

ACCION POPULAR - Procede frente a contratos

Los hechos señalados por los demandantes como violatorios de los derechos colectivos invocados refieren situaciones de naturaleza contractual. Resulta pertinente, entonces, recordar que en la jurisprudencia actual no es discutible la procedibilidad de la acción popular en materia contractual.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la acción popular para debatir conflictos derivados de contratos estatales, se remite a la sentencia AP-1402 de 5 de marzo de 2008. Sección Tercera.

FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS - Administradora del Fondo Nacional del Café / FONDO NACIONAL DEL CAFE - Administrado por la Federación Nacional de Cafeteros / COMITE NACIONAL DE CAFETEROS - Organo de dirección para el manejo del Fondo Nacional del Café

El Fondo Nacional del Café es depositario de la contribución cafetera -Leyes 9 de 1991, 788 de 2002 y 1151 de 2007-, contribución parafiscal a cargo de los productores de café, destinada a mantener el ingreso cafetero de acuerdo a los objetivos previstos que dieron origen al citado Fondo. El Comité Nacional de Cafeteros es el órgano de dirección para el manejo del Fondo Nacional del Café; órgano que cuenta con la participación de los Ministros de Agricultura, Comercio Exterior y de Hacienda y Crédito Público, del Director de Planeación Nacional y de los miembros que establecen los Estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Son funciones principales de ese Comité, relevantes para el caso concreto, las de diseñar la política para comercialización externa e interna del café colombiano y fijar directivas en materias tales como la incursión de nuevos canales de comercialización interna y externa, nuevas formas de consumo, la diversificación de calidades, etc. La ejecución de las actividades y proyectos con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café corresponde directamente a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia o, por vía de contrato, a terceros, caso en el cual el régimen de contratación es el propio del derecho privado y el fijado en el Estatuto de Contratación adoptado por el Comité Nacional de Cafeteros (Resolución 08 de 30 de octubre de 2000).

JUAN VALDEZ - Naturaleza onerosa del usufructo autorizado a Procafecol S.A. / PROCAFECOL S.A. - Usufructuario de la marca Juan Valdez

El conjunto de pruebas relacionadas dan cuenta de que el usufructo de la marca Juan Valdez por parte de Procafecol S.A. no se autorizó a título gratuito como se sostiene en la demanda. De hecho, en la autorización emitida en la sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002, posteriormente modificada en la sesión del 17 de julio de 2003, se dejó expresa constancia de la naturaleza onerosa del usufructo autorizado, al exigirse a Procafecol S.A. el pago de una regalía a favor del Fondo Nacional del Café desde el primer día de operaciones, en la cuantía que sería estimada por un tercero independiente, sin que exista prueba que infirme el avalúo contratado. Idéntica estipulación aparece en el contrato de licencia de uso de marca llevado a escrito el 6 de septiembre de 2004, según quedó transcrito en la descripción del marco fáctico de la controversia. Es así como Procafecol S.A. ha cancelado diferentes sumas de dinero a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con destino a éste, por conceptos de derecho inicial, regalías, contribución a publicidad e intereses, según quedó suficientemente demostrado con los comprobantes de pago y soportes contables del caso.

JUAN VALDEZ - Contrato de licencia o usufructo de marca no exige solemnidad del escrito para su existencia y validez / LICENCIA DE MARCA - Contrato no exige solemnidad del escrito para su existencia y validez

En cuanto a la alegada falta de contrato previo, los hechos demuestran que las partes fueron adoptando gradualmente una serie de preacuerdos y acuerdos producto de la manifestación de su voluntad para desarrollar un negocio cuya cuantía se consolidó cuando la firma Future Brand terminó su labor de valoración de la regalía, momento en el cual se llevó a escrito el contrato (septiembre de 2004). Las cláusulas de este contrato establecen el objeto de la licencia de marca, el área o países de la concesión, que el usufructo no es exclusivo, los mayores porcentajes a pagar por concepto de regalías -liquidadas sobre las ventas brutas debidamente auditadas- y el cobro retroactivo del mayor valor a pagar junto con intereses fijados a la tasa de DTF más cuatro puntos, etc. Este procedimiento no es ajeno a la negociación de una licencia de marca y, en general, del licenciamiento de bienes inmateriales. (...) De manera que, como para su validez y existencia (la del contrato) no existe norma en la legislación colombiana que exija la solemnidad del escrito, entonces el contrato de licencia de uso de marca es de naturaleza consensual y para su perfeccionamiento sólo basta el acuerdo de voluntades, como autoriza el Código de Comercio. (...) Así las cosas, es evidente que en este caso y desde un principio existió manifestación de la voluntad de las partes en el sentido de celebrar un contrato de usufructo de marca, tal como se desprende de los preacuerdos y acuerdos sucesivos analizados. Así mismo, quedó establecido que jurídicamente no es exigible la celebración por escrito de dicho contrato desde el comienzo de las operaciones.

FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS - No es incompatible la administración de recursos privados y públicos

Es indiscutible que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia ejerce, de manera simultánea, la administración de recursos de naturaleza jurídica diferente. Por un lado, de los privados que le son propios y, por otro, de los públicos que maneja por mandato de la ley y del Gobierno Nacional. Sin embargo, dada su naturaleza gremial y la destinación específica de los recursos del Fondo Nacional del Café, aspectos propios del régimen parafiscal que los cobija, los intereses que concurren no son, de ningún modo, incompatibles, como pareciera sugerirlo la demanda. Así lo ha explicado la jurisprudencia, como se indica a continuación. (...) En estas condiciones, la alegada concurrencia de intereses incompatibles por parte del Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no fue demostrada, pues, por principio, el recaudo, administración y ejecución de las contribuciones parafiscales exige la confluencia e interacción, por una parte, de los intereses del gremio contribuyente y beneficiario y, por otra, del interés público en la protección de un trascendental renglón de la economía nacional, el mismo interés que justifica el ejercicio de la soberanía fiscal en estas materias.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la administración de recursos parafiscales confiada a la Federación Nacional de Cafeteros, se remite a las sentencias C-308 de 1994 y C-543 de 2001, Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, veinticuatro (24) de marzo de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-00739-01(IJ)AP

Actor: LUIS DARIO CAPADOR MARTINEZ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y OTROS

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decide los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada el 16 de febrero de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante la cual negó la acción popular.

Como la mayoría de la Sala no acogió el proyecto de fallo inicialmente presentado, corresponde redactar esta providencia al Consejero que siguió en orden alfabético entre quienes no estuvieron de acuerdo con tal proyecto.

I. - ANTECEDENTES

1. LA SOLICITUD

A.- PRETENSIONES

Los señores Luis Darío Capador Martínez, César Arturo Torres Gómez, Pedro Carlos de Narváez López, Martha Helena Barreto Ramírez y Andrés Garzón Velandia, en nombre propio ejercieron la acción popular contra las siguientes personas naturales y jurídicas: i) Alberto Carrasquilla Barrera, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Ministro de Hacienda y Crédito Público y miembro del Comité Nacional de Cafeteros; ii) Carlos Gustavo Cano, quien se desempeñaba como Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y miembro del Comité Nacional de Cafeteros; iii) Gabriel Silva Luján, Presidente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y representante legal del Fondo Nacional del Café; iv) Los señores Juan Carlos Rojas Iragorri, Claudio Arango Villamizar, Camila Pinzón Rodríguez y Guillermo Trujillo Estrada, en su condición de socios de la sociedad Promotora de Café Colombia, Procafecol, S.A.; v) la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia; vi) la Promotora de Café Colombia, Procafecol, S.A; y vii) la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Demandan la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la libre competencia económica y, en consecuencia, que se ordene:

- 1°. La suspensión inmediata *“del uso o aprovechamiento indebido que viene haciendo la sociedad Promotora de Café Colombia S.A.-Procafecol, de la marca Juan Valdez”*.
- 2°. Que los socios de Promotora de Café Colombia, Procafecol, S.A. *“queden impedidos, inhabilitados al futuro”* para usar o explotar la marca Juan Valdez.
- 3°. Que Promotora de Café Colombia, Procafecol, S.A., en solidaridad con sus socios, los demás demandados y quienes resulten responsables, indemnicen al Fondo Nacional del Café mediante el pago de la suma de dinero actualizada que determinen los peritos como correspondiente al aprovechamiento de: i) la marca Juan Valdez, ii) el estudio realizado por la firma Violy McAusland y el señor Rudolf Hommes en el montaje de las

Tiendas de Café Juan Valdez y iii) lo invertido en el posicionamiento y buen nombre de la marca Juan Valdez.

- 4°. Que, si el Fondo Nacional del Café está interesado en autorizar que particulares exploten económicamente la marca Juan Valdez, se promueva mediante proceso licitatorio público.
- 5°. Que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se declare impedida para participar, en interés particular, en cualquier acto o negocio jurídico que tenga por objeto la explotación de la marca Juan Valdez.
- 6°. Que el señor Gabriel Silva Luján se abstenga de desempeñar cualquier función relacionada con el manejo del Fondo Nacional del Café.

Por último, pidieron el reconocimiento y pago del incentivo económico de que trata el artículo 40 de la Ley 472 de 1998.

B.- HECHOS

Como fundamento de la acción, los demandantes sostuvieron, en síntesis, lo siguiente:

- 1°. El Decreto 2078 de 1940 creó el Fondo Nacional del Café como cuenta especial del tesoro público, sin personería jurídica, cuya administración está a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en los términos del contrato que periódicamente el Gobierno Nacional suscribe con esta entidad privada. La Federación Nacional es persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, según el acto de constitución, aprobado por el Gobierno Nacional.
- 2°. Los recursos del Fondo Nacional del Café, en cuanto parafiscales, son públicos, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia en varias oportunidades (sentencias C-449 de 1992 y C-543 de 2001 de la Corte Constitucional y la proferida el 5 de febrero de 1993 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado). Estos dineros están destinados a favorecer el sector que los tributa.
- 3°. De acuerdo con la cláusula tercera del último contrato de administración, suscrito el 12 de noviembre de 1997, el órgano de dirección para el manejo del Fondo Nacional del Café es el Comité Nacional de Cafeteros, que lo componen: En representación del Gobierno Nacional, los Ministros de Hacienda y Crédito Público (indelegable), de Agricultura y Desarrollo Rural (indelegable) y de Comercio Exterior (delegable), así como el Director del Departamento Nacional de Planeación (delegable). Y, en representación del gremio cafetero, los miembros que determinen los Estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.
- 4°. Son obligaciones a cargo de la Federación, entre otras, la de mantener la separación presupuestal, patrimonial y contable entre los bienes y recursos del Fondo Nacional del Café y los de la Federación, al igual que la de indicar expresamente el nombre del Fondo Nacional del Café en los actos financiados con recursos de éste (cláusula séptima del contrato de administración). Además, los empleados y asesores permanentes de la Federación cuyas funciones se relacionan con la administración y manejo del Fondo Nacional del Café están sometidos al régimen disciplinario de los servidores públicos (cláusula décima octava).

- 5°. Desde hace más de cuarenta años, con dineros del Fondo Nacional del Café, la Federación registró la marca Juan Valdez en versión nominativa y figurativa con logo y ha invertido en su posicionamiento más de mil trescientos millones de dólares, logrando que su valor actualmente supere los ciento cincuenta millones de dólares y que, por ese concepto, los caficultores colombianos reciban una prima.
- 6°. Mediante escritura pública número 5559 del 19 de noviembre de 2002, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y cuatro particulares más constituyeron la sociedad Promotora de Café Colombia, Procafecol, S.A., cuyo objeto principal es el de *“comercializar café colombiano en todas sus formas, crear tiendas de café para administración directamente o a través de terceros, otorgar franquicias de las tiendas de café, vender bebida de café, café tostado, molido y en grano, en distintas representaciones y distintos puntos de venta, a nivel nacional y a nivel internacional, vender artículos de mercadeo relacionados con el café y/o con las marcas comerciales utilizadas por la sociedad”* (subraya no original). La distribución accionaria de Procafecol S.A. fue la siguiente: La Federación 470 acciones y los particulares Juan Carlos Rojas Irragorri una acción, Claudio Arango Villamizar una acción, Camila Pinzón Rodríguez una acción y Guillermo Trujillo Estrada 27 acciones.
- 7°. El 10 de diciembre siguiente, la recién creada Procafecol S.A. inscribió en la Cámara de Comercio de Bogotá el establecimiento de comercio denominado Tienda de Café Juan Valdez, utilizando el logo o signos distintivos de la marca Juan Valdez y para la fecha de presentación de la demanda (2 de abril de 2004), Procafecol S.A. ha abierto cuatro Tiendas de Café Juan Valdez en Colombia y se encuentra en proceso de abrir otras fuera del país.
- 8°. El demandante Pedro Carlos de Narváez López se quejó ante el Presidente de la República por el posible aprovechamiento indebido de la marca Juan Valdez, siendo atendido por una funcionaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien aclaró que *“la autorización del uso de esta marca fue solicitada ante al Comité Nacional de Cafeteros y aprobada por ese mismo ente, bajo el entendido de un reconocimiento económico al Fondo por el usufructo de este intangible”* (comunicación del 6 de noviembre de 2003).
- 9°. Luego de requerida la ampliación de la respuesta anterior, la misma funcionaria señaló que la aludida autorización fue otorgada en reunión del Comité Nacional de Cafeteros realizada el 23 de diciembre de 2002, por solicitud del Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, quien se comprometió en esa oportunidad a *“contratar un asesor externo e independiente para que estime la suma que la Federación, como ente de derecho privado, debe reconocer y pagar al Fondo Nacional del Café, por el usufructo de dichas marcas”*. Por otra parte, señaló que la aludida suma está en proceso de determinación. Finalmente, indicó que *“el derecho del usufructo de esa marca la puede hacer cualquier persona previa autorización del Comité Nacional y teniendo en cuenta el acuerdo económico a que haya lugar”* (subraya no original).
- 10°. Revisado el texto del acta de la reunión del 23 de diciembre de 2002, se advierte que el entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Alberto Carrasquilla Barrera, entregó a una sociedad privada el usufructo de la marca Juan Valdez *“sin que el erario público [sic] hubiese recibido*

contraprestación alguna por ello, sin que mediara contrato alguno (...), reiterando que fue tal el inusitado interés de los particulares en aprovecharse ilícitamente de la marca, que cuando el ministro decidió entregársela a ese círculo exclusivo de particulares, éstos con mucha anterioridad ya la habían registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá, junto con sus establecimientos de comercio” (subraya no original).

- 11°. Procafecol S.A. se benefició del préstamo que, con bajos intereses, largo plazo y por más de seis mil millones de pesos, le concedió el Gobierno Nacional por intermedio de Bancoldex S.A., tal como consta en el acta número 22 del 9 de septiembre de 2002 del Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.
- 12°. Procafecol S.A. también se aprovechó del estudio realizado por la firma Violy McAusland y el señor Rudolf Hommes sobre viabilidad de las tiendas de café, pagado con recursos del Fondo Nacional del Café, tal como consta en el acta número 22 del 9 de septiembre de 2002 del Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.
- 13°. El Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia incurrió en incompatibilidad por representar simultáneamente intereses públicos (en nombre de la Federación como administradora del Fondo Nacional del Café) y privados (en nombre de la Federación como socia de Procafecol S.A.).
- 14°. Es reprochable *“el celo con que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia defiende el uso de la marca Juan Valdez, obviamente en su beneficio propio y en el del círculo cerrado de las personas particulares aquí accionadas”*, tal como ocurrió el 7 de marzo de 2003 cuando prohibió a la sociedad Café Don Pedro S.A. exhibir tal marca, advirtiendo que los terceros que deseen usarla deben estar *“previamente autorizados mediante contrato de licencia de marca”*.

C.- DERECHOS COLECTIVOS CUYA VIOLACION SE ALEGA

Los demandantes sustentan la violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la libre competencia económica, de la manera como se resume en cada caso:

- 1°. Moralidad administrativa. Al haberse entregado el uso y explotación de la marca Juan Valdez y de los estudios reseñados *“sin contraprestación y sin mediar procedimiento contractual alguno”*, los responsables no actuaron con la pulcritud y transparencia que el asunto ameritaba, pues además de que omitieron las diligencias necesarias para la defensa de los intereses colectivos, actuaron motivados exclusivamente por su propio interés particular, obteniendo indebidas ventajas que ocasionaron *“grave y cuantioso detrimento del erario”*.
- 2°. Defensa del patrimonio público. La conducta inmoral antes descrita permitió que un grupo de particulares se apropiara indebidamente del patrimonio público representado en la marca Juan Valdez y en los estudios reseñados.
- 3°. Libre competencia económica. La autorización para que, en forma excluyente, Procafecol S.A. explote la marca Juan Valdez impide la libre competencia en el negocio de venta de café tinto al detal y atenta contra el principio de veracidad publicitaria, pues hace creer al consumidor que el mejor café colombiano se expende en las Tiendas de Café Juan Valdez, *“en*

detrimiento de competidores que han logrado a base de esfuerzo honesto y transparente y una larga permanencia en el mercado, una mejor calidad de café". Procafecol S.A. irrumpe en el mercado abusando de su posición dominante al aprovecharse indebidamente de un bien público.

2. CONTESTACION

Del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.-

Luego de referirse a la evolución del Fondo Nacional del Café y a la naturaleza parafiscal de sus rentas, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público indicó, en síntesis, lo siguiente:

- 1°. El Comité Nacional de Cafeteros, integrado por representantes del Gobierno Nacional y del gremio cafetero, es el máximo órgano decisorio en lo que al Fondo Nacional del Café se refiere y sus determinaciones son tomadas de manera colegiada, de acuerdo con las restricciones y condiciones impuestas por el contrato de administración celebrado con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. En ese sentido, *"la única calificación especial que tiene la intervención del Ministro de Hacienda en el Comité es que su voto tendrá la equivalencia nominal necesaria para equilibrar los votos del Gobierno Nacional con los de los representantes gremiales (cláusula 3ª). Igualmente, el voto positivo del Ministro de Hacienda será necesario para la adopción de ciertas decisiones como la adquisición de inversiones permanentes"* (subraya no original).
- 2°. Por el hecho de que buena parte del valor final del café en el exterior era percibido por los comercializadores extranjeros y no por el productor o exportador nacional, se conformó la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera, cuyo informe final, publicado en mayo de 2002, destacó la urgente necesidad de adoptar políticas de explotación de la marca Juan Valdez para ingresar al mercado especializado, con el fin de generar mayor valor a la oferta colombiana de café. Todo ello de acuerdo con las estrategias de manejo de marcas e imagen propuestas por la firma Violy, Byorum & Partners y por la Universidad de Harvard.
- 3°. Con el fin de implementar la venta de café con valor agregado, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en Acta número 13 del 23 de diciembre de 2002 del Comité Nacional de Cafeteros, autorizó la explotación de las marcas de propiedad del Fondo Nacional del Café, *"con expresa claridad sobre la suscripción de un documento que reglamente el pago por el usufructo de las mismas para lo cual se manifestó que se contrataría un asesor externo e independiente que estimaría la suma que debía ser pagada por la Federación al Fondo Nacional del Café por el usufructo de las marcas en cuestión"*.
- 4°. En reunión del Comité celebrada el 17 de julio de 2003 se modificó la autorización del 23 de diciembre de 2002, *"en el sentido de que era el Comité Nacional de Cafeteros quien debía autorizar el uso de las marcas"*, Además, *"se enfatizó en que todas las decisiones relacionadas con la remuneración por el uso de las marcas se aplicaban desde el momento en que comenzó el uso efectivo de las mismas"*, dejando constancia del contrato celebrado con la firma Future Brand para la evaluación, manejo y diseño de dicha remuneración.

- 5°. De lo expuesto en la demanda no se deriva actuación del Ministro de Hacienda y Crédito Público orientada a evitar la libre contienda entre empresarios o la libertad de los consumidores para elegir. No alude a ninguno de los actos definidos por el ordenamiento y la doctrina como violatorios de la libertad de competencia o constitutivos de abuso de posición dominante. Además, en criterio de la Superintendencia de Industria y Comercio, la concesión de uso exclusivo de una marca no vulnera la libertad de competencia (concepto 02108233 de 2003) y, en el caso de la utilización de la marca Juan Valdez por parte de la sociedad Procafecol S.A., expresó que tal negocio, *“antes que limitar o restringir la libre competencia permite la existencia de mayor variedad de productos y precios”* (Resolución 02255 del 29 de septiembre de 2003).
- 6°. Para concluir la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa es necesario demostrar, no sólo la trasgresión del ordenamiento jurídico, sino también la mala fe de la administración. En este caso, el Ministerio obró en ejercicio de las funciones que le atribuye el contrato de administración del Fondo Nacional del Café (cláusulas tercera, cuarta y octava) y de acuerdo con los soportes y estudios que justifican la nueva estrategia comercial.
- 7°. Acerca de la alegada violación del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, sustentada en la ausencia de contraprestación y de procedimiento contractual en la cesión del uso de la marca Juan Valdez, se aclara, por una parte, que la celebración de los contratos con los eventuales licenciatarios de las marcas del Fondo Nacional del Café es competencia de la Federación Nacional del Café y, por otra, que la remuneración por el uso de la marca es exigencia que opera desde que comenzó ese uso por parte de Procafecol S.A.

Del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.-

La apoderada del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural intervino para señalar, en resumen, lo siguiente:

- 1°. El contrato de administración suscrito entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es un contrato de mandato, ajustado a los fines que persigue la parafiscalidad cafetera.
- 2°. La incompatibilidad que se alega por la adquisición de activos del Fondo Nacional del Café por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no existe. Por el contrario, tal negociación es válida en los términos del artículo 2170 del Código Civil, esto es, si media aprobación expresa del mandante, sobre el entendido de que son diferentes las actuaciones de la Federación cuando obra como administradora del Fondo y cuando obra en nombre propio. La autorización en mención se dio en este caso por cuenta de lo decidido por el Comité Nacional de Cafeteros, como lo reconoce la parte actora.
- 3°. La autorización no se impartió de manera que resultara desventajosa para los intereses del Fondo Nacional del Café. No fue gratuita, pues exige un reconocimiento económico a favor del fondo. Además, los demandantes no demostraron que el aprovechamiento de la marca Juan Valdez causara un detrimento al patrimonio público.

- 4°. No existe violación de la moralidad administrativa, pues las actuaciones denunciadas tienen pleno respaldo jurídico.
- 5°. Tampoco se vulnera el derecho a la libre competencia, pues en la sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002 se dejó expresa constancia de que *“el derecho de usufructo de esta marca la puede hacer cualquier persona previa autorización del Comité Nacional y teniendo en cuenta el acuerdo económico a que haya lugar”*.
- 6°. El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia ordenó el archivo de la investigación solicitada por el demandante Pedro Carlos de Narváez López con fundamento en los mismos hechos aquí alegados, concluyendo esa autoridad que la implementación de las Tiendas de Café Juan Valdez no vulnera la libre competencia (auto número 2255 del 29 de septiembre de 2003).
- 7°. La demanda no explica el alegado abuso de la posición dominante que, apenas, enuncia. Por tanto, ninguna consideración merece tal acusación.

Finalmente, propuso la excepción de falta de legitimidad en la causa pasiva, sustentada en que el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural no asistió a las sesiones del Comité Nacional de Cafeteros realizadas el 23 de diciembre de 2002 y el 17 de julio de 2003.

Del señor Juan Carlos Rojas Iragorri, socio de Procafecol S.A.-

El señor Juan Carlos Rojas Iragorri, actuando en nombre propio e invocando su condición de accionista de Procafecol S.A., contestó la demanda de acción popular. En resumen, señaló, lo siguiente:

- 1°. En su condición de accionista de una sociedad comercial de derecho privado no se le puede endilgar la vulneración de la moralidad pública o del patrimonio público. Además, las actuaciones de la sociedad y de sus socios se ajustan a la legalidad.
- 2°. El usufructo comercial por parte de Procafecol S.A. de las marcas de propiedad del Fondo Nacional del Café es legítimo, pues se ampara en la autorización que en ese sentido emitió el Comité Nacional de Cafeteros, ente competente para ello.
- 3°. Dicho usufructo no se predica de un bien público, pues el Fondo Nacional del Café es una cuenta de naturaleza parafiscal, es decir, que no hace parte del presupuesto nacional.
- 4°. Procafecol S.A. reconoce al Fondo Nacional de Café una regalía provisional por el usufructo de las marcas de su propiedad; remuneración que responde a parámetros de mercado y que se paga como anticipo, dado su *“carácter provisional en tanto concluyan los estudios de valoración de la marca”*.
- 5°. La Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció acerca de la implementación de las Tiendas de Café Juan Valdez, para concluir que el ingreso de nuevos agentes al mercado, antes que limitar o restringir la libre competencia, permite la existencia de una mayor variedad de productos y servicios (auto número 2255 del 29 de septiembre de 2003).

Del señor Guillermo Trujillo Estrada, ex socio de Procafecol S.A.-

Por intermedio de apoderado, el señor Guillermo Trujillo Estrada también contestó la demanda. Luego de aclarar que desde el 4 de septiembre de 2003 cedió la totalidad de sus acciones en Procafecol S.A., se pronunció en similares términos a como lo hizo el demandado Juan Carlos Rojas Iragorri.

De Procafecol S.A.-

El apoderado de Procafecol S.A. contestó la demanda con apoyo en los mismos argumentos de los demandados Juan Carlos Rojas Iragorri y Guillermo Trujillo Estrada, pero agregó que, de acuerdo con las nuevas políticas de comercialización impuestas a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, ésta decidió que mediante la creación de una sociedad anónima comercial se lograrían los objetivos de esas nuevas políticas. Por tanto, destacó que *“desde la constitución de la sociedad se conocía que la sociedad Procafecol S.A. utilizaría en condiciones comerciales y según los parámetros que fueran señalados por el Comité Nacional de Cafeteros, las marcas comerciales propiedad de éste”*.

De la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.-

El apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia expuso, en relación con los hechos de la demanda, los argumentos que se resumen a continuación:

- 1°. Para la comprensión de la naturaleza parafiscal del Fondo Nacional del Café es determinante la destinación de sus recursos, pues la contribución que alimenta ese fondo, que no es impuesto, no sólo no ingresa al presupuesto nacional, sino que debe reinvertirse en beneficio del gremio cafetero.
- 2°. La cláusula contractual citada por los demandantes para afirmar la responsabilidad disciplinaria que, según ellos, se predica de algunos de los demandados, remite a la Ley 200 de 1995, actualmente sin vigencia por haber sido derogada por la Ley 734 de 2002, la cual no incluyó a los administradores de recursos parafiscales como sujetos disciplinables.
- 3°. Las cifras mencionadas en la demanda no tienen fundamento objetivo alguno, siendo apenas, meras apreciaciones subjetivas, por demás, exageradas. Nótese que la Federación se ha visto en la necesidad de contratar firmas extranjeras especializadas para la valoración de la marca Juan Valdez, en términos jurídicos, contables, económicos y publicitarios.
- 4°. Las condiciones económicas bajo las cuales Procafecol S.A. usufructúa comercialmente la marca Juan Valdez se determinaron mediante una evaluación preliminar basada en parámetros de mercado. La regalía reconocida tiene un carácter provisional, en tanto concluyan los estudios de valoración por parte de un tercero independiente.
- 5°. De ningún modo se ha entregado a un círculo restringido de particulares el uso de la marca. Además de que el usufructo autorizado no es exclusivo, no puede pasarse por alto el fundamento y alcance de la nueva política de comercialización de la propiedad marcaria del Fondo Nacional del Café, la cual no se agota con la estrategia comercial implementada con las Tiendas de Café Juan Valdez y beneficia a todos los productores de café, independientemente de estar afiliados a la Federación.

- 6°. La autorización del 23 de diciembre de 2002 se otorgó a la Federación para que ella, directamente o mediante sociedades en las que tenga acciones, pueda usufructuar la marca, a cambio de una retribución económica al Fondo Nacional del Café. No es cierto, entonces, que la cesión haya operado a título gratuito. De hecho, desde la inauguración de la primera Tienda de Café Juan Valdez, se ha venido pagando la regalía en cuestión.
- 7°. Sobre la alegada ausencia de procedimiento contractual, *“son múltiples los actos jurídicos en los que se plasma la voluntad del Gobierno Nacional, en el sentido de adoptar una estrategia de valor agregado que potencialice el patrimonio marcario del Fondo Nacional del Café”*. Concretamente, las conclusiones de la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera, el convenio suscrito el 2 de septiembre de 2002 entre el Gobierno Nacional y la Federación y las Actas del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre y del 17 de julio de 2003. Lo anterior, sin dejar de lado el contrato de administración.
- 8°. La autorización del Ministro de Hacienda y Crédito Público en sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002 *“constituye sólo el último elemento de la formalización de la voluntad varias veces expresada y formalizada por parte del Gobierno Nacional”*. Nada impedía que el 10 de diciembre de 2002, inicio de la temporada vacacional navideña, se inaugurara la primera Tienda Juan Valdez en el Aeropuerto El Dorado, como en efecto ocurrió. Por el contrario, esperar a la reunión del Comité Nacional de Cafeteros prevista para el 23 de diciembre, *“no sólo era innecesario jurídicamente, sino evidentemente inconveniente desde el punto de vista comercial”* (subraya no original).
- 9°. No es cierto que se haya tramitado y obtenido un crédito de Bancoldex y aunque así fuera, ello no sería prueba de un indebido aprovechamiento del patrimonio público, como irreflexivamente lo sugieren los demandantes.
- 10°. El estudio técnico al cual se refieren los demandantes, en realidad, elaborado por la firma Violy, Byorum & Partners, no tuvo por objeto las Tiendas de Café Juan Valdez, sino, en términos generales, el desarrollo del patrimonio marcario del Fondo Nacional del Café, sugiriendo diferentes posibilidades estratégicas, sin referirse a un negocio específico.
- 11°. La alegada incompatibilidad del Gerente de la Federación no se configura, pues por razón de la administración encargada a la persona jurídica de derecho privado que él representa, no adquiere la naturaleza de autoridad. La administración del Fondo Nacional del Café le fue encomendada en virtud de un contrato que, en esencia, es de mandato y cuya ejecución se rige por las normas del derecho privado. Bajo ese entendido, en este caso hay prueba suficiente de las autorizaciones que, en términos del artículo 2170 del Código Civil, hacen posible que el mandatario usufructúe los recursos del mandante.
- 12°. La solicitud de suspensión del uso de un afiche publicitario a la cual se refiere la demanda hace parte de las acciones adelantadas por la Federación como administradora del Fondo Nacional del Café y obligada, por tanto, a defender los derechos que se derivan de las marcas propias de ese fondo, en algunos casos, en los términos de las licencias de uso que ha otorgado a diferentes terceros. El artículo 155 de la Decisión 486 de la Comisión de la

Comunidad Andina (régimen común de propiedad industrial) reconoce esa defensa como derecho de todo titular de una marca.

En cuanto a la alegada violación de derechos colectivos y las pretensiones de la demanda, además de insistir en algunos de los planteamientos señalados, agregó:

- 1°. Las Tiendas de Café Juan Valdez no sólo son fruto de la nueva política pública de comercialización de la propiedad marcaria del Fondo Nacional del Café, sino de la iniciativa privada gremial, pues los recursos empleados en su implementación provinieron de particulares y del patrimonio privado de la Federación, porque con los dineros del Fondo Nacional del Café no es posible hacer inversiones. En ese sentido, la Federación adelanta un proyecto de democratización accionaria de Procafecol S.A. para que sus titulares directos sean los productores de café federados o titulares de cédula cafetera.
- 2°. En la actualidad, quienes pretendan usufructuar la marca Juan Valdez *“saben que ello tiene un costo comercial en condiciones equiparables a las autorizadas para la sociedad Procafecol S.A.”*.
- 3°. Las personas que integran el conjunto de socios de Procafecol S.A. son las que intervinieron activamente en la formulación e implementación del proyecto Tiendas de Café Juan Valdez y, por mera liberalidad, el accionista Guillermo Trujillo Estrada enajenó su participación a la Fundación Manuel Mejía.
- 4°. Sobre la alegada violación del derecho a la libre competencia, es del caso remitirse a la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio que examinó en detalle los argumentos planteados en la demanda.
- 5°. Las condiciones en que el Fondo Nacional del Café celebra contratos y dispone de sus activos son las previstas en el contrato de administración y en la Resolución número 8 del 30 de octubre de 2000 del Comité Nacional de Cafeteros, *“Por la cual se aprueba el Estatuto de Contratación de la Federación Nacional de Cafeteros con recursos parafiscales cafeteros”*.
- 6°. Las inhabilidades e incompatibilidades a las que están sometidos los administradores del Fondo Nacional del Café son las descritas en la cláusula 17 del contrato de administración celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación.

De la señora Camila Pinzón Rodríguez, socia de Procafecol S.A.-

Actuando en nombre propio, la señora Camila Pinzón Rodríguez contestó la demanda para plantear algunos de los argumentos que, en idéntico sentido, expusieron los demandados Juan Carlos Rojas Irigorri y Guillermo Trujillo Estrada.

Del señor Claudio Arango Villamizar, socio de Procafecol S.A.-

El señor Claudio Arango Villamizar, en nombre propio, contestó la demanda en términos similares a como lo hizo la demandada Camila Pinzón Rodríguez.

De la Fundación Manuel Mejía, socia de Procafecol S.A.-

La Fundación Manuel Mejía intervino como demandada por vinculación que de manera oficiosa dispuso el Tribunal. En resumen, sostuvo lo siguiente:

- 1°. La norma citada por los demandantes como sustento de la falta disciplinaria denunciada fue derogada por la Ley 734 de 2002, actual régimen disciplinario de los servidores públicos que no cubre a los particulares administradores de recursos parafiscales.
- 2°. El hecho de que no se hubiera firmado un documento al que se denomine "contrato" no significa que no exista una relación comercial válida, sujeta al derecho privado y de carácter oneroso, entre Procafecol S.A. y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café.
- 3°. En virtud de ese acuerdo a Procafecol S.A. le fue otorgada licencia de uso de la marca Juan Valdez, de acuerdo con las autorizaciones impartidas al respecto por el Comité Nacional de Cafeteros, con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, en las sesiones del 23 de diciembre de 2002 y 17 de julio de 2003. Además, existen documentos escritos que fijan los elementos esenciales de la concertación, tales como la comunicación dirigida el 16 de enero de 2004 a Procafecol S.A. por la Gerente Financiera de la Federación (señalamiento del costo fijo provisional anticipado y de porcentaje de las ventas brutas, también provisional y anticipado) y las liquidaciones de regalías suscritas por Procafecol S.A. el 12 de febrero y el 1° de junio de 2004 y los instrumentos de pago correspondientes.
- 4°. La demanda no ofrece elemento de juicio que permita corroborar su afirmación sobre el monto de las inversiones realizadas para el posicionamiento de la marca Juan Valdez.
- 5°. No es cierta la afirmación sobre apropiación del estudio técnico al que se refieren los demandantes.
- 6°. El fenómeno que los demandantes califican equivocadamente como incompatibilidad contractual -figura propia del derecho público- se conoce en el derecho privado con el nombre de "*contratación celebrada por persona que actúa en dos calidades distintas*" (subraya no original), perfectamente lícita si se satisfacen las exigencias de los artículos 2170 del Código Civil y 839 del Código de Comercio, tal como ocurrió en este caso, en virtud de las autorizaciones que constan en las actas del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002 y del 17 de julio de 2003.
- 7°. La conducta vigilante y protectora de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no se cumple en su provecho sino en el del Fondo Nacional del Café, titular de la marca Juan Valdez y, por tanto, destinatario y beneficiario de la gestión administradora de la Federación.
- 8°. En la administración del Fondo Nacional del Café la figura del licenciamiento de uso de marca no tiene como única expresión la otorgada a Procafecol S.A. Existe un número elevado de licencias concedidas a distintas personas con arreglo a los parámetros normativos de la política de explotación del patrimonio cafetero establecida para la época. En ese sentido, el carácter exclusivo que los demandantes le atribuyen a la concesión cuestionada

“constituye una temeraria creación de los accionantes”, pues “la marca fue y es accesible a terceros en las condiciones preestablecidas”.

