

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Atribuciones / CONTROL FISCAL - Límites / FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS / FONDO NACIONAL DEL CAFE

Las funciones de vigilancia que corresponde cumplir a la Contraloría General de la República sobre la inversión que de los dineros provenientes del Fondo Nacional del Café disponga la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, se encuentran limitadas y circunscritas a la revisión y fenecimiento de las cuentas periódicas que dicha entidad de carácter privado le rinda. No cabe predicar la extensión del control fiscal, basándose en la aplicación de normas generales, como la contenida en el artículo 2o. de la Ley 20 de 1975, que se invoca en los considerandos del acto acusado y, en tal virtud, hacer nugatorios los mandatos contenidos en normas especiales y superiores. Nada más extraño a nuestro ordenamiento jurídico que la extensión del control fiscal de la Contraloría General de la República a empresas de carácter privado en las cuales se han realizado inversiones de dinero por parte del Estado, pues siendo una verdad innegable que ni su capital ni sus activos, por ese solo hecho, constituyan bienes fiscales, su administración o manejo no pueden ser considerados como gestión fiscal.

DECLARA LA NULIDAD de la Resolución No. 011168 de 22 de mayo de 1985, expedida por la Contraloría General de la República.

DEMANDA - Requisitos / PARTES - Designación / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

En las acciones de nulidad, debido a su contenido teleológico en defensa del Estado de Derecho y de los atributos individuales de libertad o igualdad, no se trata propia y cabalmente de establecer una parte demandada, sino de vincular a la entidad que expidió el acto, a fin de lograr el cumplimiento de su obligación de salir a su defensa. Pero en estricto sentido, en evento como el presente es la ley quien establece las "partes" y en este caso no queda duda de que lo es la Nación, así no se le señale expresamente, representada en este caso por el Contralor General de la República, funcionario de la mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto, y quien ha sido llamado al proceso y se ha hecho representar.

DECLARA LA NULIDAD de la Resolución No. 011168 de mayo de 1985, expedida por la Contraloría General de la República.

DEMANDA - Ineptitud / ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia / SENTENCIA INHIBITORIA

El oficio demandado no contiene ninguna decisión, que es la característica fundamental del acto administrativo, ya que se limita a "presentar" a unos funcionarios para visitar la entidad en cumplimiento de la resolución demandada. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que la demanda sea inepta, sino simplemente que el citado oficio no es enjuiciable y que, por lo mismo, la Sala deberá declararse inhibida para hacer un pronunciamiento respecto de su legalidad. DECLARA LA NULIDAD de la Resolución No. 011 168 de 22 de mayo de 1985, expedida por la Contraloría General de la República.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Radicación número: 21-179-605-279

Actor: SIMON CASTRO BENITEZ, ALVARO ESGUERRA CASTILLEJO Y OTROS

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Referencia: ACCION DE NULIDAD

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver las demandas que han dado lugar a los procesos de la referencia y que han sido acumulados, instauradas por los ciudadanos Simón Castro Benítez (exp. No. 2 I), Alvaro Esguerra Castillejo (exp. No. 179), Carmen Elvira Reyes Rodríguez (exp. No. 605) y por la sociedad Flota Mercante Grancolombiana S.A. (exp. No. 279), respectivamente, contra la Resolución No. 0 11 168 del 22 de mayo de 1985, proferida por el Contralor General de la República, las tres primeras, y contra esta misma Resolución y el oficio No. 16991 del 3 de junio de 1985, expedidos por el señalado funcionario oficial, la última de las enunciadas demandas.

I. ANTECEDENTES

a. El tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

Los citados ciudadanos, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. demandan ante esta Corporación la nulidad de la prenotada Resolución, y la Sociedad Anónima Flota Mercante Grancolombiana, ejercitando la acción consagrada en el artículo 85 del mencionado Código, solicita la declaración de nulidad del "acto administrativo complejo integrado por la Resolución No. 011 168 del 22 de Mayo de 1985.." y por el "oficio No. 16991 del 3 de junio de 1985..." y el restablecimiento del derecho violado con dicho acto, "ordenando el retiro de los Funcionarios de la Contraloría General de la República que efectúan la gestión de vigilancia fiscal y empresarial en la demandante, y la devolución de toda la documentación que hayan obtenido, así como la entrega a la demandante de

todos los informes y conceptos que haya elaborado en el ejercicio de la actuación demandada" (fls. 1 del Cdn. No. 2 del expediente 2 I; 1 del expediente 179; 3 el expediente 605 y 106 y 107 del expediente 279).

b. Los actos acusados

Son los indicados en los párrafos anteriores y conforme a la discriminación precisada en el literal a. que antecede. Aparecen aportados por los demandantes así: en el expediente 2 I, en el cuaderno No. 2, a folio 106 a 109; en el expediente 179, a folios 32 a 35; en el expediente 605, al folio 1 que contiene separata de la GACETA de la Contraloría General de la República donde se publica la Resolución acusada en las páginas 58 y 59; y en el expediente 279, donde se demanda no sólo la resolución sino también el oficio No. 16991 del 3 de junio de 1985 y en el cual es demandante, como ya se dijo, la Flota Mercante Grancolombiana S.A., a fls. 91 a 95.

Mediante la resolución acusada, el Contralor General de la República "reglamenta la vigilancia de las inversiones del Fondo Nacional del Café", para lo cual, en su artículo lo. establece un sistema de vigilancia de dichas inversiones "en las empresas complementarias de la industria cafetera, distintas de las de naturaleza financiera, creadas o adquiridas por el Fondo Nacional del Café, o en las cuales la inversión del mismo supere el cincuenta por ciento del respectivo capital pagado". El contenido de los demás catorce artículos que hacen parte de la resolución, tiene que ver con la reglamentación de dicho sistema de vigilancia.

c. Los hechos de las demandas

Los hechos que los actores citan como fundamento de sus pretensiones., pueden resumiesen así:

En el expediente distinguido con el No. 2 I, podría decirse simplemente, y esto a manera de deducción, que el hecho único cuya existencia afirma es la expedición del acto acusado y su puesta en vigencia de manera irregular.

En el expediente radicado bajo el No. 179, se afirma por el actor que los únicos hechos son la existencia de la resolución impugnada y la existencia y naturaleza mercantil y de derecho privado de las sociedades que tal resolución denomina

l(empresas complementarias de la industria cafetera distintas de las de naturaleza financiera" (fl. l)

En el expediente numerado con el 605, la actora consigna como fundamentos fácticos las circunstancias siguientes:

- a) El haber resuelto el Contralor General de la República mediante el acto objeto de la demanda, ejercer vigilancia no sólo fiscal sino también empresarial en las empresas complementarias de la industria cafetera, y
- b) No existir definición legal de la institución Empresa Complementaria de la industria cafetera, por lo cual considera que la resolución censurada ha extendido un poder conferido en la Federación Nacional de Cafeteros a unos entes sin regulación jurídica conocida (fls. 3 y 4).

Y en el expediente radicado bajo el número 279, se precisan los siguientes:

1. Se constituyó en Bogotá la sociedad Flota Mercante Grancolombiana S.A., cuyos accionistas principales fueron en su orden: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y la Compañía Nacional de Navegación de la República de Colombia; Banco Agrícola y Pecuario de Venezuela y Banco Nacional de Fomento de la República del Ecuador, con domicilios legales en las ciudades de Caracas y Quito, además del principal en la ciudad de Bogotá, junto con una serie de personas naturales de los tres países, que aportaron un pequeño número de acciones, cada una, según se puede ver en el acto constitutivo.

2. En la actualidad la mayoría de las acciones de la empresa demandante pertenecen a personas jurídicas de las Repúblicas de Colombia y del Ecuador, las primeras de carácter privado, la segunda del propio Estado Ecuatoriano, pero también hay numerosos inversionistas venezolanos y ecuatorianos, personas naturales. La calidad de multinacional de la empresa se ha conservado hasta la fecha y sus modificaciones por variación de capital se han sujetado a las reglas del Acuerdo de Cartagena, del Grupo Andino, desde el establecimiento de los respectivos mecanismos subregionales de control.

3. LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. se halla matriculada e inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, de cuyo

certificado de existencia y representación legal que obra a folios 76 a 84 se compendia su objeto social, así:

a. Organizar, fomentar, regularizar, explotar industrial y comercialmente servicios de transporte marítimo, fluvial y de cabotaje, tanto de carga como de pasajeros y semovientes entre el exterior y los puertos habilitados y otros sitios de Colombia y del Ecuador; entre países extranjeros y entre puertos colombianos y ecuatorianos, lo mismo que la operación de servicios relacionados con el transporte internacional aéreo y terrestre de carga y semovientes.

b. Comprar y vender, importar y exportar cualquier clase de bienes y mercancías relacionados con el negocio.

c. Establecer dentro de las tres repúblicas nombradas y en el extranjero, agencias, sucursales y filiales técnicas y comerciales, y aceptar representaciones de entidades del mismo ramo y de ramos similares y complementarios.

d. Suscribir acciones o participar en cualquier otra forma en empresas o negocios que faciliten sus operaciones. La sociedad podrá incorporar en su seno otra u otras.

e. Fomentar el intercambio comercial entre los puertos marítimos y fluviales de los tres países aludidos y el transporte de carga de importación y exportación de dichos Estados, en forma que llegue a suplir las necesidades de los mismos en cuanto hace a transporte marítimo.

4. La Flota Mercante Grancolombiana S.A. tiene permiso definitivo de funcionamiento otorgado por la Superintendencia de Sociedades desde 1946, y está sometida a la vigilancia y control de ese organismo del Estado Colombiano.

5. La Flota Mercante Grancolombiana S.A. no ha recibido, ni recibe; no ha administrado, ni administra; no ha manejado, ni maneja, bienes de la República de Colombia, o de las Repúblicas del Ecuador y Venezuela, ni de ningún otro Estado o República; ni de sus entidades públicas o semioficiales que integraba el concepto de "Administración Pública" de dichos Estados o países.

6. El Contralor General de la República resolvió, mediante el acto objeto de la demanda, ejercer vigilancia no sólo fiscal sino también empresarial sobre la Flota Mercante Grancolombiana S.A., que es una sociedad comercial y no una "Empresa complementaria de la Industria Cafetera" ni mucho menos ha sido creada o adquirida por el Fondo Nacional del Café, si ello hubiere sido jurídicamente posible, que no lo es, porque éste es una cuenta especial y no una persona jurídica de quien pueda predicarse la expedición de actos jurídicos como el de crear, adquirir o invertir.

7. La comisión de funcionarios presentada al Presidente de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. por el Contralor General de - la República, inició la gestión de vigilancia desde el 13 de junio de 1985, causando traumatismos legales, operativos y administrativos y afectando el normal desarrollo de las operaciones empresariales de la Flota.

8. Ni las Repúblicas de Venezuela o del Ecuador, ni sus funcionarios o agentes, han establecido vigilancia interna de tipo fiscal o administrativo hasta el presente, en la gestión de la empresa "FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, S.A.".

d. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

Los demandantes consideran que con la expedición del acto o actos acusados, en su caso, se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas tanto en sus demandas como en los respectivos alegatos de conclusión. Dada la presentación compleja y a veces desordenada de los cargos en algunas de las demandas la Sala los presentará de manera sistemática, extrayéndolos de los extensos memoriales que los contienen.

Expediente No. 21. (fls. 8 a 105 del Cdno. No. 1 y 35 a 45 del Cdno. No. 2):

El demandante señala como quebrantados los artículos 59, 60, 38, 20 y 2o. de la Constitución Nacional; 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Ley 11 de 1972; 28 y 10o. de la Ley 20 de 1975, 61, 208 y 266 del Código de Comercio, y 43 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con los siguientes cargos.

Primer cargo. Consiste en que se le dio vigencia a la Resolución demandada sin hacerse su publicación como lo ordenan los artículos 43 del C.C.A. y 10 de la Ley

20 de 1975. El primero previene que los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no sean publicados y el segundo establece específicamente que los actos administrativos de la Contraloría General de la República se consignarán en la Gaceta que la misma entidad editará y publicará por lo menos una vez al mes.

Contrariamente a lo dispuesto en la ley, se ordenó por el artículo 15 de la Resolución demandada su vigencia a partir de su expedición, constituyendo este pro ceder una violación directa y flagrante de las disposiciones legales aludidas (fls. 8, 9, 63 y 64 del Cdo. No. 2).

Segundo cargo. Considera el actor en este expediente que ha habido violación de los artículos 59 y 60 - 6 de la Constitución Política, por cuanto dichas normas ordenan la Contraloría General de la República ejercer el control fiscal de la Administración conforme a la ley. Y ésta, en el caso *sub exánime*, no es otra que la consagrada en los artículos 28 de la Ley 20 de 1975 y 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Ley 11 de 1972. En efecto, dice el demandante, este artículo 28 dispone que el control fiscal de la Contraloría en la Federación Nacional de Cafeteros y en el Fondo Nacional del Café se debe hacer por las disposiciones de la Ley 11 de 1972, es decir, a contrario *sensu*, se ordena que - no se haga por las otras normas de la Ley 20 de 1975. Esto quiere decir que existe un control fiscal para la función administrativa, central y descentralizada, ejercida por derecho propio por la Rama Ejecutiva de Poder Público, y un control fiscal para las funciones administrativas realizadas por la Federación Nacional de Cafeteros, persona jurídica de derecho privado que ejerce funciones públicas y maneja fondos públicos en la forma también dispuesta por la ley.

El mandato del legislador en el artículo 28 citado es "tajante". "Ese control debe hacerse con sujeción a las disposiciones de la Ley 11 de 1972. Y no con sujeción a ninguna otra. Su texto, es excluyente, por lo claro y por lo preciso. No caben alternativas, frente a su contenido" (sic). Por ello resulta extraño e incomprensible el considerando 2o. de la Resolución impugnada.

El control fiscal en la Federación Nacional de Cafeteros es sobre las inversiones que ésta realiza con recursos del Fondo Nacional del Café y se circunscribe al cumplimiento de los artículos 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Ley 11 de 1972, que la resolución cuestionada ha desconocido y vulnerado, donde es reiterada la

voluntad del legislador de que el control sea en la Federación Nacional de Cafeteros, pues basta su simple lectura para entender que es el propósito de la ley.

Sin embargo, en el acto administrativo demandado se ordena en el artículo lo. establecer un sistema de vigilancia de las inversiones con cargo al Fondo Nacional del Café, "en las empresas complementarias de la industria cafetera, distintas de las de naturaleza financiera, creadas o adquiridas por el Fondo Nacional del Café, o en las cuales la inversión del mismo supere el cincuenta por ciento del respectivo capital pagado".

En esta última hipótesis la inversión con los recursos del Fondo, que son bienes nacionales, conduce a concebir la formación de una sociedad comercial que cuando se hace con dineros estatales y privados, se denomina sociedad de economía mixta, sujeta al régimen especial que se señala en la Constitución Política, en los Decretos 130 de 1976, 1050 y 3130 de 1968 y en el Código de Comercio.

De conformidad con la ley y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la constitución de una sociedad de economía mixta requiere dos actos jurídicos: la ley que la crea o autoriza y el contrato de sociedad. Ahora bien, en cuanto a las inversiones hechas por la Federación Nacional de Cafeteros con cargo al Fondo Nacional del Café, cuenta carente de personaría jurídica y por lo tanto de capacidad para contratar, es indudable que se trata de aportes estatales hechos por una persona jurídica de derecho privado en cumplimiento de la Ley de autorizaciones del contrato y del contrato mismo. Si se toma el criterio doctrinal de que lo determinante de la naturaleza jurídica para las sociedades comerciales es la formación del capital, se tendría que se trata de sociedades de economía mixta. Pero siguiendo el texto del artículo 8o. del Decreto 1050 de 1968 que las define, sena un exceso interpretar que la Ley que autoriza el contrato con la Federación y que ordena el control de las inversiones hechas en cumplimiento de este contrato, faculta o autoriza la creación o constitución de tales sociedades. Para que ellas existan, en estricto rigor legal, se necesita de la autorización legal, básico para tener esa naturaleza jurídica.

Pero sí, en gracia de discusión, se aceptase el absurdo de que son sociedades de economía mixta, por la aplicación del criterio equivocado de la formación del

capital, se encontrarían dos grupos de dichas sociedades, para efectos del control fiscal: las corrientes, que se rigen por las disposiciones de la Ley 20 de 1975, especialmente por el artículo 21, y las supuestas sociedades de economía mixta formadas por inversiones del Fondo Nacional del Café, cuyo control fiscal se rige por la Ley 11 de 1972, por expresa disposición del Estatuto Fiscal, Ley 20 de 1975.

