles ni quienes, como los bancos, tienen su administración como parte de su objeto principal (fol. 1222 c. ppal).

Entonces, la crisis del BANCAFÉ presentada en 1998 estuvo enmarcada dentro de la crisis general del sector financiero, y la capitalización efectuada por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, además de ser exigida por la Superintendencia Bancaria, fue autorizada por el Comité Nacional de Cafeteros y votada favorablemente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, situación que sopesada hoy en día puede mostrar algún tipo de inconveniencia, pero que analizada en el contexto en que se dio, resulta perfectamente atendible y conveniente, sin que los resultados posteriores permitan *per se*, derivar algún tipo de responsabilidad a la entidad que ejercía el control posterior y selectivo de tales operaciones.

Si bien en los capítulos anteriores se hizo énfasis en las inversiones efectuadas en BANCAFÉ y su posterior capitalización, las mismas consideraciones y conclusiones son aplicables para los otros aspectos reseñados en la demanda, atinentes a las inversiones en la Flota Mercante y CORFIOCCIDENTE, de los faltantes de sacos de café y el avalúo de la planta de café liofilizado de Chinchiná, pues las conclusiones de los informes de la Contraloría fueron genéricos y específicos, y respecto de los mismos se tomaron las medidas por parte de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, al punto que en el informe de la Contraloría de marzo de 2002, correspondiente a la vigencia del 2000 se determinó que la FEDERACIÓN había alcanzado "un nivel de cumplimiento a marzo de 2002, del 93%", dentro de lo cual está incluido todo lo señalado por el actor y otros aspectos a los que éste no aludió.

**Y EN TERCER LUGAR**, y no obstante lo dicho, el Consejo de Estado observa que las peticiones que hacía la Contraloría en ejercicio del control fiscal, no eran obligatorias para las entidades objeto del mismo, al menos en la época de que tratan las conductas endilgadas por el actor, años 1998 y 1999. En efecto, ni en la Constitución Política, en la ley ni en las resoluciones internas de la Contraloría, para los años anteriores a la expedición de la ley 610 de 2000, se establecía la obligatoriedad de los informes y requerimientos de la Contraloría General, como consecuencia del control fiscal.

En la Constitución Política se establece como atribución del Contralor *“Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación”* (art. 268-4), de lo cual no puede deducirse que las sugerencias y requerimientos del Contralor sean obligatorios para sus destinatarios.

La ley 42 de 1993 citada, sólo refiere a que *“Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal”* (art. 17 <sup>12</sup>) y que *“Los contralores podrán amonestar o llamar la atención a cualquier entidad de la administración, servidor público, particular o entidad que maneje fondos o bienes del Estado, cuando consideren, con base en los resultados de la vigilancia fiscal que han obrado contrariando los principios establecidos en el artículo 9o., de la presente Ley, así como por obstaculizar las investigaciones y actuaciones que adelanten las contralorías, sin perjuicio de las demás acciones a que pueda haber lugar por los mismos hechos”* (art. 100 <sup>13</sup>).

Dicha ley le da también atribuciones sancionatorias al Contralor respecto de funcionarios renuentes sobre varios aspectos, entre ellos cuando *“no adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías”*

---

<sup>12</sup> Declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-046-94 del 10 de febrero de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>13</sup> Declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-484-00 de 4 de mayo de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Cabalero. Mediante sentencia C-661-00, M.P.: Dr. Alvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional declaró ‘estése a lo resuelto en la sentencia C-054-97 y C-484-00’.

(art. 101), o respecto de la presentación oportuna de las cuentas o informes, o su no presentación por más de tres períodos consecutivos o seis no consecutivos, caso en el cual podrá solicitar *“la remoción o la terminación del contrato por justa causa del servidor público, según fuere el caso, cuando la mora o la renuencia hayan sido sancionadas previamente con multas”* (art. 102).

Es decir, en principio era potestad de los representantes de las entidades auditadas cumplir las exigencias de la Contraloría, aunque su incumplimiento les generara sanción personal o el inicio de un juicio fiscal.

La ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, fue un poco más allá y estableció que las Contralorías que realicen funciones de investigación o indagación, tienen el carácter de autoridad de policía judicial y por tanto, además de las funciones previstas en el Código de Procedimiento Penal, pueden entre otras potestades *“Solicitar información a entidades oficiales o particulares en procura de datos que interesen para solicitar la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal o para las indagaciones o investigaciones en trámite, inclusive para lograr la identificación de bienes de las personas comprometidas en los hechos generadores de daño patrimonial al Estado, **sin que al respecto les sea oponible reserva alguna**”* (art. 10, num. 3).