- 9°. Las alusiones hechas a la actividad comercial de Café Don Pedro S.A. ponen en evidencia que los demandantes no obran en defensa de un interés colectivo, sino de uno particular y concreto de naturaleza mercantil.
- 10°. El incentivo pretendido está sujeto a la demostración de la infracción de la moralidad administrativa en materia de contratación estatal (artículo 40 de la Ley 472 de 1998).
- 11°. Para sustentar la alegada violación del derecho colectivo a la libre competencia los demandantes adujeron los mismos hechos y razonamientos propuestos ante la Superintendencia de Industria y Comercio, ente que ordenó el archivo de la investigación.

Finalmente, propuso la excepción de falta de legitimación pasiva de los accionistas de Procafecol S.A., al considerar que éstos son terceros en la relación negocial cuestionada.

3. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante sentencia del 16 de febrero de 2005, negó las pretensiones de la demanda. Las consideraciones del Tribunal fueron, en síntesis, las siguientes:

- 1°. No se demostró que Procafecol S.A. u otro particular se aprovecha de un préstamo de dinero autorizado por Bancoldex. Tampoco del estudio sobre viabilidad de las Tiendas de Café Juan Valdez al que se refieren los demandantes.
- 2°. Tampoco se probó que la constitución de Procafecol S.A. fuera ilícita o lesiva del patrimonio público o de la moralidad administrativa.
- 3°. La autorización del Ministro de Hacienda y Crédito Público al Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia para que Procafecol S.A. o cualquier otra sociedad de la cual esa Federación fuera accionista, para usufructuar las marcas del Fondo Nacional del Café a cambio de una contraprestación económica retroactiva, equivale, en la realidad, a un contrato de licencia de marca.
- 4°. El Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no incurrió en incompatibilidad ni prohibición legal aplicable a los servidores públicos, pues en la constitución de Procafecol S.A. actuó como representante legal de esa Federación, en cumplimiento de la política cafetera fijada por el Gobierno Nacional y el Comité Nacional de Cafeteros, manteniendo la separación presupuestal, patrimonial y contable que se exige de los recursos de la Federación y los del Fondo Nacional del Café.
- 5°. Las actas del Comité Nacional de Cafeteros correspondientes a las sesiones del 23 de diciembre de 2002 y del 17 de julio de 2003 y los documentos sobre liquidación y pago de las regalías provisionales contradicen las afirmaciones de la demanda sobre no autorización, exclusividad y gratuidad

del usufructo otorgado, lo mismo que el aprovechamiento ilícito y lesión del patrimonio público.

- 6°. El Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros contrató una firma asesora externa e independiente para estimar la suma que se debe reconocer y pagar al Fondo por el usufructo de la marca Juan Valdez. Por tanto, no fue demostrada la vulneración de ese patrimonio parafiscal.
- 7°. No se demostró que los demandados hubieren actuado en contra de los intereses generales para favorecer los propios. Tampoco se probó que la actividad económica cuestionada viole la Constitución o la ley, el bien común, la competitividad o los principios de la función administrativa.

En el capítulo de antecedentes de la providencia apelada, luego de resumir los argumentos del Ministerio Público, el Tribunal se pronunció en relación con ellos, así:

“Respecto de este concepto, se considera:

No resulta probado en este proceso que la utilización de la marca Juan Valdez por la sociedad PROCAFECOL S.A. fuera ilícita y atentatoria contra los derechos e intereses colectivos; la Federación Nacional de Cafeteros entró al negocio de las Tiendas Juan Valdez, como ente asociativo privado, con contraprestación justipreciada a favor del Fondo y autorización suficiente del Comité Nacional de Cafeteros, con efectos retroactivos al inicio de esa utilización y, además, sin impedir que el Fondo pueda ser incluido como socio del negocio a través de la Federación, como su administradora, ni que se realicen otros negocios y actividades comerciales a iniciativa de la Federación como representante del Fondo. Si esa autorización fue dada aplicando la política general de mejor comercialización del café y los acuerdos celebrados con el Gobierno, con la debida contraprestación para el Fondo, podría ser retirada si PROCAFECOL S.A. no cumpliera con ese interés general. No se demostró en el proceso de la acción popular perjuicio concreto alguno o vulneración que hayan sufrido los derechos e intereses colectivos, o el patrimonio del Fondo Nacional del Café y, por lo demás, para la revisión de la legalidad, la anulación y las prestaciones económicas e indemnizatorias, frente a las decisiones unilaterales y contractuales, son expeditas las acciones judiciales ordinarias, dentro del debido proceso. Las supuestas faltas disciplinarias y hechos punibles, bien podrían ser puestas en conocimiento de las respectivas autoridades competentes para su correspondiente investigación y sanción.

En cuanto modifica las pretensiones de la demanda, después de vencido el término probatorio, en dicho concepto se desconoce el debido proceso a los demandados y, por lo tanto, resultan los elementos de convicción que sustentan ese concepto sin demostración, por falta de publicidad y contradicción (Art. 29 C.P.).”

4. LA IMPUGNACION

Del Ministerio Público.-

La Procuradora Quinta Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por considerar que en ella no se hizo un completo análisis del material probatorio recaudado, ni se respondió su planteamiento acerca de la *“existencia de causal de nulidad absoluta en el contrato verbal de concesión del uso de la marca Juan Valdez”*.

En la sustentación del recurso, agregó lo siguiente:

- 1°. No es cierto que el Ministerio Público haya modificado las pretensiones de la demanda violando el debido proceso de las partes. En verdad, *“teniendo como norte la pretensión principal de la demanda, cual es la defensa de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, y habiéndose encontrado probado en el proceso la ilegalidad del contrato mediante el cual se entregó el uso de la marca Juan Valdez, esta Agencia solicitó su protección inmediata, sugiriendo al a quo una serie de medidas en tal sentido, que si bien no coincidían exactamente con las pretensiones secundarias de la demanda, aparecían razonables (...) bajo el convencimiento de que el juez de la acción popular está investido de amplias facultades para adoptar las medidas que considere necesarias y adecuadas para proteger los derechos colectivos, sin que necesariamente esté sujeto al alcance de las solicitadas en la demanda”*.
- 2°. La acción popular permite ventilar la legalidad de la actividad contractual de quienes ejercen funciones públicas, como ocurre con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia al administrar el Fondo Nacional del Café, cuyos recursos son de origen parafiscal y, por ende, de naturaleza pública.
- 3°. En virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, son contratos estatales los celebrados por los entes señalados en el artículo 2° de esa misma ley, entre ellos, la Nación, propietaria del Fondo Nacional del Café. Por tanto, la actividad contractual de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora de ese Fondo, *“configura contratación estatal, independientemente del régimen jurídico aplicable a dichos contratos, pues se trata de contratos celebrados por la Nación a través de su mandataria”*.
- 4°. La autorización del Comité Nacional de Cafeteros a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no constituye contrato de uso o concesión de la marca Juan Valdez ni lo sustituye. La sentencia impugnada no examinó la legalidad del verdadero contrato de uso de marca, celebrado entre la Federación y Procafecol S.A. como resultado de *“un proceso contractual marcado por la improvisación, la violación de normas superiores de obligatoria observancia y la falta del cuidado que cualquier persona no muy diligente pondría a sus negocios, proceso contractual en el que se puso en peligro el patrimonio público y se alcanzó a configurar detrimento patrimonial al Fondo Nacional del Café”* (subraya no original).
- 5°. El Comité Nacional de Cafeteros es el órgano de dirección del Fondo Nacional del Café, encargado del diseño de las políticas para la comercialización interna y externa del café colombiano, pero sin competencia para administrar directamente los bienes del Fondo. Por tanto, antes de otorgar la autorización general debió adoptar, por vía de reglamento, los parámetros para la concesión de la explotación comercial de las marcas del Fondo, *“señalando cuando menos, el término o plazo de la*

concesión, los requisitos exigidos a los concesionarios, los estándares de calidad de bebida de café al por menor para garantizar el prestigio de la marca, el procedimiento para su adjudicación, causales de terminación del contrato y las respectivas tarifas”.

- 6°. La marca Juan Valdez comenzó a explotarse por Procafecol S.A. antes de que el Comité Nacional de Cafeteros autorizara su uso comercial y de que las partes contratantes (Federación y Procafecol S.A.) hubieran llegado a un acuerdo sobre el precio y el plazo de la concesión. De hecho, el acuerdo sobre el precio se logró casi un año después de iniciada la explotación, por cuenta de un cruce de correspondencia en los meses de enero y febrero de 2003.
- 7°. Se trasgredió la Resolución 08 de 2000 del Comité Nacional de Cafeteros, que contiene el *“Estatuto de Contratación de la Federación Nacional de Cafeteros con recursos parafiscales cafeteros”*, en cuanto prohíbe la celebración de contratos a término indefinido (artículo 47), fija un procedimiento especial para casos de urgencia (artículo 24) y obliga a la determinación del precio y del plazo desde la génesis del acuerdo de voluntades.
- 8°. Los valores acordados provisionalmente por la explotación de la marca se pagaron tardíamente y sin reconocer ni pagar los intereses correspondientes. Por tanto, Procafecol S.A. se apropió indebidamente de rendimientos que son de propiedad del Fondo Nacional del Café, por disposición expresa del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.
- 9°. En la administración del Fondo Nacional del Café la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia incurrió en culpa grave al asimilarse a Procafecol S.A. para justificar la inobservancia del estatuto contractual y no reclamar los intereses causados por el pago extemporáneo de la regalía.
- 10°. Gran parte de las anomalías que se cometieron en el proceso de contratación cuestionado fueron corregidas luego de instaurada la acción popular. No obstante, queda por examinar si el contrato suscrito para la explotación de la marca *“ofrece la suficiente garantía para la preservación del prestigio de la misma y no resulta lesivo para el patrimonio público”*. En todo caso, subsiste la necesidad de que el Comité Nacional de Cafeteros expida el reglamento al cual deben sujetarse los contratos de esa naturaleza.
- 11°. Si bien es cierto que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es socia mayoritaria de Procafecol S.A., lo es en calidad de ente asociativo privado y no como administradora del Fondo Nacional del Café. Además, Procafecol S.A. es una persona jurídica independiente y con fines diferentes a los de la Federación.
- 12°. En el establecimiento de las tarifas de la concesión la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se limitó a aceptar las sugeridas por la firma contratada para orientar esa labor, *“sin siquiera advertir la intención de negociar medio punto por encima de la tarifa insinuada (...), lo que denota falta de compromiso y transparencia en el cumplimiento de su encargo”*.

De los demandantes Martha Elena Barreto Ramírez, César Arturo Torres Gómez, Andrés Garzón Velandia y Luis Darío Capador Martínez.-

Los mencionados demandantes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal, señalando que ésta dejó de pronunciarse sobre los siguientes hechos que consideraron demostrados:

- 1°. La explotación de la marca Juan Valdez fue autorizada por el Gobierno Nacional a una sociedad de capital privado, sin fijar el monto de la contraprestación, sin celebrar contrato y en una época en que era conocido por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia que esa sociedad ya había registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá los establecimientos de comercio en los que, de tiempo atrás, venía ejecutando tal explotación.
- 2°. La mencionada autorización gubernamental no contiene un contrato de licencia de marca. Además, no son claras las razones por las cuales es calificado así por el Tribunal.
- 3°. La autorización otorgada por el Comité Nacional de Cafeteros en julio de 2003 pretendió corregir el error cometido por el Ministro de Hacienda y Crédito Público en su autorización de diciembre de 2002. Luego, *“estaba incurso el Ministro de Hacienda en extralimitación de funciones al respecto? Si la solicitaron y fue otorgada nuevamente, la autorización inicial cumplía con las formalidades legales?”*.
- 4°. La contraprestación por el uso de la marca se comenzó a cobrar transcurrido más de un año de la autorización para su explotación y el pago obtenido corresponde a una suma de dinero provisionalmente determinada.
- 5°. La mayor accionista de Procafecol S.A., por intermedio de la firma Future Brand, es quien determinará el valor de uso de la marca, tarea que debió anteceder al otorgamiento de la licencia para su explotación.

Del demandante Pedro Carlos de Narváez López.-

Por intermedio de agente oficioso, ratificado con la actuación posterior, el demandante Pedro Carlos de Narváez López interpuso recurso de apelación. En la oportunidad para sustentar el recurso, además de referirse a los argumentos del Ministerio Público, expuso, en resumen, lo siguiente:

- 1°. En el mes de marzo de 2004, luego de practicada la auditoría especial al control fiscal de los recursos del Fondo Nacional del Café, la Auditoría General de la República advirtió el riesgo que surge para el patrimonio público por el hecho de que, sin haber sido valorada ni registrada contablemente, la marca Juan Valdez sea explotada por una sociedad privada.
- 2°. En informe enviado en junio de 2004 al Senado de la República, la Contraloría General de la República informó que la autorización de la explotación de la marca Juan Valdez violó varias cláusulas del contrato de administración celebrado entre el Gobierno y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Lo anterior porque las respectivas Comisiones Asesoras no emitieron concepto previo y en las decisiones del Comité Nacional de Cafeteros no se contó con la participación del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural ni del Ministro de Comercio Exterior o su delegado. Además, señaló que las utilidades del usufructo de la marca serán

percibidas por el particular licenciatario y no por la comunidad cafetera, que es, en últimas, quien ha consolidado la marca.

- 3°. Las Comisiones Tercera y Quinta del Senado, al igual que la plenaria de la Cámara de Representantes han exigido del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia el cumplimiento de las normas que rigen el contrato de administración del Fondo Nacional del Café.
- 4°. El 9 de junio de 2004 la Procuraduría General de la Nación ordenó investigar disciplinariamente a los miembros del Comité Nacional de Cafeteros por *“las posibles irregularidades en la entrega para la explotación de la marca Juan Valdez a particulares”*.
- 5°. El 14 de septiembre de 2004 la Contraloría General de la República dio traslado a la Procuraduría General de la Nación de los hallazgos relacionados en su informe.
- 6°. Al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la participación de los recursos del Fondo Nacional del Café en el Banco Cafetero, la Corte Constitucional recordó que, en virtud del principio de legalidad, la destinación de los recursos públicos a objetivos no previstos por la ley es contraria a derecho. Precisó al respecto que, por disposición del legislador, los recursos parafiscales cafeteros sólo pueden destinarse a la protección, defensa y fomento de la industria cafetera (sentencia C-308 de 1994). Por tanto, es claro que *“destinar recursos, tangibles o intangibles, del Fondo Nacional del Café en beneficio de empresas particulares, es contrario a la Ley”* (subraya no original).
- 7°. Contrario a lo afirmado por el Tribunal y revisados los documentos que contienen la actual política cafetera, esto es, el informe final de la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera, el informe del Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia ante el LXIII Congreso Nacional de Cafeteros, el programa de gobierno presidencial correspondiente al período 2002 a 2006 y el Acuerdo celebrado en septiembre de 2002 entre el Gobierno Nacional y la Federación, *“no existe palabra, línea o párrafo alguno que sugiera que la contratista del Estado, Federación Nacional de Cafeteros, o empresa privada alguna pueda apropiarse de los bienes tangibles o intangibles del Fondo Nacional del Café para su propio beneficio y en detrimento de la Industria del Café”*.
- 8°. En la constitución de Procafecol S.A. se protocolizó el acta número 22 del Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, pero, examinado dicho documento, en él no consta autorización alguna por parte de ese Comité para la creación de tal sociedad anónima, ni mucho menos para la finalidad con que finalmente se concibió. Además, *“¿Cuál puede ser la norma o normas legales que permiten que una entidad a la que se le han delegado funciones administrativas y el manejo de recursos del Estado, le permitan apropiarse de lo encomendado?”*.
- 9°. El 14 de diciembre de 2002, en la inauguración de la primera Tienda de Café Juan Valdez en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá, Procafecol S.A. se apropió de las oficinas de relaciones públicas contratadas años atrás en nombre del Fondo Nacional del Café, ocupando, además, *“la sala de espera (espacio público) del muelle internacional”*.

- 10°. En la sesión del 23 de diciembre de 2002 del Comité Nacional de Cafeteros, *“el polifacético Señor Gabriel Silva Luján, sin que se pueda determinar en calidad de qué, si como el servidor público Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros administradora del Fondo Nacional del Café, si como Gerente de la agremiación privada y mayor accionista de la empresa Procafecol S.A., o como Presidente junto con el gerente y los demás integrantes de la junta directiva de la empresa privada Procafecol S.A. (...) no solamente pretendía que le legalizaran lo que ya había cometido por fuera de la ley Procafecol S.A. sino que se le entregaran 40 años de lucha de la industria cafetera”*.
- 11°. El documento anunciado en la sesión del 23 de diciembre de 2002 del Comité Nacional de Cafeteros nunca se produjo, por tanto, Procafecol S.A. sigue actuando sin autorización del Comité.
- 12°. Del contenido del acta de la sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 17 de julio de 2003 se concluye lo siguiente: i) Los Ministros de Agricultura y Desarrollo Rural y de Comercio Exterior, lo mismo que el Director del Departamento Nacional de Planeación se mantuvieron ausentes; ii) La explotación de la marca continuó ejecutándose sin autorización ni contrato; iii) Con recursos parafiscales se contrató el estudio para determinar la suma de dinero que debe pagar Procafecol S.A. por la utilización de la marca Juan Valdez; iv) Se omitió el requisito del concepto previo de los Asesores del Gobierno; y v) Como lo advirtió el informe de la Auditoría General de la Nación, no se produjo una reglamentación especial para la explotación del recurso público.
- 13°. Los hechos denunciados dan cuenta de la violación de las cláusulas cuarta (literal b, numerales uno y once, y parágrafo primero), sexta (literal b, numeral uno), séptima (literal g), décima sexta, décima séptima del contrato de administración y el Estatuto de Contratación.
- 14°. La venta de las acciones de Procafecol S.A. que poseía el señor Guillermo Trujillo Estrada, consultor de la Gerencia de la Federación, se realizó con el fin de *“sanear las incompatibilidades e inhabilidades que se le presentaban tanto en los Estatutos de la Federación como en el contrato de administración del Fondo Nacional del Café”*.
- 15°. La compra de tales acciones por parte de la Fundación Manuel Mejía contraría el objeto de ese ente (ver certificado de existencia y representación legal de esa fundación) *“y lo que es más sorprendente es que en su órgano directivo figuran todos los anteriores dirigentes de la Federación Nacional de Cafeteros, los mismos que llevaron al descalabro administrativo y la pérdida de los importantes activos del Fondo Nacional del Café, pertenecientes a la industria cafetera: Banco Cafetero, Concasa, Cafesalud, Flota Mercante Gran Colombiana, Corporaciones Financieras de Occidente de Caldas y Aces, por mencionar algunas como consta en los informes de la Contraloría General de la Nación, más de dos billones de pesos perdidos, en total impunidad”*.
- 16°. Luego de presentada la demanda de acción popular, la Fundación Manuel Mejía fue modificada en su objeto e incluyó dentro de sus dirigentes al señor Guillermo Trujillo Estrada, quien también figura como miembro de la junta directiva de Procafecol S.A.

Finalmente, relató lo sucedido en la investigación que por competencia desleal promovió ante la Superintendencia de Industria y Comercio, destacando que como la Superintendencia se atuvo a una *“comunicación amañada de la Federación”*, resolvió no insistir y permitir que se archivara tal investigación.

5. PRUEBAS DECRETADAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 18 de mayo de 2005, la Magistrada de la Sección Tercera a quien correspondió el conocimiento del asunto, dispuso tener como pruebas: i) la Resolución número 03351 del 12 de febrero de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio y ii) el concepto emitido en el mes de septiembre de 2004 por la Contraloría General de la República acerca de la cesión del usufructo de la marca Juan Valdez, titulado *“La cesión de usufructo de la marca Juan Valdez. Una lectura a partir del ejercicio auditor al Fondo Nacional del Café”*.

Una vez recaudada la prueba documental, de ella se corrió traslado a las partes por auto del 2 de agosto de 2005. Al respecto, se pronunciaron los apoderados de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, de Procafécol S.A. y de los socios de esta sociedad, señores Camila Pinzón Rodríguez, Juan Carlos Rojas Iragorri y Claudio Arango Villamizar.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

De los demandados Camila Pinzón Rodríguez, Juan Carlos Rojas Iragorri y Claudio Arango Villamizar, socios de Procafécol S.A.-

Por intermedio del mismo apoderado, los socios de Procafécol S.A. Camila Pinzón Rodríguez, Juan Carlos Rojas Iragorri y Claudio Arango Villamizar alegaron de conclusión en los términos que se resumen a continuación:

- 1°. Quedó demostrado que la marca Juan Valdez sigue siendo parte de los activos del Fondo Nacional del Café y que Procafécol S.A. sólo recibió el derecho a usar la marca a cambio de una suma de dinero que un experto independiente determinó. También se demostró que el acuerdo de voluntades se dio de manera verbal y que, posteriormente, cuando se definió el valor de la remuneración, se llevó a escrito. Así mismo, que la remuneración se reconoció desde el primer día de operación de la marca, con los intereses generados hasta el momento en que empezaron a efectuarse los pagos. Finalmente, no se comprobó el indebido aprovechamiento de un crédito otorgado por Bancoldex ni del estudio técnico mencionado en la demanda.
- 2°. Con la apelación los demandantes abandonaron los supuestos fácticos de su pretensión, pues, si bien reconocen que hubo contrato y remuneración, alegan la indeterminación de esa suma para la época en que comenzó la explotación de la marca. En todo caso el nuevo reparo es irrelevante, al quedar demostrado que la contraprestación se paga desde el primer día de operación.
- 3°. La demanda se motiva por un interés privado, el de la sociedad Café Don Pedro S.A., pues su propietario *“se resistió a que le pusieran competencia a*

su negocio de venta de café al detal, similar al de las Tiendas de Café Juan Valdez”.

- 4°. El propósito de las Tiendas de Café Juan Valdez es legítimo, en cuanto consistente con los dictados del Comité Nacional de Cafeteros y las recomendaciones de la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera, además de apropiados los medios escogidos para su puesta en marcha, sin que haya duda de que los beneficios de la iniciativa quedarán en manos de los productores de café y del Fondo Nacional de Café.
- 5°. Si bien por extemporánea no se admitió la intervención en el proceso del Presidente del LXIV Congreso Nacional Cafetero, con su escrito se aportaron las manifestaciones hechas por los 309 Comités Municipales y los 15 Comités Departamentales de Cafeteros, en el sentido de rechazar los cuestionamientos hechos por demandantes al proyecto Tiendas de Café Juan Valdez.
- 6°. Ningún organismo de control ha formulado reparo relacionado con la violación de derechos colectivos alegada en este caso, ni la acción popular tiene como objeto hacer valer pronunciamientos de los entes de control. Por tanto, el Tribunal no tenía porqué ocuparse de los pronunciamientos emitidos por la Auditoría y por la Contraloría General de la República. En todo caso, ninguno de tales informes se soporta en prueba técnica debidamente recaudada y controvertida, tratándose, en realidad, de meras apreciaciones subjetivas.
- 7°. De ningún modo la Federación se apropió de bienes intangibles del Fondo Nacional del Café. Tampoco es cierto que Procafecol S.A., conformada con los recursos del patrimonio privado de la Federación, no tuviera autorización para constituirse. Y, mucho menos, que la Fundación Manuel Mejía careciera de capacidad para ser accionista de Procafecol S.A.
- 8°. De acuerdo con el contrato de administración del Fondo Nacional del Café y el régimen legal contractual -de derecho privado- aplicable a los recursos parafiscales cafeteros, es válida la celebración de un contrato en virtud del cual se confiera el uso de la marca Juan Valdez a una empresa filial de la Federación. Lo anterior sin perder de vista la autorización del Comité Nacional de Cafeteros y los términos del Acuerdo celebrado entre el Gobierno Nacional y el gremio cafetero, representado por la Federación. Además, en esta oportunidad se exige una remuneración directa, a diferencia de las anteriores licencias de uso cuyo único fin era la promoción de la marca.
- 9°. El hecho de que la primera tienda se haya abierto días antes de la aprobación que impartió el Comité no reviste ninguna irregularidad, pues el Gobierno Nacional tenía conocimiento de los proyectos de valor agregado, al punto de que en la inauguración de esa primera tienda estuvo presente el Presidente de la República. En el mismo sentido, el registro en Cámara de Comercio del establecimiento de comercio tampoco es irregular, pues se trató de un *“acto preparatorio que era de las actividades que con pleno conocimiento del Gobierno Nacional se venían adelantando para poner en operación el proyecto en el menor tiempo posible”*.
- 10°. Las pruebas aportadas no sólo desvirtúan los planteamientos de la demanda, sino los *“sorpresivamente traídos a colación por la señora*

Procuradora Judicial en sus alegatos de conclusión, sobre el supuesto e inexistente vicio de nulidad del contrato”.

- 11°. Es cierto que la sentencia incurre en la imprecisión de asimilar la autorización para la celebración del contrato de licencia de uso de marca con el contrato propiamente dicho. No obstante, una lectura integral del fallo da cuenta de que, en criterio del Tribunal, la autorización fue anterior al uso de la marca y en ella se fijaron los elementos estructurales de la relación contractual.
- 12°. En el acuerdo al que llegaron la Federación y Procafecol están dados todos los elementos de la esencia del contrato de uso de marca, el cual puede ser gratuito o remunerado. El precio, que no es elemento de validez de ese contrato, sí se pactó, desde el primer día de operaciones y bajo el entendido de que sería determinado por un tercero contratado para ello, dada la complejidad del asunto. Además, en ningún momento se acordó que la licencia se concedía a término indefinido.
- 13°. Una vez que la regalía fue determinada, el acuerdo fue llevado a escrito y los pagos retroactivos se efectuaron con los respectivos intereses causados, tal como aparece probado en el proceso.
- 14°. La nulidad absoluta que solicita el Ministerio Público no se basa en hechos aducidos en la demanda ni se alegó como era procedente, esto es, como resultado de la trasgresión, debidamente demostrada, de una norma imperativa de rango legal.
- 15°. El reglamento de contratación invocado no prevé que el contrato de licencia de uso de marca deba celebrarse por escrito. Además, una solemnidad como esa sólo la puede exigir la ley (artículos 1500 del Código Civil y 897 y 989 del Código de Comercio).

Del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.-

La apoderada del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural intervino en la oportunidad para alegar de conclusión y, al efecto, sostuvo, en síntesis, lo siguiente:

- 1°. La Comisión de Ajuste a la Institucionalidad Cafetera llamó la atención sobre la necesidad de *“implementar una política de licenciamiento de marcas que maximicen la protección de propiedad intelectual y genere el mayor valor agregado posible desde el punto de vista de diferenciación a apertura de nuevos segmentos para el café colombiano”*. De acuerdo con tal recomendación y las autorizaciones del Comité Nacional de Cafeteros, se formalizó una nueva estrategia de comercialización del café colombiano, basada en la apertura de tiendas para la atención directa del consumidor final, cuyo objeto es agregar mayor valor a la marca Juan Valdez y generar mayores ingresos a los cafeteros colombianos.
- 2°. De acuerdo con los testimonios recaudados, actualmente se adelantan los estudios necesarios para determinar el valor de la contraprestación económica que debe pagar Procafecol S.A. por el uso de la marca Juan Valdez.

- 3°. Si bien el contrato de licencia de uso de marca no constó por escrito, ello no significa que tal acuerdo no exista.
- 4°. El derecho a la libre competencia no fue trasgredido, pues todos los particulares pueden acceder al uso de la marca Juan Valdez en el concepto asociado a Tiendas. Así también se concluye de lo considerado en el auto número 02255 del 29 de septiembre de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- 5°. La Resolución número 03351 del 13 de febrero de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio, decretada como prueba en la segunda instancia, no se relaciona con los hechos materia de este proceso.

De Procafecol S.A.-

El apoderado de Procafecol S.A. también intervino en la oportunidad para alegar de conclusión. En resumen, sostuvo:

- 1°. Ninguna de las afirmaciones de la demanda fue demostrada y no podían serlo porque parten de una equivocada comprensión de la Federación Nacional de Cafeteros, del Fondo Nacional del Café y de la naturaleza parafiscal de los recursos de este Fondo.
- 2°. El proyecto Tiendas de Café Juan Valdez tuvo su origen en las recomendaciones de la Comisión de Ajuste a la Institucionalidad Cafetera, cuya implementación fue encargada por el Comité Nacional de Cafeteros a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su condición de administradora del Fondo Nacional de Café, sometida para esos efectos a las normas del derecho privado, aun cuando la administración recaiga sobre recursos parafiscales. Esa autorización, en cuanto proviene del mandante (Gobierno Nacional), hace lícita la operación de la Federación *“consigo misma”*.
- 3°. Atendiendo las recomendaciones de la Comisión de Ajuste a la Institucionalidad Cafetera, el aporte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a Procafecol S.A. no provino del Fondo Nacional del Café.
- 4°. La transparencia y legalidad del acuerdo cuestionado surge de revisar la autorización del Comité Nacional de Cafeteros en sesión del 23 de diciembre de 2002, ratificada en sesión del 17 de julio de 2003, lo mismo que los testimonios recaudados.
- 5°. El contrato de administración no prevé que la validez de las decisiones del Comité Nacional de Cafeteros dependa de la presencia de todos los representantes del Gobierno Nacional con asiento en ese Comité o de la elaboración de conceptos previos por parte de las Comisiones Asesoras. Entender lo contrario impediría el funcionamiento regular y expedito del Comité, desconociendo que lo exigido es el voto favorable del Gobierno Nacional y que las Comisiones Asesoras no tienen poder decisorio ni determinan el sentido de las decisiones del Comité.
- 6°. Lo dispuesto por el Comité Nacional de Cafeteros en sesión del 17 de julio de 2003 *“no puede considerarse más que como un exceso de celo formalista y un afán legalista, del todo innecesario, que se prestó a malos entendidos y a tergiversaciones”*, dado que la autorización emitida el 23 de diciembre de 2002 *“fue adoptada legítima y regularmente, pues necesariamente ha de*

entendérsela como una decisión del Comité Nacional de Cafeteros, con el asentimiento expreso del Ministro de Hacienda, y no como una conformidad unilateral y unipersonal de éste (...). Y así pudiera, eventualmente, imaginarse una falla, la perseverancia en el otorgamiento de las atribuciones habría implicado la convalidación del acto por decisión consciente y legítima del propio Comité, con la insistencia del Gobierno Nacional en dicho sentido”.

- 7°. Obra en el expediente la conclusión de la primera fase del estudio encomendado a la firma Future Brand en relación con la determinación de las regalías aplicables a los diferentes proyectos de valor agregado. Este hecho reitera la naturaleza no gratuita de la licencia de uso concedida a Procafecol S.A., sin que norma alguna prohíba que la determinación del precio se haga por un tercero, luego de celebrado el contrato. Al respecto, es destacable que la cifra calculada por los expertos resultó superior al valor pagado hasta entonces, lo que obligó a Procafecol S.A. a completar el precio.
- 8°. El contrato entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y Procafecol S.A. no requería la solemnidad del escrito, dada la previsión del artículo 824 del Código de Comercio sobre el particular.
- 9°. Nada impide que el término de duración del contrato se pacte después de celebrado éste, tal como sucedió en este caso, pues el 6 de septiembre de 2004, al llevarse a escrito el acuerdo, expresamente se pactó un término de duración de seis años.
- 10°. No se demostró que Procafecol S.A. haya utilizado para el desarrollo de las Tiendas de Café Juan Valdez el estudio realizado por la firma Violy Mc'Ausland y/o Rudolf Hommes, o algún préstamo otorgado por Bancoldex.
- 11°. No se demostró cuál fue el indebido beneficio particular que obtuvo Procafecol S.A., ni su intencionalidad en ese sentido, mucho menos la mala fe con que la demanda califica la conducta de los demandados.
- 12°. Los hechos esgrimidos para denunciar el quebranto del derecho a la libre competencia económica son los mismos que la Superintendencia de Industria y Comercio examinó para concluir que ese derecho no se desconoce por la ejecución del proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez.
- 13°. Los planteamientos del Ministerio Público no sólo desbordan el marco fáctico de la demanda, sino que pretenden ubicar en el contexto de la contratación pública una situación sometida al derecho privado.

De la Fundación Manuel Mejía y del señor Guillermo Trujillo Estrada, ex socio de Procafecol S.A.

Por intermedio del mismo apoderado la Fundación Manuel Mejía y el señor Guillermo Trujillo Estrada alegaron lo siguiente:

- 1°. El concepto emitido en el mes de septiembre de 2004 por la Contraloría General de la República sobre de la cesión del usufructo de la marca Juan Valdez no constituye, en realidad, medio probatorio, pues carece de suscriptor y la entidad que lo produjo no lo adoptó como expresión oficial de su voluntad o ciencia, ni lo incluyó en ninguno de los procesos que

funcionalmente cumple para imprimirle efectos jurídicos. Además, se contrae al señalamiento de juicios o apreciaciones, sin referir hechos objetivos.

- 2°. La reglamentación que, según el Ministerio Público, debió expedir el Comité Nacional de Cafeteros no es deber que surja de la ley o del contrato de administración, máxime si se tiene en cuenta que el contrato de licencia de uso de marca es regulado por el Código de Comercio. En todo caso, consta en el Acta número 03 de la sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 9 de julio de 2004, la expedición de la Resolución número 02 (sin fecha) y la aprobación de *“la arquitectura marcaria del patrimonio intelectual del Fondo Nacional del Café”*.
- 3°. Obra en el expediente certificación del Contador General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia sobre el pago de regalías de la marca Juan Valdez, en la cual deja constancia del pago de los intereses causados.
- 4°. El ordenamiento diferencia el interés individual del comerciante en su libertad de concurrencia al mercado del interés colectivo a la libre competencia, al punto de establecer órganos y mecanismos de protección distintos para la protección de uno y otro. El interés colectivo es el que pertenece a todos y no a determinada persona concreta, como ocurre en la situación de la cual se deriva la alegada lesión del derecho colectivo a la libre competencia.
- 5°. La parafiscalidad, cuya esencia radica en *“confiar el fomento y protección de un actividad económica al sector que participa de ella”*, no sólo sustrae la gestión de los recursos de la órbita del Estado y de las entidades públicas, sino que la vincula forzosamente a entidades del derecho común, gremios y colectividades que actúan directamente o a través de sociedades fiduciarias (artículo 30 de la Ley 101 de 1993). Ello explica porqué las entidades administradoras de fondos parafiscales son personas de derecho privado y sus actividades, procedimientos y actuaciones regidas por éste, sin que su actividad pueda calificarse como administrativa o sujeta al derecho público, como lo entiende el Ministerio Público.
- 6°. Todas las censuras dirigidas contra la licencia de uso otorgada a Procafecol S.A. resultan inocuas si se toma en consideración el complejo proceso de implementación de las políticas y programas concebidos por los órganos de la institucionalidad cafetera como nueva estrategia de comercialización interna y externa del café colombiano. Son hechos relevantes de ese proceso los siguientes: programa de gobierno presidencial, informe de la comisión de ajuste a la institucionalidad cafetera, acuerdo entre el gobierno nacional y la Federación nacional de Cafeteros de Colombia, constitución de Procafecol S.A., LXII Congreso Nacional de Cafeteros, apertura de la primera Tienda de Café Juan Valdez, autorización del gobierno nacional emitida en sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002, refrendación de la autorización anterior por todo el Comité en sesión del 17 de julio de 2003, determinación del valor de la regalía por un experto independiente, establecimiento de un régimen provisional de remuneración, aprobación de la metodología propuesta por el experto contratado para la determinación del valor de la regalía y redacción del documento que recoge las estipulaciones contractuales de la licencia de uso de la marca Juan Valdez.
- 7°. Las únicas afirmaciones de la demanda indicativas de deterioro del patrimonio parafiscal denominado Fondo Nacional del Café son aquellas que

alegan la gratuidad en el otorgamiento de la licencia de uso de la marca Juan Valdez, la exclusividad de esa licencia y el carácter particular y no gremial de los intereses vinculados a Procafecol S.A. No obstante, las pruebas recaudadas demuestran la falsedad de tales planteamientos.