La ilegalidad del mencionado artículo lo. es protuberante.

En los restantes artículos de la resolución censurada se dispone de un control no hecho en la Federación, sino en las empresas señaladas, contrariando las disposiciones de la Ley 11 de 1972 que ordena sólo hacerlo en aquella.

En los artículos 3o. 4o. y 5o. de la Ley 11 de 1972, se establece que el control es sobre las inversiones de los fondos del Fondo Nacional del Café. En cambio, en el acto demandado, a través de la auditoria integrada que prevé su artículo 3o., a practicarse en las empresas a que se refiere el artículo lo. de aquél, y comprendidas en los objetivos señalados en sus literales a); b), e) y d), se limitó no sólo a ello, sino a todo el proceso, es decir, se controlan tanto las inversiones oficiales como las privadas, señaladas en los estados financieros y registros contables. Y se llega a través de esa práctica de la auditoria integrada, hasta la evaluación del nivel de eficiencia en el manejo de todos los recursos de las entidades referidas, a ampliar su intervención en funcionamiento, resultados, legalidad, planeación, etc. en un ostensible desbordamiento reglamentario del señor Contralor frente al texto de la Ley 11 de 1972.

En el artículo 4o. de la Ley 11 de 1972 se le autoriza a la Contraloría un control fiscal de revisión y fenecimiento de las inversiones hechas por la Federación Nacional de Cafeteros con recursos del Fondo Nacional del Café. Empero, en la resolución demandada no se ordena el fenecimiento, y, en cuanto a la revisión, se incluye como parte del proceso, pero no la revisión de los informes sobre inversiones, presentados por la Federación, sino sobre la entidad donde se hizo la inversión directamente. De esta manera legal se suprimen los informes periódicos que sobre inversiones con recursos del Fondo Nacional del Café estaba obligada a presentar la Federación conforme a la Ley 11 de 1972.

Sostiene la demandante que el artículo 5o. de la citada Ley 11 de 1972 y para efectos del control fiscal, se señala que se adopten sistemas que no menoscaben la autonomía administrativa de la Federación, propia de su condición de persona jurídica de derecho privado, pero en la resolución acusada se establece uno que consiste en pasar unos informes finales, mas no a ella, sino directamente al Comité Nacional de Cafeteros.

De otra parte, el artículo 6o. de la Ley 11 de 1972, ordena que el control fiscal en la Federación lo practiquen contadores públicos titulados o autorizados, conforme a la ley. Este es el requisito. Sin embargo la Resolución acusada habla, a partir del artículo 4o. hasta el 14, de comisiones de especialistas, escogidas en cada caso, según la naturaleza de la entidad auditada, para el ejercicio del auditaje, estableciendo de esta manera requisitos que la ley no exige a los funcionarios integrantes de las comisiones de control fiscal.

Tercer cargo. Violación de normas del Código de Comercio.

Hay infracción del "Artículo 208 del Código de Comercio, y concordantes", ya que estas disposiciones le entregan funciones de control fiscal, en las sociedades comerciales, al Revisor Fiscal, y en la Resolución demandada, que debe respetar la Ley, el señor Contralor se las traslada a funcionarios de su Despacho. Y se extiende la violación al artículo 266 *ibídem*, por cuanto la Resolución dispone que el control opere con funcionarios de la Contraloría General de la Nación, y no por el Presidente de la República a través de la Superintendencia de Sociedades, como lo ordena la norma mercantil señalada.

Cuarto cargo. Al ordenar el examen de los estados financieros y de los registros contables, de los comprobantes de contabilidad, de los informes y dictámenes de la revisaría fiscal y de las dependencias de planeación, los informes y dictámenes de las dependencias de control y de los auditores externos, las actas de los organismos directivos, la organización y procedimientos administrativos, el sistema de administración de personal y de cualquier otro elemento que los empleados de la Contraloría consideren necesario, de entidades necesariamente de derecho privado, se está violando el artículo 38 de la Constitución Nacional y 61 del Código de Comercio, que dan garantía de inviolabilidad de los papeles y documentos privados, pues solamente los jueces, para efectos de pruebas judiciales, pueden tener acceso a esos archivos de papeles y documentos.

Quinto cargo. Con los quebrantamientos expresados en los anteriores cargos, excepto en el primero, se ha producido, para el demandante, "violación directa de los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional, que le ordena (sic) a la Contraloría y al Contralor, ejercer funciones de vigilancia de la gestión fiscal, de conformidad con la ley".

Y se incurre, igualmente, dice el actor, por razón de los mismos cargos expuestos, en violación del artículo 20 de la Constitución Política, por extralimitación de funciones, y en infracción del 2o., *ibídem*, al disponer una forma de ejercicio del poder, sin sujeción a los términos de la misma Constitución.

En capítulo separado, el actor consigna dos cargos más: falsa motivación y expedición por funcionario incompetente, así:

Sexto cargo. El actor manifiesta que en la segunda motivación de la Resolución demandada se expresa que el artículo 20 de la Ley 20 de 1975 establece que el Contraloría General de la República ejercerá sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan bienes o ingresos de la Nación, la vigilancia y control fiscal que le garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento, desconociendo el mandato del artículo 28 de la citada ley que ordena que dicho control, ejercido por la Contraloría General de la República en la Federación Nacional de Cafeteros, se sujetará a la Ley 11 de 1972 y no a la misma Ley 20 de 1975, incurriendo en consecuencia en falsa motivación, causal de nulidad señalada en el artículo 84 del C.C.A.

Séptimo cargo. Respecto de la incompetencia para la expedición del acto impugnado, manifiesta el demandante que lo que el señor Contralor hizo en la Resolución No. 011 168 de 1985, no lo puede hacer sino el legislador, porque implica una modificación del sistema legal vigente. Al hacerlo, como lo hizo, se configura una falta de competencia, ya que la atribución del legislador corresponde al Congreso de la República, conforme al artículo 76 de la Constitución Política; por lo tanto, el comportamiento que consagra todo el articulado de la Resolución cuestionada, deviene en nulidad, por no ser el Contralor, legislador.

Expediente No. 179. (fls 2 a 26 de este expediente y 138 a 144 del Cdno. No. 1 del expediente No. 21).

Primer cargo. Señala el demandante que al Contraloría General de la República se le asigna en los incisos primero y segundo del artículo 59 de la Constitución Política, la vigilancia de la gestión fiscal sobre el manejo de los bienes del erario que se haga por una entidad de derecho público o una persona de derecho privado que cumpla funciones públicas, por disposición de la ley y mediante concesión u otra forma contractual, vigilancia que sólo puede ejercerse mientras los bienes permanezcan en el patrimonio del Estado y cumplan funciones administrativas.

Sin embargo, el artículo 10. del acto acusado resuelve establecer un sistema de vigilancia para una gran cantidad de entidades, distintas a las del sector financiero, en las cuales la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo, ha invertido dineros provenientes de éste, en muy distintas proporciones, todas sociedades mercantiles de derecho privado, cuyo capital no es del Estado, en todo o en parte, sino de ellas mismas, exclusivamente, por lo tanto, al ser objeto de control fiscal conforme a esta última disposición, se quebranta aquella norma superior.

Dice el actor que, igualmente, se vulnera el artículo 59 citado, en su inciso primero, por cuanto el artículo 10o. de la Resolución cuestionada se aplica a entidades de derecho privado, cuyo capital no es del Estado, su gestión no es de administración pública y no manejan bienes del Estado; y en su inciso segundo, puesto que los exámenes previstos en la norma administrativa, los cuales tienen finalidades concretas, establecidas en los artículos 3o. y 7o. del mismo acto demandado, dan como resultado un control administrativo y una injerencia en la administración, expresamente prohibidos por el canon constitucional finalmente señalado.