Pero la Resolución Orgánica N° 5.580 de 18 de mayo de 2004 <sup>14</sup> expedida por el Contralor General de la República, mediante la cual se adoptó la obligatoriedad de los planes de mejoramiento, zanjó el tema; en ella se dispuso:

*“ARTÍCULO 2º. PLAN DE MEJORAMIENTO, Se entiende por plan de mejoramiento, el conjunto de acciones que ha decidido adelantar un sujeto de control fiscal, tendientes a subsanar o corregir hallazgos negativos de orden administrativo que hayan sido identificados en ejercicio de la Auditoría Gubernamental con enfoque integral, con el fin de adecuar la gestión fiscal a los principios de economía, eficiencia, eficacia, equidad o a mitigar el impacto ambiental.*

---

<sup>14</sup> Diario Oficial N° 45.554 de 20 de mayo de 2004, p. 8.

*ARTÍCULO 3º. OBLIGACIÓN DE PRESENTARLO. Todo sujeto de control fiscal, **deberá presentar un plan de mejoramiento** para subsanar y corregir los hallazgos administrativos negativos formulados en el informe de auditoría emitido por la Contraloría General de la República (...)*”

Entonces, a pesar del vacío existente para los años 1999, 2000, 2001 y 2002, cuando se presentaron los informes de auditoría, la Contraloría General exigió a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS las aclaraciones y explicaciones sobre sus hallazgos, e incluso en diciembre de 2000 se firmó acta de compromiso en la cual la Federación se comprometió, expresamente, a dar cumplimiento al plan de mejoramiento presentado ante la Contraloría respecto de los informes anteriores.

Esa actitud de la demandada y de la entidad auditada, en el presente proceso vinculada como llamado en garantía, reflejan el interés de ambas en proteger el patrimonio del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, y constituye prueba en contra de lo argumentado por el actor en la demanda, en los alegatos y en el recurso de apelación; pues ni la CONTRALORÍA fue omisiva, ni permisiva, sino que por el contrario efectuó los análisis pormenorizados y al detectar errores y fallas, hizo exigencias, las cuales fueron acatadas por la FEDERACIÓN, en la medida de sus posibilidades.

#### *4. CONDUCTA DEL ACTOR Y CONCLUSIÓN FRENTE A LA CONTRALORÍA. COSTAS Y MULTA*

a. El Consejo de Estado ve con satisfacción la búsqueda ciudadana del demandante en conocer el desarrollo material de las funciones de la Contraloría General de la República y la posterior acción popular impetrados por el señor BUITRAGO TRUJILLO, en quien se nota un ánimo altruista y de gremio, porque incluso a diferencia de muchos otros actores populares que anteponen la petición del incentivo a cualquier otra resolución, el señor NÉSTOR solicitó que en caso de condena, dicho incentivo se destine al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.

Pero su apreciación de la situación lo volvió un tanto obstinado en lo que en su criterio debe resolverse, porque a pesar de las respuestas de la Contraloría a sus solicitudes, interpuso la acción popular, y a pesar de las pruebas obtenidas en ésta y que llevaron al Tribunal a negar las pretensiones, optó por interponer el recurso, siempre bajo sus apreciaciones personales, las que considera deben prevalecer. Pero esa actitud puede estar generada en el desconocimiento del derecho, por cuanto su visión de ingeniero civil lo ha llevado al convencimiento de tener la razón en aspectos jurídicos y constitucionales.

b. Quedó determinado que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA no incurrió en las conductas omisivas, causas de la demanda y, en consecuencia, no probadas las conductas, por inexistencia jurídica, es imposible entrar a analizar la amenaza o la vulneración de los derechos e intereses colectivos, indicados en la demanda, y, por lo mismo debe confirmarse el fallo de primera instancia, el cual se sustentó en el análisis pormenorizado de las conductas reprochadas.

c. Como el artículo 38 de la ley 472 de 1998 y la legislación a la cual éste remite condicionan la condena de costas a la temeridad o mala fe en la presentación de la acción o del recurso, y en criterio del Consejo de Estado la conducta del actor no se encuadra en ninguna de tales cualidades, no habrá lugar a condenarlo en costas.

*En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

F A L L A :

CONFÍRMASE la sentencia proferida el día 18 de marzo de 2004 por la Sección Segunda A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Ramiro Saavedra Becerra  
Presidente

María Elena Giraldo Gómez

Alier Eduardo Hernández Enríquez

Nora Cecilia Gómez Molina

Germán Rodríguez Villamizar