- 8°. En la demanda se reprocha la actuación de los órganos directivos del Fondo Nacional del Café por concurrir en ellos la doble condición de gestores del interés parafiscal y de representantes de entidades gremiales privadas. Tal fenómeno no tiene nada de extraño y menos de censurable, al punto de que en derecho es perfectamente posible que en una misma persona confluya la representación de dos intereses o de dos patrimonios que se ligan mediante un negocio jurídico (artículos 2170 del Código Civil y 839 del Código de Comercio).
- 9°. El interrogante acerca de si existió o no contrato para el licenciamiento de la marca Juan Valdez parte de una equivocada identificación del contrato con el contrato escrito y del contrato con el negocio jurídico de celebración instantánea. La demanda desconoce la válida relación que existe entre una entidad que subordina a otra como instrumento suyo para un objeto determinado que las engloba a ambas como empeño político. Desde esa perspectiva, nada tiene de extraño que un negocio jurídico de esa naturaleza no se plasme de la manera como ordinariamente se hacen los contratos entre personas autónomas, máxime si, como en este caso, el contrato es de naturaleza consensual.
- 10°. Para demostrar la violación de la moralidad administrativa no sólo es necesario probar la trasgresión del ordenamiento, sino la torcida voluntad del funcionario, nada de lo cual fue comprobado en este caso.
- 11°. En relación con el alegado detrimento al patrimonio público, basta recordar que la parte actora omitió demostrar la afectación patrimonial que supone esa acusación.
- 12°. Las acusaciones dirigidas para sostener la violación del derecho a la libre competencia económica fueron examinadas por el órgano especializado en la protección administrativa e inmediata de ese derecho, situación que hace superfluo cualquier análisis adicional. No obstante, no sobra destacar que ninguna prueba aportada al proceso logra demostrar la realización de prácticas restrictivas por parte de los órganos de la institucionalidad cafetera, a menos que *“los actores consideren que la aparición de un nuevo agente en el mercado importa disminución de la libertad mercantil de los preexistentes”*.
- 13°. Las pretensiones formuladas son de naturaleza punitiva, indemnizatoria o resarcitoria, como si se tratara de una acción de responsabilidad extracontractual y no de la acción popular, que tiene un alcance preventivo en general y restitutorio ocasionalmente.

Finalmente, reiteró la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del señor Guillermo Trujillo Estrada y de la Fundación Manuel Mejía, *“dada su ajenidad jurídica a los hechos que movieron a los accionantes a promover la acción popular, todos ellos relativos a actuaciones cumplidas por un tercero que es la entidad de la que es socia la Fundación y lo fue el doctor Trujillo como constituyente de Procafecol S.A.”*.

De los demandantes Martha Elena Barreto Ramírez, César Arturo Torres Gómez, Pedro Carlos de Narváez López y Luis Darío Capador Martínez.-

En la oportunidad para alegar de conclusión, los citados demandantes, además de reiterar algunos de los planteamientos de la impugnación, sostuvieron, en resumen, lo siguiente:

- 1°. Para la época de constitución de Procafecol S.A., el señor Guillermo Trujillo Estrada tenía relaciones directas con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, incurriendo, por tanto, en *“los impedimentos que establecen los propios estatutos de la Federación, así como los que la ley dispone”*.
- 2°. La situación planteada impone preguntar ¿cuál es el verdadero papel de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en el negocio? y si realmente ¿se trata de un buen negocio para el Fondo Nacional del Café o sólo para la Federación y los socios de Procafecol S.A.? Lo anterior, habida cuenta de la tenue línea que distingue los roles de la Federación como socia de Procafecol S.A. y como administradora del Fondo Nacional del Café.
- 3°. La contratación, por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, de la firma que establecerá el valor que deberá pagar Procafecol S.A. por el uso de la marca Juan Valdez, *“es un hecho que no permite tener certeza sobre la transparencia del desarrollo en sí del negocio de las tiendas, máxime cuando dicha valoración no se tenía antes de la creación de Procafecol S.A.”*. Además, *“la suma a cobrar por la licencia, podría haber sido ajustada en algún punto, tal como se estila en el mundo de los negocios”*.
- 4°. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia está impedida para actuar como socia de cualquier empresa en la que se exploten bienes de propiedad del Fondo Nacional del Café, por tratarse de recursos que ella administra a cambio de una remuneración. Esa doble condición *“no le permite actuar con el debido cuidado, transparencia y diligencia, obligaciones mínimas para cualquier administrador en relación con los bienes que se le encomiendan”*. Al respecto, es destacable que el primer pago de la regalía se haya realizado muchos meses después de la entrada en funcionamiento de las Tiendas de Café.
- 5°. No son censurables las políticas cafeteras del gobierno, sino la forma como se implementaron en el caso de las Tiendas de Café Juan Valdez, esto es, *“con total inobservancia de los procedimientos señalados en la ley para dicho efecto”*.

Por último, transcribieron apartes de los conceptos emitidos por el Procurador General de la Nación, la Agente del Ministerio Público en la primera instancia y la Contraloría General de la República.

Del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.-

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó memorial para alegar de conclusión y, al efecto, sostuvo:

- 1°. La demanda no se detiene en el análisis de las siguientes circunstancias que rodearon la manifestación del Ministro de Hacienda y Crédito Público consignada en el Acta número 13 del 23 de diciembre de 2002: i) se produjo en el seno del Comité Nacional de Cafeteros, máximo órgano de dirección y fijación de políticas del Fondo Nacional del Café y cuyas decisiones se

adoptan de manera colegiada; ii) en las deliberaciones del Comité el voto del Ministro es cuantitativamente superior y, según el tema, calificado; iii) la autorización concedida fue solicitada por el Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café; iv) la autorización se entiende para cualquier particular cuyo objeto social esté relacionado con la comercialización del café con valor agregado; y v) quedó clara la necesidad de reglamentar el uso de las marcas.

- 2°. Lo dispuesto el 23 de diciembre de 2002, posteriormente ratificado el 17 de julio de 2003, constituye una decisión del Comité Nacional de Cafeteros y no del Ministro, individualmente considerado o como representante del gobierno nacional. Así lo confirman varios de los testimonios recaudados.
- 3°. La cuestionada decisión del Comité Nacional de Cafeteros encuentra suficiente sustento en las recomendaciones y estudios realizados con el fin de encontrar salidas a la crisis por la que atravesaba el gremio cafetero (Informe de la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera y estudios de la firma Violy, Byorum & Partners y de la Universidad de Harvard).
- 4°. Al Ministro de Hacienda y Crédito Público no le compete intervenir en la implementación de las políticas establecidas por el Comité Nacional de Cafeteros, pues ello está a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, autorizada por el contrato de administración para celebrar los contratos y negocios jurídicos del caso.
- 5°. Para afirmar la violación de la moralidad administrativa debe probarse un abuso de la función, acompañado de un beneficio individual y particular y la mala fe; nada de lo cual se demostró en este caso respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- 6°. No se demostró conducta orientada a evitar la libre competencia económica o constitutiva de abuso de la posición dominante, en los términos consagrados en la ley y precisados por la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio. Además, la concesión de uso exclusivo de una marca no vulnera la libre competencia, según reiterada posición del Consejo de Estado.
- 7°. No se probó el perjuicio que, según la demanda, se causó al patrimonio público. Antes bien, quedó probada la remuneración causada por el uso de la propiedad marcaria del Fondo Nacional del Café.
- 8°. No es posible solicitar del juez de la acción popular la nulidad de un contrato, pues mediante el ejercicio de esa acción no son discutibles cuestiones relacionadas con la legalidad, sino con la conveniencia del contrato.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó la revocatoria de la decisión impugnada para, en su lugar, ordenar *“la adopción de los correctivos necesarios para hacer cesar los efectos nocivos al patrimonio público del contrato, en virtud del cual se entregó a Procafecol S.A. la explotación económica de la marca Juan Valdez. Igualmente depreca que se establezca con claridad, previo estudio económico, la suma que debe percibir realmente el Fondo*

Nacional del Café por el uso y explotación comercial de la marca de su propiedad, al haberse probado en forma precisa la afectación del patrimonio público por razón de dicho contrato” (subraya no original).

Como fundamentos de su petición, sostuvo, en resumen los siguientes:

- 1°. La Constitución Política reconoce expresamente el fenómeno de la parafiscalidad como una categoría autónoma dentro de los gravámenes o contribuciones que puede imponer el Estado. En ese sentido, las atribuciones asignadas por la ley a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia son funciones públicas y, del mismo modo, los recursos del Fondo Nacional del Café son ingresos públicos, en cuanto producto de la soberanía fiscal, aunque afectos a una destinación especial (sentencia C-308 de 1994 de la Corte Constitucional).
- 2°. Según el informe emanado de la Contraloría General de la República, en la cesión del usufructo de la marca Juan Valdez se advierten las siguientes irregularidades: i) incrementa el patrimonio de la Federación, sin que sea clara la retribución al Fondo Nacional del Café; ii) el usufructo quedó condicionado a la suscripción de un documento que nunca se produjo; iii) no se contó con el concepto previo y favorable de los asesores del gobierno y del Comité Nacional de Cafeteros, contraviniendo con ello las cláusulas quinta y sexta del contrato de administración; iv) la Federación omitió la preparación del documento escrito a que alude la cláusula cuarta del contrato de administración; v) el valor pagado como regalía representa, apenas, el 3,75% de la inversión realizada en publicidad en el año 2003 con recursos del Fondo Nacional del Café; y vi) en la sesión del Comité Nacional de Cafeteros en la cual el Ministro de Hacienda y Crédito Público autorizó el usufructo, no asistieron los demás representantes del gobierno.
- 3°. El desconocimiento del contrato de administración causó un detrimento de los ingresos del Fondo Nacional del Café *“en la medida que no estuvieron definidas las retribuciones para el Fondo en forma clara y a través de procedimientos regulares, con lo cual [el gobierno] desbordó su competencia y el marco de la ética pública (...) de haberse elaborado los estudios previos a la celebración del contrato y contado con las autorizaciones requeridas para su ejecución, se habría podido precaver o evitar la situación que actualmente se presenta en detrimento del patrimonio del Fondo Nacional del Café, lo cual compromete igualmente claros principios de la ética pública”*.

Finalmente, en relación con el incentivo sostuvo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, su reconocimiento resulta improcedente, por cuanto *“no se ha demostrado ni determinado cuáles son los dineros a recuperar y si ha existido algún detrimento”*.

8. AUTOS PARA MEJOR PROVEER

Por auto del 16 de febrero de 2006, la Sección Tercera dispuso incorporar como prueba la certificación de pago de regalías expedida el 1° de septiembre de 2004 por el Contador General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el documento que contiene el contrato de licencia de marca celebrado entre esa Federación y Procafecol S.A.

Por auto del 7 de junio de 2006, la Sección Tercera requirió lo siguiente: i) a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia el aporte de los soportes contables *“atinentes al cumplimiento de la obligación de mantener separación presupuestal, patrimonial y contable entre los bienes y recursos del Fondo Nacional del Café y los de la Federación”*; ii) a la Contraloría General de la República certificación acerca de si, al ejercer control fiscal sobre los recursos del Fondo Nacional del Café, esa entidad constató el cumplimiento de la citada obligación de separación presupuestal, patrimonial y contable, lo mismo que la de indicar el nombre del Fondo en las actividades que realiza la Federación con recursos parafiscales; iii) a Bancoldex que informe si otorgó crédito a Procafecol S.A. o a alguno de sus socios; iv) a la Superintendencia de Industria y Comercio certificación sobre la fecha y contenido del registro de la marca Juan Valdez; y v) a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia los soportes de la liquidación de la regalía por el uso de la marca Juan Valdez.

Una vez recaudada la prueba documental, de ella se corrió traslado a las partes. Al respecto, se pronunciaron los apoderados de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, de Procafecol S.A. y de los señores Camila Pinzón Rodríguez, Juan Carlos Rojas Iragorri, Claudio Arango Villamizar, César Arturo Torres Gómez, Luis Darío Capador Martínez y Pedro de Narváez López.

9. AUDIENCIA PUBLICA

Por auto del 6 de marzo de 2007, el entonces Magistrado conductor del proceso dispuso la realización de la audiencia pública prevista en el artículo 147 del Código Contencioso Administrativo *“para dilucidar puntos de hecho o de derecho”*, la cual se llevó a cabo el 23 de marzo de ese mismo año.

En dicha diligencia intervinieron el demandante Pedro Carlos de Narváez López, el apoderado y el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, el Ministerio Público y el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

10. MANIFESTACION DE IMPEDIMENTO

La Honorable Consejera Doctora Ligia López Díaz puso a consideración de la Sala el hecho de ser titular de una cédula cafetera expedida por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, documento del cual no ha hecho uso.

Lo anterior para que resuelva sobre el impedimento en que pueda estar incurso de conformidad con el numeral 1° del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 160 del Código Contencioso Administrativo.

II.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

De conformidad con lo establecido en los artículos 16 de la Ley 472 de 1998 y 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el Acuerdo 55 de 2003, de la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

No obstante, esta Sala Plena asume competencia en cuanto avocó el conocimiento del asunto, por su importancia jurídica, según solicitud de la Sección Primera, con la anuencia de la Sección Tercera (auto del 3 de octubre de 2007), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, aplicable al trámite de las acciones populares en virtud de la remisión autorizada por el artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

El recurso de apelación se interpuso dentro del término que para el efecto señala el artículo 37 de la Ley 472 de 1998.

2. CUESTIONES PREVIAS

DE LA MANIFESTACION DE IMPEDIMENTO.-

La Doctora Ligia López Díaz, mediante escrito del 24 de abril de 2008, informó a la Sala que por ser propietaria de una finca cafetera es titular de una cédula cafetera, pero que no ha intervenido en la elección de los miembros del Comité, no ha sido parte del mismo, no ha hecho uso de ese documento y que *“los derechos que otorga esta condición son generales para las 560.000 familias del gremio”*. Por lo cual agregó *“Pongo a consideración de la Sala este hecho para que resuelva el impedimento en que pueda estar incurso de conformidad con el numeral primero del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil (...)”*.

Leído el numeral primero del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil que dice: *“Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes: 1. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil interés directo o indirecto en el proceso”*, verificado que en el escrito no se manifiesta la existencia de ningún interés y que la señora Magistrada no ha hecho uso de dicho documento, no ha participado en la elección del Comité, no ha sido parte de él, el entonces ponente expuso que en su criterio no existe ninguna razón para declarar el impedimento porque se trata de la situación de una persona en relación con un gremio, al que ella pertenece al igual que 560.000 personas en el país, de lo cual no aparece ningún interés particular.

Sometido a votación la Sala decide que no hay lugar a aceptar el impedimento.

DE LA EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.-

Se insiste en esta instancia en la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fundación Manuel Mejía, accionista de Procafecol S.A., y del señor Guillermo Trujillo Estrada, antiguo socio de esa misma sociedad, en cuanto su apoderado común afirma que se trata de personas ajenas a los hechos objeto de debate.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 472 de 1998 la demanda debe dirigirse contra la autoridad o el particular cuya conducta activa u omisiva amenaza o causa agravio a los derechos colectivos, por lo tanto en la demanda debe indicarse con claridad quiénes son esas personas o autoridades.

En materia de acción popular ha dicho esta Corporación que la legitimación en la causa por pasiva *“se entiende a partir de la imputación o relación que existe entre el demandado y los hechos o conductas referidos en una demanda o entre aquél y su participación real en la causa de tales hechos y conductas”*¹.

De acuerdo con tal precisión, que acoge la distinción doctrinal entre la legitimación de hecho y la legitimación material -presupuesto de la sentencia de mérito favorable-, en este caso tanto la Fundación Manuel Mejía como el señor Guillermo Trujillo Estrada son sujetos relacionados con varios de los hechos discutidos, lo cual es suficiente para concluir en su legitimación por pasiva en esta causa. Al efecto, basta recordar las imputaciones derivadas de su participación como particulares accionistas en la sociedad constituida por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia para explotar comercialmente la marca Juan Valdez.

En tales circunstancias es evidente que, desde el punto de vista meramente formal, previo al estudio de fondo del caso, la Fundación Manuel Mejía y el señor Guillermo Trujillo Estrada están legitimados por pasiva.

Por tanto, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Fundación Manuel Mejía y el señor Guillermo Trujillo Estrada, no prospera y en ese sentido la sentencia de primera instancia será adicionada, habida cuenta de que la sentencia impugnada no resolvió sobre el particular.

DE LOS HECHOS Y ACUSACIONES ADUCIDOS DESPUES DE PRESENTADA LA DEMANDA.-

Es evidente que después de la demanda y durante el transcurso del proceso se han aducido nuevos hechos en apoyo de las pretensiones.

Al respecto, es necesario precisar que, si bien es cierto que para la adopción de las órdenes necesarias para garantizar la protección del derecho colectivo vulnerado, el juez de la acción popular no está condicionado por las pretensiones de la demanda (artículo 34 de la Ley 472 de 1998), ello no significa que en la determinación del marco fáctico de la controversia el juez pueda ampliar el sentido y alcance de los términos con que en la demanda -y en su adición o corrección- fueron señalados los hechos que, a juicio del demandante, configuran la vulneración alegada.

Es por ello que en materia de acciones populares la jurisprudencia de esta Corporación, en sus distintas Secciones, ha considerado inviable la ampliación de la *causa petendi* con apoyo en hechos no indicados por el demandante en las oportunidades previstas por la ley, esto es, en la presentación de la demanda o al momento de su corrección o adición (artículos 18, 20 y 22 de la Ley 472 de 1998)².

¹ Sentencia del 11 de octubre de 2006, expediente AP-1273. Sección Primera.

² Sentencias del 25 de mayo de 2006, expediente AP-0345, Sección Tercera; del 19 de julio de 2006, expediente AP-0793, Sección Tercera.

En este sentido, sostuvo:

“(…) en los procesos de acciones populares el actor cuenta, de acuerdo con la ley, con dos oportunidades para precisar la extensión, contenido y alcance de la controversia, mediante la proposición del relato histórico de los hechos originen de la reclamación y mediante la formulación de las pretensiones correspondientes: en la demanda y en el memorial de corrección o adición de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 18, 20, 22 y 34 de la Ley 472 de 1998.

(…)

En ese orden de ideas y para definir el extremo que se mencionó se debe acudir al señalamiento que hace el actor sobre la conducta causante de la vulneración a derechos colectivos a la moralidad, a la defensa del patrimonio público y a la prestación eficiente y oportuna del servicio público de televisión.”³(Subraya la Sala).

En la siguiente providencia, reiteró:

“La Sala considera necesario precisar la extensión de esta controversia jurídica debido a que el actor recurrente estima que puede extender a su acomodo el campo de decisión, y a medida que va viendo frustradas sus aspiraciones, de ver acogidas las súplicas de la demanda. En el recurso de apelación alegó tres hechos nuevos que a su criterio son atentatorios del derecho colectivo a la moralidad (…).

La controversia en este proceso gira, por activa, sólo en torno a la demanda que admitió el Tribunal el 9 de diciembre de 2002. El memorial que el actor presentó posteriormente, visible a folios 15 a 18 del expediente, no puede considerarse como adición o corrección de la demanda, dado que en acción popular, ésta sólo puede efectuarse con anterioridad a que se profiera el auto admisorio de la demanda de acuerdo con lo previsto en la ley 472 de 1998, en los artículos 17 a 24.

En ese orden de ideas y para definir el extremo mencionado se debe acudir entonces al señalamiento que hizo el actor en la demanda sobre la conducta causante de la vulneración a derecho colectivo a la moralidad administrativa.”⁴ (Subraya la Sala).

En oportunidad posterior indicó:

“Tal y como lo destacó recientemente la Sala todo juzgador, incluido el popular, debe respetar el principio de consonancia o congruencia que debe informar al fallo, en tanto la imparcialidad del juzgamiento exige identidad entre lo decidido y el petitum (las pretensiones) y la causa petendi (los hechos que le sirven de fundamento), aunque en sede popular no reviste el carácter absoluto que por regla general tiene, en razón de la naturaleza de la acción y al particular carácter de los derechos objeto de amparo.

Dos restricciones tiene, pues, en esta materia el juez popular al decidir:

³ Sentencia del 3 de marzo de 2005, expediente AP-2304. Sección Tercera.

⁴ Sentencia del 24 de agosto de 2005, expediente AP-2830. Sección Tercera.

1.1 No le está permitido abordar el estudio de intereses colectivos no invocados en el escrito de demanda popular, bien sea de manera expresa o que se pueda inferir del contenido de los hechos.

1.2 Aunque la sentencia puede referirse al curso que vayan tomando los hechos y no sólo los invocados en la demanda, como en este caso que aunque aludía en un comienzo exclusivamente al proceso de selección del operador, es posible que aborde su resultado: el contrato mismo suscrito; no le es dado cambiar sustancialmente, como se intenta en el sub lite, en las alegaciones y en la apelación, la conducta trasgresora invocada en la demanda y traer ahora asuntos nuevos, sobre los cuales los accionados no tuvieron oportunidad de pronunciarse dentro del proceso.

Una y otra limitantes a los amplios poderes del juez popular, se erigen en una garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitucional). Con esta perspectiva, los ordinales a) b) y c) del artículo 18 de la ley 472 señalan que para promover una acción popular debe indicarse el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado, los hechos que motivan la petición y la enunciación de las pretensiones, respectivamente. En la misma línea garantista, el inciso segundo del artículo 5º de la ley 472 dispone que el juez popular velará por el respecto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, preceptiva que reproduce, en sede popular, el mandato general contenido en el artículo 9º de la ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Por consiguiente, la Sala se abstendrá de entrar a estudiar las nuevas imputaciones introducidas por el actor tanto en el escrito de alegaciones de primera instancia, como en su recurso de apelación, toda vez que con ello se violaría el derecho de contradicción del accionado.”⁵(Subraya la Sala).

A los criterios jurídicos de los fallos transcritos se puede agregar que la delimitación del marco fáctico de la controversia no sólo sirve para identificar los hechos a los cuales debe sujetarse el juez en su pronunciamiento de fondo, sino además y como consecuencia de lo anterior, para definir el alcance material del efecto de cosa juzgada de la sentencia que pondrá fin al proceso de acción popular.

Esto último, por cuanto, en materia de acciones populares y por aplicación del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, “la sentencia que ordena la protección de los derechos colectivos producirá efectos de cosa juzgada erga omnes y la que niegue dicha protección, efectos de cosa juzgada erga omnes, únicamente en relación con la causa petendi”⁶.

Así las cosas, de acuerdo con la regla procesal de oportunidad prevista en los artículos 18, 20 y 22 de la Ley 472 de 1998, esta providencia no se pronunciará sobre hechos nuevos, aducidos en la apelación y en el trámite de la segunda instancia:

⁵ Sentencia del 15 de agosto de 2007, expediente AP-004. Sección Tercera.

⁶ Sentencia del 7 de noviembre de 2002, expediente AP-700, Sección Tercera. Tesis reiterada en las sentencias del 11 de septiembre de 2003, expediente AP-9257; del 11 de diciembre de 2003, expediente AP-1652; del 12 de febrero de 2004, expediente AP-1700; del 2 de junio de 2005, expediente AP-814; y del 6 de julio de 2006, expediente AP-1725.

En materia de manejo de recursos parafiscales se adujo que a) la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia incumplió el deber de separación presupuestal, patrimonial y contable entre los recursos propios y los administrados; b) el revisor fiscal de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el de Procafecol S.A. son la misma persona; c) la explotación de la marca Juan Valdez comenzó antes de su registro contable; y d) Procafecol S.A. se apropió de las oficinas de relaciones públicas contratadas en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá a nombre del Fondo Nacional del Café.

En materia de procedimiento para la autorización del usufructo se afirmó que: a) el Comité Nacional de Cafeteros no adoptó el reglamento para la concesión de la explotación comercial de las marcas del Fondo Nacional del Café; b) las Comisiones Asesoras del Gobierno no emitieron concepto previo a la autorización del usufructo de la marca Juan Valdez; c) mediante contrato a término indefinido y sin acudir al procedimiento contractual para casos de urgencia, la marca Juan Valdez comenzó a explotarse por Procafecol S.A.; y d) el Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no autorizó la creación de Procafecol S.A.

En relación con la venta de acciones que poseía el señor Guillermo Trujillo Estrada en Procafecol S.A. a la Fundación Manuel Mejía se sostuvo que dicha operación es contraria al objeto de esta Fundación y que luego de esa venta el señor Trujillo Estrada pasó a ser parte de los dirigentes de esta Fundación.

Acerca de las regalías a cargo de Procafecol S.A., se señaló: a) con recursos parafiscales se contrató el estudio para determinar el valor de la contraprestación a cargo de Procafecol S.A.; b) la mayor accionista de Procafecol S.A., por intermedio de Future Brand, determinará el valor de uso de la marca Juan Valdez; c) la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia aceptó sin objeción alguna las tarifas provisionalmente sugeridas por la firma contratada; d) el valor pagado como regalía representa, apenas, el 3,75% de la inversión realizada en publicidad en el año 2003 con recursos del Fondo Nacional del Café; y e) en el contrato de licencia de uso de marca se pactó que el valor de la regalía y el de la publicidad disminuirán en el cuarto año de operaciones.

Finalmente, se indicó que en el contrato de licencia de uso de marca el impuesto de timbre se asumió por partes iguales.

DE LA PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION POPULAR FRENTE A CONTRATOS.-

Los hechos señalados por los demandantes como violatorios de los derechos colectivos invocados refieren situaciones de naturaleza contractual. Resulta pertinente, entonces, recordar que en la jurisprudencia actual no es discutible la procedibilidad de la acción popular en materia contractual.

En ese sentido, se pronunció la Sección Tercera de esta Corporación:

“Según el artículo 15 de la ley 472 de 1998, a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo corresponde conocer de los procesos que se originen con ocasión del ejercicio de las acciones populares derivadas de actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, significa lo anterior

que la competencia de esta Jurisdicción comprende todas las actuaciones administrativas, esto es, abarca toda la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, ello como garantía eficaz de la protección constitucional de los derechos colectivos.

Con relación a los contratos estatales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la acción popular procede para impugnar dichos negocios jurídicos, siempre que se alegue la lesión de derechos colectivos.

A pesar de que el tema, procedencia de la acción popular contra contratos estatales no fue pacífico en sus inicios, dada la existencia de tesis encontradas en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la primera que sostenía su improcedencia por existir la acción contractual, y la segunda que aceptaba su procedencia para determinar la vulneración de un derecho colectivo, dado el carácter principal de la acción popular, a partir del momento, en que la Sección Tercera del Consejo de Estado asumió en forma exclusiva el conocimiento de las acciones populares originadas en contratos estatales, se ha superado este problema jurídico acogiendo la segunda tesis, es decir, se ha aceptado que por vía de acción popular se puede discutir la legalidad de los contratos estatales.⁷

Hechas estas precisiones la Sala se ocupa, a continuación, del estudio del fondo del asunto, previa determinación del marco normativo y fáctico de la controversia.

3. ADMINISTRACION DEL FONDO NACIONAL DEL CAFE MARCO NORMATIVO

Mediante el **Decreto 2078 de 1940** se creó el Fondo Nacional del Café como un sistema de manejo de recursos públicos mediante una cuenta especial, sin personería jurídica y destinada al impulsar una cultura cafetera, eficiente y competitiva.

El Fondo Nacional del Café es depositario de la contribución cafetera **-Leyes 9 de 1991, 788 de 2002 y 1151 de 2007-**, contribución parafiscal a cargo de los productores de café, destinada a mantener el ingreso cafetero de acuerdo a los objetivos previstos que dieron origen al citado Fondo.

Las contribuciones parafiscales son rentas tributarias que emanan de la llamada soberanía fiscal del Estado, se recaudan dentro de un determinado sector para ser afectadas en su destinación al mismo sector y su gestión, por lo general, se encomienda a una organización de origen y carácter privado. La Corte Constitucional, en sentencia C-152 de 1997, precisó las características esenciales de las contribuciones parafiscales, así:

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

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

⁷ Sentencia del 5 de marzo de 2008, expediente AP-1402. Sección Tercera.

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

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

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

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

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

Es claro, entonces, que los recursos del Fondo Nacional del Café son de carácter público por provenir de contribuciones parafiscales.

La marca Juan Valdez es el activo más conocido del Fondo Nacional del Café. Bajo ese nombre se encuentran registrados en Colombia más de treinta tipos de marca, como consta en los certificados de registro aportados al expediente (folios 806 a 847, cuaderno 28)

La **Ley 101 de 1993** prevé que el manejo, administración y ejecución de los recursos provenientes de contribuciones parafiscales se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable (artículos 30 a 32). También dispone que todas las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras existentes con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991 quedan sujetas a lo que ordena esa ley sin perjuicio de los derechos adquiridos y las disposiciones legales que los regulan y los contratos legalmente celebrados (artículo 35). Señala, además, que el manejo, administración y ejecución, cuando no se realice directamente por los órganos que formen parte del presupuesto general de la Nación, se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada que hayan celebrado un contrato especial con el gobierno nacional sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas (artículo 30).

Desde su creación mediante el Decreto 2078 de 1940 y a lo largo de su historia - **Ley 66 de 1942, Decreto-Ley 444 de 1967, Ley 11 de 1972, Ley 9 de 1991, Decreto 1173 de 1991 y Ley 101 de 1993-**, el Fondo Nacional del Café ha sido administrado por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, de naturaleza gremial, integrada por los productores de café del país que acrediten dicha condición con la cédula cafetera, que tiene como objetivo principal la defensa de la industria cafetera colombiana (Estatutos, folio 491).

Para la época de la demanda, el **contrato de administración del Fondo Nacional del Café**, suscrito entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, celebrado el 12 de noviembre de 1997, se encontraba vigente y en lo pertinente al caso se transcriben las siguientes cláusulas (folios 476 a 487, negrilla no original):

“CAPITULO I DEL OBJETO DEL CONTRATO

CLAUSULA 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 FEDERACION por la vocación que le reconocen las leyes en su calidad de entidad nacional representativa del Gremio Caficultor.

La FEDERACION 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.

CAPITULO II DE LOS OBJETIVOS DEL FONDO NACIONAL DEL CAFE

CLAUSULA 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 previstos en las normas legales vigentes, en orden a impulsar y fomentar una caficultora eficiente, sostenible y mundialmente competitiva.

CAPITULO III DE LAS INSTANCIAS DE DIRECCION, APOYO Y ASESORIA

CLAUSULA TERCERA.- Comité Nacional de Cafeteros: El órgano de dirección para el manejo del Fondo Nacional del Café es el Comité Nacional de Cafeteros, el que para efectos del presente contrato, estará integrado por Representantes del GOBIERNO y Representantes del Gremio Cafetero, así: a) En representación del GOBIERNO son miembros suyos los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Agricultura y Desarrollo Rural, cuya participación no será delegable; el Ministro de Comercio Exterior, quien podrá delegar su representación en el Viceministro o en el Negociador Internacional de Comercio Exterior; y el Director del Departamento Nacional de Planeación, quien podrá delegar en el Subdirector de Planeación Nacional. Los Ministros de Relaciones Exteriores y del Medio Ambiente serán invitados a las sesiones en las cuales se traten temas relacionados con las funciones de sus respectivos Despachos. b) En representación del Gremio Cafetero forman parte del Comité los miembros que establezcan los Estatutos de la FEDERACION.

La representación gremial en el Comité no podrá tener un poder de voto superior a la representación del GOBIERNO. El Ministro de Hacienda y Crédito Público tendrá tantos votos como sean necesarios para equilibrar el voto entre el GOBIERNO y los representantes cafeteros. Cuando se presenten empates al votarse una medida, serán dirimidos por el señor Presidente de la República.

CLAUSULA CUARTA.- Funciones del Comité Nacional de Cafeteros: El Comité Nacional de Cafeteros es el órgano de concertación de la política cafetera del país. Actuará de conformidad con la política económica y social que establezcan el Gobierno Nacional y demás autoridades competentes y cumplirá las siguientes funciones:

a) (...)

b) Diseñar la política para la comercialización interna y externa del café colombiano fijando, con el voto expreso y favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, directrices y procedimientos relacionados con las materias que a continuación se enuncian, sin perjuicio de las atribuciones que compete ejercer al Gobierno Nacional, de conformidad con las normas vigentes:

1.- Impulsar el desarrollo de nuevos canales de comercialización externa y nuevas formas de consumo, así como la diversificación de calidades sin desmedro de la que identifica al café colombiano en el mundo. Igualmente, adoptar políticas y programas tendientes a fomentar una mayor participación del movimiento cooperativo caficultor en las exportaciones del grano.

A tales efectos, dentro del primer semestre de vigencia del contrato el Comité deberá estudiar y aprobar un Plan de Comercialización cuyo desarrollo y cumplimiento deberá ser evaluado y actualizado por lo menos anualmente;

(...)

11.- Ejercer las demás atribuciones que las leyes o este contrato le asignen en materia de comercialización y promoción del café colombiano.

(...)

e) Asignar, con competencia exclusiva, los recursos del Fondo Nacional del Café y de los Comités Departamentales de Cafeteros y sus modificaciones.

(...)

CAPITULO IV

DE LA ADMINISTRACION Y OPERACION DEL FONDO NACIONAL DEL CAFE

CLAUSULA SEPTIMA.- Obligaciones de la FEDERACION como administradora del Fondo Nacional del Café: La FEDERACION, como administradora del Fondo Nacional del Café, tendrá las siguientes obligaciones:

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 (...)*

(...)

f) *Mantener la separación presupuestal, patrimonial y contable entre los bienes y recursos del Fondo Nacional del Café y los de la FEDERACION.*

(...)

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

a) *Compra, almacenamiento, trilla, transformación, transporte, venta y demás actividades relacionadas con la comercialización de café en el interior del país y en el exterior.*

(...)

f) *Actividades de promoción y publicidad del café colombiano.*

g) *Programas orientados a promover nuevos mercados, nuevos productos y nuevas formas de comercialización de café y a afianzar los mercados existentes.*

(...)

ñ) *Realizar todos los actos y negocios jurídicos autorizados por leyes nacionales e internacionales, conducentes al logro de los objetivos y políticas del Fondo y al desarrollo de sus actividades y servicios, de conformidad con las autorizaciones correspondientes.*

(...)

CAPITULO VI DEL REGIMEN CONTRACTUAL

CLAUSULA DECIMA SEXTA.- Normatividad aplicable. Cuando la FEDERACION opte por la contratación externa para la ejecución de las actividades contempladas en la cláusula octava de este contrato, se sujetará a las normas del derecho privado y a la reglamentación que expida el propio Comité.

En tales casos la escogencia de las propuestas se efectuará con base en el principio de transparencia, en cuyo desarrollo se hará una selección objetiva del contratista, aplicando para el efecto criterios de calidad, costo-beneficio, experiencia, oportunidad y otros pertinentes según el caso, que permitan la escogencia de la opción más eficiente en las condiciones de mercado.

(...)

CAPITULO VII DEL REGIMEN DISCIPLINARIO

CLAUSULA DECIMA OCTAVA.- Normatividad aplicable: Los empleados y asesores permanentes de la FEDERACION que desempeñen funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, relacionadas con la administración y manejo de los recursos parafiscales del Fondo Nacional del Café, así como los Miembros de los Comités de Cafeteros, son sujetos de la normatividad disciplinaria contenida en el Código Unico Disciplinario (Ley 200/95), en virtud de lo preceptuado en el artículo 20° ibídem. Igualmente, para efectos de la ley penal, son servidores públicos,

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18° del Estatuto Anticorrupción (Ley 190/95).”

El Comité Nacional de Cafeteros es el órgano de dirección para el manejo del Fondo Nacional del Café; órgano que cuenta con la participación de los Ministros de Agricultura, Comercio Exterior y de Hacienda y Crédito Público, del Director de Planeación Nacional y de los miembros que establecen los Estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

Son funciones principales de ese Comité, relevantes para el caso concreto, las de diseñar la política para comercialización externa e interna del café colombiano y fijar directivas en materias tales como la incursión de nuevos canales de comercialización interna y externa, nuevas formas de consumo, la diversificación de calidades, etc.

Establecidas las políticas y directrices por el Comité Nacional de Cafeteros, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como ente administrador de los recursos del Fondo Nacional del Café, debe ejecutar los proyectos del caso, manejando de manera separada el patrimonio, el presupuesto y la contabilidad de los bienes del Fondo y los de la Federación.