Segundo cargo. También expresa el demandante, que el artículo 10o. aludido viola los numerales 2o. y 3o. del artículo 60 de la Carta, por cuanto, en el primer evento, hay que entender que las entidades, objeto de la Resolución acusada, no pertenecen al sector central de la Administración, ni a las entidades descentralizadas de esta última, ni manejan bienes nacionales, y que aunque se tratara de entidades descentralizadas del orden nacional, que no lo son, la norma

acusada va más lejos, ya que establece una revisión de toda la contabilidad, olvidando que sólo podría, en ese caso, prescribir métodos contables; y en el segundo, atribución 3a. del artículo 60 de la Carta, ella únicamente permite "exigir informes a los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales, sobre su gestión fiscal", y ni los empleados de las sociedades que se pretende controlar son empleados públicos de ningún orden, ni los bienes que manejan son fiscales, ni su gestión lo es.

Tercer cargo. El actor puntualiza que, adicionalmente, el artículo 10o. de la Resolución acusada viola los dos primeros párrafos del artículo 38 de la Constitución, al entrar a controlar los documentos privados de las sociedades mercantiles privadas del sector cafetero, a pesar de que las facultades que nacen de dichos párrafos para la obtención de los objetivos en ellos mismos consagrados, están reservados a autoridades distintas de las de Contraloría, previa la existencia de una ley especial; quebranta el artículo 120 numeral 15 de la Carta por cuanto la facultad de ejercer la inspección necesaria sobre las sociedades mercantiles, como lo son todas las abarcadas por la Resolución, no corresponde las autoridades de la Contraloría General de la República sino, exclusivamente, al Presidente de la República; y transgrede los numerales 9o. y 10o. del artículo 76, *ibídem*, por cuanto mediante dicho acto administrativo invade, también, el área constitucional del Congreso al pretender controlar, visitar, vigilar, así sólo sea *a posteriori*, entidades constituidas conforme al derecho privado y regidas por el mismo, haciendo extensivo a ellas el régimen prescrito para el Contralor en relación con la administración pública nacional centralizada y descentralizada, cuyos diseños constitucionales están contemplados en los referidos numerales que guardan estrecha relación y armonía con el inciso lo. del artículo 59 y el numeral 2o. del artículo 60 de la Constitución Política.

Lo expuesto en los precedentes cargos, consignados en el Expediente 179, sobre la inconstitucionalidad de los artículos lo. y 10o. de la Resolución acusada, dice el demandante, debe hacerse extensivo a los restantes artículos de aquella, por cuanto todos ellos tienen por objeto vigilar y controlar empresas de derecho privado que no hacen parte de la administración nacional y bienes que no son fiscales sino particulares, por haber ingresado al patrimonio de dichas empresas a tiempo de efectuarse la inversión.

Cuarto cargo. Aunque el actor señala *ab initio* de su demanda, como violados los artículos 25, 26 y 28 del Decreto Ley 924 de 1976, en su concepto sólo hace referencia a los dos últimos, para deducir que el artículo 4o. de la Resolución acusada viola el 28 citado al hacer extensiva la vigilancia de la Contraloría a sociedades que no hacen parte del sector de Hacienda Nacional organizado por este precepto; y quebranta también el 26, como quiera que las entidades sometidas a control por la resolución impugnada, tampoco hacen parte del sector gubernamental definido por aquella disposición legal.

Los cargos consignados en relación con las demás disposiciones legales estimadas por el actor como violadas, son, *mutatis mutandi*, los mismos que se exponen en el expediente 21 respecto de las mismas normas, resumidos ya en este proveído en los párrafos (cargos) que preceden.

Expediente No. 605. (folios 6 a 15 y 46 a 47 de éste expediente y 207 a 212 del expediente 279).

Primer cargo. Dice la actora que de la mera comparación de los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional, 3o. de la Ley 11 de 1972, 2o. de la Ley 20 de 1975, 2o. del Decreto 3130 de 1968, 8o. del Decreto 2078 de 1940, y de las normas del "Decreto 226,0 de 1946" (sic) que definen la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Café, "con el acto demandado", se llega "a la conclusión de que éste es violatorio de ellas, por que se atribuye *con motivación falsa* la facultad de *vigilar* la Empresa privada dedicada a las industrias complementarias del café que no reciben, manejan ni administran bienes nacionales" (las subrayas son de la demandante) y se le otorga al Fondo capacidad jurídica para realizar actos como los de adquirir, crear o invertir, desconociendo que no tiene responsabilidad para realizarlos por tratarse simplemente de "una cuenta especial" como lo define el artículo 8o. del Decreto Extraordinario No. 2078 de 1940.

Segundo cargo. Manifiesta la demandante que el acto demandado viola los, artículos 2o., 12, 16, 20, 30, 32 y 44 de la Constitución Política.

El desacato al artículo 2o. se efectúa al pretender autoatribuirse un poder público que no ha emanado de la Nación y cuyos términos de ejercicio no han sido establecidos por ella.

El desconocimiento de; artículo 12 se produce por cuanto éste difiere el régimen, la capacidad y el reconocimiento de las personas jurídicas y de las sociedades, al legislador y no a la facultad reglamentaria del Contralor General de la República.

Se vulnera el artículo 16 por cuanto éste instituyó a las autoridades para proteger a las personas, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del estado, y no para lesionarías con el uso indebido del poder, incurriendo de paso en las responsabilidades señaladas en el artículo 20 de la citada Constitución.

Se quebranta el artículo 30 de la Carta, en virtud de que la actuación de la Contraloría, de hecho, conlleva una expropiación, al atribuir el carácter de bienes e ingresos de la Nación Colombiana, a los bienes de personas naturales y jurídicas distintas.

Desconoce el artículo 32 que atribuye al Estado la intervención en la empresa o iniciativa privados a través de la ley.

Menoscaba el derecho de asociación reconocido en el artículo 44, porque limita el cumplimiento de los propósitos de la organización consignados en el objeto social estatutario de las empresas afectadas.

Tercer cargo. Endilga la actora otra falsa motivación al acto impugnado, respecto de las Leyes 11 de 1972 y 20 de 1975 y de los artículos 4o. y 6o. del Decreto Extraordinario No. 925 de 1976, al expresar que la Resolución atacada invoca como fundamento para su aplicación estas normas legales que le asignan a la Contraloría la vigilancia fiscal en la Federación Nacional de Cafeteros y el Fondo Nacional del Café, pero afirma, en ningún momento, para ejercerla en las empresas complementarias de la industria cafetera, distintas de las financieras, dándole especial relevancia idiomática a la preposición "en" empleada en aquellas normas; y esgrime, también como argumento de falsa motivación, la referencia a que el acto acusado hace al Fondo Nacional del Café como ente con capacidad jurídica, desconociendo el régimen legal que lo conforma como cuenta especial a la que le señaló un administrador para su manejo que lo es la Federación Nacional de Cafeteros, a la cual vigila la Contraloría por disposición de la ley y dentro de las condiciones fijadas en contrato suscrito entre ambas partes.

Cuarto cargo. Todo el articulado de la Resolución demandada, alega la demandante, infringe el sistema de control previsto en el Decreto No. 925 de 1976, especialmente, en cuanto hace referencia al control posterior y a las técnicas de la auditoria, aplicables a las entidades sometidas al auditaje de la Contraloría, consagrados en los artículos 4o. y 6o. del aludido decreto, que no a las empresas complementarias de la industria cafetera a que se refiere el artículo lo. del acto impugnado.

Expediente No. 279 (fls. 114 a 125 y 207 a 212)

En este expediente se incoa la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a diferencia de los otros tres acumulados en este proceso, en los que sólo se ejercita, como ha quedado dicho, la de simple nulidad.

Los preceptos que la demandante considera violados y el concepto de su violación con textualmente los mismos que se exponen en el expediente 605, acabados de sintetizar en los cargos precedentes, con el *ítem* de que al explicar en aquel las pretensas infracciones, se hace la pertinente referencia a la demandante Flota Mercante Grancolombiana S.A.