En uso de la atribución prevista en la cláusula décima sexta, el Comité Nacional de Cafeteros expidió el *“Estatuto de Contratación de la Federación Nacional de Cafeteros con recursos parafiscales cafeteros”* mediante **Resolución 08 del 30 de octubre de 2000**. De dicha Resolución se destaca lo pertinente al caso (negrilla no original, folios 445 a 475):

*“CAPITULO PRIMERO
DEL CAMPO DE APLICACION*

ARTICULO 1°. DEL CAMPO DE APLICACION. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su Oficina Central, en sus Comités Departamentales de Cafeteros y demás Dependencias en el país o en el exterior, se sujetará para la contratación con recursos parafiscales cafeteros, a lo que se establece en esta Resolución, en concordancia con las normas legales y estatutarias, en particular con las establecidas en el Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café suscrito el 12 de noviembre de 1997 y con las que para el efecto expida el Comité Nacional de Cafeteros.

(...)

ARTICULO 3°. Alcance del Estatuto. El presente Estatuto es un reglamento interno de contratación que establece obligaciones para los empleados de la Federación Nacional de Cafeteros.

Este Estatuto no consagra derechos a favor de los proponentes o contratistas distintos a los que se puedan derivar de los pliegos de condiciones, de los contratos o de sus actas de liquidación.

(...)

SECCION III: DEL CONTRATISTA

(...)

ARTICULO 26°. DE LOS SISTEMAS DE SELECCION DEL CONTRATISTA: La selección del contratista se hará según el sistema de contratación que corresponda al tipo o cuantía del contrato.

La invitación a presentar propuestas o cotizaciones se hará siempre procurando una adecuada variedad de alternativas, y una equilibrada distribución de oportunidades.

Cuando hubiere registro de proponentes las cotizaciones e invitaciones a proponer o concursar se solicitarán únicamente a quienes estuvieren inscritos.

La selección del contratista se realizará a través de alguno de los siguientes sistemas: de contratación simple, contratación sin convocatoria a proponer; contratación con convocatoria privada a proponer; contratación con convocatoria abierta a proponer; y concurso de méritos.

(...).

ARTICULO 27°. CONTRATACION SIMPLE. *En sistema de contratación simple no se requiere cumplir con trámites o requisitos para la escogencia del contratista, o para la elaboración o celebración del contrato; bastará con dejar memoria escrita sobre la identificación del contratista, el objeto del contrato, su plazo y valor. La contratación simple podrá seguirse cuando se trate de contratos de mínima cuantía.*

Deberán celebrarse por escrito todos los contratos, cualquiera que fuere su cuantía, cuyo objeto sea el de disposición o gravamen de inmuebles, fiducia, suministro, prestación de servicios y de consultoría.

(...)

ARTICULO 37°.- DE LAS EXCEPCIONES PARA LA OFERTA O CONVOCATORIA A PROPONER. *No se requerirá de convocatoria a proponer, o de concurso de méritos, o de cotizaciones, cuando se tratare de contratos de:*

(...)

2) Prestación de servicios o de consultoría, con un único oferente, o que deban celebrarse teniendo en cuenta las calidades personales del contratista.

(...)

CAPITULO TERCERO DE LOS CONTRATOS

ARTICULO 52°.- CLASES DE CONTRATOS. *La formación, celebración y ejecución de los contratos nominados e innominados se regirán por lo que dispone este Estatuto y por las normas del Código Civil, el Código de Comercio y disposiciones complementarias.*

Además se ajustarán a lo que aquí se establece, en particular, para algunos de los contratos típicos.”⁸

“CAPITULO CUARTO DISPOSICIONES FINALES

(...)

ARTICULO 70°.- CONVALIDACION. La no observancia de los procedimientos o requisitos contemplados en este Estatuto, que no comprometieren los principios de transparencia, o de selección objetiva y con lo que no se hubiere erogado perjuicio al Fondo Nacional del Café podrán ser convalidados por el Comité Ejecutivo, por el Comité General de Contratación, o por el Comité Departamental de Cafeteros según su competencia.”

La ejecución de las actividades y proyectos con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café corresponde directamente a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia o, por vía de contrato, a terceros, caso en el cual el régimen de contratación es el propio del derecho privado y el fijado en el Estatuto de Contratación adoptado por el Comité Nacional de Cafeteros (Resolución 08 de 30 de octubre de 2000).

El Estatuto de Contratación establece los sistemas de selección del contratista según el tipo y cuantía del contrato, así: contratación simple, contratación sin convocatoria a proponer, contratación con convocatoria privada a proponer, contratación con convocatoria abierta a proponer y concurso de méritos (artículo 26).

Dicho Estatuto exige, además, la celebración por escrito, de los contratos de cualquier cuantía cuyo objeto sea la disposición o gravamen de inmuebles, fiducia, suministro, prestación de servicios o consultoría (artículo 27). Se trata, por tanto, de una exigencia inaplicable a los contratos no señalados expresamente en la disposición; claro está, sin perjuicio del cumplimiento de las formalidades que por virtud de la ley sean del caso.

Finalmente, es destacable la autorización expresa de convalidación de los actos jurídicos en los que no se hayan observado los procedimientos y requisitos previstos en el Estatuto, a condición de que dicha inobservancia no hubiere comprometido los principios de transparencia o de selección objetiva, ni los recursos del Fondo Nacional del Café (artículo 70).

4. MARCO FACTICO

Los hechos fundamentales objeto de controversia que se encuentran probados en legal forma son, en orden cronológico, los siguientes:

⁸ A continuación se regulan los contratos de compraventa de inmuebles (artículo 53), arrendamiento de inmuebles (artículo 54), comodato (artículo 55), compraventa de bienes (artículo 56), suministro (artículo 57), obra (artículo 58), obras adicionales (artículo 59), obras extras o diferentes (artículo 60), empresa (artículo 61), consultoría (artículo 63), prestación de servicios (artículo 64), publicidad (artículo 65), comercialización del café (artículo 66) y transacción (artículo 67).

- 1°. **Informe de la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera (mayo de 2002).** En el mes de mayo de 2002, la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera presentó, entre otras, las siguientes recomendaciones (folios 155 a 159 y 375 a 376):

“3. Estrategia de Marca y de Comercialización Externa.

(...)

Este esfuerzo ha creado un conjunto de marcas de muy alto reconocimiento tales como Café de Colombia, el logotipo de Juan Valdez, la referencia de ‘100% Café colombiano’ y el lema de ‘El más rico café del mundo’. Cerca del 90% del esfuerzo publicitario y de promoción se ha concentrado en Estados Unidos, el cual ha tenido un costo del orden de US\$500 millones en los últimos 10 años.

(...)

En cuanto a las campañas publicitarias, diferentes pruebas de recordación de marcas indican que Café de Colombia, está entre las cinco marcas más recordadas entre los consumidores de los Estados Unidos. A pesar de los logros antes indicados, un reciente análisis de opciones estratégicas para ingresar en la cadena de comercialización de productos derivados del café en Estados Unidos, llevado a cabo por Vloly, Byorum & Partners, señala la limitación que tienen actualmente las marcas distintivas del café colombiano para su comercialización en nuevos negocios de café, o en el segmento de las especialidades, ya que están siendo relegadas al mercado masivo de los supermercados por dos fuerzas opuestas.

De una parte, está la consolidación de ciertas marcas como Yuban y Folgers en el segmento de supermercados, las cuales sustentan su posición de mercado en ser 100% Café Colombiano; por otra parte, se observa la creciente diferenciación que en el segmento de especialidades han logrado cafés de otras regiones y países al asociarse con cadenas de distribución gourmet como Starbucks. Colombia no tiene una presencia líder o reconocida en ese nicho.

Según el mencionado estudio, la estrategia de promoción debe buscar, además de mantener la presencia en el mercado masivo con la estrategia actual de marcas, construir una nueva imagen que sobre la base del gran reconocimiento que ya tiene el café colombiano, permita participar en nuevos segmentos de mercado como es el de las especialidades, las cafeterías gourmet, productos derivados del café, etc. (...)

Un reciente estudio de caso, preparado por el Harvard Business School sobre las marcas registradas para la promoción del café colombiano, plantea la necesidad de optar por una estrategia de manejo dual de marcas e imagen en la cual se mantenga el posicionamiento en el mercado masivo, pero a la vez sea claro que el país dispone de otros tipos de cafés que compiten con los mejores en mercados diferenciados (...)

La puesta en marcha de proyectos en nuevos mercados, en los cuales la institucionalidad cafetera puede generar nuevas fuentes de ingresos es una opción que requiere atención inmediata. En el trabajo citado

anteriormente de Violy, Byorum & Partners, 'Proyecto Espresso' se plantean y evalúan varias opciones de nuevas oportunidades. La base es establecer alianzas estratégicas alrededor de los cafés y marcas de Colombia, como sería la distribución de un café especialmente diferenciado a través de una cadena de comida rápida, la asociación con una compañía productora de alimentos que quiera entrar en la distribución minorista de café, el establecimiento de una cadena de cafeterías de cafés especiales como Starbucks, y el desarrollo de productos lácteos o de otro tipo que contengan café colombiano.

La Comisión considera que la institucionalidad cafetera no debe dilatar la toma de decisiones sobre estas posibilidades y recomienda iniciar a la mayor brevedad posible, la estructuración de los planes de negocio definitivos sobre aquellas alternativas que le generen mayor valor a la oferta colombiana de café.

Para la Comisión es claro que se requiere una estrategia técnicamente diseñada que garantice el desarrollo de la imagen y permita apalancar las marcas existentes para lograr, hacia el futuro, el posicionamiento de los cafés colombianos en los distintos segmentos del mercado (...) Dentro de esa estrategia, la Federación debe implementar una política de licenciamiento de marcas que maximice la protección de la propiedad intelectual del gremio y genere el mayor valor agregado posible desde el punto de vista de diferenciación y apertura de nuevos segmentos para los cafés colombianos." (Subraya la Sala).

- 2°. **Acuerdo de Apoyo Gubernamental a la Caficultura (agosto de 2002).** En documento de la Contraloría Delegada para el Sector Agropecuario, titulado "La cesión de usufructo de la marca Juan Valdez: Una lectura a partir del ejercicio auditor al Fondo Nacional del Café", de septiembre de 2004, se relatan los siguientes hechos (folios 430 a 459, cuaderno 4):

"En numeral 5 del mencionado informe al LXII Congreso Nacional de Cafeteros, Tiendas de Café Juan Valdez, en antecedentes se expresa que: 'en el mes de agosto de 2002 se llevó a cabo un acto con la participación del Presidente de la República y los Ministros que hacen parte del Comité Nacional de Cafeteros, motivo de la reunión fue la firma del acuerdo de apoyo gubernamental a la caficultura. El Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros asumen la tarea de impulsar el proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez.' (Subraya la Sala).

- 3°. **Acuerdo entre el Gobierno Nacional y Federación (2 de septiembre de 2002).** En el texto del resumen del Acuerdo celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia el 2 de septiembre de 2002 se convinieron, entre otros compromisos, los siguientes (folios 409 a 434):

"GENERACION DE VALOR AGREGADO:

Se promoverá la innovación, las estrategias de industrialización y generación de valor agregado en la actividad cafetera.

Se aprovechará el patrimonio de marcas ya existente y la ampliación de éstas, para incluir la denominación de origen y su valorización, mediante un incremento en actividades destinadas a la venta de café con valor agregado.

(...)

NUEVO CONTRATO GOBIERNO-FEDECAFE:

Se mantendrá el contrato actual incorporando adendums y/o otrosís para incluir los nuevos acuerdos logrados.”

- 4°. **Lanzamiento del proyecto Tiendas de Café Juan Valdez (9 de septiembre de 2002).** En el acta número 22 del Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia del 9 de septiembre de 2002, se dejó la siguiente constancia (copia autenticada, folio 78):

“Lanzamiento Programa Tiendas de Café Juan Valdez.

Informó el señor Gerente que como es del conocimiento de los miembros de esta Corporación, que asistieron la semana anterior a la firma del Acuerdo de Apoyo Gubernamental a la Caficultura, que se llevó a cabo en la Casa de Nariño y posteriormente, por invitación del Presidente Uribe, a la reunión de Consejo de Ministros, que se llevó a cabo a continuación, se ha venido trabajando en el lanzamiento de un proyecto de promoción al café 100% colombiano, basada en la apertura de tiendas para la atención directa al consumidor final (...).

Agregó que la idea es que la Federación lleve a cabo la iniciativa de abrir inicialmente cuatro tiendas a manera de centros pilotos, con diferentes formatos y modelos, en Bogotá, Medellín, Cartagena y Miami (U.S.A.) que se inaugurarían el 15 de diciembre próximo.

Que una vez se hayan iniciado operaciones con las tiendas piloto y se pueda establecer qué tipo de modelo de tienda resulta más eficaz y productivo, éste proyecto se convertirá en una realidad empresarial en la que podrán participar todos los colombianos residentes en el país o en el exterior. El trabajo continuo de la Federación Nacional de Cafeteros y PROEXPORT transformarán este esfuerzo en una compañía del sector privado abierta para que todos aquellos que deseen invertir lo puedan hacer. En diciembre del año próximo se espera tener una empresa capitalizada con cerca de US\$ 100 millones para salir a conquistar el mundo de los consumidores de café de la mano de la excelente calidad de nuestro grano y el alto reconocimiento de las marcas Juan Valdez y 100% Café de Colombia (...)

Reiteró que la idea es la de capitalizar esa experiencia para construir unos modelos, unos centros pilotos que van a permitir después, sobre la base de resultados positivos, crear una empresa que estaría abierta a la participación de todos los colombianos, trátase de personas naturales o jurídicas, como la punta de lanza para entrar en el mercado de ventas al detal, en donde participan cadenas internacionales de reconocido prestigio.” (Subraya la Sala).

- 5°. **Constitución de Procafecol S.A. (19 de noviembre de 2002).** El 19 de noviembre de 2002 la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y los señores Guillermo Trujillo Estrada, Juan Carlos Rojas Iragorri, Claudio Arango Villamizar y Camila Pinzón Rodríguez constituyeron la sociedad anónima que denominaron Promotora de Café Colombia S.A. (Procafecol S.A.), cuyo objeto social es el de “comercializar café colombiano en todas

sus formas, crear tiendas de café para administración directa o a través de terceros, otorgar franquicias de las tiendas de café, vender bebida de café, café tostado, molido y en grano, en distintas presentaciones y distintos puntos de venta, a nivel nacional y a nivel internacional, vender artículos de mercadeo relacionados con el café y/o con las marcas comerciales utilizadas por la sociedad". La participación en el capital suscrito y pagado fue la siguiente (Escritura pública número 5559 de la Notaría Sexta de Bogotá D.C., folios 62 a 77):

Accionista	% Capital	Acciones
Federación Nacional de Cafeteros de Colombia	94.0%	470
Juan Carlos Rojas Iragorri	0.2%	1
Claudio Arango Villamizar	0.2%	1
Camila Pinzón Rodríguez	0.2%	1
Guillermo Trujillo Estrada	5.4%	27

- 6°. **Presentación del proyecto en el LXII Congreso Nacional de Cafeteros (2 de diciembre de 2002).** En documento de la Contraloría Delegada para el Sector Agropecuario, titulado *"La cesión de usufructo de la marca Juan Valdez: Una lectura a partir del ejercicio auditor al Fondo Nacional del Café"*, de fecha septiembre de 2004, se relata lo siguiente (folios 430 a 459, cuaderno 4):

"En Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de septiembre de 2002, 'la Administración de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, puso a consideración, el lanzamiento de Las Tiendas de Café Juan Valdez'. El Comité emitió voto favorable para llevar a cabo el proyecto y en diciembre 3 de 2002, en el LXII Congreso Nacional de Cafeteros, se presentó la idea ante los delegados participantes, quienes manifestaron el total respaldo al programa." (Destaca la Sala).

- 7°. **Matrícula de la primera tienda (10 de diciembre de 2002).** El 10 de diciembre de 2002 Procafecol S.A. matriculó en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá un establecimiento de comercio, denominado "Tienda Juan Valdez", dedicado a la venta de café, ubicado en el Aeropuerto El Dorado (matrícula número 01232971, folio 80).

- 8°. **Apertura de la primera tienda (14 de diciembre de 2002).** En documento de la Contraloría Delegada para el Sector Agropecuario, titulado *"La cesión de usufructo de la marca Juan Valdez: Una lectura a partir del ejercicio auditor al Fondo Nacional del Café"*, de fecha septiembre de 2004, se relata lo siguiente (folios 430 a 459, cuaderno 4):

"La Junta Directiva de Procafecol S.A. estableció un cronograma, señalando el año 2003 como el año piloto, durante el cual la meta trazada fue terminar el año con 6 tiendas Juan Valdez en operación. En efecto, se definió el año 2003 como el año de diseño, difusión y desarrollo de diversos formatos de Tienda, superándose la meta establecida, de tal manera que:

El 14 de diciembre de 2002 se dio apertura a la primera Tienda Juan Valdez ubicada en el aeropuerto El Dorado de Bogotá."

A continuación, ese documento relaciona la apertura de nueve tiendas más en el período comprendido entre los meses de abril y diciembre de 2003.

- 9°. **Autorización gubernamental (23 de diciembre de 2002).** En el Acta número 13 del Comité Nacional de Cafeteros, correspondiente a la sesión del día 23 de diciembre de 2002, se lee (certificación del Secretario General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, folios 151, 152, 317, 318, 639, 640 y 785 a 787):

“AUTORIZACION USO MARCAS COMERCIALES DE PROPIEDAD DEL FNC

El señor Gerente General estimó pertinente solicitar al señor Ministro de Hacienda su autorización para que la Sociedad Procafecol S.A., o cualquier otra sociedad que tenga un objeto social igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales registradas en Colombia y el exterior que hacen parte de los activos del FNC.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, obrando como representante del Gobierno en el Comité Nacional de Cafeteros, emitió autorización expresa a lo solicitado por la Federación, con lo cual la entidad podrá usufructuar tales marcas comerciales en la comercialización, promoción y publicidad del café colombiano alrededor del mundo.

En consecuencia, el señor Ministro de Hacienda autorizó igualmente a la Gerencia para suscribir el documento que se anexa a la presente, el cual deberá llevar su firma y la del Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros, mediante el cual se reglamenta la autorización para dicho usufructo.

Acto seguido, el señor Gerente General de la entidad manifestó que teniendo en cuenta lo anterior, procederá a contratar un asesor externo e independiente para que estime la suma que la Federación, como entidad de derecho privado, debe reconocer y pagar al FNC por el usufructo de dichas marcas.” (Subraya la Sala).

En el expediente no obra prueba del documento que se anunció como anexo al acta de sesión transcrita. Al respecto, la Directora Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en testimonio rendido el 21 de julio de 2004, aclaró que el reglamento al cual se refiere el acta de la sesión del 23 de diciembre de 2002 *“finalmente no fue objeto de formalización y ello consta en otra acta en la que se modifica el contenido de la autorización, que es del día 17 de julio de 2003”* (folios 727 a 737).

- 10°. **Autorización del Comité Nacional de Cafeteros (17 de julio de 2003).** En el Acta número 5 del Comité Nacional de Cafeteros, correspondiente a la sesión del día 17 de julio de 2003, se lee (certificación del Secretario General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, folios 153, 154, 488, 489, 641, 642 y 788 a 791):

“EVALUACION ESTRATEGIA PROPIEDAD INTELECTUAL MARCAS DEL FNC

El doctor Gabriel Silva solicitó al Comité modificar la autorización impartida el 23 de diciembre de 2002, respecto del uso de las marcas comerciales “Juan Valdez” y el logotipo “100% Café de Colombia”, en el proyecto de las Tiendas de Café, para que, quien imparta la autorización sea el Comité Nacional, con el voto expreso y favorable del Ministro de Hacienda y no únicamente el Ministro, en nombre del Gobierno, como se solicitó en la precitada sesión del 23 de diciembre/03.

Agregó que lo anterior, teniendo en cuenta que en estricto sentido, es el Comité Nacional el órgano que debe aprobar la cesión del uso de marcas de propiedad del Fondo Nacional del Café e indicó que, de esta manera, cualquier decisión que se tome sobre costo de licenciamiento de esas marcas es retroactivo al funcionamiento del proyecto de las tiendas desde su inicio y que teniendo en cuenta lo anterior, ha procedido a contratar un asesor externo e independiente para que estime la suma que la Federación, como entidad de derecho privado, debe reconocer y pagar al FNC por el usufructo de dichas marcas.

Que fue así como la Federación procedió a contratar el estudio sobre la estrategia de propiedad intelectual para las marcas del Fondo, con Future Brand, una de las firmas más reconocidas a nivel internacional, en la evaluación, manejo y diseño de estrategias en esta materia.

(...)

El Comité, con el voto expreso y favorable del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, modificó la autorización otorgada al señor Gerente de la Federación en la precitada sesión del 23 de diciembre de 2002, en la forma solicitada por éste, y en consecuencia le autorizó para que la Sociedad Procafecol S.A., o cualquier otra sociedad que tenga un objeto social igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales registradas en Colombia y el exterior que hacen parte de los activos del FNC, reconociendo a éste el valor de la contraprestación que resulte del estudio contratado.” (Subraya la Sala).

- 11°. **Investigación de la Superintendencia de Industria y Comercio (29 de septiembre de 2003).** Mediante auto número 02255 del 29 de septiembre de 2003, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia ordenó el archivo de la actuación adelantada con ocasión de la denuncia formulada por el señor Pedro de Narváez López contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, luego de considerar lo siguiente (folios 162 a 167, 198 a 203, 250 a 255, 436 a 441, 526 a 531 y 552 a 557):

“En suma, no se tienen elementos que permitan suponer, de una parte, que la Federación posee posición dominante en el mercado de las tiendas de café dentro del Aeropuerto El Dorado, y de otra, que sus precios de venta están por debajo de sus costos, circunstancias éstas que resultan esenciales frente a una posible adecuación del numeral 1° del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Se advierte, más bien, que los precios de la sociedad Café de Don Pedro no distan en forma sustancial de los fijados en las Tiendas Juan Valdez, y que en varias ocasiones, los precios de la primera están incluso por debajo.”

12°. **Cobro de la contraprestación por el uso de la marca (16 de enero de 2004).** El 16 de enero de 2004 la Gerente Financiera de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se dirigió a Procafecol S.A. en los siguientes términos (folios 187, 237, 514, 539, 643 y 792):

“En la medida en que Procafecol ha utilizado esa familia de marcas desde diciembre del año 2002 en sus diferentes establecimientos en Colombia, hemos considerado pertinente que esta compañía cancele al Fondo, a manera de adelanto pendiente de liquidación final, una suma equivalente a US\$20,000 más el 2.5% sobre el valor de sus ventas brutas hasta el 31 de diciembre del 2003 como compensación por el uso de las marcas en cuestión, que son propiedad del Fondo.”

Quisiéramos aclarar que los valores arriba mencionados son preliminares y pueden ser modificados una vez los expertos internacionales encargados para la valoración de las regalías por uso marcario correspondientes presenten los estudios de arquitectura marcaria y referenciación competitiva, para propósitos de la valoración definitiva de las regalías. Los estudios en cuestión también permitirán evaluar, si es del caso, las políticas de aplicación de marcas propiedad del Fondo por parte del Comité Nacional de Cafeteros.

Le ruego hacernos llegar los valores arriba mencionados y las cifras de ventas debidamente auditadas con base en las cuales se calculó la porción variable de la regalía.” (Subraya la Sala).

13°. **Determinación provisional de la regalía (25 de marzo de 2004).** En el acta correspondiente a la sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 25 de marzo de 2004 se dejó constancia de (folios 636 a 638):

“Construcción Arquitectura Marcaria

(...)

Que en tanto se obtienen los resultados definitivos de esa valoración, y para no postergar la ejecución de proyectos acordados con el Gobierno Nacional tales como las Tiendas Juan Valdez, con base en los análisis hechos por la Dirección de Propiedad Intelectual, se procedió a cuantificar en forma provisional la regalía que Procafecol, sociedad que administra las Tiendas, debió cancelar al Fondo Nacional del Café. La suma, que era aproximadamente de 119 millones de pesos hasta la fecha, se estableció con base en prácticas comerciales comparables con los titulares de marcas y fue cancelada al Fondo Nacional del Café en el mes de febrero. Adicionalmente, todos los meses se cancelará la suma que determine la Dirección de Propiedad Intelectual, teniendo en cuenta los criterios descritos anteriormente. Que así mismo se ha procedido a celebrar un contrato con Coffeocol, sociedad de la cual también es accionista la Federación para que ésta cancele una regalía al Fondo Nacional del Café.”

14°. **Pago de la contraprestación por el uso de la marca (febrero de 2004 en adelante).** Por concepto de “*anticipo por regalías por uso de marcas de propiedad del Fondo Nacional del Café*”, Procafecol S.A. remitió a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia los dineros que a

continuación se relacionan (folios 188, 238, 249, 515, 524, 540, 550, 645, 794, 797, 799, 809, 826, 834, 838, 840, 843 y 845):

Fecha remisión	Documento remitido	Valor
Febrero 12 de 2004	Cheque 4692330	\$57'295.800
	Cheque DI313108	\$37'249.919
	Cheque M1165971	\$24'863.279
Abril 22 de 2004	Cheque M2383748 Banco de Bogotá	\$25'347.721
Junio 1 de 2004	Cheque 7429556 Banco de Crédito	\$23'323.327
Julio 2 de 2004	Comprobante de egreso 0942	\$12'650.275
Agosto 2 de 2004	Comprobante de egreso 1026	\$14'062.494

Además, en relación con el pago de la contraprestación por el uso de la marca obran en el expediente las certificaciones del Contador General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia que se relacionan a continuación:

Fecha certificado	Contenido del certificado
28/abr/04	<i>“(...) con los documentos contables No. 240000815 de febrero 12 de 2004 y 2400001937 de abril 22 de 2004 se registró en la contabilidad del Fondo Nacional del Café el ingreso de \$119.453.998 y \$25.347.721 respectivamente, entregado por la Promotora de Café Colombia S.A. identificada con el NIT. 830.112.317, al Fondo Nacional del Café por concepto de anticipo al derecho inicial, regalías y contribución a publicidad” (folios 442 y 600)</i>
1/jun/04	<i>“(...) con el documento contable No. 2400002591 de junio 1° de 2004 se registró en la contabilidad del Fondo Nacional del Café el ingreso de \$23.323.327, entregado por la Promotora de Café Colombia S.A. identificada con el NIT. 830.112.317, al Fondo Nacional del Café por concepto de anticipo sobre regalías y contribución a publicidad correspondiente a los meses de marzo y abril de 2004” (folio 601)</i>
1/sept/04	<i>El Fondo Nacional del Café recibió de Procafecol S.A. la suma de \$194'837.815 “a título de anticipo sobre Derecho Inicial, Regalías y Contribución a Publicidad”. Consta, además, que dicha suma fue posteriormente reajustada “de conformidad con la recomendación de la firma Future Brand”, en \$354'386.552 e intereses por \$21'142.745; dineros que fueron canceladas por Procafecol S.A. y “corresponden a las regalías y contribución a publicidad por el uso de la marca Juan Valdez entre diciembre de 2002 y junio 30 de 2004” (folios 180 y 181, cuaderno 3)</i>
31/jul/06	<i>El Fondo Nacional del Café recibió de Procafecol S.A. las siguientes sumas: derecho inicial por \$57'295800, regalías por \$247'954.086, contribución a publicidad por \$145'885.344 e intereses por \$21'142.745 (folio 870, cuaderno 5)</i>

- 15°. **Autorización para “documentar” el contrato (3 de agosto de 2004).** En relación con la valoración de la regalía por parte de la firma Future Brand, en

el Acta número 4 del Comité Nacional de Cafeteros, correspondiente a la sesión del día 3 de agosto de 2004, se lee (certificación del Secretario General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, folios 1009 a 1010):

“[El Gerente] Agregó que el día de hoy había recibido una comunicación de dicha firma, mediante la cual da a conocer los resultados de la Fase I en relación con las tasas de regalías aplicables a los diferentes proyectos de valor agregado, cuyo texto completo es el siguiente:

(...)

Expresó finalmente el doctor Silva, que con el concepto emitido por la firma Future Brand, se podría proceder a **documentar** [sic] **el contrato** entre el Fondo Nacional del Café y Procafecol, propuesta que fue acogida por el Comité.

El señor Gerente manifestó que con esta autorización, el Comité de Marcas y Patentes de la Federación ordenaría a la División Jurídica la elaboración del respectivo contrato.” (Destaca la Sala)

16°. Informe de la Contraloría General de la República (septiembre de 2004).

En el mes de septiembre de 2004 la Contraloría Delegada para el Sector Agropecuario elaboró el documento titulado “*La Cesión de Usufructo de la Marca Juan Valdez. Una lectura a partir del ejercicio auditor al Fondo Nacional del Café*”, el cual “*recoge en gran parte las inquietudes surgidas en el seno de las discusiones al interior de las comisiones Tercera y Quinta de Cámara y Senado, atendiendo las citaciones que esa corporación formulara al señor Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia*” (aclaración del oficio remisorio, folio 427, cuaderno 4). Las conclusiones del documento fueron las siguientes (folios 426 a 459, cuaderno 4):

- Vicios en el procedimiento de autorización del usufructo.
- Falta de claridad sobre el valor o retribución al Fondo Nacional del Café.
- La estrategia comercial en la cual se enmarca el proyecto Tiendas Juan Valdez “*no se viabiliza como solución efectiva a los problemas del caficultor colombiano*”.
- La cesión de usufructo de las marcas Juan Valdez “*no asegura que sea para beneficiar a los productores*”.
- Es incierta la fecha en que el Fondo Nacional del Café percibirá los beneficios derivados del usufructo de las marcas Juan Valdez.

17°. Firma del contrato de licencia de uso de marca (6 de septiembre de 2004).

El 6 de septiembre de 2004 la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, actuando en nombre del Fondo Nacional del Café, suscribió contrato de licencia de uso de marca con Procafecol S.A. De ese documento se destaca los siguientes aspectos que resultan relevantes al caso (folios 203 a 213, cuaderno 3):

“CONSIDERANDOS

(...)

4. Que entre el Gobierno Nacional y la FEDERACION se celebró en el mes de septiembre de 2002 un Acuerdo, que tenía por objeto fijar las bases sobre las cuales se desenvolverían las relaciones entre el Gobierno Nacional y el gremio cafetero y en cuyo marco se reafirmó la vigencia y funcionalidad del Comité Nacional de Cafeteros como instrumento operativo para la concertación de la política cafetera nacional y se convino en promover la innovación, así como las estrategias de industrialización y generación de valor agregado en la actividad cafetera y se determinó aprovechar el patrimonio marcario ya existente y se dispuso su ampliación, mediante un incremento de actividades destinadas a la venta de café con valor agregado.

5. Que con base en las determinaciones anteriores la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como ente de derecho privado, empezó a desarrollar con sus propios recursos las acciones encaminadas a la estructuración de un proyecto que permitiera poner en ejecución las bases del Acuerdo con el Gobierno Nacional, a que se hizo referencia en el considerando precedente, para cuyo efecto se empezó a trabajar en el Proyecto de Tiendas del Café y se constituyó la sociedad Procafecol S.A. con patrimonio privado que en lo sustancial fue puesto por la propia Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como ente de derecho privado.

(...)

CLAUSULAS

1. OBJETO: La FEDERACION otorga al LICENCIATARIO el derecho de utilizar las MARCAS Y SUS APLICACIONES MARCARIAS OBJETO DE LICENCIA, en Colombia, en los Estados Unidos de América y en los demás países o regiones en los que posteriormente se determinen las tarifas por los DERECHOS conforme a lo establecido en los literales e) y f) del numeral 12.2 de las cláusulas de este contrato, exclusivamente en conexión con la utilización de las mismas para el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez, en cuya virtud el LICENCIATARIO podrá:

1.1 Usar la MARCA JUAN VALDEZ y sus aplicaciones marcarias asociadas contenidas en el Anexo A, como enseña o símbolo de identificación de los establecimientos de comercio que con el nombre de 'Tienda de Café Juan Valdez' abra directamente o por medio de sus SUBSIDIARIAS (en la forma como éstas se definen en último inciso de la presente cláusula) o por el sistema de franquicia o mediante cualquier otra modalidad contractual, incluyendo joint ventures y en las que, en todo caso, tenga control sobre las decisiones de aplicación de Marcas. En todo caso, para la autorización de personas diferentes al LICENCIATARIO y sus SUBSIDIARIAS, incluyendo las personas con las que se proyecte celebrar joint ventures, se requerirá el pronunciamiento expreso de la Comisión para la Implementación de Negocios con Terceros a que se refiere el numeral 3 de las cláusulas del contrato.

1.2 Incluir las MARCAS OBJETO DE LICENCIA en los PRODUCTOS que se indican en la lista que se relacionan en el Anexo B de este Contrato, PRODUCTOS que se venderán exclusivamente en las Tiendas de Café Juan Valdez o en conexión con el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez; la lista en mención podrá ser aumentada o disminuida por acuerdo de las partes que se expresará por escrito mediante documento

suscrito para el efecto o mediante el cruce de comunicaciones, con la consiguiente modificación del Anexo B.

(...)

2. NO EXCLUSIVIDAD Y AUTORIZACIONES ADICIONALES DE UTILIZACION.

Queda establecido que en virtud del presente contrato, EL LICENCIATARIO no adquiere la exclusividad para el uso de las MARCAS OBJETO DE LICENCIA en los países o regiones cobijados por el presente Contrato, si perjuicio de que el uso de las MARCAS OBJETO DE LICENCIA para las aplicaciones a que se refiere este contrato se realice por e LICENCIATARIO directamente o mediante franquicia o utilizando cualquier otra modalidad contractual. Por tanto, se entiende que la Licencia de uso de marca no es exclusiva y sólo se otorga bajo los términos específicos del presente Contrato.

(...)

4. VIGENCIA. El presente contrato estará vigente por el término de seis (6) años contados a partir del catorce (14) del mes de diciembre de 2002. Las partes podrán prorrogar la vigencia del presente contrato mediante acuerdo expreso y escrito; (...)

(...)

12. DERECHOS POR EL USO DE LAS MARCAS O TARIFAS DE REGALIA: El LICENCIATARIO reconocerá a la FEDERACION, como DERECHOS, los valores que a continuación se indican, los cuales constituirán recursos del Fondo Nacional del Café:

12.1 La suma fija de VEINTE MIL DOLARES (US\$20.000), por su equivalente en pesos a la tasa representativa del mercado del día 31 de diciembre de 2002, fecha en la cual se realizó el pago, es decir, la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES DE DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS PESOS \$57.295.800 y que, en consecuencia, la FEDERACION declara recibida a satisfacción como derechos iniciales.