Sólo agrega, como cargo, refiriéndose a la falsa motivación, diversamente esgrimida en el expediente 605 como causal de nulidad, que

"La calificación unilateral que hace la Contraloría a través del acto complejo demandado, de la sociedad demandante como "empresa complementaria de la Industria del Café", es también falsa, PORQUE EL OBJETO SOCIAL Y LOS PROPOSITOS DE SU CONSTITUCION Y ORGANIZACION NO SE REFIEREN A LA INDUSTRIA CAFETERA COLOMBIANA, SINO A LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL. Si bien la industria cafetera colombiana puede utilizar, como en efecto los utiliza, los servicios del transporte que presta la sociedad demandante, ello no desvirtúa ni puede desvirtuar, su realidad jurídica, porque la calidad de uno de los clientes de FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., no define el ámbito de su actividad, ni puede limitar su ejercicio social". (la subraya y las mayúsculas son del texto). Y remata diciendo que la predicha calificación quebranta los preceptos del Código de Comercio de Colombia, al cual se sometió la demandante en el acto de su constitución, por voluntad de sus asociados, e infringe especialmente aquellos artículos que definen su régimen y su objeto social, conforme al Título VI del estatuto comercial,

la Revisoría Fiscal, según los artículos 203 y siguientes del Código de Comercio, y la intervención del Estado Colombiano a través, únicamente, de la Superintendencia de Sociedades de este país, conforme al Título II *ibídem*, aspectos estos últimos que, advierte la Sala, están contemplados en los cargos que se desarrollan en los expedientes números 21 y 179.

e. Razones de la defensa

1) Excepciones

El apoderado de la Contraloría General de la República, al dar contestación a la demanda del expediente 605 (fls. 33 a 35) no solamente se opuso a sus pretensiones sino que, además, propuso la excepción de inepta demandada, aduciendo que no se relacionaron los hechos y se señaló como demandada a la Contraloría General de la República y no a la Nación, olvidándose que aquella carece de personalidad jurídica y no puede por ello comparecer enjuicio.

Agrega, ya en su alegato de conclusión (fl 147 del expediente 2 I), que, como por una parte en las restantes demandas se incurre en ese error, y por otra, los procesos acumulados se fallan en la misma sentencia, a todos ellos debe cobijar la excepción aludida, aún de manera oficiosa, conforme al mandato del artículo 306 del C. de P.C.

En este mismo alegato, y refiriéndose al expediente No. 279 (fls. 156 y 157), donde es actor la Flota Mercante Grancolombiana, en relación con el oficio No. 16991 del 3 de junio de 1985, replica que este documento no constituye un acto administrativo, sino que es acto de administración, lo cual es distinto, porque simplemente es actuación destinada a dar desarrollo a la Resolución acusada. Y ambos no integran un acto complejo, como lo pretende el demandante, porque estos actos requieren el concurso de dos voluntades administrativas distintas, y fines idénticos, y en este caso los dos actos emanan del Contralor General de la República y tienen contenidos absolutamente diversos. Por estas razones, considera que la demanda que dio origen al proceso referido (el 279) es inepta.

En aquel mismo memorial (fl. 157), puntualiza, además, que esta demanda (se sigue refiriendo a la de la Flota Mercante) es nueva y diferente a la que se presentó por el mismo actor el 20 de septiembre de 1985, o sea que no está

cobijada por la suspensión de términos autorizada para los procesos susceptibles de reconstrucción. Ello indica que por tratarse de acción de restablecimiento del derecho es extemporáneo, dado que no se acogió al trámite legal de la reconstrucción señalada en el Decreto 3825 de 1985, y por lo tanto la acción se encontraba CADUCADA.

2) En relación con los cargos

En la contestación de la demanda del expediente 605 (folios 33 a 35) y en los alegatos de conclusión que obran a folios 47 a 59 y 146 a 160 del expediente 21, la parte demandada y el repugnante Raúl Camacho García expresan con relación a los cargos, en síntesis, los siguientes argumentos:

La competencia de la Contraloría General de la República para la expedición del acto acusado, dimana de la Constitución Nacional - artículos 59 y 60 - , la que ejerce, en orden a la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, conforme a la ley, cuyo campo de acción ha delimitado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de octubre de 1970 en la cual se consigna, entre otros aspectos, que el control fiscal de los fondos administrados por la Federación Nacional de Cafeteros, provenientes del Fondo Nacional del Café, dado su origen legal, su recaudo oficial y su finalidad (protección y defensa del café) debe penetrar hasta la utilización final a que la ley los designa, lo cual, dice la parte demandada, confirma plenamente la posibilidad jurídica de auditar las inversiones a que alude el acto demandado.

Por otra parte, son las mismas disposiciones invocadas por los demandantes como violadas, fundamentalmente las Leyes 11 de 1972 y 20 de 1975 y el Decreto Ley 925 de 1976, los que desarrollan los preceptos constitucionales citados en consonancia con los criterios jurisprudenciales prealudidos, disposiciones legales aquellas que han sido dictadas en orden a asegurar la eficacia de la vigilancia fiscal mediante sistemas y mecanismos de control que garanticen al Estado la conservación y adecuado rendimiento de los fondos, valores y bienes nacionales.

De allí que la Resolución cuestionada, al reglamentar la función de control, pues no reglamenta la ley como equivocadamente lo sugiere uno de los demandantes,

está dentro de las facultades del artículo 59 de la Carta y conforme a la delimitación señalada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia referida.

Cabe señalar, afirma la demandada, que la condición necesaria para ejercer la vigilancia fiscal es que la entidad o la persona reciba, maneje o disponga de bienes o ingresos de la Nación, independientemente de la naturaleza jurídica de la entidad o persona que realice esas operaciones, ya que tal naturaleza únicamente es relevante para establecer los sistemas de control en sus etapas integradas de previo, perceptivo y posterior.

Respecto al cargo de que se violó el artículo 6o. de la Ley 11 de 1972, en cuanto ordena que el control debe ser hecho por "contadores públicos titulados o autorizados conforme a la ley" y la Resolución impugnada dispone que ese control será hecho por "personal especializado", afirma la demandada que el ser especializado no es afirmación contraria a la de que deben ser contadores públicos, dado que éstos son, precisamente, profesionales especializados. Y que el cargo es una impropiedad de la demanda, porque los actos administrativos se demandan por la nulidad que ellos conlleven, no por la futura nulidad que pueda producirse con los actos posteriores que se dicten para darle desarrollo al que ha sido acusado.

Con relación al cargo de que se violó la Ley 11 de 1972, por cuanto en su artículo 3o. dispone que la vigilancia fiscal se ejercerá en la Federación Nacional de Cafeteros y la Resolución acusada dispuso que lo será "en las empresas complementarias de la industria cafetera", alega la demandada que la disposición presuntamente violada autoriza a la Contraloría General de la República para que la vigilancia se ejerza en la Federación, pero sobre la inversión de los dineros provenientes del Fondo Nacional del Café y sobre los demás bienes y fondos oficiales que ésta administre, sin que la preposición "en" empleada en aquella norma signifique que el control debe hacerse en la sede física de la Federación. Por lo demás, añade la demandada, no se trata de un control permanente, sino ocasional, posterior y externo, el cual se ejerce así las inversiones se realicen en entidades privadas, pues a todas las cubre la disposición de la Ley 11 de 1972, siendo por razones obvias que con las privadas se mantengan relaciones de inversión, y sin que quepa duda alguna de que la competencia es exclusiva de la Contraloría General de la República.

En relación con la Flota Mercante Grancolombiana, ella es una sociedad de economía mixta, con un aporte estatal superior al 50% del capital social, del 74.28%, proveniente del mencionado Fondo o sea del Estado cuyos ingresos constituyen fondos nacionales por su destino, de origen legal y recaudo oficial, lo cual explica y justifica el aludido control fiscal.

No es cierto, como lo afirman los actores, que el artículo 4o. de la Resolución acusada haya hecho extensiva la vigilancia de la Contraloría a todas las entidades privadas, sino a aquellas que conforme a las disposiciones de la Ley 151 de 1959 sean entidades en que tenga parte principal el Estado, porque éste tenga más del 50% de su patrimonio, cual es el caso de la Flota Mercante Grancolombiana.

Finalmente, expresa la demandada que incurren los demandantes en el error de confundir las funciones de una Revisoría Fiscal, que es de carácter interno dentro de la organización administrativa de una empresa, con las funciones de "control fiscal" que corresponden a la Contraloría y que son de actividad externa. Unas y otras funciones obran dentro de órbitas diferentes, y son compatibles. Esta confusión ha llevado a los demandantes a considerar violados los artículos 207 y 208 del Código de Comercio.

f. La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el Código Contencioso Administrativo a los procesos se les dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Mediante providencias del 1o. de julio de 1986 (fls. 30 y 3 l) y del 19 de marzo de 1987 (fls. 122 a 125) se decretó la reconstrucción de los expedientes números 21 y 179, respectivamente, y en ellas se ordenó tener como auténticos los documentos acompañados con las respectivas solicitudes, como consecuencia de haber desaparecido durante los trágicos acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia entre los cuales se encuentra el auto del 23 de agosto de 1985 que admitió la demanda y negó la suspensión provisional impetrada en el expediente 21 (fls. 1 a 5 del cdno. No. l).