12.2 En relación con los ingresos brutos que provengan de del Proyecto de las Tiendas de Café Juan Valdez, debidamente certificados por el representante legal y el revisor fiscal del LICENCIATARIO y, en relación con las SUBSIDIARIAS y los terceros que establezcan u operen Tiendas de de Café Juan Valdez, debidamente certificados por un representante autorizado del tercero, y por el revisor fiscal de éste, sí lo hay, o a falta de éste, por un auditor independiente, y, si no fuere posible, previa autorización especial que para cada caso expida la FEDERACION, por un contador público independiente: a) Para las ventas en el Iterritorio de la República de Colombia, el 3.4% del valor bruto de las ventas totales de productos y demás bienes o servicios que se realicen en dichos establecimientos o en conexión con el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez, desde el primer día en que comenzó a operar el LICENCIATARIO su concepto de negocio, y; b) Para ventas en el territorio de la República de Colombia, como gastos de promoción, el 2% sobre el valor bruto de

las ventas totales de PRODUCTOS y demás bienes o servicios que se lleven a cabo en cada uno de dichos establecimientos, en los años 1º a 4º, contados desde el primer día de operación y, después del cuarto año de operación en ese territorio, el porcentaje se reducirá al 1%. Tratándose de las otras ventas que se realicen en conexión con el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez el porcentaje del 2% se reconocerá sobre el valor bruto de tales ventas en años 1º a 4º, contados desde que comenzó a operar el LICENCIATARIO su concepto de negocio y, después del cuarto año el porcentaje se reducirá al 1%; c) Para las ventas en el territorio de los Estados Unidos de América, el 2.3% del valor bruto de las ventas totales de PRODUCTOS y demás bienes o servicios que se realicen en cada uno de dichos establecimientos desde el primer día en, que comiencen a operar las Tiendas de Café Juan Valdez e igual porcentaje se reconocerá sobre las otras ventas que se realicen en conexión con el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez, desde el primer día en que inicien ventas en dicho país; d) Para las ventas en el territorio de los Estados Unidos de América como gastos de promoción, el 3% sobre el valor bruto de las ventas totales de PRODUCTOS y demás bienes o servicios que se lleven a cabo en cada uno de dichos establecimientos, en los años 1º a 4º, contados desde el primer, día de operación y, después del cuarto año de operación en ese territorio, el porcentaje se reducirá al 1%. Tratándose de las otras ventas que se realicen en conexión con el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez el porcentaje del 3% se reconocerá sobre el valor bruto de tales ventas en años 1º a 4º, contados desde que comenzó a operar el LICENCIATARIO su concepto de negocio en los Estados Unidos de América y, después del cuarto año el porcentaje se reducirá al 1%; e) Para ventas en el territorio de otros países distintos de Colombia y de los Estados Unidos de América se reconocerá por el LICENCIATARIO un porcentaje que fijará la FEDERACION con base en el estudio de un tercero independiente contratado por ésta y que tenga reconocida experiencia en este campo, la cual se liquidará, para cada país o región determinado y en relación con cada Tienda de Café Juan Valdez, sobre el valor bruto de las ventas totales de PRODUCTOS y demás bienes o servicios que se realicen en cada uno de dichos establecimientos e igual porcentaje se reconocerá sobre las otras ventas que se realicen en conexión con el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez, desde e primer día en que se inicien ventas en el correspondiente país o región; f) Para ventas en el territorio de los otros países distintos de Colombia y de los Estados Unidos de América, como gastos de promoción, un porcentaje que, al igual que ocurre en el caso de Colombia y Estados Unidos, podrá disminuir después de un cierto tiempo y que fijará la FEDERACION con base en el estudio de un tercero independiente que tenga reconocida experiencia en este campo y que se liquidará, para cada país o región determinado, sobre el valor bruto de las ventas totales de PRODUCTOS y demás bienes o servicios que se realicen en cada uno de dichos establecimientos. El porcentaje o porcentajes de que se trate también serán aplicables a las demás ventas que se realicen en conexión con el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez, desde el primer día en que se inicien operaciones en el correspondiente país o región.

En todo caso, será de cargo del LICENCIATARIO cualquier impuesto o gravamen relacionado con los pagos por concepto de DERECHOS a la FEDERACION.

(...)

13. AJUSTE A LAS TARIFAS ESTABLECIDAS: Teniendo en cuenta que la tarifa provisional establecida mediante la comunicación del 16 de enero de 2003 [sic] de la FEDERACION es inferior a la que en principio se estableció para los DERECHOS por parte de la firma contratada para el efecto y a la que se hace referencia en el numeral 10.2, el LICENCIATARIO reconoció a la FEDERACION la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS TRES PESOS (279'761.203,00) pesos colombianos, que resulta de aplicar a las sumas base de liquidación de las tarifas de regalía aplicables, deduciendo las sumas ya pagadas y liquidando sobre los valores a reconocer intereses retroactivos a la tasa efectiva de DTF más 4 puntos porcentuales para las ventas realizadas por el LICENCIATARIO desde el comienzo de sus operaciones hasta el 31 de julio del 2004, por su equivalente nominal correspondiente al período objeto de causación. En el evento en que como consecuencia de la estipulación contenida en el numeral 10.4 haya lugar a ajustes adicionales respecto de los DERECHOS, se harán las liquidaciones de intereses a que haya lugar bajo la misma regla establecida en la presente estipulación.

18°. **Otrosí al contrato (30 de junio de 2005).** De acuerdo con el Informe de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral - Modalidad Regular, de agosto de 2006, se tiene que *“la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, suscribió el otrosí No. 3 del 30 de junio de 2005, que en su cláusula octava prorroga el plazo de duración del contrato 156, por diez años más, que se contarán a partir del vencimiento del término inicial, es decir, hasta el 14 de diciembre de 2018”* (página 102, cuaderno 14).

19°. **Investigación disciplinaria (21 de marzo de 2006).** Por auto del 21 de marzo de 2006, sobre los hechos objetos de esta controversia, el Procurador General de la Nación ordenó el archivo de la indagación preliminar que adelantaba contra los Ministros de Hacienda y los Ministros de Agricultura, de Comercio Exterior y los Directores de Planeación Nacional que ejercieron como tales entre los años 2002 a 2004.

No obstante, en cuanto al Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, ordenó remitir las diligencias a la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal, en resumen, lo siguiente (providencia agregada en la audiencia celebrada el 23 de marzo de 2007, folios 1292 a 1302, cuaderno 5):

- Por llevar a cabo un proyecto sin cumplir las formalidades del contrato de Administración con el gobierno.
- Porque las regalías y su forma de pago debieron fijarse al momento de autorizar el usufructo.
- Verificar si se cumple la obligación de manejar los recursos, presupuesto y contabilidad del fondo en forma separada de los bienes propios de la Federación.
- Si la Federación -administradora de los recursos del fondo- y mayor accionista de Procafecol S.A., ofrece claridad e imparcialidad de los negocios que maneja en una y otra calidad.

5. DERECHOS COLECTIVOS INVOCADOS. GENERALIDADES

DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA.

El literal b) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998 señala como derecho colectivo el de la moralidad administrativa y, a pesar de que el párrafo de ese mismo artículo prevé que “*Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley*”, lo cierto es que hasta el momento no existe una norma que fije el concepto y alcance del derecho a la moralidad administrativa, aunque sí muchas que lo desarrollan, en cuanto principio constitucional que orienta la función administrativa (artículos 209 de la Constitución Política y 3° de la Ley 489 de 1998).

Ha sido la jurisprudencia la encargada de conceptualizar al respecto, construyendo a partir de la casuística los criterios característicos del derecho a la moralidad administrativa. El siguiente pronunciamiento recoge buena parte de lo discurredo:

“La aplicación jurídica del concepto de moralidad tendiente a orientar y controlar la actividad de la administración, requiere tener en cuenta dos aspectos fundamentales:

*- **Moralidad no es sinónimo de legalidad.** En efecto, confundir esos dos conceptos desde la óptica del control judicial de la actividad de la administración implica, necesariamente, negar la existencia del primero, dado que si se subsume por completo en la concepción clásica de legalidad, los mecanismos judiciales contencioso administrativos resultarían suficientes y no se justificaría la existencia de la acción popular para su protección.*

*- **Moralidad no es un concepto eminentemente subjetivo.** En el marco del Estado Social de Derecho no resulta razonable pensar que cada juez puede juzgar la actividad administrativa bajo el exclusivo parámetro de su propia y personal concepción de la moralidad.*

Esta Corporación ha abordado la moralidad administrativa desde diferentes ángulos:

*i) Acudiendo al **método histórico** se hace relación a los antecedentes de la ley que regula la acción popular, para poner de presente que en uno de los proyectos se definía expresamente la moralidad administrativa en los siguientes términos:*

‘Se entiende por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario’.⁹

⁹ Sentencia del 20 de junio de 2002, expediente AP-0007. Sección Primera. En el mismo sentido, sentencia del 24 de octubre de 2002, expediente AP-0446.

ii) Desde una **perspectiva teleológica**, se dice que la determinación de lo que debe entenderse por moralidad ha de referirse a la finalidad que inspira la actividad de la administración (acto, contrato¹⁰, omisión, etc.). Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre inmoralidad y desviación de poder¹¹.

iii) Desde su **acepción constitucional**, se destaca que la moralidad no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad, en un momento dado, espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de diligencia, cuidado, absoluta transparencia, pulcritud y honestidad¹².

iv) Frente al carácter de **derecho colectivo** de la moralidad administrativa, se ha destacado que: a) debe concretarse en cada caso de conformidad con los principios de la sana crítica; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador, de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza¹³.

v) Una característica general del tratamiento jurisprudencial del tema es **asociarlo a la defensa del patrimonio público**¹⁴ y a la lucha contra la corrupción administrativa. En efecto, se ha sostenido que el tema de la moralidad administrativa implícitamente hace referencia a la corrupción, pues su significado conecta íntimamente con la idea de degradación: la corrupción está relacionada con el menoscabo de la integridad moral. En consecuencia, cuando tal degradación obra sobre los valores que soportan la función administrativa, el ordenamiento jurídico debe proveer a la sociedad de mecanismos para erradicar las conductas corruptas del escenario de las relaciones administrativas¹⁵.

vi) Se ha entendido la moralidad administrativa como 'el conjunto de **principios, valores y virtudes fundamentales** aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr una convivencia libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social'¹⁶.

¹⁰ De acuerdo con el estatuto de contratación, los fines de la contratación estatal implican que, con ella, los funcionarios deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas. Art. 3° ley 80 de 1993.

¹¹ Sentencia del 31 de octubre de 2002, expediente AP-518. Sección Tercera.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-046 de 1994.

¹³ Sentencia AP-518 citada.

¹⁴ Sentencia AP-446 citada.

¹⁵ Sentencia del 16 de febrero de 2001, expediente AP-170. Sección Tercera.

¹⁶ Sentencia del 9 de febrero de 2001, expediente AP-054. Sección Cuarta.

vii) En reciente fallo se ha destacado el tema de la **antijuridicidad de la conducta o de la omisión**, como determinante en el análisis de la moralidad administrativa. En efecto, se ha señalado que ‘la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.’¹⁷¹⁸

Con posterioridad, esta Corporación agregó que para concluir la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa era necesaria “la concurrencia de tres elementos: 1) La existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien ejerce la función administrativa 2) Una forma clara de afectación y 3) una reacción jurídica necesaria frente a la lesión”¹⁹.

En esa misma oportunidad, explicó cada uno de tales elementos así:

“1) La existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien ejerce la función administrativa

Ya se indicó, que al entender de esta sección, se comprende a la negación de la corrupción, la ética y la buena fe, como los bienes jurídicos principales que se afectan cuando el ejercicio de la función administrativa atenta contra la moralidad administrativa. La identificación de esta afectación, en el caso concreto, resulta sin embargo una operación compleja, que debe atender los desarrollos normativos sobre el principio de moralidad administrativa que eventualmente hayan sido vulnerados, como punto de partida.

(...)

Puede decirse entonces que es viable constatar una violación al derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa simplemente con la verificación del quebrantamiento de una norma legal que la desarrolle de manera directa e inequívoca como principio; sin embargo, en las más de las veces no ocurre así, pues aunque exista (y debe existir) una norma como referente, se hace necesario un desarrollo interpretativo y argumentativo del juez en cada caso, capaz de demostrar la efectiva violación o amenaza al derecho o interés colectivo a partir del análisis de la relación entre la moralidad administrativa entendida como principio y la norma aludida.

(...)

2) La existencia de una forma clara de afectación

(...)

¹⁷ Sentencia del 6 de octubre de 2005, expediente AP-2214. Sección Tercera.

¹⁸ Sentencia del 7 de junio de 2006, expediente AP-1069. Sección Tercera.

¹⁹ Sentencia del 21 de febrero de 2007, expediente AP-0549. Sección Tercera.

En síntesis, puede decirse que la afectación a los bienes jurídicos relacionados con la moralidad administrativa no puede suponerse sino verificarse y para ello se necesita una acción, es decir una materialización de la función administrativa como acontece con los actos, los contratos y en algunas oportunidades las omisiones. No debe confundirse sin embargo, esta verificación de la acción de la función administrativa, con las calificaciones de dolo y culpa que guardan relación con la intención y diligencia de la conducta y no con la revisión de la forma como esta se manifiesta.

Esta situación tiene un desarrollo coherente en la ley 472 de 1998, cuando en el artículo 9 de esta norma, relativo la “procedencia de las acciones populares” se establece que este mecanismo de protección de los derechos o intereses colectivos resulta viable frente a “acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares”.

3) La existencia de una reacción jurídica necesaria frente a la lesión.

(...)

Esta acción no siempre será necesaria, pero cuando se requiera debe ser desplegada por parte de los jueces que conocen de acciones populares por este concepto. En el caso de una omisión de quien ejerce la función administrativa es evidente que este mecanismo no resulta viable; así mismo, situaciones concretas en las que se evidencie no una efectiva violación sino una puesta en peligro o amenaza a la moralidad administrativa, pueden no demandar esta medida.

En últimas corresponde al juez de cada caso, evaluar la medida correspondiente y suficiente para evitar la violación o puesta en peligro o conjurarla a través del retorno de las cosas a su estado anterior. Si solo puede lograr esto a través de la declaratoria de nulidad de un acto o un contrato, no debe vacilar en hacerlo, porque solo así se haría efectiva la connotación subjetiva que se predica de la moralidad administrativa entendida como derecho o interés colectivo.”²⁰ (Subraya la Sala).

La distinción entre moralidad administrativa y legalidad se explicó en reciente oportunidad, así:

*“En síntesis, hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros: i) al interior de la **norma positiva**-la Constitución, la ley, los reglamentos y en general cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-: lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los **principios** generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho. Finalmente, iii) la moral administrativa también se halla **por fuera de las normas**, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno*

²⁰ Sentencia del 21 de febrero de 2007, expediente AP-0549. Sección Tercera.

para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública.”²¹

De manera que no toda ilegalidad conlleva la violación del derecho a la moralidad administrativa. Además de la distinción conceptual expuesta, es necesario demostrar que el hecho censurado involucra una conducta orientada a favorecer intereses contrarios a los que deben inspirar la recta administración.

En otras palabras, “(...) *no siempre la vulneración del principio de legalidad implica la violación de la moralidad administrativa, pues para que tal consecuencia se produzca es necesario, además, que la decisión u omisión cuestionada se hayan realizado con desviación de poder, o con un interés ajeno al que debe inspirar el acto (...) Corresponde a los actores demostrar, además de la omisión, la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración.*”²²

DE LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO.

Al igual que la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público es uno de los derechos colectivos relacionados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998 cuya definición no ha sido plasmada en texto legal alguno. Tal situación ha impuesto la necesidad de precisar, por vía jurisprudencial, el alcance de dicho derecho.

Sobre el particular, esta Corporación indicó (destaca la Sala):

*“Cuando la Constitución Política concibió al patrimonio público como derecho o interés colectivo, fue mas allá de la pretensión de desarrollos normativos como los apenas aludidos, pues atribuyó valor subjetivo (protegido constitucionalmente con la acción popular) a la expectativa ciudadana de un correcto y ajustado manejo de los bienes, derechos y obligaciones ‘de los que el Estado es propietario’. Esta **dimensión subjetiva** que alcanza el patrimonio público con el artículo 88 constitucional, se subraya, **no es individual sino colectiva** y por tanto cualquier miembro de la comunidad está legitimado para pedir a la jurisdicción contencioso administrativa su protección. Sobre los alcances de la subjetividad de los derechos colectivos, pueden extenderse muchas de las consideraciones expuestas a propósito de la moralidad administrativa, que no se presentan aquí para evitar ser repetitivos y fortalecer los contenidos de este fallo que constituyen su ratio decidendi tal y como se evidenciará más adelante. (...)*

²¹ Sentencia del 30 de agosto de 2007, expediente AP-0009. Sección Tercera. Reiterada en sentencia del 5 de marzo de 2008, expediente AP-1402. Sección Tercera.

²² Sentencia del 4 de noviembre de 2004, expediente AP-2305. Sección Tercera.

(...) Con estos alcances, se destaca una aproximación indiscutible entre los derechos o intereses colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa. Esta cercanía sin embargo se evidencia más de éste a aquélla que a la inversa, toda vez que el menoscabo o amenaza al derecho colectivo del patrimonio público se logra en las más de las veces a través de medios contrarios a la moralidad administrativa, mientras que pueden evidenciarse múltiples hipótesis de violación o puesta en riesgo de ésta sin que esto implique un detrimento o un riesgo al patrimonio público (...).

(...) Finalmente, vale la pena señalar que dada la especificidad de la dimensión subjetiva que alcanza el patrimonio público con ocasión de su consideración como derecho o interés colectivo, su estudio demanda un riguroso análisis probatorio en cada caso, del que se infiera un efectivo detrimento al patrimonio público con ocasión de una ‘acción u omisión’ de una entidad pública o cuando menos una seria y razonable amenaza del mismo. Esto implica un deber de diligencia inmenso del actor popular, toda vez que él soporta la carga de la prueba²³(...)²⁴

El concepto de patrimonio público, para los efectos del derecho colectivo cuyo amparo se solicita, no se agota en los bienes susceptibles de propiedad estatal, “pues existen eventos en que él mismo es el ‘sujeto’ llamado -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos.”²⁵

El derecho colectivo a la defensa del patrimonio público también ha sido definido desde el punto de vista de su finalidad, al decir esta Corporación que “**El derecho a la defensa del patrimonio público, busca asegurar no sólo la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado.** En tal virtud, si la administración o el particular que administra recursos públicos los manejó indebidamente, ya sea porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público y, por ende, su protección puede proceder por medio de la acción popular.”²⁶

DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA.

La libre competencia económica, como derecho subjetivo susceptible de amparo por la vía de la acción popular, ha sido definida por esta Corporación en los siguientes términos:

“La libre competencia económica es la posibilidad que tiene cualquier persona de participar en determinada actividad económica como oferente o demandante, con libertad de decidir cuándo entrar y salir de un mercado sin que exista nadie que pueda imponer, individual o conjuntamente, condiciones en las relaciones de intercambio. En un ambiente de libre competencia, las negociaciones entre compradores y vendedores -oferta y

²³ Literal e) del artículo 18 y artículo 8 de la Ley 472 de 1998.

²⁴ Sentencia del 21 de febrero de 2007, expediente AP-0549. Sección Tercera.

²⁵ Sentencia del 21 de febrero de 2007, expediente AP-0413. Sección Tercera.

²⁶ Sentencia del 13 de febrero de 2006, expediente AP.1594. Sección Tercera.

demanda- establecen las condiciones de la relación comercial, las cuales en estos casos son un punto intermedio que favorece a ambas partes.

En otras palabras, libre competencia es el derecho de todos los individuos a dedicarse a la actividad de su preferencia; es decir, a ejercer su libertad económica, cuya única limitación es la que se deriva de los derechos de los demás, consagrados en la Constitución y las Leyes, entre otras.

Así, el artículo 333 de la Constitución Política establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero advierte que la libertad a ellas reconocida habrá de ejercerse dentro de los límites del bien común. La libre competencia económica, si bien es un derecho de todos a la luz del mismo precepto, supone responsabilidades, por lo cual la ley delimita el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social. Ya la Corte Constitucional ha puesto de presente que 'la libre competencia no puede erigirse como un derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado.' Luego la actividad económica conlleva indudables limitaciones, correctivos y controles para garantizar en términos equitativos el acceso y funcionamiento del mercado. En tal virtud, el Estado debe: a) Impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica y b) Evitar o controlar cualquier abuso que las personas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

Por tal razón el Congreso expidió la Ley 256 el 15 de enero de 1996, 'Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal'. El principal objeto de esta ley es garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal. Por lo tanto, salvo expresa excepción legal, se aplica tanto al comerciante como a cualquier persona que realice los comportamientos calificados como de competencia desleal en el mercado y con fines concurrenciales, es decir, para mantener o incrementar su participación o la de un tercero en el mercado, siempre y cuando dichos actos produzcan efectos en el mercado colombiano. Y refleja una nueva perspectiva de la competencia desleal por cuanto, además de pretender garantizar los derechos de los empresarios en condiciones de igualdad, también busca asegurar el funcionamiento eficiente del sistema competitivo de economía de mercado y la del público en general. Así pues, hoy en día, la protección contra la competencia desleal no sólo responde al interés de los empresarios afectados, sino que existe un interés público en que el sistema competitivo funcione. También existe otro interés importante involucrado, como es el de la protección de los consumidores

El catálogo de conductas calificadas como de competencia desleal por la Ley 256 de 1996 comprende, entre otras, las siguientes: desviación de la clientela; desorganización; confusión; engaño; descrédito; comparación; imitación; explotación de la reputación ajena; violación de secretos; Inducción a la ruptura contractual; violación de normas; pactos desleales de exclusividad; y la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así

como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.”²⁷

Acerca de la naturaleza individual o colectiva del derecho a la libre competencia económica, esta Corporación hizo las siguientes precisiones:

“La consagración constitucional de la libre competencia económica ha generado algunas dudas jurisprudenciales y doctrinarias en torno, a sí los derechos contemplados en el artículo 333 constituyen categorías independientes o si por el contrario la iniciativa privada, la libertad de empresa y la libre competencia económica son manifestaciones de un derecho más general, la libertad económica privada.

Esta última interpretación muy cercana a la tradición doctrinaria francesa, fue adoptada por la Corte Constitucional en el fallo C-616 de 2001 (...). Bajo esta perspectiva mientras la libre iniciativa privada es el derecho a participar en el mercado; la libertad de empresa se manifiesta a través de la libertad de constituirse y desarrollarse como tal; la libre competencia económica es la capacidad de desenvolverse en términos pacíficos en un mercado evitando alteraciones provenientes de conductas de los agentes económicos competidores.

Como se observa, todos estos derechos enmarcados en la categoría de la libertad económica privada por su origen histórico, así como por su clara connotación subjetiva hacen parte de la conocida como primera generación de derechos o derechos individuales, toda vez que se predicen del individuo (personas naturales o jurídicas) y su garantía se obtiene principalmente a través de la abstención de terceros a violarlos (...)

Como la naturaleza individual del derecho a la libre competencia económica se deriva de su configuración constitucional, debe entonces pensarse en que este detenta una dimensión individual no susceptible de protección a través de la acción de tutela, pero no por ello no protegida (en términos legales) y; una dimensión colectiva cuya protección se defiende -entre otras- mediante la acción popular.

En otros términos, para que resulte procedente una acción popular por violación o puesta en peligro del derecho a la libre competencia económica, se hace necesario evidenciar la dimensión colectiva de este. Como consecuencia de ello no basta la demostración de la afectación que de este derecho le haga un agente económico a otro, sino que se hace necesario demostrar y evidenciar una afectación a una colectividad indeterminada o determinable.

Los derechos de los consumidores de las actividades económicas por una parte, y por la otra, el orden y corrección del mercado en sí mismo considerado, constituyen entonces los bienes jurídicos protegidos con el derecho colectivo a la libre competencia económica. Demostrar esta afectación, a través de acciones específicas de autoridades públicas o particulares, con la finalidad de obtener una garantía (...), implica entonces probar el detrimento que sufren los consumidores de una

²⁷ Sentencia del 24 de agosto de 2001, expediente AP-124. Sección Quinta.

determinada actividad económica o la alteración o irrupción indebida a un mercado específico.

Esta orientación de la prueba para demostrar la efectiva afectación del derecho colectivo a la libre competencia económica, debe también estar fundada en los desarrollos normativos infra-constitucionales de estas materias; el Estatuto de protección al consumidor y normas afines y complementarias, así como aquellas normas sobre prácticas comerciales restrictivas, promoción de la competencia e inclusive competencia desleal, cuando quiera que las conductas en ellos tipificadas estén orientadas no a atender intereses individuales, sino a proteger el mercado así como a los consumidores, deben ser atendidas al momento de evaluar la afectación al derecho colectivo a la libre competencia económica.”²⁸

6. EXAMEN DE LOS HECHOS DESCRITOS EN LA DEMANDA

Para el estudio solicitado, con base en las pruebas relacionadas en el capítulo anterior, la Sala examinará cada uno de los hechos planteados en la demanda como constitutivos de violación de derechos colectivos, esto es, las conductas de los demandados relacionadas con la explotación comercial, por parte de la sociedad Procafecol S.A., de la marca Juan Valdez.

No se referirá la Sala a hechos diferentes a los expresamente señalados en la demanda, por las razones que sobre el particular se expusieron en el capítulo de cuestiones previas. Por lo demás, algunos de ellos investigados por la Contraloría, la Procuraduría y la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por las mismas razones, no se referirá a los medios probatorios recaudados con la finalidad de demostrar cuestiones de hecho diferentes a las expuestas en la demanda.

PRIMER HECHO: DENOMINADO USUFRUCTO GRATUITO.

En criterio de los demandantes, *“El citado activo -La marca Juan Valdez-, tal como obra en el acta del Comité Nacional de Cafeteros de fecha 23 de diciembre de 2002, hecho 12 del presente escrito, le fue entregado por el Gobierno nacional, representado en ese acto o regalo, por el Ministro de Hacienda y Crédito Público para la época doctor Alberto Carrasquilla Barrera, a una sociedad de capital privado, Procafecol S.A., para que la usufructúen, para que se beneficien, para que se aprovechen de la reputación industrial de la citada marca, sin que el erario público [sic] hubiese recibido contraprestación alguna por ello” (Subraya la Sala).*

Con fundamento en ese planteamiento, solicitaron en la demanda que *“se ordene la suspensión inmediata del uso o aprovechamiento indebido que viene haciendo la sociedad promotora de Café Colombia S.A. – Procafecol, de la marca Juan Valdez”*. Por otra parte, que, *“con el fin de resarcir el detrimento infringido al patrimonio público vulnerado, se ordene a la Sociedad Procafecol en solidaridad con sus socios o accionistas, y en subsidio con los demás accionados y con aquellos que resulten solidariamente responsables, que en un plazo de treinta*

²⁸ Sentencia del 21 de febrero de 2007, expediente AP-549. Sección Tercera.

días o en el término que ese H. Tribunal considere aconsejable, cancelen a la Tesorería de la Nación del Ministerio de Hacienda -Fondo Nacional del Café-, debidamente actualizada, la suma de dinero que los señores peritos designados, consoliden". En concreto, se refieren al "valor de los derechos que ha debido pagar la sociedad Procafecol, al Fondo Nacional del Café, con ocasión del aprovechamiento que vienen haciendo, al utilizar la marca Juan Valdez", lo mismo que a "las sumas de dinero que el Fondo Nacional del Café ha invertido en el posicionamiento de la marca Juan Valdez a nivel nacional e internacional, el buen nombre de dicha marca y el tiempo de explotación comercial abusivo por parte de Procafecol"..

La naturaleza onerosa del uso de la marca Juan Valdez por parte de Procafecol S.A. fue hecho reconocido en los testimonios recibidos del representante legal de esa sociedad (folio 685 a 688) y del Director de Propiedad Intelectual (folios 690 a 698) y la Directora Jurídica (folios 727 a 737) de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

El conjunto de pruebas relacionadas dan cuenta de que el usufructo de la marca Juan Valdez por parte de Procafecol S.A. no se autorizó a título gratuito como se sostiene en la demanda.

De hecho, en la autorización emitida en la sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002, posteriormente modificada en la sesión del 17 de julio de 2003, se dejó expresa constancia de la naturaleza onerosa del usufructo autorizado, al exigirse a Procafecol S.A. el pago de una regalía a favor del Fondo Nacional del Café desde el primer día de operaciones, en la cuantía que sería estimada por un tercero independiente, sin que exista prueba que infirme el avalúo contratado. Idéntica estipulación aparece en el contrato de licencia de uso de marca llevado a escrito el 6 de septiembre de 2004, según quedó transcrito en la descripción del marco fáctico de la controversia.

Es así como Procafecol S.A. ha cancelado diferentes sumas de dinero a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con destino a éste, por conceptos de derecho inicial, regalías, contribución a publicidad e intereses, según quedó suficientemente demostrado con los comprobantes de pago y soportes contables del caso.

En síntesis, no se demostró el usufructo gratuito de la marca Juan Valdez, pues quedó demostrado que desde el principio fue oneroso y que antes de celebrar el contrato escrito hubo acuerdo sobre la forma para determinar el precio, incluso un preacuerdo que condujo al pago de una liquidación provisional de la regalías desde diciembre de 2002.

En estas condiciones, como el alegado usufructo gratuito de la marca es una afirmación de los demandantes contraria a la realidad demostrada, no hay lugar a examinar la violación de los derechos colectivos que, por cuenta de un hecho no probado, se afirma en la demanda.

El cargo no prospera y, por tanto, se niega la pretensión de condena al pago de la regalía por el usufructo de la marca Juan Valdez.

HECHOS SEGUNDO Y TERCERO: USUFRUCTO ANTICIPADO, SIN CONTRATO Y EXCLUSIVO.

En el libelo se manifestó que el usufructo de la marca Juan Valdez fue cedido a la sociedad Procafecol S.A. *“sin que mediara contrato alguno”*, y que *“fue tal el inusitado interés de los particulares en aprovecharse ilícitamente de la marca, que cuando el ministro decidió entregársela a ese círculo exclusivo de particulares, éstos con mucha anterioridad ya la habían registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá, junto con sus establecimientos de comercio”*. Según explicaron, los demandantes *“la supuesta autorización para que Procafecol se beneficiara en forma exclusiva de la marca Juan Valdez, se efectuó como lo acabamos de ver, el 23 de diciembre de 2002”*, es decir, con posterioridad a que Procafecol S.A. matriculara *“el establecimiento de comercio denominado La Tienda de Café Juan Valdez, utilizando además con esta marca, el logo o signos distintivos de la marca”*.

También se sostuvo que el usufructo de la marca Juan Valdez fue cedido a la sociedad Procafecol S.A. *“en forma excepcional y excluyente”*. En ese sentido narraron los demandantes que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia prohibió a la sociedad Café Don Pedro S.A. la exhibición de un afiche alusivo a la marca Juan Valdez, bajo el entendido de que el uso de ese bien *“sólo puede hacerse por la Federación o por terceros previamente autorizados mediante contrato de licencia de marca”*

Con apoyo en estos hechos, solicitaron en la demanda que *“se ordene la suspensión inmediata del uso o aprovechamiento indebido que viene haciendo la sociedad promotora de Café Colombia S.A. – Procafecol, de la marca Juan Valdez”*. Así mismo, que se disponga que *“en la eventualidad que el Fondo Nacional del Café esté interesado en dar en explotación económica la marca Juan Valdez, a favor de particulares, ello se realice consultando el interés colectivo, el interés general, permitiéndose la libre competencia, adoptándose en consecuencia un proceso licitatorio público”*. También, que los socios de Procafecol S.A. *“queden impedidos al futuro, para usar o explotar el bien del patrimonio público representado en la marca Juan Valdez”*. Finalmente, que se declare que la Federación Nacional de Cafeteros está *“impedida para participar en su interés particular en cualquier negociación o participación a cualquier título en sociedades que tengan por objeto la explotación de la marca Juan Valdez”*.

Además, pidieron que *“se ordene la suspensión inmediata del uso o aprovechamiento indebido que viene haciendo la sociedad promotora de Café Colombia S.A. – Procafecol, de la marca Juan Valdez”*.

En cuanto a la anticipación con que comenzó el usufructo, se encuentra demostrado que la autorización para el uso de las marcas comerciales de propiedad del Fondo Nacional del Café consta en el Acta número 13 del Comité Nacional de Cafeteros, correspondiente a la sesión del día **23 de diciembre de 2002** modificada en los términos consignados en el Acta número 5 del Comité Nacional de Cafeteros, correspondiente a la sesión del día **17 de julio de 2003** (folios 153, 154, 488, 489, 641, 642, 788 a 791). Todo ello con posterioridad a la constitución de la sociedad Procafecol S.A., el **19 de noviembre de 2002**, y a la matrícula del establecimiento comercial denominado “Tienda Juan Valdez”, efectuada por dicha sociedad el **10 de diciembre de 2002** en la Cámara de Comercio de Bogotá.

Es verdad, como lo plantea la demanda, que la matrícula en el registro mercantil de un establecimiento de comercio de propiedad de Procafecol S.A., denominado “Tienda Juan Valdez” y la apertura de la primera tienda tuvieron lugar días antes de que el representante del Gobierno en el Comité Nacional de Cafeteros -

Ministro de Hacienda y Crédito Público- autorizara la explotación de la marca Juan Valdez por parte de dicha sociedad.

Como la inicial autorización del Ministro y su modificación y ratificación por el Comité Nacional de Cafeteros se otorgaron el 23 de diciembre de 2002, no hay duda que el uso de la marca comenzó antes de que se autorizara esa explotación.

No obstante, la Sala llama la atención sobre lo siguiente:

- 1°. En el documento de la Contraloría Delegada para el Sector Agropecuario se destacó cómo en el informe al LXII Congreso Nacional de Cafeteros se puso en conocimiento que *“en el mes de agosto de 2002 se llevó a cabo un acto con la participación del Presidente de la República y los Ministros que hacen parte del Comité Nacional de Cafeteros”*, con el fin de suscribir *“el Acuerdo de Apoyo Gubernamental a la Caficultura”*, orientado principalmente al impulso del proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez.
- 2°. En el texto del resumen del acuerdo celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia el 2 de septiembre de 2002, se encuentran, entre otros compromisos, los relacionados con el proyecto para obtener mejores ingresos con el patrimonio de marcas del Fondo Nacional del Café, para actividades tendientes a la venta de café directa a los consumidores con valor agregado manteniendo la denominación de origen del café Colombia. Se trató del proyecto que desde entonces el Gobierno y la Federación denominaron Tiendas de Café Juan Valdez.
- 3°. El mismo proyecto fue expuesto luego, el 9 de septiembre de 2002, ante el Comité Ejecutivo Nacional de Cafeteros, bajo el título *“Lanzamiento Tiendas Juan Valdez”*. En tal oportunidad se recordó que el acuerdo que consolidó el proyecto fue firmado en la Casa de Nariño y, posteriormente, expuesto en un Consejo de Ministros. En dicha acta también quedó claro que la apertura de las tiendas con centros pilotos tendría lugar el 15 de diciembre de ese año y que para ello sería necesario crear una empresa especializada del sector privado *“para salir a conquistar el mundo de los consumidores de café”*.
- 4°. Hasta ese momento no hay duda de que el gobierno y en particular los Ministros que actuaban en el Comité Nacional de Cafeteros habían adoptado una estrategia y celebrado un acuerdo para la explotación de la marca Juan Valdez mediante el proyecto de las Tiendas de Café Juan Valdez. Luego la política y la estrategia cafetera del gobierno sobre este proyecto se acordaron desde el 2 de septiembre de 2002 por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el Gobierno Nacional.
- 5°. El 19 de noviembre de 2002 se creó la sociedad Procafecol S.A. con participación en el capital del 94% de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el 6% restante, distribuido entre los señores Juan Carlos Rojas Iragorri, Claudio Arango Villamizar, Camila Pinzón Rodríguez y Guillermo Trujillo Estrada.
- 6°. En el reseñado documento de la Contraloría consta que el 14 de diciembre de 2002 se abrió la primera tienda o establecimiento Juan Valdez en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá.

- 7°. Días después, en reunión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002, el Ministro de Hacienda autorizó a la sociedad Procafecol S.A. o a *“cualquier otra sociedad que tenga un objeto social igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales registradas en Colombia y en el exterior que hacen parte de los activos del FNC”*. En esa oportunidad, el Ministro también autorizó al Gerente para suscribir el documento que reglamentaría la concesión del usufructo. Luego el Gerente manifestó que contrataría la firma asesora que estimaría el valor a pagar por el usufructo de las marcas.
- 8°. La Directora Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia explicó en su testimonio que *“El proyecto inició con antelación a la autorización del Comité Nacional porque de haber aguardado a la fecha del 23 de diciembre, única disponible en las agendas de sus miembros se habría desperdiciado una temporada importante en términos de circulación en el aeropuerto, lo cual hubiere implicado un detrimento para el Fondo.”* (Subraya la Sala, folios 727 a 737).
- 9°. Siete meses después de la mencionada autorización, el 17 de julio de 2003, el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia solicitó modificarla para que fuera el Comité Nacional de Cafeteros quien la impartiera. Informó, además, que contrató la firma Future Brand para valorar la suma que Procafecol S.A. debería reconocer al Fondo Nacional del Café por el usufructo de la marca Juan Valdez. Enseguida, el Comité Nacional de Cafeteros, con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, modificó la autorización en el sentido solicitado, advirtiendo que la contraprestación por el usufructo sería la que resultara del estudio contratado.

En las anteriores condiciones, la apertura de la primera tienda de café Juan Valdez no fue sorpresa para el Gobierno ni para los Ministros que hacen parte del Comité Nacional de Cafeteros, pues, como quedó reseñado, la estrategia comercial correspondiente ya se había aprobado y el proyecto concreto se había acordado con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

Este hecho, irregular para los demandantes, no tiene relevancia jurídica ni económica en orden a verificar la vulneración de los derechos colectivos de la moralidad y del patrimonio públicos, porque carece de cualquier vestigio de dolo, mala fe, propósito de causar daño u obtener un beneficio al margen de la ley, en la medida en que está demostrado el conocimiento previo por parte del Gobierno y de los Ministros que obran en el Comité Nacional de Cafeteros y que el valor del usufructo durante todo el tiempo de la explotación de la marca fue definitivamente pagado, con los intereses moratorios incluidos.

Consta también que cuando el Ministro de Hacienda y Crédito Público, en reunión del Comité Nacional de Cafeteros, autorizó el usufructo a la sociedad Procafecol S.A., lo hizo a cambio de una contraprestación a favor del Fondo Nacional del Café, precio no determinado sino por determinar mediante la valoración que haría una firma especializada en la materia. De igual modo, se demostró que cuando el Comité Nacional de Cafeteros otorgó su autorización en pleno lo hizo de manera retroactiva, aceptando de manera expresa que la contraprestación se fijaría previa valoración a cargo de la firma Future Brand. Finalmente, se tiene que en febrero de 2004 la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia cobró y

Procafecol S.A. pagó como adelanto la liquidación provisional de regalías correspondiente al usufructo de la marca desde el mes de diciembre de 2002.

Además, importa destacar en la autorización por parte del Comité Nacional de Cafeteros que, de conformidad con el artículo 70 de la Resolución 08 de 2000 procede la convalidación cuando se omitan procedimientos siempre que no se comprometa la transparencia ni causen perjuicio al Fondo Nacional del Café.

Por otra parte, en cuanto a la alegada falta de contrato previo, los hechos demuestran que las partes fueron adoptando gradualmente una serie de preacuerdos y acuerdos producto de la manifestación de su voluntad para desarrollar un negocio cuya cuantía se consolidó cuando la firma Future Brand terminó su labor de valoración de la regalía, momento en el cual se llevó a escrito el contrato (septiembre de 2004). Las cláusulas de este contrato establecen el objeto de la licencia de marca, el área o países de la concesión, que el usufructo no es exclusivo, los mayores porcentajes a pagar por concepto de regalías - liquidadas sobre las ventas brutas debidamente auditadas- y el cobro retroactivo del mayor valor a pagar junto con intereses fijados a la tasa de DTF más cuatro puntos, etc.

Este procedimiento no es ajeno a la negociación de una licencia de marca y, en general, del licenciamiento de bienes inmateriales.

Como la demanda parece acusar que se requiere contrato escrito previo, cabe reiterar que por mandato legal el artículo 26 del Estatuto de Contratación (Resolución 08 de 2000) antes transcrito, no exige la celebración por escrito de los contratos de licencia de uso de marca.

Además, sobre el, tema es necesario precisar que el contrato de licencia de uso de marca no esta plenamente definido en la legislación vigente, la cual se ocupa de él en algunos aspectos, así:

El Código de Comercio:

“Artículo 594.- El contrato de licencia contendrá estipulaciones que aseguren la calidad de los productos o servicios producidos o prestados por el beneficiario de licencia y que el titular de la marca ejercerá el control sobre la calidad y responderá solidariamente frente a terceros por perjuicios causados.”

La Decisión 486 de la Comunidad Andina que contiene el “*Régimen Común sobre propiedad industrial*”, normatividad comunitaria aplicable en Colombia:

“Artículo 57.- El titular de una patente concedida o en trámite de concesión podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la invención respectiva.

Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda licencia de explotación de una patente concedida. La falta de registro ocasionará que la licencia no surta efectos frente a terceros.

A efectos del registro la licencia deberá constar por escrito.”

“Artículo 154.- El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente”.

“Artículo 161.- Un registro de marca concedido o en trámite de registro podrá ser transferido por acto entre vivos o por vía sucesoria, con o sin la empresa a la cual pertenece.”

“Artículo 162.- El titular de una marca registrada o en trámite de registro podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la marca respectiva.

Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda licencia de uso de la marca. La falta de registro ocasionará que la licencia no surta efectos frente a terceros.

A efectos del registro, la licencia deberá constar por escrito.”

Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en cuanto al contrato de licencia, ha señalado que:

“La licencia es uno de los contratos que puede realizar el titular de un derecho subjetivo sobre la marca, el que junto a la cesión son las figuras principales dentro del campo de las negociaciones comerciales que suelen presentarse.

Las negociaciones sobre licencia serán documentadas a través de un convenio o contrato celebrado entre el licenciante y el licenciataro, acto contractual que se regirá además por las normas internas de cada país miembro que regulen la contratación privada”. (Subraya la Sala).

Así mismo:

“(…) La cesión que presupone básicamente la transferencia de la totalidad de los derechos existentes sobre un signo marcario, se contrarresta con la licencia para permitir el uso de la marca, en el que intervienen tres elementos: el licenciante (titular de la marca); el licenciataro (al que se le confiere el derecho al uso) y la marca licenciada que debe estar registrada. La licencia ‘implica únicamente la autorización a utilizar la marca, reteniéndose el titular de ésta los restantes derechos relativos al signo en cuestión’ (Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas, ‘derecho de Marca’, Editorial Heliasta S.R.L., tomo segundo pág. 302). Al licenciataro se le conoce también en la doctrina como ‘usuario autorizado’.

En la licencia, una de las notas características es que el titular no se desprende, como en la cesión de la exclusividad absoluta del derecho, sino más bien se limita o se restringe al licenciataro a ciertos derechos, ejerciendo el licenciante ‘el control de la marca y los derechos no expresamente transmitidos (Bertone y Cabanellas ob. Citada pág. 305)’²⁹.

De la interpretación del Tribunal Andino de Justicia se destaca la consideración según la cual, la licencia para explotación de una marca es un acto contractual que “se rige por las normas internas de cada país miembro que regulen la contratación privada”.

²⁹ Interpretación prejudicial 30-IP-97.

De manera que, como para su validez y existencia no existe norma en la legislación colombiana que exija la solemnidad del escrito, entonces el contrato de licencia de uso de marca es de naturaleza consensual y para su perfeccionamiento sólo basta el acuerdo de voluntades, como autoriza el Código de Comercio, en los siguientes términos:

“Artículo 854.- Los comerciantes podrán obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad.”

Si bien es cierto que el artículo 162 de la Decisión 486 ordena que la licencia para explotación de la marca debe registrarse ante la oficina competente y que para ello dicho contrato debe constar por escrito, tal exigencia se predica para los meros efectos del registro, esto es, como medio de publicidad que hace posible que el acuerdo surta efectos frente a terceros. Por tanto, la solemnidad del escrito no es requisito de existencia y validez del contrato de licencia para explotación de la marca, sino para su registro y oponibilidad a terceros.

Así las cosas, es evidente que en este caso y desde un principio existió manifestación de la voluntad de las partes en el sentido de celebrar un contrato de usufructo de marca, tal como se desprende de los preacuerdos y acuerdos sucesivos analizados. Así mismo, quedó establecido que jurídicamente no es exigible la celebración por escrito de dicho contrato desde el comienzo de las operaciones.

Todo lo anterior permite concluir, que no es cierto que el usufructo fue otorgado a Procafecol S.A., sin contrato previo.

Finalmente, en cuanto a la imputación de que el usufructo de la marca fue cedido en forma excepcional y excluyente a Procafecol S.A., **de suerte que el uso de ese bien sólo puede hacerse por la Federación o por terceros autorizados mediante contrato**, observa la Sala que la sucesión de eventos que en orden cronológico han quedado expuestos en la descripción del marco fáctico de la controversia y el análisis precedente, permiten afirmar que el usufructo de la marca Juan Valdez no se autorizó en forma exclusiva a la firma Procafecol S.A. de hecho la cláusula segunda del contrato de licencia celebrado con Procafecol S. A., el 6 de septiembre de 2004, como prueba en contrario de lo afirmado, que dispone de manera expresa que el derecho de uso de la marca por el licenciatario no es de carácter exclusivo.

Además, es importante recordar que el requisito según el cual la sociedad licenciataria debe ser de aquellas en las cuales *“la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista”* (Comité Nacional de Cafeteros, 23 de diciembre de 2002 y 17 de julio de 2002), es fruto de preacuerdos celebrados entre el Gobierno Nacional y el ente privado que representa los intereses del gremio cafetero nacional y que por varias décadas ha sido encargado por la ley de la administración y manejo del Fondo Nacional del Café.

No hay duda de que, de conformidad con el marco normativo descrito, el Comité Nacional de Cafeteros estaba legitimado para autorizar la licencia de uso de la marca Juan Valdez y lo hizo, sin que fuera en forma exclusiva.

Así las cosas, no es cierto que el usufructo de la marca Juan Valdez se otorgó a la sociedad Procafecol S.A. *“en forma excepcional y excluyente”*.

Por tanto, los cargos formulados no prosperan y no hay lugar a conceder el amparo solicitado.

CUARTO HECHO: DENOMINADO APROVECHAMIENTO DE UN PRESTAMO CONCEDIDO POR BANCOLDEx.

Afirmaron los demandantes que los particulares beneficiarios del usufructo de la marca Juan Valdez *“se aprovecharon del préstamo que por más de seis mil millones de pesos les concedió el Gobierno Nacional por intermedio del Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. Bancoldex, tal como consta en el acta No 22 del comité ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros, de fecha 9 de septiembre de 2002, con bajos intereses y plazo largo”*.

Al respecto, en el acta número 22 del Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, correspondiente a la sesión del 9 de septiembre de 2002, se dejó constancia de que *“el Gobierno ha ofrecido a la Federación un crédito a través de Bancoldex, en cuantía de \$6.000 millones, con bajos intereses y plazo largo, con destino a desarrollar dicho proyecto promocional”*. Así mismo que *“El Comité tras amplio análisis, emitió concepto favorable a la Gerencia para llevar a cabo el proyecto de Tiendas de Café en la forma anteriormente expuesta y para contratar con Bancoldex un crédito hasta por la suma de \$6.000 millones, con destino a sufragar los gastos iniciales que demanda su realización.”* (copia autenticada, folio 78).

No obstante, el representante legal de Procafecol S.A. manifestó en su testimonio que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no ha contratado empréstito alguno con Bancoldex para el montaje de las Tiendas de Café Juan Valdez (folios 685 a 688).

En el mismo sentido, el Secretario General del Banco de Comercio Exterior de Colombia, Bancoldex S.A., mediante oficio B-SEG 011706 del 28 de julio de 2004, informó que, luego de revisadas las bases de datos de cartera y de banca empresarial de esa sociedad, no aparece registro de algún crédito otorgado a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia durante los años 2002, 2003 y 2004 para la implementación, lanzamiento y desarrollo del programa de Tiendas de Café (folios 751 y 752). En otra oportunidad, mediante oficio B-SEG 0115226 del 9 de agosto de 2006, informó que *“en los registros contables de Bancoldex para los años 2002 a 2005, inclusive, no se encuentra registrado el otorgamiento de créditos directos o de redescuento a la Federación Nacional de Cafeteros, Procafecol S.A., Guillermo Trujillo Estrada, Claudio Arango Villamizar o Camila Pinzón Rodríguez”* (folios 910 y 911, cuaderno 5).

De manera que, si bien es cierto que el Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia autorizó al Gerente de esa Federación para contratar el crédito ofrecido por el Gobierno Nacional por intermedio de Bancoldex para financiar el proyecto de Tiendas de Café (sesión del 9 de septiembre de 2002), también lo es que dicho crédito nunca fue contratado.

No es cierta, entonces, la afirmación de la demanda según la cual, los particulares beneficiarios del usufructo de la marca Juan Valdez *“se aprovecharon del préstamo que por más de seis mil millones de pesos les concedió el Gobierno Nacional por intermedio del Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. Bancoldex”*. Luego, no es del caso verificar la violación de derechos colectivos que se sustenta en este hecho, no demostrado.

El cargo no prospera.

QUINTO HECHO: DENOMINADO APROVECHAMIENTO DE UN ESTUDIO SOBRE VIABILIDAD DE LAS TIENDAS DE CAFE, PAGADO CON DINEROS DEL FONDO NACIONAL DEL CAFE.

Sostuvo la demanda que *“los particulares integrantes de la sociedad Procafecol, igualmente, en la implementación de las tiendas o establecimientos de comercio denominadas Tiendas de Café Juan Valdez, se aprovecharon, se apropiaron, del estudio adelantado por la firma Violy Mc’Ausland en asocio con el señor Rudolf Hommes, contentivo de la viabilidad de tiendas como las montadas por ellos, estudio éste pagado con dineros del erario público, proveniente del Fondo Nacional del Café, tal como consta en el acta No 22 del Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de fecha 9 de septiembre de 2002”*. En el mismo sentido, los demandantes manifestaron que el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia *“hace uso indebido en beneficio de particulares de los bienes que tiene bajo su cuidado por cuenta del Fondo Nacional del Café, esto es, la marca Juan Valdez y del estudio reseñado (...) permite cohonesto y promueve el que los estudios adelantados y pagados con recursos del fondo nacional del café, se utilicen en provecho de terceros y en desmedro del patrimonio público representado en dichos estudios”*.

Con fundamento en ese planteamiento, solicitaron en la demanda que, *“con el fin de resarcir el detrimento infringido al patrimonio público vulnerado, se ordene a la Sociedad Procafecol en solidaridad con sus socios o accionistas, y en subsidio con los demás accionados y con aquellos que resulten solidariamente responsables, que en un plazo de treinta días o en el término que ese H. Tribunal considere aconsejable, cancelen a la Tesorería de la Nación del Ministerio de Hacienda -Fondo Nacional del Café-, debidamente actualizada, la suma de dinero que los señores peritos designados, consoliden”*. En concreto, se refieren al *“valor que ha debido cancelar Procafecol por la utilización que hicieron del estudio realizado por la firma Violy MC’Ausland en asocio con el señor Rudolf Hommes (...) el cual fue aprovechado en beneficio de Procafecol, en el montaje de sus establecimientos de comercio aquí indicados”*.

En relación con este hecho, al expediente fue allegado, en copia autenticada, el documento escrito en idioma inglés, titulado *“Project Espresso Strategic Opportunities”*, elaborado por la firma Violy, Byorum & Partners Holdings LLC. No obstante, dicho documento no fue traducido al idioma castellano, lengua oficial de Colombia (artículo 10 de la Constitución Política) y del trámite de las actuaciones judiciales (artículo 102 del Código de Procedimiento Civil); luego, no es posible valorar el mérito probatorio de su contenido.

Sin embargo, a dicho estudio alude el informe presentado en el mes de mayo de 2002 por la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera, indicando que se trata de un *“análisis de opciones estratégicas para ingresar en la cadena de comercialización de productos derivados del café en Estados Unidos”*, en el cual *“se plantean y evalúan varias opciones de nuevas oportunidades (...) como sería la distribución de un café especialmente diferenciado a través de una cadena de comida rápida, la asociación con una compañía productora de alimentos que quiera entrar en la distribución minorista de café, el establecimiento de una cadena de cafeterías de cafés especiales como Starbucks, y el desarrollo de*

productos lácteos o de otro tipo que contengan café colombiano” (folios 155 a 159 y 375 a 376).

El mencionado análisis de opciones estratégicas también se menciona en el acta número 22 del Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, correspondiente a la sesión del 9 de septiembre de 2002. En dicha oportunidad se dijo que el Programa Tiendas de Café Juan Valdez es un *“proyecto que aquí se ha venido estudiando hace mucho tiempo por la Federación, sobre el cual existen varios estudios, entre ellos uno muy reciente que realizó la firma Violy MC’Ausland con socio del señor Rudolf Hommes, y posteriormente el realizado por una firma mejicana y que adicionalmente existen experiencias obtenidas en los propios puntos de demostración y degustación que ha tenido la Federación en el pasado. Reiteró que la idea es la de capitalizar esa experiencia para construir unos modelos, unos centros pilotos que van a permitir después, sobre la base de resultados positivos, crear una empresa que estaría abierta a la participación de todos los colombianos, trátase de personas naturales o jurídicas, como la punta de lanza para entrar en el mercado de ventas al detal, en donde participan cadenas internacionales de reconocido prestigio.”*(Subraya la Sala, folio 78).

Ahora bien, en cuanto al aprovechamiento de dicho análisis por parte de la firma Procafecol S.A. se tiene el testimonio del representante legal de esa sociedad, quien manifestó no tener conocimiento de que el estudio en cuestión haya sido utilizado en el montaje del proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez (folios 685 a 688). En el mismo sentido, el Director de Propiedad Intelectual de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia afirmó en su testimonio que *“si Procafecol se hubiese ceñido a las recomendaciones del estudio la aplicación de marca utilizada y el concepto de negocio habría sido muy diferente al que vemos actualmente”* (folios 690 a 698).

Así las cosas, los medios de prueba recaudados no permiten concluir que el estudio titulado *“Project Espresso Strategic Opportunities”*, elaborado por la firma Violy, Byorum & Partners Holdings LLC, fue efectivamente aprovechado por los socios de Procafecol S.A. y, muchos menos, que ese provecho ocasionó un detrimento al patrimonio público.

Tal deficiencia probatoria impide el examen orientado a verificar la violación de derechos colectivos que se deriva del hecho en cuestión.

El cargo no prospera y, por tanto, es del caso negar la pretensión de amparo sustentada en tal acusación.

SSEXTO HECHO: DENOMINADO ACTUACION DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA EN DEFENSA DE INTERESES PUBLICOS Y PRIVADOS INCOMPATIBLES.

Señalaron los demandantes que el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en forma personal, *“incurrió en una incompatibilidad, pues, por un lado, actúa en ejercicio de sus funciones públicas, en su calidad de representante de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y por ende en representación del Fondo Nacional del Café, como un agente del Estado, y por otro, simultáneamente, interviene como interesado en representación de la persona de derecho privado denominada Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de las demás personas privadas, integrantes de la sociedad*

Procafecol". Y a renglón seguido, indicaron que ese mismo particular "con ánimo mercantilista saca provecho a favor de la entidad particular por él representada, entiéndase Federación Nacional de Cafeteros y de los demás particulares integrantes de la sociedad Procafecol, obteniendo ventajas indebidas del contrato de administración o de mandato que suscribió con el Gobierno Nacional para la administración del Fondo Nacional del Café, incurriendo de paso en la prohibición consagrada en el artículo 113 de la ley 489 de 1998" (Destaca la Sala).

Con fundamento en ese hecho, solicitaron en la demanda que el señor Gabriel Silva Luján sea separado "del desempeño de cualquier función que tenga que ver con el manejo del Fondo Nacional del Café".

Sobre el particular se encuentra demostrado que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia (representada legalmente por su Gerente General, señor Gabriel Silva Luján, certificado de existencia y representación legal visible a folios 108 a 111), es, **por un lado**, administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café en virtud de la ley y del contrato de administración celebrado con el Gobierno Nacional (folios 131 a 142) y, **por otro**, con recursos propios, accionista mayoritaria de Procafecol S.A. (escritura pública número 5559 del 19 de noviembre de 2002, folios 64 a 77), entidad de derecho privado con quien la Federación -como administradora y representante de los recursos parafiscales cafeteros- celebró contrato de licencia de uso de la marca Juan Valdez (folios 203 a 213).

En criterio de los demandantes, el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no podía celebrar, en nombre del Fondo Nacional del Café, contrato de licencia de uso de marca con una sociedad de la cual la Federación que representa es accionista mayoritaria. En este sentido, la norma de la Ley 489 de 1998 que consideran infringida es la siguiente:

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

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

De conformidad con el tenor literal de la prohibición invocada, es evidente que el hecho imputado no se enmarca dentro del supuesto fáctico que objetivamente reprocha el legislador, pues la norma prohíbe que los representantes legales de las entidades privadas que hayan adoptado decisiones en ejercicio de funciones públicas, luego, en calidad de personas naturales, obren como contratistas para la ejecución de tales decisiones. Nótese que la norma invocada alude, exclusivamente, a la contratación como personas naturales, situación que no corresponde a la ocurrida en este caso.

Si bien lo anterior es suficiente para entender no demostrada la violación de la norma legal invocada y, por ende, en el desconocimiento de derechos colectivos sustentado en esa infracción legal, es importante hacer una precisión adicional.

Es indiscutible que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia ejerce, de manera simultánea, la administración de recursos de naturaleza jurídica diferente. Por un lado, de los privados que le son propios y, por otro, de los públicos que maneja por mandato de la ley y del Gobierno Nacional. Sin embargo, dada su naturaleza gremial y la destinación específica de los recursos del Fondo Nacional del Café, aspectos propios del régimen parafiscal que los cobija, los intereses que concurren no son, de ningún modo, incompatibles, como pareciera sugerirlo la demanda. Así lo ha explicado la jurisprudencia, como se indica a continuación.

En la sentencia C-308 de 1994 la Corte Constitucional se pronunció respecto de los recursos confiados a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia para el cumplimiento de las funciones de gestión fiscal encomendadas contractualmente a ella, así:

“La intervención de los particulares en la gestión de servicios estatales es una de las expresiones más genuinas de la democracia participativa, porque hace real uno de los fines esenciales del Estado que consiste en “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (C.P. art. 2), y, además, permite involucrar en la acción pública a los propios sectores comprometidos e interesados en la prestación del servicio. Y es, por todo ello, una de las formas que adopta la descentralización administrativa, doctrinariamente reconocida como “descentralización por colaboración”.

Se busca de esta manera, por razones de eficiencia administrativa, el traslado de las competencias y funciones estatales hacia los beneficiarios del servicio y el acceso a su ejecución de personas que posean medios técnicos o especiales conocimientos en la gestión empresarial.

No cabe duda que al trasladarse a la Federación Nacional de Cafeteros el manejo de los servicios que supone el fomento, comercialización y promoción de la actividad cafetera, tuvo en cuenta el legislador de 1927 y luego el de 1940, el poder contar con la colaboración del sector cafetero interesado, por supuesto, en la gestión de los referidos servicios y ofrecerle, con la administración del Fondo, el instrumento de financiación necesario para alcanzar los cometidos sectoriales”. (Subraya la Sala).

Posteriormente, en sentencia C-543 de 2001, esa misma Corte sostuvo:

“Como se puede apreciar las disposiciones acusadas, dictadas en diversas épocas, todas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991 (la Ley 9 de 1991 fue promulgada el 17 de enero de 1991) buscan regular las actividades públicas dirigidas a la protección de la industria del Café; para ello, luego de establecer las contribuciones pertinentes, señalan características, destinación específica y forma de recaudo y administración de éstas. Con tales propósitos, las normas acusadas, en lugar de determinar la creación de una organización pública (del tipo del establecimiento público, por ejemplo) encargada directamente de las acciones estatales en esta materia, dispusieron acudir, mediante contrato, a la colaboración de una entidad de origen privado, de especiales características, para confiarle bajo la dirección, regulación y control del propio Estado el recaudo, manejo e inversión de recursos que manteniendo su condición pública, se afectan de manera

específica a la industria del café conforme a las políticas que al efecto adopte el propio Estado Colombiano.

No se trata, entonces, a través de las disposiciones en cuestión, de apoyar la actividad propia de una determinada entidad de origen privado sino de hacer viable mediante la modalidad doctrinariamente denominada ‘descentralización por colaboración’³⁰, la acción del Estado con el apoyo de entidades de origen privado, propiciando una real participación de los interesados en la solución de necesidades significativas en la política estatal respectiva.

(...)

3.3.2. Ahora bien, la Corte debe destacar que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de varios supuestos, entre los que pueden enunciarse:

a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.

Esta ha sido la modalidad utilizada cuando el Estado ha querido vincular a las entidades gremiales a la gestión de las cargas económicas por ella misma creadas (contribuciones parafiscales) para que manejen los recursos correspondientes a nombre del Estado, y propendan mediante ellos a la satisfacción de necesidades de sectores de la actividad social, sin que esos recursos por tal circunstancia se desnaturalicen ni puedan ser apartados de sus prístinas e indispensables finalidades.

(...)

Como bien se destaca en la sentencia que se viene de transcribir (la cual desató una controversia de constitucionalidad donde el demandante postulaba que los recursos que percibía la Federación conformaban su patrimonio privado, particular), lo que realmente acontece es que la Federación Nacional de Cafeteros ‘recauda, administra y ejecuta’ unos recursos públicos que son los que integran el Fondo Nacional del Café. Si bien ellos ingresan al patrimonio de la Federación deben ser previstos, contabilizados y ejecutados presupuestalmente de manera separada a otros bienes y recursos que obtiene la Federación en el giro corriente de sus actividades con sus recursos propios derivados de su capacidad como persona jurídica de derecho privado. Lo mismo cabe afirmar de la destinación que ordena el artículo 20 de la Ley 9 de 1991 a los comités departamentales y municipales de cafeteros que son órganos o dependencias territoriales de la Federación, con afectación a programas específicos señalados allí mismo: Los programas de desarrollo social y económico de las zonas cafeteras, de fomento y apoyo al cooperativismo,

³⁰ Sentencia C-308 de 1994, M.P., Antonio Barrera Carbonell. Así mismo se pueden confrontar sobre el tema las sentencias C-226 de 1994, C-360 de 1994, C-166 de 1995, C-492 de 1996, C-181 de 1997 y C-399 de 1999.

de mejoramiento de las condiciones de la población campesina en zonas cafeteras, directamente o a través de convenios con las entidades territoriales, cuando lo permita la naturaleza de los programas; el fortalecimiento de programas dirigidos a incrementar la competitividad y eficiencia de la caficultura colombiana tales como la experimentación científica, tecnología, difusión, extensión y diversificación de las prácticas de cultivos y beneficio del café.”

En estas condiciones, la alegada concurrencia de intereses incompatibles por parte del Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no fue demostrada, pues, por principio, el recaudo, administración y ejecución de las contribuciones parafiscales exige la confluencia e interacción, por una parte, de los intereses del gremio contribuyente y beneficiario y, por otra, del interés público en la protección de un trascendental renglón de la economía nacional, el mismo interés que justifica el ejercicio de la soberanía fiscal en estas materias.

Sobre este asunto, como se reseñó en las pruebas, no sobra recordar que el Procurador General por auto del 21 de marzo de 2006, en lo relacionado en este negocio, archivó la investigación preliminar respecto de los ministros del Comité Nacional de Cafeteros y prosiguió la investigación por la conducta del Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros

El cargo no prospera.

SEPTIMO HECHO: DEFENSA DE LA MARCA EN BENEFICIO DE POCOS.

Luego de narrar que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia prohibió a la sociedad Café Don Pedro S.A. la exhibición de un afiche alusivo a la marca Juan Valdez, los demandantes aseguraron que tal prohibición da cuenta del *“celo con el que la Federación Nacional de Cafeteros defiende el uso de la marca Juan Valdez, obviamente en su beneficio propio y en el del círculo cerrado de las personas particulares aquí accionadas”*, pues advierten que la sociedad Café Don Pedro S.A. también *“forma parte del gremio de los cafeteros, dedicándose igualmente a la promoción y venta de café colombiano”*.

Con apoyo en tal hecho, solicitaron en la demanda que *“se ordene la suspensión inmediata del uso o aprovechamiento indebido que viene haciendo la sociedad promotora de Café Colombia S.A. – Procafecol, de la marca Juan Valdez”*.

Sobre el tema, sólo obra en el expediente la comunicación que la Directora Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia envió el 7 de marzo de 2003 al señor Pedro Carlos de Narváez López. En dicha comunicación se lee (folios 101, 435):

“La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia actuando en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café, ha detectado que en el local ‘Café Don Pedro’ ubicado en el aeropuerto de esta ciudad, se viene utilizando en un denominado caja de luz una adaptación de un afiche que hace parte de la publicidad desarrollada por esta entidad. El mencionado afiche contiene la imagen y expresión JUAN VALDEZ; y el diseño conocido como LOGOTIPO FEDERACION con leyenda ‘The Richest Coffe in te World’.

(...)

La utilización por parte del establecimiento que usted dirige de las marcas en cuestión, constituye infracción de los derechos de propiedad industrial de la Federación y por consiguiente atentamente solicitamos a ustedes se sirvan suspender de inmediato cualquier uso de esas marcas.

Esperamos recibir en un término máximo de 15 días, comunicación de ustedes aceptando sin condiciones los términos de esta carta y poder constatar el cese efectivo en el uso indebido de las marcas, de tal forma que no nos vemos forzados a iniciar ante las autoridades competentes las acciones legales orientadas a defender los derechos marcarios de la Federación.” (Subraya la Sala).

Al respecto, recuerda la Sala que el artículo 155 de la Decisión 486 o Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina, prevé que “*El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos: a) aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos*”.

Es claro, entonces, que la titular de la marca Juan Valdez (Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en nombre del Fondo Nacional del Café) está legitimada para defenderla si advierte que, sin su consentimiento, dicho signo distintivo es utilizado indebidamente.

En ese orden de ideas, del contenido de la comunicación transcrita no existe elemento de juicio que permita afirmar, que el reclamo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia estuvo orientado, no a defender sus derechos como titular de la marca, sino a beneficiar, exclusivamente, los intereses comerciales de los accionistas de Procafecol S.A.

En este orden de ideas, no hay duda de la falta de prueba del hecho alegado, y por tanto el cargo no prospera.

OCTAVO HECHO: DENOMINADO INDEBIDA INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.

Luego de referirse a los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, los demandantes indicaron que “*como producto de las maniobras arbitrarias e inmorales antes reseñadas, se hace aparecer al Estado interviniendo o mejor interfiriendo el libre mercado, la libre competencia del negocio de venta de café tinto al detal, en una clara violación de los artículos constitucionales antes citados, pues, no se dan los presupuestos allí consignados para dicha intervención, con el agravante que esa presunta intervención, no es más que un sofisma, es espúrea [sic]*”.

Con apoyo en tal hecho, solicitaron en la demanda que “*se ordene la suspensión inmediata del uso o aprovechamiento indebido que viene haciendo la sociedad promotora de Café Colombia S.A. – Procafecol, de la marca Juan Valdez*”.

Los demandantes no explicaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que, según ellos, el Estado “se hace aparecer” como interventor de la actividad económica de venta de café tinto al detal, ni tampoco la autoridad, ente u órgano que encarna al Estado como interventor en estas materias, sin que sea de recibo como descripción del hecho irregular la mera referencia a “*las maniobras arbitrarias e inmorales antes descritas*”.

Tampoco explica la demanda las razones por las cuales la intervención -no descrita- del Estado en la actividad económica de venta de café al detal no satisface los presupuestos constitucionales que para ese efecto prevén los artículos 333 y 334 constitucionales, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación

“Artículo 334.- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

Es evidente que la censura que se analiza contiene juicios de valor, apreciaciones subjetivas de situaciones que no se concretaron y que tampoco fueron objeto de prueba. Esa indeterminación del argumento impide estudiar la alegada indebida intervención del Estado en la economía.

No prospera el cargo.

NOVENO HECHO: DENOMINADO EQUIVOCADA INFORMACION AL CONSUMIDOR, RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD ECONOMICA Y ABUSO DE POSICION DOMINANTE.

Como consecuencia del aprovechamiento de la marca Juan Valdez, se dijo en la demanda que “*irrumpió en el mercado de café tinto al detal la sociedad*

Procafecol, con sus establecimientos de comercio Tiendas de Café Juan Valdez, atentando en una primera instancia contra el principio de veracidad publicitaria e incurriendo en una mala fe comercial, al hacer creer al público consumidor que la sociedad Procafecol, a través de sus establecimientos de comercio expende el mejor café colombiano, al utilizar en forma excepcional y excluyente la marca Juan Valdez, pretendiendo dar a entender al público consumidor que en este establecimiento existe la asociación de Juan Valdez con la excelencia del café colombiano, en detrimento de competidores que han logrado a base de esfuerzo honesto y transparente y una larga permanencia en el mercado, una mejor calidad de café de aquel que expende la sociedad Procafecol. En este mismo orden de ideas, la sociedad Procafecol irrumpe en el mercado, no sólo con una posición dominante producto de sus abusos y aprovechamientos ilícitos, que obstruyen, impiden la libertad económica, sino que irrumpe con un abuso de esa posición dominante, ambas situaciones obviamente derivadas o adquiridas en forma abusiva e ilegal con aprovechamiento ilícito de los bienes del patrimonio público”.

Por lo anterior, pidieron que *“se ordene la suspensión inmediata del uso o aprovechamiento indebido que viene haciendo la sociedad promotora de Café Colombia S.A. – Procafecol, de la marca Juan Valdez”.*

Sea lo primero recordar que la utilización en forma excepcional y excluyente de la marca Juan Valdez por parte de Procafecol S.A. es afirmación de los demandantes que no fue demostrada, tal como se concluyó al examinar el segundo de los hechos alegados.

En cuanto que constituye mala fe comercial y violación del principio de veracidad publicitaria, *“hacer creer al público consumidor que la sociedad Procafecol, a través de sus establecimientos de comercio expende el mejor café colombiano”*, en el expediente no obra elemento de juicio que permita corroborar tal afirmación de la demanda, la cual, por tanto, no fue demostrada.

Finalmente, los demandantes no explicaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron conductas que impidieron la libertad económica y que constituyeron abuso de posición de dominante por parte de Procafecol S.A. Se trata, entonces, de un mero juicio de valor que carece de sustento fáctico susceptible de prueba.

En estas condiciones, es imposible concluir la violación de derechos colectivos por razón del planteamiento examinado.

No prospera el cargo.

CONCLUSION.

El análisis anterior muestra que, tal como lo concluyó el juez de la primera instancia, los hechos en que se sustenta la alegada violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y a la libre competencia económica, no fueron demostrados. En tales condiciones, ninguna de las pretensiones formuladas pueden prosperar y, en consecuencia la sentencia recurrida, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, será confirmada y se adicionará en cuanto la no prosperidad de la excepción de falta de legitimación por pasiva, que no fue resuelta en el fallo de instancia.

III. LA DECISION

Por lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

- 1°. **ADICIONASE** la sentencia dictada el 16 de febrero de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, para declarar **NO PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Fundación Manuel Mejía y el señor Guillermo Trujillo Estrada.
- 2°. **CONFIRMASE** la sentencia impugnada.
- 3°. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente a la Sección de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente
Con aclaración de voto

VICTOR HERNANDO ALVARADO GERARDO ARENAS MONSALVE
ARDILA Con salvamento de voto

HUGO FERNANDO BASTIDAS MARTHA TERESA BRICEÑO DI
BARCENAS VALENCIA
Con aclaración de voto

SUSANA BUITRAGO VALENCIA RUTH STELLA CORREA PALACIO
Con salvamento de voto Con aclaración de voto

MAURICIO FAJARDO GOMEZ ENRIQUE GIL BOTERO
Con salvamento de voto Con salvamento de voto

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
ARANGUREN
Con salvamento de voto

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON FILEMON JIMENEZ OCHOA

LIGIA LOPEZ DIAZ
Ausente

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ
Con aclaración de voto

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

HECTOR J. ROMERO DIAZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Con salvamento de voto

MARTHA SOFIA SANZ TOBON

MAURICIO TORRES CUERVO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Con aclaración de voto

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: GERARDO ARENAS MONSALVE

Con todo respeto y consideración por la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, debo expresar mi desacuerdo con la misma, dado que en su momento compartí plenamente las consideraciones y los análisis contenidos en el proyecto de sentencia presentado por el Magistrado Ramiro Saavedra Becerra. Dicho proyecto, en mi criterio, constituía un exhaustivo análisis de la naturaleza jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros, como también de las relaciones entre la Nación y la Federación y las particularidades del contrato de licencia de uso de marca, celebrado entre la Federación y la Sociedad Procafecol. De dicho análisis fluyen con toda claridad las consideraciones del mencionado Proyecto en cuanto al carácter de derecho privado del contrato, no obstante lo cual estaba sometido a formalidades importantes que se incumplieron, lo que a la postre se tradujo en la efectiva vulneración de los derechos colectivos debatidos en este proceso.