La admisión de la demanda en el expediente 179, se produjo mediante auto del 11 de agosto de 1987 (fl. 127 de su respectivo cuaderno).

En el expediente No. 279, donde se ejercita por la Flota Mercante Grancolombiana S.A., la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, la admisión de la demanda se produjo mediante auto de lo. de agosto de 1986, no habiéndose dado en este caso reconstrucción del expediente, por cuanto la parte actora optó por formular una nueva, acogándose al Parágrafo del artículo 1o. del Decreto Ley 3825 (fls. 158 a 160).

En el expediente 605, cuya demandada nulidad fue presentada el 24 de abril de 1987, mediante proveído del 19 de junio del mismo año se decretó su admisión y se denegó la suspensión provisional impetrada con la misma (fls. 23 a 26).

Mediante providencia del 28 de abril de 1989 (fls. 116 a 125, Cdo. No. 1, exp. 2 I), se decidió el incidente de acumulación propuesto por la parte demandada (fl. 88, *ibídem*), ordenando acumular al proceso No. 21, los radicados bajo los números 179, 279 y 605.

Por auto del 2 de febrero de 1990, se corrió el traslado común a las partes de los expedientes acumulados, para alegar de conclusión, y para que, cumplido dicho trámite, se le diera traslado al Fiscal Primero de la Corporación a objeto de la rendición de su vista de fondo.

Las partes hicieron uso de este derecho. La apoderada de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., que es la misma accionante en el expediente 605, aporta sus alegatos a folios 46 y 47 de este expediente y 207 a 212 del expediente 279, los que ratifica a través de memorial que obra a folio 137 del expediente 2 I. El demandante Alvaro Esguerra Castillejo aduce su alegato a folios 138 a 144 del expediente 21. A folios 35 a 45 de este expediente, aparece alegato de conclusión del accionante Simón Castro Benítez, y el de la demandada obra a folios 146 a 160.

El impugnante Raúl Camacho García, al cual se le reconoció como tal según se desprende del folio 61 del Cdo. del expediente 21, igualmente alegó de conclusión, como aparece a folios 57 a 59 *ibídem*.

II. El concepto del agente del Ministerio Público

En su concepto, que obra a folios 65 a 74 y 162 a 165 del expediente No. 2 1, Cdo. No. 1, el Agente del Ministerio Público solicita acceder a las peticiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Para no aplicar los controles corrientes de la Administración Pública en sus sectores descentralizados, el artículo 28 de la Ley 20 de 1975 obliga a que el control sobre la Federación Nacional de Cafeteros y el Fondo Nacional del Café, se haga con sujeción a las disposiciones de la Ley 11 de 1972, Art. 3o. 4o. 5o. y 6o.

De tal manera que la subordinación a la ley que imponen al Contralor los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional en materia de vigilancia fiscal impiden precisamente a este funcionario dictar normas que lleguen a modificar la misma ley, así ellas tengan relación directa con el ejercicio de su función fiscalizadora, puesto que su competencia está circunscrita a la ejecución de preceptos que regulen dicha función.

El control ordenado por la Resolución acusada no tiene en cuenta para nada los mandatos de la Ley 11 de 1972, pues la sustituye en su totalidad.

Concluye, en consecuencia, solicitando se acceda a las peticiones de las demandas.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En relación con las excepciones

Avoca la Sala, en primer lugar, la excepción de *inepta demanda* propuesta por la parte demandada como una razón de su defensa.

Se funda en los siguientes argumentos:

El primero consiste en que no se relacionan los hechos.

A este respecto, si bien es cierto que la relación fáctica reviste suma importancia puesto que es la historia de la controversia que se plantea y que por simples razones de técnica debe estar debidamente expuesta y determinada con toda claridad, no lo es menos que ello tiene sólo fundamental trascendencia en las

demandas de restablecimiento en general, mas no en las de simple nulidad, como son las que aquí se incoan en los expedientes acumulados números 21, 179 y 605, en donde lo que se debate es asunto de puro derecho, y no se requiere siguiera historiar la expedición del acto, como a veces se acostumbra para cumplir con el citado requisito de la demanda.

Empero, en los tres expedientes citados sí se enuncian, así sea de manera simple y como sólo puede exigirse en el contencioso objetivo, los hechos mencionados por el excepcionante (véase fls. 3 a 8 Exp. No. 21, fls. 1 a 2 Exp. No. 179 y fls. 3 a 4 Exp. No. 605).

Respecto del expediente No. 279, igualmente acumulado, por ejercerse en éste acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la excepción tendría validez de no llenarse el mencionado requisito, que, por cierto, sí se cumple cabalmente, como lo ameritan los autos (Véase fls. 107 a 112 Exp. No. 279).

El segundo argumento que esgrime la parte excepcionante alude a que se demandó a la Contraloría General de la República y no a la Nación, como era lo procedente, por carecer aquella de personalidad jurídica.

Sobre este aspecto la Sala señala que en las acciones de nulidad, como lo ha sostenido esta misma Sección en auto de 27 de junio de 1990; Ponente doctor Pablo J. Cáceres Corrales; Expediente No. 1398; actor, Carlos A. Patiño Beltrán, debido a su contenido teleológico en defensa del Estado de Derecho y de los atributos individuales de libertad e igualdad, no se trata propia y cabalmente de establecer una parte demandada, sino de vincular a la entidad que expidió el acto, a fin de lograr el cumplimiento de su obligación de salir a su defensa.

Pero, en estricto sentido, en evento como el presente es la ley (específicamente el C.C.A.) quien preestablece las "partes", y en este caso no queda duda de que lo es la Nación, así no se la señale expresamente, representada en este caso por el Contralor General de la República, funcionario de la mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto, y quien ha sido llamado al proceso y se ha hecho representar justamente por el excepcionante quien en tal condición ha sido reconocido y así ha actuado en defensa del acto impugnado, en una clara aplicación del inciso segundo del artículo 149 del código citado.

En relación con el tercer argumento en el cual se basa la parte demandada para sustentar su excepción de inepta demanda, consistente en que el oficio No. 16.991 del 3 de junio de 1985, dirigido por el Contralor General de la República a la Flota Mercante Grancolombiana, "no constituye un acto administrativo, sino un acto de administración... porque simplemente es actuación destinada a dar desarrollo a la Resolución acusada", la Sala considera que asiste la razón al excepcionante en cuanto dicho oficio no contiene ninguna decisión, que es la característica fundamental del acto administrativo, ya que se limita a "presentar" a unos funcionarios para visitar la entidad en cumplimiento de la resolución demandada. Sin embargo, lo anterior no quiere decir, como lo plantea el excepcionante, que la demanda sea inepta, sino simplemente que el citado oficio no es enjuiciable y que, por lo mismo, la Sala deberá declararse inhibida para hacer un pronunciamiento respecto de su legalidad.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de *caducidad*, por cuanto en la demanda de la Flota Mercante Grancolombiana se ejercita extemporáneamente la acción de restablecimiento del derecho dado que no se acogió al trámite legal de la reconstrucción señalado en el Decreto 3825 de 1985, basta señalar que en el párrafo del artículo 1o. de este Decreto se daba la opción entre la reconstrucción y la nueva formulación de la demanda, habiéndose acogido la demandante a esta última posibilidad, en cuyo caso debía presentar la demanda antes del 30 de abril de 1986 acompañando la prueba de que la había formulado antes del 6 de noviembre de 1985 y de su destrucción o pérdida, como así sucedió y fue factor determinante para su admisión como se patentiza en el auto de primero de agosto de 1986, visible a folios 158 a 160 del expediente 279, pues en este caso no opera la caducidad de la acción como en la misma norma citada se dispone.