En ese orden de ideas, compartí igualmente las medidas que se proponían en la parte resolutive del citado proyecto para el amparo de los derechos colectivos que estimo vulnerados en el caso de autos, con excepción de la orden de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, dado que en mi criterio las actuaciones

identificadas en el Proyecto, si bien constituyen importantes irregularidades de naturaleza administrativa, en ningún caso involucran infracciones a la ley penal.

Por las razones expuestas, y con la única salvedad anotada, expreso ni adhesión al Salvamento de voto del Magistrado Ramiro Saavedra Becerra.

GERARDO ARENAS MONSALVE

MARCA - Concepto. Clases

Las marcas son un activo intangible de la empresa y como tal le otorgan valor que en algunas ocasiones puede ser mayor al de los bienes tangibles. Las marcas se componen del signo y de los servicios o productos que representan. La clasificación de los signos que ha adoptado la Superintendencia de Industria y Comercio, es la siguiente: 1) Por la forma del signo las marcas pueden ser: nominativas, figurativas, mixtas, tridimensionales y sonoras. 2) Por la función del signo se clasifican en comerciales, colectivas y de certificación. 3) Por su uso y difusión en comunes, notorias y renombradas. Según la forma, las marcas nominativas son las que identifican un producto o servicio a través de más de una letra, dígitos, números, palabras, frases o combinaciones de ellos y que constituyen un conjunto legible y/o pronunciable. Las marcas figurativas están integradas únicamente por una figura o un signo visual "logotipo" que se caracteriza por su configuración o forma particular totalmente impronunciable. Las marcas mixtas son la combinación de uno o varios elementos denominativos o verbales y uno o varios elementos gráficos, de color o tridimensionales. Las tridimensionales hacen referencia a la forma de los productos, sus envases o sus empaques que al contar con volumen pueden ser percibidas por el sentido del tacto. Y finalmente las marcas sonoras a través de las cuales las empresas pueden identificar sus productos y servicios con sonidos o melodías con las cuales los consumidores los asocian.

REGISTRO DE MARCA - Derechos que otorga

Con el registro se otorga además de la titularidad, el derecho de uso porque a partir del registro se legitima al titular de la marca para identificar con ella todos sus productos y servicios en el mercado, sin que sea posible la variación de los elementos que la integran de forma que la alteren. Además tiene derecho al uso indirecto de la marca lo que significa que el titular puede dar, incluso durante el trámite del registro, licencia a uno o más terceros para la explotación de la misma, como lo prevé el artículo 162 de la Decisión 486 del 2000. El derecho en mención se materializa con los contratos de licencia de uso que se pactan a título oneroso o gratuito. Estas licencias pueden otorgarse de manera exclusiva, es decir, que el titular renuncia a su derecho de conceder otras licencias sobre el mismo signo o también puede concederse la licencia no exclusiva donde el titular podría otorgar varias y simultáneas autorizaciones para el uso de la misma a diferentes personas naturales o jurídicas. El titular del registro adquiere el derecho de disposición que le permite vender, transferir o ceder todas las prerrogativas derivadas de la marca a un tercero para lo cual deberá inscribirse el contrato ante la Superintendencia de Industria y Comercio para que surta efectos ante terceros. Finalmente debe

indicarse que el titular del derecho de registro puede ejercer diferentes acciones cuando un tercero no autorizado utilice la marca en el mercado y su derecho resulte afectado.

ACLARACION DE VOTO

Consejera: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Consigno a continuación la aclaración de voto anunciada en el proceso de la referencia.

Comparto la decisión mayoritaria adoptada por la Sala en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia que negó el amparo de los derechos colectivos invocados por los demandantes y en especial porque considero que la licencia de uso de las marcas del Fondo Nacional del Café a favor de Procafecol S.A. se ajustó a la legalidad por cuanto resulta claro del contrato de administración del mencionado Fondo, que aquél debe regirse por la normatividad de derecho privado, máxime cuando el contrato de licencia de uso no hace parte de aquéllos que se regulan por el régimen general y especial de contratación pública.

No obstante, estimo que para el estudio del asunto debatido en el proceso debieron precisarse con más detalle algunos conceptos como son el de marca, contrato de licencia de uso y el manejo que desde el punto de vista contable reciben las marcas, todo lo cual constituye el transfondo de la controversia y que permite concluir en el caso, que la explotación de las marcas del Fondo Nacional del Café mediante el proyecto de Tiendas Juan Valdez es un excelente negocio que redundará en beneficio de los caficultores colombianos.

¿Qué es una marca?

La Decisión 486 del 2000³¹ que constituye el Régimen sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), define marca así:

Artículo 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el

³¹ Colombia hace parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) desde el 23 de mayo de 1969 con la aprobación del Acuerdo de Integración Subregional e incorporado en la Legislación interna mediante la Ley 8ª de 1973. Esta integración se rige por el principio de aplicación inmediata de la norma comunitaria lo que implica que las disposiciones de la CAN tienen carácter supranacional y vinculante y para su incorporación en la normativa interna de cada país miembro, no se requiere de leyes dictadas por los órganos legislativos de éstos.

mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.

Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos:

- a) las palabras o combinación de palabras;*
- b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos;*
- c) los sonidos y los olores;*
- d) las letras y los números;*
- e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;*
- f) la forma de los productos, sus envases o envolturas;*
- g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores.*

Sobre esta definición vale la pena destacar la que ha sido adoptada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina quien ha señalado que *“la marca constituye un bien inmaterial representado por un signo que, perceptible a través de medios sensoriales y susceptible de representación gráfica, sirve para identificar y distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de otros idénticos o similares, a fin de que el consumidor o usuario medio los valore, diferencie, identifique y seleccione, sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio correspondiente”*³².(Subrayas fuera de texto)

El carácter incorporeal o intangible de la marca radica en que su titular es el dueño del concepto que de ella se deriva para identificarlo de otros productos o servicios y del grado de preferencia y reconocimiento que la misma tenga dentro de los consumidores.

Puede señalarse entonces que las marcas son un activo intangible de la empresa y como tal le otorgan valor que en algunas ocasiones puede ser mayor al de los bienes tangibles. Sobre este punto la Superintendencia de Industria y Comercio³³ ha sostenido que las marcas *“tienen gran valor como mecanismo de información, como mecanismo de publicidad y como herramienta de competencia, en la medida que permiten canalizar la clientela. Esas características repercuten en que la marca sea un intangible que puede agregarle valor a una empresa, dándole herramientas de competitividad, aumentando el valor de los activos y facilitando sus transacciones comerciales”*³⁴.

³² Proceso 33-IP-2003

³³ Entidad nacional encargada de administrar el sistema de propiedad industrial en Colombia.

³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Guía de Marcas.

Además debe señalarse que la marca es una especie dentro del universo de los signos distintivos que puede utilizar un empresario y no puede confundirse con la *razón o denominación social*, el *nombre comercial* y *las enseñas*, que son elementos que también son protegidos pero con los cuales se distingue a la empresa y al establecimiento de comercio de otros que desarrollan actividades similares o idénticas.

¿Qué clases de marcas existen?

En primer término debe aclararse que las marcas se componen del signo y de los servicios o productos³⁵ que representan. La clasificación de los signos que ha adoptado la Superintendencia de Industria y Comercio³⁶, es la siguiente:

1. Por la **forma** del signo las marcas pueden ser: nominativas, figurativas, mixtas, tridimensionales y sonoras.
2. Por la **función** del signo se clasifican en comerciales, colectivas y de certificación.
3. Por su **uso y difusión** en comunes, notorias y renombradas.

Según la forma, las **marcas nominativas** son las que identifican un producto o servicio a través de más de una letra, dígitos, números, palabras, frases o combinaciones de ellos y que constituyen un conjunto legible y/o pronunciable. Las **marcas figurativas** están integradas únicamente por una figura o un signo visual “logotipo” que se caracteriza por su configuración o forma particular totalmente impronunciable. Las **marcas mixtas** son la combinación de uno o varios elementos denominativos o verbales y uno o varios elementos gráficos, de color o tridimensionales³⁷. Las **tridimensionales** hacen referencia a la forma de los productos, sus envases o sus empaques que al contar con volumen pueden ser percibidas por el sentido del tacto. Y finalmente las **marcas sonoras** a través de las cuales las empresas pueden identificar sus productos y servicios con sonidos o melodías con las cuales los consumidores los asocian.

³⁵ Para la clasificación de los productos y servicios que pretenden ser amparados por las marcas se utiliza la “Clasificación de Niza” que es de carácter internacional y que se compone por títulos de las clases que constituyen indicaciones generales relativas a los sectores a los que pertenecen en principio estos productos o servicios, notas explicativas y exclusiones.

³⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Guía de Marcas.

³⁷ En esta clasificación pueden incluirse las marcas que se limitan a la presentación de denominaciones con un tipo especial de letra y/o color.

Desde el punto de vista de la **función del signo** las **marcas comerciales** son las que identifican o distinguen los productos o servicios de un empresario en el mercado. Las **marcas colectivas** son las que utilizan corporaciones y asociaciones, colectividades e instituciones para identificar productos y servicios que tienen distinta procedencia empresarial pero que poseen características comunes, como su origen geográfico, el material, modo de fabricación, entre otros. Las **marcas de certificación** son las que el titular de las mismas utiliza porque tiene capacidad para identificar la calidad u otras características de un producto o servicio que han sido certificadas por el titular de la marca.

Por su **uso y difusión** todas las marcas son **comunes** en la medida que tienen un conocimiento normal en el público al que van dirigidas, pero algunas son **notorias** cuando son conocidas por una parte importante del público consumidor de los productos o servicios distinguidos con la misma o lo que se denomina el *sector pertinente*³⁸. La marca **renombrada** se diferencia de la anterior en que su grado de conocimiento desborda los consumidores del mercado del producto o servicio por lo que es conocida por consumidores diferentes a aquéllos a quienes van dirigidos tales bienes³⁹.

El registro de la marca

Debe precisarse que el artículo 61 de la Constitución Política de Colombia establece la obligación del Estado de proteger la propiedad intelectual en el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley. Las marcas son una especie dentro de la propiedad industrial toda vez que son creaciones del intelecto humano que constituyen como se explicó, un bien incorporal.

En desarrollo de tal protección se concibe el registro de las marcas como un procedimiento a través del cual su titular adquiere la exclusividad para su uso. En efecto, el artículo 154 de la Decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina de

³⁸ Sector pertinente hace referencia al ámbito en el que se desenvuelve el producto o servicio y del cual pueden hacer parte una gran variedad de agentes, consumidores o personas pertenecientes al mercado y son quienes determinan el conocimiento que tienen de una marca notoria.

³⁹ Son ejemplos de ellas: Coca Cola y Nike.

Naciones señala que *“El derecho al uso de la marca se adquirirá por el registro de la misma ante la autoridad competente”*⁴⁰.

¿Qué derechos se derivan del registro de la marca?

Con el registro se otorga además de la **titularidad**, el **derecho de uso** porque a partir del registro se legitima al titular de la marca para identificar con ella todos sus productos y servicios en el mercado, sin que sea posible la variación de los elementos que la integran de forma que la alteren.

Además tiene **derecho al uso indirecto de la marca** lo que significa que el titular puede dar, incluso durante el trámite del registro, licencia a uno o más terceros para la explotación de la misma, como lo prevé el artículo 162 de la Decisión 486 del 2000, así:

“El titular de una marca registrada o en trámite de registro podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la marca respectiva.

Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda licencia de uso de la marca. La falta de registro ocasionará que la licencia no surta efectos frente a terceros.

A efectos del registro, la licencia deberá constar por escrito.

Cualquier persona interesada podrá solicitar el registro de una licencia”.
(Resaltado fuera del texto).

El derecho en mención se materializa con los *contratos de licencia de uso que se pactan a título oneroso o gratuito*. Estas licencias pueden otorgarse de manera *exclusiva*, es decir, que el titular renuncia a su derecho de conceder otras licencias sobre el mismo signo o también puede concederse la *licencia no exclusiva* donde el titular podría otorgar varias y simultáneas autorizaciones para el uso de la misma a diferentes personas naturales o jurídicas.

El titular del registro adquiere el **derecho de disposición** que le permite vender, transferir o ceder todas las prerrogativas derivadas de la marca a un tercero para

⁴⁰ La CAN acogió el criterio atributivo en materia de marcas en la medida que sólo el registro otorga a su titular los derechos exclusivos de uso sobre este signo distintivo. (Concepto 7054267 del 18 de septiembre del 2007, Superintendencia de Industria y Comercio).

lo cual deberá inscribirse el contrato ante la Superintendencia de Industria y Comercio para que surta efectos ante terceros.

Finalmente debe indicarse que el titular del derecho de registro puede ejercer diferentes acciones cuando un tercero no autorizado utilice la marca en el mercado y su derecho resulte afectado.

Las marcas desde el punto de vista contable

Como se señaló antes, la marca representa para una empresa un activo intangible el cual le otorga valor agregado al ente económico.

Las marcas son una de las clases de activos intangibles según el Plan de Cuentas PUC para comerciantes⁴¹. Su incorporación a los registros contables se produce por el valor de su costo de adquisición, de producción o registro.

El artículo 66 del Decreto 2649 de 1993 define los activos intangibles y entre ellos las marcas como los recursos obtenidos por un ente económico que careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros distintos de los derivados de los otros activos, de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos en varios períodos determinables.

En cuanto al valor inicial o histórico por el cual deben contabilizarse estos bienes, tal norma señala que el monto debe corresponder al *monto de las erogaciones claramente identificables en que efectivamente se incurra o se deba incurrir para adquirirlos, formarlos o usarlos*.⁴²

De manera que para efectos contables en Colombia, el registro contable de las marcas en la cuenta 1610 perteneciente al grupo de los intangibles y a la clase Activos, se hace *por el monto que haya pagado efectivamente el ente económico en su formación o adquisición, lo que implica que no sea posible llevar a los registros contables el valor estimado de los intangibles con base en avalúos técnicos, ya que la dinámica contable del reglamento general de la contabilidad*

⁴¹ En Colombia se tienen aproximadamente 15 Planes Unicos de Cuentas en el sector privado, lo cuales incluyen el de los comerciantes, para las distintas entidades del sector financiero, el sector cooperativo y el sector salud, entre otros. Sin embargo, el de los comerciantes contenido en el decreto 2650 de 1993 con sus modificaciones es el de mayor utilización por estar dirigido a todos los entes económicos que realizan actividades mercantiles.

⁴² Sobre el tema puede consultarse la Circular Externa 4 del 2005 de la Superintendencia de Valores en la que si bien se hace referencia al *good will* formado, lo allí expuesto es aplicable a las marcas por tratarse de un intangible. En similar sentido se pronunció la Junta Central de Contadores - Consejo Técnico de la Contaduría Pública en el Concepto 063 del 7 de mayo del 2007.

del sector privado no lo permite, como se puede evidenciar de las normas contables que se refieren al costo de los activos.

Las marcas Juan Valdez y 100% Café de Colombia

Precisado así el marco conceptual y jurídico de las marcas, es del caso aplicarlo al asunto debatido por la Sala Plena en la providencia que se aclara.

Las marcas que fueron objeto del contrato de licencia de uso y entre las cuales se destacan “Juan Valdez” y “100% Café de Colombia”⁴³ que son de tipo nominativo y mixto (logotipo tradicional). Esta última que se compone del personaje Juan Valdez, la mula y las montañas colombianas y de la frase explicativa “Café de Colombia”⁴⁴, la cual fue creada en 1981 por una agencia de publicidad y cuyo objeto fue identificar y garantizar que las marcas que se comercializan con ese logotipo son 100% café colombiano aprobado por la Federación Nacional de Cafeteros⁴⁵.

Recientemente la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución 028644 del 7 de septiembre del 2007 le reconoció la *notoriedad* a la marca Juan Valdez lo cual le otorga (i) un campo de protección más amplio que incluso abarca productos no protegidos expresamente por ella, (ii) implica una protección extraterritorial del país en que está registrada y (iii) en la comparación de los signos cuando se alegue frente a otra confusión, el examen es más riguroso.

De la lectura del contrato de licencia de uso parcialmente transcrito en la providencia objeto de aclaración, puede establecerse que a través de este se otorgó al licenciatarario, el derecho a *explotar* la marca sin que de manera alguna pueda entenderse que hubo una *cesión de la propiedad*, es decir que mediante tal acuerdo de voluntades no se vendieron, transfirieron o cedieron las prerrogativas del titular del registro marcario a Procafecol S.A.

⁴³ Según certificación de la Superintendencia de Industria y Comercio de 5 de diciembre del 2006 (fl. 1072), existen 55 expedientes de registros marcarios de “Juan Valdez” y “100% Café de Colombia”, aunque a folios 806 a 847 se pueden establecer diferentes marcas mixtas como “Juan Valdez Doublekick” “Juan Valdez CaféREALE”, entre otras.

⁴⁴ Aunque la leyenda ha tenido diferentes versiones, (100% Colombian Coffe y 100% Café colombiano). “El personaje de Juan Valdez, nombre que fue adoptado gracias a su fácil pronunciación para consumidores angloparlantes, se adoptó como el símbolo de la cultura y tradición de producir café en Colombia con vocación de calidad y con la dedicación propia de las familias cafeteras colombianas por su cultivo. Conchita, la fiel mula que frecuentemente acompaña a Juan Valdez, surgió como un elemento que contribuye a describir las dificultades geográficas que los cafeteros tienen que superar para que los consumidores puedan apreciar el suave café colombiano”. www.cafedecolombia.com

En efecto, con el contrato en cuestión no se hizo uso del *derecho de disposición* derivado del registro de la marca, sino que se concedió una licencia de uso *no exclusivo* como se desprende de la cláusula segunda en la que se estipuló que el licenciatarario no adquirió en virtud del contrato la exclusividad del uso de las marcas, por lo que el licenciatarario se reserva el derecho a autorizar a otras personas naturales y jurídicas para utilizar la marca.

El asunto de fondo

Ahora bien, lo discutido en el proceso se contrajo en gran parte al cuestionamiento del “usufructo de la marca” por parte de Procafecol S.A. y al beneficio o no que ello representa para el Fondo Nacional del Café. Sobre estos temas es que considero necesario realizar algunas precisiones que no fueron realizadas en la providencia que se aclara y que se derivan de lo hasta aquí expuesto.

1. Titularidad y derechos sobre las marcas Juan Valdez y 100% Café de Colombia. Las marcas fueron registradas por la *Federación Nacional de Cafeteros* por lo que a la luz de la normatividad contenida en el artículo 154 de la Decisión 486 del 2000⁴⁶, el registro es constitutivo del derecho a la propiedad industrial y en consecuencia es legalmente la Federación la titular de las marcas registradas como se desprende de las certificaciones que obran en el proceso expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en las que expresamente se señala tal titularidad, aunque para ello se haya hecho constar en los expedientes de los registros marcarios que tal trámite se hizo con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Café por ser marcas de su propiedad y que su titularidad no sea desconocida ni legal ni contablemente por la Federación Nacional de Cafeteros, como más adelante lo precisaré.

Lo anterior obedece a que el Fondo Nacional del Café desde su creación mediante el Decreto 2078 de 1940, se constituyó como una *cuenta especial* de manejo de recursos públicos sin personería jurídica, aspecto éste último que le

⁴⁵ Información encontrada en la página www.cafedecolombia.com

⁴⁶ Artículo 154.- El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente.

impide ser sujeto de derechos y obligaciones y por tanto no puede en su propio nombre registrar las marcas que si bien se contabilizan como de su propiedad, frente a ellas no puede adquirir derechos como los que se derivan de la naturaleza misma del registro marcario⁴⁷.

Por consiguiente los derechos derivados del registro de las marcas y que ya fueron indicados, están en cabeza de la Federación y legalmente como titular puede ejercer *el derecho al uso indirecto de la marca*, es decir que puede celebrar *contratos de licencia*⁴⁸ como en efecto ocurrió en el sub examine entre la Federación Nacional de Cafeteros y Procafecol S.A.

Lo anterior indica que, en principio, la Federación no tendría ni siquiera la obligación legal de reconocerle al Fondo Nacional del Café las regalías estipuladas en la licencia de uso otorgada a Procafecol S.A. No obstante como se indicó a lo largo del proceso tal situación nunca se ha presentado, pues la Federación contablemente ha mantenido la separación en el manejo de sus recursos de los que integran el Fondo⁴⁹ y en virtud de tal contrato le ha reconocido las regalías correspondientes.

2. Manejo contable de las marcas. Como se desprende del artículo 66 del Plan Unico de Cuentas (PUC) antes reseñado, los intangibles son activos que bien pueden ser *adquiridos o formados*. Los primeros son aquéllos que fueron comprados a un tercero pagándole un valor real en efectivo o en especie y los *formados* son los que desarrolla la empresa dentro del curso normal de sus actividades.

La citada disposición del PUC es clara en indicar que el registro del valor de los intangibles formados debe realizarse en la contabilidad por el monto de las erogaciones claramente identificables en que se incurra para formarlos, es decir, que se hace con base en el monto que haya pagado efectivamente el ente económico.

⁴⁷ Según el apoderado de Procafecol S.A. (fl. 1007) la Superintendencia de Industria y Comercio en el Concepto 04865279 de septiembre 1° del 2004 que dice fue anexado al proceso, ha indicado frente a las marcas registradas por la Federación Nacional de Cafeteros, que son derechos de propiedad industrial cuyo titular es la Federación sin que pueda oponerse al acto de registro las relaciones contractuales no registradas ante la Superintendencia y de la procedencia de los recursos con los cuales se cancelan.

⁴⁸ El contrato de licencia se encuentra regulado en el artículo 594 y siguientes del Código de Comercio y deben entenderse incorporadas las disposiciones que sobre este tema tiene la Decisión 486 del 2000 que en lo pertinente regula el mencionado contrato en los artículos 162 a 164, que fueron analizados en la providencia que se aclara.

⁴⁹ Según certificación del Contador General de la Federación (fl. 909)

Ahora bien, en el caso de las marcas objeto de licencia, obra en el expediente el informe rendido por contadores independientes sobre procedimientos previamente acordados relacionados con los bienes marcarios Juan Valdez y 100% Café de Colombia⁵⁰ en el que se presentan, entre otros, los siguientes resultados:

“4. La contabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros no presenta ingresos, costes o activo alguno, registrados en nombre propio y relacionados con los bienes marcarios Juan Valdez y 100% Café de Colombia.

“5. El Fondo Nacional del Café muestra en su contabilidad, activos, costes e ingresos relacionados con los bienes marcarios ⁵¹ Juan Valdez y 100% Café de Colombia (...), así: (...).”

De lo anterior se advierte en primer término que como quedó antes precisado la Federación Nacional de Cafeteros reconoce que las marcas en cuestión son de propiedad del Fondo Nacional del Café y en consecuencia las ha incluido en la contabilidad de éste, en calidad de administradora de la cuenta especial.

No obstante, del análisis de las cifras presentadas en el mencionado informe, se establece que las marcas como activos intangibles nunca se les ha registrado valor, es decir que a pesar de que con recursos del Fondo se ha invertido en la creación de la marca, su registro, publicidad y posicionamiento, ha sido por fuera del activo y todo llevado al gasto, por lo que su valor, antes de la celebración del contrato de licencia, ha sido irrisorio o prácticamente cero (0)⁵².

Por lo anterior, puede concluirse que las marcas Juan Valdez y 100% Café de Colombia no han sido activadas y tal tratamiento contable impide en este momento su activación, incluso con la celebración del contrato de licencia. En efecto, al no haber soportes de las erogaciones efectivamente realizadas por concepto de la formación de las marcas, no es posible entonces llevarlas como activo intangible con base en valores estimados ni con avalúos técnicos especializados, como lo dispone la dinámica de la cuenta contable.

⁵⁰ Folio 903 y ss. Informe rendido a la Federación Nacional de Cafeteros.

⁵¹ Folio 903 y ss. Informe rendido a la Federación Nacional de Cafeteros.

⁵² Teniendo en cuenta que los recursos del Fondo Nacional del Café son parafiscales y por consiguiente públicos, estos hacen parte de la contabilidad pública, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 10 de la Ley 298 de 1996. El manejo de los intangibles tanto en la contabilidad pública como privada es el mismo.

No obstante, es viable que las marcas sean registradas en el patrimonio del Fondo como derechos que son y así explotarlos, darles uso y valor.

Por consiguiente, quedan desvirtuadas las afirmaciones de las partes en el proceso e incluso de la providencia que se aclara en el sentido de que las marcas 'son el mayor activo' del Fondo Nacional del Café o que a ellas se les pueda dar 'mayor valor', por cuanto la realidad económica y contable demuestra lo contrario.

3. Valor base de remuneración de la licencia de uso. Debe precisarse que el valor que se reconoce por concepto de explotación de las marcas en el *sub examine*, se estructura sobre la base de regalías y no del valor de la marca, como equivocadamente parece entenderse cuando en realidad tienen alcances diferentes.

En efecto, el valor que Procafecol S.A. debe pagar al Fondo Nacional del Café se calcula sobre las ventas brutas obtenidas de la operación de las Tiendas Juan Valdez, lo que en la práctica comercial se denomina regalías o *royalties*⁵³, es decir, la retribución que recibe el licenciante como producto del uso y explotación de las marcas.

Lo anterior permite señalar que uno es el valor de las marcas en sí mismas consideradas el cual podría ser determinante, por ejemplo para la venta de las mismas y otro, el de las regalías que es la suma que se deriva de la explotación de las marcas y que se calcula sobre las ventas brutas obtenidas⁵⁴.

Por consiguiente, no es posible afirmar que la retribución obtenida por el Fondo Nacional del Café consista en el valor de la marca pues en ningún momento, se reitera, ésta ha sido vendida, cedida o transferida a favor de Procafecol S.A.

Conclusiones

Todo lo antes expuesto permite concluir que el negocio de las Tiendas Juan Valdez, ha cumplido su propósito de desarrollar una nueva estrategia de

⁵³ También se aplica para las franquicias, por ejemplo

⁵⁴ Para estas valoraciones se contrató a Future Brand, firma especializada en la materia.

comercialización del café colombiano y generar mayores ingresos a los cafeteros colombianos.

No puede perderse de vista que es una forma de comercialización que ha sido madurada por la Federación Nacional de Cafeteros, quien en el negocio actúa como ente privado con iniciativa propia e independiente del contrato de administración que tiene del Fondo, lo cual no excluye la participación de otros particulares a través de franquicias.

Adicionalmente, la puesta en marcha de las Tiendas permite un ahorro en la publicidad que se realiza con cargo a los dineros del Fondo para promover las marcas y consolidarlas en Colombia y en el exterior.

En suma, como lo manifesté anteriormente, el negocio objeto de cuestionamiento por los actores, lejos de constituir un desmedro en el patrimonio del Fondo Nacional del Café, representa un ingreso por regalías que resulta ventajoso desde todo punto de vista, si se tiene en cuenta que la contraprestación por el licenciamiento por el uso de las marcas se paga sobre las ventas brutas obtenidas, es decir, no se asumen por vía indirecta los gastos operativos que implica para Procafecol S.A., el funcionamiento de las Tiendas Juan Valdez, amén del ingreso que representa para el gremio de los caficultores que constantemente se ven afectados por el precio de sus productos en el mercado internacional.

Con todo respeto,

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

SALVAMENTO DE VOTO

Consejera: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D. C., 25 de junio de dos mil nueve (2009).

Con el debido respeto que siempre me merecen las decisiones mayoritarias de la Sala Plena, dejo constancia de mi disentimiento con la determinación que se adoptó en el proceso de la referencia, en el cual se desestimaron las súplicas de la demanda por considerar no acreditada la vulneración ni la

amenaza de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y a la libre competencia económica, que constituyen la esencial censura que los demandantes plantearon a la autorización que el Comité Nacional de Cafeteros otorgó a la empresa PROCAFECOL S.A. (Sociedad Promotora de Café Colombia S.A. constituida por la Federación Nacional de Cafeteros y por cuatro particulares más), para usar la marca de café “Juan Valdés”.

Como primera medida, discrepo del enfoque de análisis que la sentencia contiene, demasiado circunscrito a puntuales aspectos muy formales de la situación que informa el debate, dejando así de lado el examen amplio y comprensivo, incluso con visión extendida a la conveniencia de lo que concierne a la real garantía de protección a los derechos colectivos a la moralidad, al patrimonio público y a la libre competencia económica, que representó la contratación llevada a cabo para conceder el uso de la marca, pues, a diferencia de las decisiones que se toman cuando se trata de dirimir una demanda que instaura un particular para hacer valer sus derechos individuales, otras son las motivaciones y las características que ostentan las acciones populares, de naturaleza pública.

Como lo destaca el Ministerio Público en su concepto de fondo y lo analizan a profundidad tanto el proyecto de fallo que fue derrotado, como varios de los Consejeros que me antecedieron en la exposición de las razones en las que fundan su oposición con el sentido de la providencia que finalmente recibió aprobación, es cuando menos, representativo de sería amenaza al patrimonio público, y por lo tanto merecedor de que se proteja este derecho impartiendo determinadas órdenes correctivas a los demandados, el exiguo valor asignado a PROCAFECOL S.A. como retribución por la explotación de la marca “Juan Valdés”, a favor del Fondo Nacional del Café, como claramente lo muestran las pruebas en este sentido obrantes en el expediente, y como lo describe el informe de la Contraloría General de la República, monto éste totalmente desproporcionado si se confronta con el valor que por ventas obtienen las tiendas denominadas “Juan Valdés”.

En lo demás, y por el acierto de los razonamientos que contiene el proyecto derrotado, a él me remito en lo que tiene que ver con los motivos que imponían proteger los derechos colectivos que se alegaron, obligando a los entes comprometidos a redireccionar los términos de la negociación o del contrato celebrado para el uso de la mencionada marca, ya que es al gremio de caficultores de Colombia al cual deben beneficiar todas las gestiones y actuaciones negócias que lleve a cabo el Fondo Nacional del Café, de manera que finalmente también se traduzcan en bondades para todos los colombianos, por reflejo, al ser el café el mayor renglón económico del país.

Cordialmente,

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Consejera de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Al revisar de nuevo el contenido de la providencia de Sala Plena de 24 de marzo de 2009, dentro del proceso de la referencia, advertí que el texto final no contiene unas consideraciones que, en punto de anulación de actos administrativos en sede popular, me habían inclinado a anunciar -en su discusión- una aclaración de voto. En consecuencia, al compartir en su integridad la sentencia arriba indicada no tengo motivo para aclarar mi voto.

RUTH STELLA CORREA PALACIO

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES AGROPECUARIAS - Concepto. Usos posibles

Esta idea es clara en la Ley 101 de 1993, la cual define las contribuciones parafiscales agropecuarias, entre las cuales se incluye la cafetera, como aquellas que impone la ley a un sector económico determinado, con vocación de ser destinado para beneficio del mismo. También es claro que la norma agrega que esos recursos no hacen parte del presupuesto nacional, pero eso no significa que

los mismos no constituyan recursos públicos, pues por el contrario sí lo son. Adicionalmente, esa misma Ley califica como gasto público social las erogaciones que realice la Nación con cargo a estos recursos, destinados para los propósitos de la misma norma, entre cuyos usos posibles se encuentran: adecuar el sector agropecuario y pesquero a la internacionalización de la economía, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional; promover el desarrollo del sistema agroalimentario nacional; crear las bases de un sistema de incentivos a la capitalización rural y a la protección de los recursos naturales; favorecer el desarrollo tecnológico del agro, al igual que la prestación de la asistencia técnica a los pequeños productores, de conformidad con los procesos de descentralización y participación; determinar las condiciones de funcionamiento de las cuotas y contribuciones parafiscales para el sector agropecuario y pesquero, entre otros.

RECURSOS PARAFISCALES - Características esenciales

Estas definiciones, doctrinales y legales, coinciden en destacar las características esenciales de los recursos parafiscales, cuales son: a) el origen público, en cuanto resultado del poder impositivo del Estado; b) la individualización y perfecta identificación del sector contribuyente, que resulta ser el mismo sector beneficiario; c) la destinación a un propósito concreto y específico; d) su obligatoriedad, en cuanto el contribuyente no puede negar o desconocer la deuda; e) su administración por instituciones, públicas o privadas, distintas del ejecutivo central, f) La destinación de la contribución directamente a la entidad encargada de su recaudo, de manera que no se confunda con el resto de ingresos del Estado que conforman la unidad de caja.

FONDO NACIONAL DEL CAFE - Constituido por contribuciones parafiscales. Reglas de administración de sus recursos

En 1941, con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas por la ley 45 de 1940, el Gobierno expidió el Decreto 2078, mediante el cual creó el FNC, como una cuenta del Tesoro Nacional, cuya administración debía ser contratada con la Federación, situación que, gracias a diferentes contratos celebrados entre el Gobierno y la Federación, se ha mantenido de esta forma. Los recursos del Fondo, desde ese momento, y hasta la fecha, se han nutrido de contribuciones parafiscales que, como es propio de su naturaleza, son cobradas al gremio cafetero para luego ser invertidas en beneficio de éste y de sus propios agremiados. (...) Así las cosas, al estar constituido el Fondo Nacional del Café por recursos provenientes de contribuciones parafiscales, para determinar las reglas de administración de esos recursos debe estarse a lo dispuesto en los artículos 30 a 32 de la Ley 101, dictada en el año de 1993 y 29 del Decreto 111 de 1996, por lo cual, en consecuencia, forzoso resulta remitirse a la Ley que crea la contribución parafiscal así como por “aquellas normas posteriores” que la modifiquen y, por supuesto, a las cláusulas del contrato que rige la administración de esos recursos, que para el caso presente es el Contrato de Administración suscrito el 12 de noviembre de 1997, entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros, el cual, a su vez, también reenvía a lo que en dicha materia disponga el propio Comité Nacional de Cafeteros.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Obliga a la selección objetiva del contratista / SELECCION OBJETIVA DEL CONTRATISTA - Concepto. Garantiza el principio de transparencia

Según quedó visto, en el Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café se dispuso que la contratación que adelante la Federación en virtud de aquél, se

debe efectuar con estricta sujeción al principio de transparencia, el cual encuentra desarrollo específico a través de lo que en el mismo clausulado se denominó la “selección objetiva” del contratista, para obtener la opción más eficiente en condiciones de mercado. (...) Toda clase de selección objetiva, cualquiera que sea su especificidad, por su propia naturaleza –según lo evidencia la sola expresión que la contiene–, se contrapone a cualquier tipo de selección subjetiva, como la que resulta de aplicar factores de afecto, de preferencia no justificada, de interés particular, etc.; ello significa que la selección objetiva comporta necesariamente la existencia de una decisión imparcial, fundada en la ponderación de factores o elementos de juicio previamente identificados como necesarios y materialmente idóneos para el logro de los fines propuestos, fines que –en casos como el presente– no pueden ser otros que aquellos que claramente reflejen los intereses cuya administración le ha sido encomendada y sobre los cuales existe una clara obligación de salvaguarda. (...) Al integrar el principio de transparencia con la autonomía privada, se hace evidente que la selección objetiva del contratista necesariamente remite a la génesis o formación misma del contrato de que se trate, etapa en la cual cobra un valor jurídico innegable el concepto que la teoría contractual ius privatista ha desarrollado como de las cargas negociales, siendo considerada como una de estas el deber de “autorresponsabilidad”. (...)

REGISTRO DE MARCA - Reglas básicas

Al registro, transferencia y licenciamiento de la marca les son aplicables, en consecuencia, las siguientes reglas básicas: a) Es el registro de la marca ante la oficina competente, el acto que otorga el derecho al uso exclusivo de la misma. b) El derecho a ese uso exclusivo también confiere al titular de la marca “el derecho de impedir a cualquier tercero” realizar, sin su consentimiento, los actos enlistados en el artículo 155 del Acuerdo. c) El titular de la marca registrada o en proceso de registro puede otorgar licencia para su explotación, debiendo tal licencia ser inscrita en la oficina competente a efectos de su oponibilidad a terceros; por la necesidad misma del registro, la licencia debe constar por escrito. d) La titularidad de la marca se concede al solicitante de su registro.