Ninguna vocación de prosperidad les asiste, pues, a las excepciones propuestas, y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

2. En relación con los cargos

Para efectos del análisis de los cargos formulados en los diferentes expedientes en contra del acto acusado, y por razones de orden metodológico, la Sala procederá a reagruparlos, en la medida en que las normas en ellos invocadas

como transgredidas sean las mismas o guarden relación y afinidad con respecto al tema central de aquellos.

a) En relación con el primer cargo formulado en el expediente No. 2 I., el cual consiste en predicar la violación de los artículos 43 del C.C.A. y 10 de la Ley 20 de 1975 debido a que el acto demandado entró en vigencia sin haberse efectuado su publicación, la Sala considera que si bien es cierto que en el artículo 15 de dicho acto se dispuso su vigencia a partir de la fecha de su expedición (22 de mayo de 1985), no lo es menos que dentro del proceso se encuentra acreditada su aplicación en la "GACETA" de la Contraloría General de la República, separata mayo de 1985, páginas 58 y 59 (fls. 29 Exp. No. 179, 96 Exp. No. 279 y 1 Exp. No. 605), cumpliéndose de esta manera con el mandato del artículo 10 de la Ley 20 de 1975, que ordena al Contralor General de la República publicar en tal medio de divulgación "...todos los actos administrativos..." de esa entidad.

Basta leer el citado artículo 10 de la Ley 20 de 1975 y el texto del artículo 43 del C.C.A., éste último modificado por la Ley 57 de 1985 que el demandante estima vulnerados, para concluir que ellos, antes de ser infringidos, han sido acatados fielmente por el organismo expedidor del acto acusado. Precisamente la norma del estatuto contencioso administrativo permite que la publicación de los actos administrativos de carácter general sea hecha, en defecto del Diario Oficial, en la gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, que es lo que aquí ha sucedido para efectos de su obligatoriedad.

Sin perjuicio de lo expuesto, y de llegarse a aceptar, como se expresó en el auto admisorio de la demanda en este expediente, que el haberse dispuesto en el artículo 15 del acto acusado su vigencia a partir de su expedición constituía una irregularidad, ésta ha de considerarse convalidada o subsanada por el hecho de su promulgación en el órgano de publicación oficial del mismo organismo que profirió el acto cuya declaratoria de nulidad se solicita.

En relación con los cargos segundo del expediente No. 21 y primero de los expedientes Nos. 179, 279 y 605, en los cuales se predica que el artículo 1o. del acto acusado incurre en violación de los artículos 59, incisos primero y segundo y 60 de la Constitución Política de 1886; 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Ley 11 de 1972; 2o. y 28 de la Ley 20 de 1975; 2o. del Decreto 3130 de 1968 y 8o. del Decreto 2078 de 1940, la Sala considera que el aspecto central a dilucidar frente a ellos radica

en establecer si el Contralor General de la República, al establecer el sistema de vigilancia de las inversiones que realice la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia con los recursos del Fondo Nacional del Café en las empresas complementarias de la industria cafetera, excedió los límites que dichas normas le trazan para el ejercicio de sus funciones de vigilancia de la gestión fiscal de la administración o sí, por el contrario, se ciñó a los mandatos en ellas contenidos.

Cabe recordar que en sentir de los demandantes, y, en términos generales, el artículo 10. del acto acusado establece dicho sistema de vigilancia en contravía de las citadas normas constitucionales y legales que ordenan a la Contraloría General de la República ejercer el control fiscal de la administración conforme a las disposiciones de la ley, que para el caso controvertido, sostienen, no son otras que las regulaciones contenidas en los artículos 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Ley 11 de 1972 y 2o. y 28 de la Ley 20 de 1975.

Como paso previo y como marco de referencia para el análisis de la controversia, la Sala transcribirá a continuación la norma acusada en este cargo, los artículos 59, incisos primero y segundo y 60 de la anterior Carta Política y las citadas disposiciones de las Leyes 11 de 1972 y 20 de 1975.

1) Resolución Orgánica número 0 11 168 de 1985 (acto acusado):

"Artículo 10. Establecer un sistema de vigilancia de las inversiones del Fondo Nacional del Café en las empresas complementarias de la industria cafetera, distintas de las de naturaleza financiera, creadas o adquiridas por el Fondo Nacional del Café, o en las cuales la inversión del mismo supere el cincuenta por ciento del respectivo capital pagado".

2) Constitución Política de 1886:

"Art. 59. La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley.

"La Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

"...

"Art. 60o. El contralor general de la república (sic) tendrá las siguientes atribuciones:

"1a.) Llevar el libro de la deuda pública del Estado;

"2a.) Prescribir los métodos de la contabilidad de la administración nacional y sus entidades descentralizadas, y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales;

"3a) Exigir informes a los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales, sobre su gestión fiscal;

"4a.) Revisar y fenecer las cuentas de los responsables del erario;

"5a.) Proveer los empleados de su dependencia que haya creado la ley, y "6a.) Las demás que señala la ley"

3) Ley 11 de 1972:

"Artículo 3o. Únicamente la Contraloría General de la República ejercerá funciones de vigilancia, conforme a la Constitución y las leyes, en la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, sobre la inversión de los dineros provenientes del Fondo Nacional del Café sobre los demás bienes y fondos oficiales que ésta administre".

"Artículo 4o. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia rendirá cuentas periódicas a la Contraloría General de la República sobre la inversión de los dineros del Fondo Nacional del Café y sobre el destino de los demás fondos y bienes oficiales que administre, para su revisión y fenecimiento"

"Artículo 5o. La Contraloría General de la República, para el ejercicio de la vigilancia sobre la gestión fiscal a que se refiere el artículo 3o. de esta Ley, adoptará sistemas apropiados a la naturaleza de las actividades de la Federación y que no menoscaben la autonomía administrativa que ésta tiene, como entidad de derecho privado que es".

"Artículo 6o. El auditor General y los auditores delegados o seccionales de la Contraloría General de la República en la Federación Nacional de Cafeteros deberán ser, necesariamente, Contadores Públicos titulados o autorizados conforme a la Ley".

4) Ley 20 de 1975:

"Artículo 2o. El Contralor General de la República ejercerá sobre las entidades o personas que (a cualquier título) reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, la vigilancia y el control fiscal que le garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento".

La expresión señalada entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 19 de mayo de 1987 (magistrado Ponente doctor Hernando Gómez Otálora. Actor: Eduardo Laverde Toscano. Exp. No. 1571 Foro Colombiano, Tomo 37 Nos, 217 a 222, julio a diciembre de 1987, Págs., 46 a 5 l).

"Artículo 28. La Contraloría General de la República con sujeción a lo dispuesto en la Ley 11 de 1972 ejercerá la vigilancia fiscal sobre la Federación Nacional de Cafeteros y el Fondo Nacional del Café. La Federación y el Fondo no están obligados a pagar gastos de fiscalización distintos de los que ocasione la actuación de la Contraloría".

En primer término, y en relación con las transcritas normas constitucionales, ha de precisarse que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido constante y reiterada en el sentido de que la tarea de vigilancia de la gestión fiscal de la administración, que corresponde a la Contraloría General de la República, debe ejercerse conforme a la ley y que dicho organismo "...carece de toda atribución que le permita modificar o derogar las leyes, así ellas se relacionen directamente con el ejercicio de su función fiscalizadora..." (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 26 de septiembre de 1973. Consejero Ponente doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor; Rafael Carrillo Vargas. exp. No. 1838. Anales del Consejo de Estado Nos. 439 y 449, Segundo Semestre 1973, págs. 250 a 260).

Sentado lo anterior, que la Sala comparte en su integridad por ser fiel interpretación de las citadas normas constitucionales, se tiene que de acuerdo con los artículos 3o. y 4o. de la Ley 11 de 1972 las funciones de vigilancia que corresponde cumplir a la Contraloría General de la República sobre la inversión que de los dineros provenientes del Fondo Nacional del Café disponga la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, se encuentran limitadas y circunscritas a la revisión y fenecimiento de las cuentas periódicas que dicha entidad de carácter privado le rinda, funciones y limitaciones éstas que fueron reiteradas en el artículo 28 de la Ley 20 de 1975, cuando expresa que dicha vigilancia fiscal deberá realizarse ... con sujeción a lo dispuesto en la Ley 11 de 1972...".

. En efecto, siendo la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia una entidad de derecho privado que maneja fondos provenientes de las contribuciones a que se refieren las Leyes 76 de 1927, 21 de 1935 y otras normas especiales, la ley, con el propósito de no menoscabar su autonomía administrativa, ha dispuesto que la vigilancia fiscal en relación con dichos fondos se lleve a cabo a través de un control que pudiera denominarse como atenuado o aminorado, mediante la adopción de "...sistemas apropiados a la naturaleza de sus actividades" (Ley 11 de 1975, art. 5o.), de tal manera que le permita moverse con la agilidad y el dinamismo que requiere el desarrollo de sus objetivos.

Es por ello que, precisamente, los límites de dicho control fiscal han sido establecidos por el legislador.

Sobre este particular, y por ser perfectamente predicable frente al aspecto que se analiza, bien vale la pena traer a colación apartes de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en fecha 14 de octubre de 1970, mediante la cual se declaró la inexecutable de los artículos 3o. de las Leyes 76 de 1927 y 81 de 1930. En ella se expresa lo siguiente:

"Siendo privativa de la Contraloría la vigilancia de la gestión fiscal de la Federación Nacional de Cafeteros como entidad responsable del manejo de impuestos, estando obligada la propia Federación a rendir cuentas por ello ante dicha Contraloría General, y debiendo ésta revisarlas y fenecerlas, todo por mandato de mérito superior... (...) ..., precisa concluir que la Contraloría General de la República incumbe hoy, respecto de la Federación Nacional de Cafeteros,

ejercer las siguientes atribuciones: Verificar que los dineros provenientes del impuesto al café se inviertan únicamente en los objetivos señalados en la ley; y examinar y fenecer las cuentas que ha de rendir la Federación relativas a tal intervención, de acuerdo con las leyes y el contrato celebrado con el Gobierno Nacional (Magistrado Ponente doctor José Gabriel de la Vega. Actor: José Jaramillo Giraldo. Gaceta Judicial T. CXXXVII - Bis, págs. 421 a 430).

Ahora bien, si como se analizó la Contraloría General de la República tiene trazados unos precisos límites en el ejercicio de la vigilancia que por mandato legal le corresponde efectuar en la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia sobre las inversiones que ésta realice con los dineros del Fondo Nacional del Café, para la Sala resulta claro que frente a la misma y en relación con dichas inversiones no cabe predicar de manera alguna la extensión del control fiscal, basándose para ello en la aplicación de normas generales, como la contenida en el artículo 2o. de la Ley 20 de 1975, que se invoca en los considerandos del acto acusado y, en tal virtud, hacer nugatorios los mandatos contenidos en normas especiales y superiores, pues con tal proceder se estarían desconociendo no solo estas últimas, sino el principio establecido en el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, sobre prevalencia de las disposiciones especiales sobre las generales.

Precisados los aspectos anteriores se tiene que mediante el artículo 1o. del acto demandado se establece por parte de la Contraloría General de la República la vigilancia de las inversiones que en "empresas complementarias de la industria cafetera" se realicen con dineros del Fondo Nacional del Café, para de dicho mandato y en los artículos subsiguientes desarrollar el sistema de control posterior sobre las operaciones de las empresas sometidas a vigilancia. No existe duda alguna para la Sala que dicha disposición reviste inocultables vicios de ilegalidad y de inconstitucionalidad.

En efecto, nada más extraño a nuestro ordenamiento jurídico que la extensión del control fiscal de la Contraloría General de la República a empresas de carácter privado en las cuales se han realizado inversiones de dineros por parte del Estado, pues siendo una verdad innegable que ni su capital ni sus activos, por ese solo hecho, constituyan bienes fiscales, su administración o manejo no pueden ser considerados como gestión fiscal, de conformidad con los términos del artículo 59 de la Constitución Política de 1886.

De igual manera, y como complemento de lo anterior, la Sala considera que no puede pretenderse válidamente que bajo el argumento de garantizar al Estado el rendimiento de bienes o ingresos de la Nación, la Contraloría General de la República invada de manera caprichosa e indiscriminado e ilegal, y por lo mismo inconstitucional, el campo de acción de personas jurídicas en las cuales, si bien se ha realizado una inversión de fondos públicos, dicha inversión ya ha sido objeto de control fiscal en la misma entidad que realizó su aporte, y además por cuanto no habiendo sido siquiera creadas a iniciativa del propio Estado o autorizadas por él, para el logro de sus objetivos solo tienen como límite el sometimiento a sus estatutos sociales y a las normas legales sobre control administrativo que garantizan la debida protección de los aportes de todos los accionistas y de la sociedad misma.

Es más, si la misma Corte Suprema de Justicia ha considerado que, en relación con las sociedades de economía mixta, la supervigilancia fiscal de la Contraloría ...solo llega hasta el momento del aporte de la Nación... ... para reanudarse posteriormente sobre los dividendos o utilidades que pueda percibir la Nación en el ejercicio social por virtud de su aporte..." (Sentencia de 24 de abril de 1980 Magistrado Ponente doctor Gonzalo Vargas Rubiano. Actor: Alvaro Copete Lizarralde. Exp. No. 768. Foro Colombiano, año 12. T. XXII, junio de 1980, No. 132 págs. 570 a 768. Foro Colombiano, año 12.T. XXII, junio de 1980, No. 132 págs. 570 a 573), con mayor razón cabe predicar que tratándose de empresas o sociedades creadas por iniciativa privada y en las cuales se han realizado aportes o inversiones de fondos públicos, que desde el mismo momento en que ellos se han materializado entra a hacer parte del capital social de la sociedad, dicha intervención de control fiscal solo puede tener cabida en la medida y hasta el límite que el propio legislador haya dispuesto, pues lo contrario implicaría en la práctica el anquilosamiento y la atonía de tales empresas, cuya finalidad no es ni manejar ni administrar bienes o fondos públicos.

Lo dicho hasta el momento es suficiente para que la Sala concluya que el artículo lo. del acto acusado incurre en violación de las normas legales y constitucionales que se han analizado, razón más que suficiente para que en la parte resolutive de este fallo proceda a su declaratoria de nulidad.

Dado que los restantes 14 artículos que integran el acto acusado son complementarios de la disposición ya analizada, como quiera que mediante ellos se desarrolla el sistema y los mecanismos de vigilancia de las empresas complementarias de la industria cafetera y, por ende, los vicios de ilegalidad e inconstitucionalidad anotados en relación con dicha disposición también los comprenden, la Sala, sin que haya necesidad de analizar los restantes cargos formulados en las demandas, declarará igualmente su nulidad.

Por último , teniendo en cuenta que el oficio No. 16991 de 3 de junio de 1985, mediante el cual el Contralor General de la República presenta al Gerente General de la Flota Mercante Grancolombiana unos funcionarios para visitar dicha entidad "... a fin de dar cumplimiento a lo ordenado por la Resolución No. 11 168 de 22 de mayo de 1985", no constituye un acto susceptible de ser enjuiciado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como ya se analizó al resolver la excepción de inepta demanda planteada por la entidad demandada, la Sala considera que la acción incoada por la Flota Mercante Grancolombiana S.A., a pesar de haber sido planteada como de nulidad y restablecimiento del derecho, debe entenderse, como las demás que dieron lugar a la acumulación decretada por la Sala en su oportunidad, como de simple nulidad contra la Resolución No. 11168 de 1985, que es el único acto enjuiciable. Si no fuera así, no hubiera sido posible la acumulación en legal forma de los procesos objeto de esta sentencia. En esas condiciones y como quiera que la solicitud de restablecimiento del derecho formulada por la Flota Mercante Grancolombiana, dentro de la demanda que dio origen al expediente No. 279, se derivaría de la declaratoria de nulidad del citado oficio, es claro que no es posible acceder a dicha pretensión.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Declárense no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Segundo. Declárase la nulidad de la Resolución número 011168 de 22 de mayo de 1985, expedida por la Contraloría General de la República.

Tercero. Declárase inhibido para hacer pronunciamiento de fondo respecto de la legalidad del Oficio No. 16.991 de 3 de junio de 1985, dirigido por el Contralor General de la República al Gerente General de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., por las razones expuestas en la parte motiva.

Cuarto. Deniégrese las demás súplicas de la demanda contenidas en el expediente número 279.

Quinto. Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al señor Contralor General de la República.

Sexto. En firme esta sentencia, archívense los expedientes.
Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
PRESIDENTE DE LA SALA

MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

YESID ROJAS SERRANO