JUAN VALDEZ - Irregularidades en otorgamiento de licencia de marca

Efectivamente el Gobierno Nacional dio vía libre al proyecto de “Tiendas del Café”, pero no específicamente al de Tiendas de Café Juan Valdez y menos, por tratarse de una cuestión diferente por completo, a la celebración del contrato que se concluyó entre la Federación Nacional de Cafeteros –en su condición de administradora de los bienes públicos de propiedad del Fondo Nacional del Café– y la sociedad comercial PROCAFECOL S.A. (...) Sin embargo, contrario a ello se tiene que esa licencia se otorgó de manera verbal a PROCAFECOL S.A., sin observar parámetro alguno de los establecidos en el correspondiente reglamento de contratación y sin respetar siquiera el principio de transparencia convenido de manera obligatoria en el aludido contrato de administración. Cómo sostener, con un mínimo de solidez, que el principio de transparencia no fue violentado de manera palmaria si no existe manera alguna para explicar por qué razón la Federación seleccionó a PROCAFECOL S.A., y cuáles fueron los criterios objetivos, razonables e imparciales que habría aplicado para efectuar dicha selección. (...) Más grave aun, ocurre que la propia Federación, a pesar de ostentar la doble condición que ha quedado expuesta, decidió emprender, por sí y ante sí, sin acompañamiento y menos supervisión alguna de parte del Gobierno Nacional, tanto la selección y contratación como la vigilancia misma de la firma que determinaría los valores que PROCAFECOL S.A., de la cual aquella es

accionista mayoritaria, debería pagarle como contraprestación al Fondo Nacional del Café, ello sin reparar en que a una determinación de mayores valores de contraprestación, naturalmente menos dividendos recibirá como accionista de la firma que tendrá a su cargo los pagos respectivos. (...) Agréguese a lo anterior que la misma Federación sostuvo, a lo largo del proceso, que el socio con los particulares que conformaron dicha empresa se hizo sólo para poder cumplir con los requisitos de participación accionaria legalmente exigidos para las sociedades anónimas... de lo cual se desprende entonces que entre la Federación y los demás accionistas de PROCAFECOL S.A., quienes habrían concurrido de manera puramente formal a la constitución de esa sociedad, no habría existido realmente animus societatis y con ello se estaría reconociendo, abiertamente, la simulación con la que se procedió a constituir una sociedad que no tenía propósito real de existir (...) De otra parte se observa que si bien finalmente la Federación tomó medidas para garantizar el reconocimiento retroactivo de regalías por el uso de la marca Juan Valdez, en todo caso se debe tener en cuenta que tal actuación no resultaba suficiente para preservar el patrimonio del Fondo Nacional del Café, pues su verdadera salvaguarda implicaba necesariamente la existencia de una adecuada, oportuna y legal determinación de esas regalías. (...) En cualquier caso, estimo que de ninguna manera la actuación errática que de manera tardía cumplieron tanto las autoridades gubernamentales correspondientes aquí accionadas como la propia Federación, muchos meses después de tener en ejecución un contrato que fue celebrado de manera indebida, según ha quedado expuesto, hubiere tenido virtualidad para convalidar o ratificar en forma retroactiva todo lo que se desarrolló sin fundamento alguno desde diciembre de 2002.

DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO - Alcance / MARCA JUAN VALDEZ - Bien fiscal del Fondo Nacional del Café

La protección de este derecho colectivo comporta igualmente la garantía, a favor de los administrados, de que los recursos del Estado se manejen de manera eficiente y responsable, que se dirijan al cumplimiento de las atribuciones conferidas de acuerdo con la legislación positiva, que no se desvíen a la satisfacción de requerimientos distintos a los públicos y dentro de estos a los definidos, en forma especial por la ley, bajo la denominación de destinación específica, entendiéndose como bienes no solamente los públicos, o aquellos que gozan del carácter de inembargables, imprescriptibles e inalienables, sino a la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, dentro de los cuales se encuentran los bienes fiscales, categoría a la que pertenecen los registros marcarios de propiedad del Fondo Nacional del Café, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 674 del Código Civil –artículos 63 y 101 CP–.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Concepto. Vulneración en contrato de licencia de marca JUAN VALDEZ

Este derecho encuentra su razón de ser en el marco de la función administrativa, sujeta constitucionalmente a una serie de principios que se dirigen a garantizar el cumplimiento, por parte del Estado, de los fines para los cuales fue instituido. Dentro de esos principios se encuentran el de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y moralidad administrativa –artículo 209 CP. –, los cuales regulan todo el campo de acción material de la administración pública y adquieren una importancia especial, tratándose de la ejecución de recursos públicos, donde debe existir total transparencia y fidelidad con los propósitos y cometidos generales, previstos tanto por el Constituyente como por el legislador. Adquiere importancia especial en el ámbito de la contratación estatal. De hecho,

la jurisprudencia constitucional, al estudiar la exequibilidad de los artículos 40 y 55 de la ley 472 de 1998, se refirió a esta relación y destacó los alcances de la responsabilidad de sus agentes en las acciones populares como mecanismo de protección de los recursos presupuestales de la Nación, aclarando que no se trata de que a través de las acciones populares se debatan y decidan controversias contractuales, las cuales tienen bien definidas las reglas que les corresponden. (...) Visto el alcance del derecho colectivo a la moralidad administrativa en contraste con los hechos y las apreciaciones que acerca de su acaecimiento he dejado expuestas, para concluir que en el caso en estudio se violó de manera grosera y flagrante la transparencia con sujeción a la cual se encontraban obligadas a proceder tanto las autoridades accionadas que como integrantes del Gobierno Nacional tienen a su cargo velar por los derechos e intereses que pertenecen al Fondo Nacional del Café, como la propia Federación Nacional de Cafeteros en su condición de administradora de los bienes e intereses públicos que pertenecen al referido Fondo, no puedo menos que concluir que en el presente caso sí se vulneró y se sigue vulnerando, de manera grave, el derecho colectivo a la moralidad administrativo y, por ello, estimo que así debió declararlo la Sala Plena.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Con el respeto que profeso por las decisiones que profiere la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expongo las razones que me obligaron a apartarme de la sentencia que se dictó dentro del proceso citado en la referencia.

Tal como lo reflejan con claridad los antecedentes del proceso citado en la referencia, cuyo registro se encuentra plasmado en el fallo al cual se refiere el presente salvamento de voto, resulta evidente que lo pretendido por los demandantes con la acción popular instaurada no era otra cuestión que la de obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la libre competencia, derechos cuya vulneración no encontró probada el Tribunal de primera instancia, por lo cual esa decisión fue apelada en su totalidad por el Ministerio Público y por la parte demandante.

Así pues, a la Sala Plena le correspondía pronunciarse de fondo sobre el asunto que constituye el problema jurídico central del asunto bajo estudio, esto es si la actuación de las entidades demandadas, en cuanto se refiere específicamente a la explotación comercial de la marca Juan Valdez, ha

comportado la vulneración de los derechos colectivos cuya protección se pretende y, en consecuencia, si lo procedente en este caso era confirmar, modificar o revocar la sentencia impugnada.

Precisado así el asunto materia de apelación y con el fin de formular el presente salvamento de voto, a continuación se procederá a verificar ***i)*** cuál es la naturaleza jurídica de los bienes y recursos que conforman el Fondo Nacional del Café; ***ii)*** a partir de allí establecer cuál es el régimen jurídico al cual se sujeta la administración de esos bienes y recursos; ***iii)*** en ese contexto abordar el específico asunto de la explotación comercial de la marca Juan Valdez y ***iv)*** concluir si, en el caso concreto, había lugar a proteger los derechos colectivos cuya protección fue demandada ante esta Jurisdicción especializada.

2.1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES Y RECURSOS QUE CONFORMAN EL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

Para tratar este punto resulta fundamental remitirse al Decreto 2078 de 1940, pues fue este acto normativo el que creó el Fondo Nacional del Café –FNC– y lo instituyó como una cuenta especial de la Tesorería General de la República, con destino exclusivo a los fines previstos en ese Decreto, cuenta en la cual se deberían depositar los dineros producto de los impuestos allí establecidos para gravar las exportaciones de café (artículos 7 y 8).

En desarrollos más recientes se tiene que la Ley 9 del 17 de enero de 1991⁵⁵, en su artículo 19, modificado por el artículo 68 de la Ley 788 de 2002⁵⁶, unificó los recursos de apoyo al Fondo Nacional del Café al establecer la contribución cafetera la cual, de conformidad con los dictados de la Ley 101 de 1993⁵⁷, relativa al Desarrollo Agrario y Pesquero, corresponde a una contribución parafiscal en tanto es impuesta por razones de interés general a un subsector agropecuario para su mismo beneficio, sin que tales recursos hagan parte del Presupuesto General de la Nación (artículo 29).

De manera que las contribuciones parafiscales surgen del poder impositivo del Estado –tal como se previó desde la expedición misma del Decreto 2089

⁵⁵ Diario Oficial No. 39.634

⁵⁶ Diario Oficial No. 4506 de diciembre 27 de 2002.

⁵⁷ Diario Oficial No. 41.149 del 23 de diciembre de 1993

de 1940 para la industria cafetera–, característica que reafirmó la Constitución Política de 1991 al facultar al Congreso para expedir leyes que establezcan contribuciones fiscales y parafiscales (artículo 150-12), atribución que también le fue conferida, en tiempo de paz, a las asambleas departamentales así como a los concejos distritales y municipales (artículo 338).

Esta conclusión se compone de dos elementos estructurales que ameritan una explicación individualizada: la naturaleza pública de las contribuciones parafiscales y el carácter parafiscal que tienen los recursos que nutren el Fondo.

El primero de ellos parte de la propia definición de contribuciones parafiscales que, en concepto de la doctrina autorizada, de la cual es buena muestra Plazas Vega, son:

“(...) tributos que no se agregan al presupuesto general ni hacen parte de la ‘unidad de caja’, por lo que también en ese aspecto son paralelos al fisco y están afectados por su destinación financiera al ente u organismo y a la actividad económica o social que se nutre con su recaudación”⁵⁸.

En efecto, los recursos destinados al cumplimiento de los objetivos para los cuales fue creado el FNC como un sistema de manejo de los mismos, tienen esa naturaleza por provenir de impuestos, pero al gravar a un sector determinado, para su propio beneficio, gozan del carácter de parafiscales y no hacen parte del Presupuesto General de la Nación; su administración se realiza, directamente, por la entidad gremial que reúna las condiciones de representatividad nacional respecto de la actividad gravada y que haya celebrado, con esos propósitos, contrato especial con el Gobierno Nacional.

Esta idea es clara en la Ley 101 de 1993, la cual define las contribuciones parafiscales agropecuarias, entre las cuales se incluye la cafetera, como aquellas que impone la ley a un sector económico determinado, con vocación de ser destinado para beneficio del mismo⁵⁹. También es claro que la norma agrega que

⁵⁸ PLAZAS VEGA, Mauricio A. El liberalismo y la Teoría de los Tributos. Ed. Temis. Bogotá, 1995. p. 466 y 467.

⁵⁹ Dice el art. 31 de la ley 101 que “Los recursos que se generen por medio de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras deben ser invertidos en los subsectores agropecuario o pesquero que los suministra, con sujeción a los objetivos siguientes:

esos recursos no hacen parte del presupuesto nacional, pero eso no significa que los mismos no constituyan recursos públicos, pues por el contrario sí lo son.

Adicionalmente, esa misma Ley califica como gasto público social las erogaciones que realice la Nación con cargo a estos recursos, destinados para los propósitos de la misma norma⁶⁰, entre cuyos usos posibles se encuentran: adecuar el sector agropecuario y pesquero a la internacionalización de la economía, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional; promover el desarrollo del sistema agroalimentario nacional; crear las bases de un sistema de incentivos a la capitalización rural y a la protección de los recursos naturales; favorecer el desarrollo tecnológico del agro, al igual que la prestación de la asistencia técnica a los pequeños productores, de conformidad con los procesos de descentralización y participación; determinar las condiciones de funcionamiento de las cuotas y contribuciones parafiscales para el sector agropecuario y pesquero, entre otros⁶¹.

"1. Investigación y transferencia de tecnología, y asesoría y asistencia técnicas.

"2. Adecuación de la producción y control sanitario.

"3. Organización y desarrollo de la comercialización.

"4. Fomento de las exportaciones y promoción del consumo.

"5. Apoyo a la regulación de la oferta y la demanda para proteger a los productores contra oscilaciones anormales de los precios y procurarles un ingreso remunerativo.

"6. Programas económicos, sociales y de infraestructura para beneficio del subsector respectivo."

⁶⁰ Dice el art. 70 que "Las erogaciones que la Nación realice para el cumplimiento de las finalidades establecidas en el artículo 1 de esta ley, constituyen gasto de inversión pública social en los términos del artículo 350 de la Constitución Política.

"El gasto público social en el sector rural se establecerá teniendo en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas que residan en zonas rurales, según lo establezca la ley orgánica respectiva."

⁶¹ El art. 1 de la ley define los propósitos de la misma, en los siguientes términos, "Esta ley desarrolla los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Nacional. En tal virtud se fundamenta en los siguientes propósitos que deben ser considerados en la interpretación de sus disposiciones, con miras a proteger el desarrollo de las actividades agropecuarias y pesqueras, y promover el mejoramiento del ingreso y calidad de vida de los productores rurales:

1. Otorgar especial protección a la producción de alimentos.

2. Adecuar el sector agropecuario y pesquero a la internacionalización de la economía, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

3. Promover el desarrollo del sistema agroalimentario nacional.

4. Elevar la eficiencia y la competitividad de los productos agrícolas, pecuarios y pesqueros mediante la creación de condiciones especiales.

5. Impulsar la modernización de la comercialización agropecuaria y pesquera.

6. Procurar el suministro de un volumen suficiente de recursos crediticios para el desarrollo de las actividades agropecuarias y pesqueras, bajo condiciones financieras adecuadas a los ciclos de las cosechas y de los precios, al igual que a los riesgos que gravitan sobre la producción rural.

7. Crear las bases de un sistema de incentivos a la capitalización rural y a la protección de los recursos naturales.

8. Favorecer el desarrollo tecnológico del agro, al igual que la prestación de la asistencia técnica a los pequeños productores, conforme a los procesos de descentralización y participación.

9. Determinar las condiciones de funcionamiento de las cuotas y contribuciones parafiscales para el sector agropecuario y pesquero.

10. Establecer los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros.

11. Propender por la ampliación y fortalecimiento de la política social en el sector rural.

12. Fortalecer el subsidio familiar campesino.

No sobra agregar que esta Ley aplica a la contribución cafetera y, en general, al sistema de administración de recursos y funciones en manos de la Federación, salvo norma especial en contrario, porque el artículo 35 de la referida Ley 101 dispone que *“Todas las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras existentes con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, quedan sujetas a lo que ordena esta ley, sin perjuicio de los derechos adquiridos y las disposiciones legales que los regulan y los contratos legalmente celebrados.”*

Posteriormente, la Ley 179, expedida en el año de 1994, definió la contribución parafiscal en los siguientes términos:

“Art. 12. Son contribuciones parafiscales aquellos recursos públicos creados por ley, originados en pagos obligatorios con el fin de recuperar los costos de los servicios que se prestan o de mantener la participación de los beneficios que proporcionen.

“Estas contribuciones se establecerán para el cumplimiento de funciones del Estado o para desarrollar actividades de interés general.

“El manejo y ejecución de estos recursos se harán por los órganos de Estado o por los particulares, de acuerdo con la ley que crea estas contribuciones.

“Los dineros recaudados en virtud de la parafiscalidad, se deberán destinar, exclusivamente, al objeto para el cual se constituyen, lo mismo que los rendimientos que éstos generen y el excedente financiero que resulte, al cierre del ejercicio contable, en la parte correspondiente a estos ingresos.

“Se incorporarán al Presupuesto General de la Nación las contribuciones parafiscales que ejecuten los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación.”

Esta norma luego fue modificada en el año de 1996 por la ley 225, la cual dispone que:

“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se

13. Garantizar la estabilidad y claridad de las políticas agropecuarias y pesqueras en una perspectiva de largo plazo.

14. Estimular la participación de los productores agropecuarios y pesqueros, directamente o a través de sus organizaciones representativas, en las decisiones del Estado que los afecten.

PARAGRAFO. Para efectos de esta Ley la explotación forestal y la reforestación comerciales se consideran actividades esencialmente agrícolas.”

hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

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

En lo que no contradice esta disposición es obvio que continúa vigente la regulación contenida en la mencionada Ley 101.

Estas definiciones, doctrinales y legales, coinciden en destacar las características esenciales de los recursos parafiscales, cuales son: a) el origen público, en cuanto resultado del poder impositivo del Estado; b) la individualización y perfecta identificación del sector contribuyente, que resulta ser el mismo sector beneficiario; c) la destinación a un propósito concreto y específico; d) su obligatoriedad, en cuanto el contribuyente no puede negar o desconocer la deuda; e) su administración por instituciones, públicas o privadas, distintas del ejecutivo central, f) La destinación de la contribución directamente a la entidad encargada de su recaudo, de manera que no se confunda con el resto de ingresos del Estado que conforman la unidad de caja.

Acerca de la naturaleza parafiscal de los recursos del Fondo ha coincidido ampliamente la jurisprudencia de las altas Cortes que integran y encabezan la Rama Jurisdiccional del Poder Público en Colombia. En este sentido, la primera que tuvo oportunidad de manifestarse fue la Corte Suprema de Justicia, Corporación que, sin mencionarlo expresamente, aceptó dicha condición en cuanto éstos presentan las características típicas de las contribuciones parafiscales. Al respecto dijo:

“Si en el caso que ahora se estudia, existen las leyes creadoras de los tributos que se causan para el servicio de la industria cafetera, el supuesto constitucional básico para su percepción, se ha cumplido; si a ello se agrega que las propias leyes a las que se hace referencia disponen, como se ha dicho, que la Federación perciba, reciba e invierta directamente el producto de esos tributos, en el fin indicado, mediante contratos celebrados con el Gobierno, se tiene ya un sistema especial de percepción o recaudación, no objetable, y un destino claro y preestablecido que, como lo ha dicho

*repetidamente la Corte, hace parte de la tarea oficial. Hasta este momento no se recibe ningún quebranto de la Constitución”.*⁶²

Así mismo, ya en vigencia de la Constitución de 1991 y, por consiguiente, con un fundamento constitucional expreso –artículos 150-12 y 338–, el Consejo de Estado, en armonía con lo planteado por la Corte Suprema de Justicia, expresó:

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

*“3. Los ingresos que transfiere el Fondo Nacional del Café, y que son de su propiedad, a la Federación Nacional de Cafeteros siguen perteneciendo a éste, por cuanto tienen destinaciones especiales a fin de atender necesidades colectivas de la región cafetera, por tanto no son bienes ni rentas privadas, puesto que la Federación lo que hace es administrar impuestos, en este caso denominados contribuciones parafiscales”.*⁶³

En el mismo sentido, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 12 de septiembre de 1999, con ponencia del Magistrado Julio Enrique Correa Restrepo, sostuvo que:

“Jurisprudencial y doctrinariamente se ha definido a la Federación, como una Entidad gremial privada de interés público que recibe emolumentos en virtud de tal condición como son los aportes de sus afiliados; administra los ingresos del Fondo Nacional del Café, provenientes de los impuestos que se le han asignado desde su creación en 1940, de la comercialización del café, mas los rendimientos de sus inversiones, destinados a atender necesidades de la industria cafetera. Así mismo, en 1928 la Federación Nacional de Cafeteros celebró con el Gobierno contrato para el recaudo y manejo del impuesto a las exportaciones de café, propuesto por los cafeteros para proteger y defender la caficultura. Este ha sido prorrogado en 1931, 1937, 1938, 1947, 1958, 1968, 1978 (por sólo un año), 1979, por diez años y luego en 1989 por otra década, de donde se colige para la época de los hechos la Entidad encajaba dentro de las descritas en el supuesto normativo, es decir, una persona jurídica de derecho privado que administra y maneja Fondos Públicos.” (Subrayas fuera de texto)

Finalmente, también ha dicho la Corte Constitucional, que:

⁶² Corte Suprema de Justicia, sentencia de 10 de noviembre de 1977, MP. Guillermo González Charry.

“4.3 Después de los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios, no es hoy un tema controversial el de la adecuada identificación jurídica de los recursos del Fondo Nacional del Café.

Dentro del debate ocurrido en el presente proceso, tanto el actor como los intervinientes y aún la propia Procuraduría coinciden en admitir que los recursos del Fondo son el producto de contribuciones parafiscales.”⁶⁴ (Subrayas fuera de texto)

La Corte Constitucional⁶⁵ también ha coincidido en señalar el carácter público del cual participan esos recursos, de conformidad con los siguientes términos:

“Ahora bien, la norma acusada está referida a la gestión de las contribuciones parafiscales que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, son de naturaleza esencialmente pública⁶⁶, pues son fruto de la soberanía fiscal del Estado, aun cuando puedan ser administrados por entidades privadas. Además, esos recursos parafiscales pueden servir para financiar servicios o inversiones en determinados espacios, pues ellos son una contribución obligatoria para cierto sector de la sociedad, cuya finalidad es la reversión de tales recursos en ese mismo sector. Por ende, es perfectamente natural que se incluyan dentro de la ley del plan disposiciones sobre la forma como deben ser gestionados y ejecutados estos recursos parafiscales pues ellos sirven para financiar, en forma permanente, servicios e inversiones en determinados sectores sociales.”

Este criterio lo reafirmó la Corte Constitucional en el 2003, ocasión en la cual sostuvo:

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de febrero de 1993, CP. Doctor Carmelo Martínez Conn.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-308 de 1994, MP. Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁵ La Corte Constitucional, en la sentencia C-152 de 1997, determinó las características esenciales de las contribuciones parafiscales, enfatizando el carácter excepcional de las mismas:

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

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

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

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

“5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o ‘por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación, como lo prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto’.

“6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, corresponde a la Contraloría General de la República, por mandato expreso del artículo 267 de la Constitución, inciso primero.

“7a. Son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer “excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”. (subrayado fuera de texto).

⁶⁶Ver, entre otras, las sentencias C-040/93, C-308/94, C-546/94 y C-363 de 2001.

“Sobre el particular, a lo largo de numerosos pronunciamientos, esta Corporación ha mantenido una línea jurisprudencial inmodificable en el sentido de que, por definición, las rentas parafiscales son recursos públicos con una destinación determinada y precisa, lo que no las convierte, con todo, en rentas de destinación específica.”⁶⁷

Ahora bien, en relación con el concepto de parafiscalidad, resulta oportuno citar el siguiente pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional:

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

(…)

“Se tiene entonces que los impuestos o contribuciones fiscales, por definición, son ingresos públicos, de manera que al identificar la Carta la fuente de aquellos ingresos con los parafiscales, permite afirmar que éstos también son ingresos o caudales públicos”.

Así las cosas, no existe dificultad alguna en concluir que los recursos que conforman el Fondo Nacional del Café -FNC- son recursos públicos y como tales gozan de la consecuente protección constitucional y legal, al punto que el artículo 88 de la Carta Política, desarrollado por la Ley 472, expedida en el año de 1998, señala como derecho colectivo aquel referido a la defensa del patrimonio público.

De manera que resulta procedente continuar inmediatamente con el desarrollo del plan expositivo propuesto, con el fin de dilucidar cuál es, a mi juicio, el régimen jurídico al cual se sujeta la administración de esos recursos públicos.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-840 de 2003.

2.2.- RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

La Federación Nacional de Cafeteros –en adelante la Federación–, fue creada el 27 de junio del año 1927, como una entidad de derecho privado a la cual el legislador, por medio de la Ley 76 de ese mismo año, asignó funciones de recaudo, administración y ejecución de los recursos provenientes del impuesto a las exportaciones de café, los cuales, a su vez, debían ser utilizados en la promoción de las actividades propias del mismo sector cafetero. La administración de dichos recursos se desarrolló con base en el contrato celebrado entre el Gobierno y la Federación en 1928, momento a partir del cual ésta se ha encargado de administrar los recursos destinados al gremio cafetero.

En 1941, con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas por la ley 45 de 1940, el Gobierno expidió el Decreto 2078, mediante el cual creó el FNC, como una cuenta del Tesoro Nacional, cuya administración debía ser contratada con la Federación, situación que, gracias a diferentes contratos celebrados entre el Gobierno y la Federación, se ha mantenido de esta forma.

Los recursos del Fondo, desde ese momento, y hasta la fecha, se han nutrido de contribuciones parafiscales que, como es propio de su naturaleza, son cobradas al gremio cafetero para luego ser invertidas en beneficio de éste y de sus propios agremiados.

Se debe destacar que la posibilidad de que la Nación celebre este tipo de contratos fue demandada, en acción de inconstitucionalidad, porque a juicio del actor se violaba el artículo 355 de la Constitución Política⁶⁸, aduciendo que la Federación no es una entidad sin ánimo de lucro y que, además, en una de las normas demandadas se dispone que parte de los recursos de la contribución cafetera serán para los Comités Departamentales de Cafeteros, por lo cual se argumentaba que se estarían otorgando donaciones a favor de quien no podría recibirlas. En la sentencia C-543 de 2001 la Corte Constitucional declaró la

⁶⁸ Dispone esta norma que :

"Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

"El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público

exequibilidad de las normas acusadas con base, entre otras, en las siguientes consideraciones:

“En consecuencia, las disposiciones acusadas, a juicio de la Corporación, no corresponden al ámbito descrito en el artículo 355 Constitucional. En efecto, mediante aquellas normas el Estado ha buscado desde hace varias décadas el cumplimiento de actividades que le son propias, que se inscriben en el ámbito de la función administrativa, de manera particular de la denominada gestión fiscal. Entonces, no se trata de apoyar a organizaciones particulares, sino de arbitrar mecanismos idóneos de acción del Estado buscando precisamente la descentralización de la gestión, como lo puso de presente esta Corporación a propósito de la actividad cumplida precisamente por la Federación respecto de los recursos que integran el FNC al juzgar otras disposiciones legales que como las actualmente sub iudice propenden por el cumplimiento de las funciones estatales respecto de la industria del café.

“Por lo anterior considera la Corte que no es pertinente el análisis que pretende el demandante en torno de las características propias de la Federación para que se juzgue si esa entidad cumple los requisitos que a partir de los enunciados constitucionales señalan los reglamentos para la celebración de los contratos allí autorizados respecto de los cuales el demandante, con cita de la sentencia C-449 de 1992 da a entender que no se satisfacen. No obstante no sobra advertir que estatutariamente -conforme obra en el expediente- dicha entidad se define como entidad gremial, sin ánimo de lucro de carácter privado y que en sus reglas propias no prevé disposición alguna sobre reparto de utilidades o beneficios económicamente valorables a favor de personas determinadas, durante su existencia o al momento de su extinción.

“Las consideraciones anteriores llevan, entonces, a la clara conclusión de que las disposiciones acusadas en cuanto autorizan la celebración de contratos, de las prórrogas, modificaciones y adiciones de los mismos, con la Federación no violan el artículo 355 superior. (...)

“La Corte ha de acoger las conclusiones expuestas por el Consejo de Estado para afirmar que efectivamente, mediante las disposiciones acusadas -artículos 20 de la Ley 9 de 1991 y 4 de la Ley 66 de 1942- no se ha realizado donación alguna, a favor de la Federación, o de sus dependencias territoriales, los comités departamentales y municipales y que las rentas surgidas de aquellas así como los bienes que con éstas se adquieran tienen el carácter de ingresos públicos y que en consecuencia respecto de ellos "no pueden ejercer los atributos del derecho de propiedad.

“Como se ha enfatizado, tales rentas y bienes solo pueden ser aplicados a las finalidades legales que se expresan en las diferentes disposiciones objeto de estudio en el presente proceso. Así en el

artículo 4 de la Ley 66 de 1942, se expresa que "La Federación no podrá disponer de tales bienes sino en beneficio de la industria cafetera" y en el artículo 20 de la Ley 9 de 1991 "...para los programas de desarrollo social y económico de las zonas cafeteras, de fomento y apoyo al cooperativismo, de mejoramiento de las condiciones de la población campesina en zonas cafeteras, directamente o a través de convenios con las entidades territoriales, cuando lo permita la naturaleza de los programas".

"Bastan las anteriores consideraciones para concluir que la acusación de violación del artículo 355 de la Constitución no está llamada a prosperar y en consecuencia la Corte declarara, en este punto, ajustadas a la Constitución las disposiciones acusadas."

De esta manera, resulta indiscutible que para el año de 1997 la Nación y la Federación podían celebrar el contrato que se comenta, con el propósito, definido por el legislador, de administrar el FNC.

Así las cosas, al estar constituido el Fondo Nacional del Café por recursos provenientes de contribuciones parafiscales, para determinar las reglas de administración de esos recursos debe estarse a lo dispuesto en los artículos 30 a 32 de la Ley 101, dictada en el año de 1993⁶⁹ y 29 del Decreto 111 de 1996, por lo cual, en consecuencia, forzoso resulta remitirse a la Ley que crea la contribución parafiscal así como por "aquellas normas posteriores" que la modifiquen y, por supuesto, a las cláusulas del contrato que rige la administración de esos recursos, que para el caso presente es el Contrato de Administración suscrito el 12 de noviembre de 1997, entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros, el cual, a su vez, también re-envía a lo que en dicha materia disponga el propio Comité Nacional de Cafeteros, como se verá enseguida.

Al efecto se tiene que la precitada Ley 101 determina que la administración y el recaudo de las contribuciones parafiscales estará a cargo de una entidad gremial con representatividad nacional que haya "*celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas*" (artículo 30), administradora que, con esos recursos "*y los patrimonios formados por éstos, constituirán Fondos especiales*" que deben ser manejados "*en cuentas separadas, de modo que no se confundan*

⁶⁹ El artículo 35 de Ley en cita, sujeta a la referida reglamentación todas las contribuciones parafiscales agropecuarias existentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, excepción hecha de los derechos adquiridos y los contratos legalmente celebrados.

con los recursos y patrimonio propios de dichas entidades” (artículo 32), sometiendo su ejecución tanto a la ley que establece la respectiva contribución como al “contrato especial celebrado para su administración” y condicionando su destinación a los objetivos señalados en el artículo 31, dentro de los cuales se encuentran la “Organización y desarrollo de la comercialización, el fomento de las exportaciones y la promoción del consumo” (numerales 3 y 4).

El mismo régimen fue señalado por la Ley Orgánica del Presupuesto –Ley 225, proferida en el año de 1995–, al establecer que “El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable” (artículo 2), disposición esta retomada en su integridad por el Decreto compilatorio 111 de 1996, a la altura de su artículo 29, sobre el cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del aparte subrayado a condición de que *“se entienda que esta norma hace referencia no sólo a la ley que crea la contribución parafiscal sino también a aquellas normas legales posteriores que la hayan modificado.”*⁷⁰

De esta forma, en cuanto el legislador definió expresamente las reglas con sujeción a las cuales se deben administrar el patrimonio constituido con los recursos provenientes de la contribución cafetera, se impone concluir que para la ejecución de tales recursos existe una normatividad especial y que, por lo tanto, a dicha actividad no son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 489 de 1998, así como tampoco aquellas que integran el Estatuto General de Contratación Estatal –Ley 80, promulgada en el año de 1993–.

Habrà de estarse entonces a lo dispuesto en ese régimen especial a efectos de determinar los principios y reglas con sujeción a los cuales la Federación Nacional de Cafeteros debe administrar los recursos del Fondo Nacional del Café, esto es, el contrato de Administración vigente suscrito el 12 de noviembre de 1997 (fls. 812 al 821, cuaderno 2).

Dentro de las obligaciones estipuladas en dicho contrato, a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros, están las siguientes –cláusula séptima– :

⁷⁰ Sentencia C-298 de 17 de junio de 1998

“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.

(...)

f) Mantener la separación presupuestal, patrimonial y contable entre los bienes y recursos del Fondo Nacional del café y los de la FEDERACION.

g) Indicar en forma expresa el nombre del Fondo Nacional del Café cuando se realice cualquier actividad que sea financiada con sus recursos.”

En la cláusula novena se estipuló que como contraprestación por la Administración del Fondo, la Federación *“recibirá el valor de los costos derivados de dicha administración correspondiente a los siguiente rubros del Presupuesto: (...) cuyo monto no podrá exceder del equivalente a dos y medio centavos de dólar por libra (US\$0,025/libra americana) del total de exportaciones de café del país. (...).”*

Según la cláusula décima sexta de dicho contrato, la contratación externa para la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café tiene el siguiente régimen:

*“CLAUSULA DECIMA SEXTA.- Normatividad aplicable: Cuando la FEDERACION opte por la contratación externa para la ejecución de las actividades contempladas en la cláusula octava de este contrato, **se sujetará a las normas del derecho privado y a la reglamentación que expida el propio Comité.***

*En tales casos **la escogencia de las propuestas se efectuará con base en el principio de transparencia**, en cuyo desarrollo se hará una **selección objetiva** del contrato aplicando para el efecto criterios de calidad, costo – beneficio, experiencia, oportunidad y otros pertinentes según el caso, **que permitan la escogencia de la opción más eficiente en las condiciones de mercado.***

En los casos en que la FEDERACION asume la prestación directa del servicio, realizará un análisis de los factores de calidad, costo – beneficio, experiencia, oportunidad y otros pertinentes en las circunstancias concretas de que se trate, con miras a determinar su razonabilidad tomando en consideración las posibilidades y condiciones del mercado. (Se resalta)

Las actividades de que trata la cláusula octava de este contrato de administración, se refieren a aquellas que se cumplan “con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café”, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

“f) Actividades de promoción y publicidad del café colombiano.

g) Programas orientados a promover nuevos mercados, nuevos productos y nuevas formas de comercialización de café y a afianzar los mercados existentes.

ñ) Realizar todos los actos y negocios jurídicos autorizados por leyes nacionales internacionales, conducentes al logro de los objetivos y políticas del Fondo y al desarrollo de sus actividades y servicios, de conformidad con las autorizaciones correspondientes.”

Respecto de los programas de publicidad y promoción del café se prevé, en el párrafo primero de la citada cláusula octava, que estas “*deberán estar justificados con un análisis económico de su cobertura, su rentabilidad, su relevancia para la industria cafetera y los efectos financieros y sociales de los distintos gastos, según sea del caso.*”

De otra parte, en el Contrato de Administración se estipula que la contratación externa que realice la Federación con los recursos y para las actividades propias del Fondo también estará sujeta a lo señalado en el reglamento expedido por el Comité Nacional de Cafeteros, esto es la Resolución No. 08 del 30 de octubre de 2000 –Estatuto de Contratación de la Federación Nacional de Cafeteros–; sin embargo las reglas de contratación allí contenidas únicamente tienen como ámbito de aplicación “*la contratación con recursos parafiscales cafeteros*”, tal como lo señala expresamente el artículo 1º, razón por la cual se impone concluir que la citada Resolución no rige la contratación que tenga por objeto los demás bienes y recursos que conformen el patrimonio del Fondo Nacional del Café.

De manera que la contratación respecto de los demás bienes y recursos –distintos de los parafiscales-, debe sujetarse a lo dispuesto en el correspondiente Contrato de Administración y, como resulta apenas natural, a las normas legales que regulan la contratación entre particulares.

2.3.- El Principio de Transparencia, estipulado en el Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café.

Según quedó visto, en el Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café se dispuso que la contratación que adelante la Federación en virtud de aquél, se debe efectuar con estricta sujeción al principio de transparencia, el cual encuentra desarrollo específico a través de lo que en el mismo clausulado se denominó la “*selección objetiva*” del contratista, para obtener la opción más eficiente en condiciones de mercado.

Lo anterior significa con claridad que la selección objetiva del contratista por parte de la Federación, para ejecutar las actividades concernientes a la administración del Fondo Nacional del Café, constituye el elemento obligatorio que acordaron las partes para garantizar la transparencia de tales contrataciones.

Ahora bien, en cuanto esa actividad contractual de la Federación, según acaba de indicarse, estará regida por las disposiciones del denominado derecho privado, se impone precisar cuál es la conceptualización jurídica que, con arreglo a esta normatividad, corresponde al referido criterio negocial y por ende qué actuaciones impone al contratante para lograr sus adecuados cumplimiento y aplicación.

En primer lugar conviene poner de presente que toda clase de selección objetiva, cualquiera que sea su especificidad, por su propia naturaleza –según lo evidencia la sola expresión que la contiene–, se contrapone a cualquier tipo de selección subjetiva, como la que resulta de aplicar factores de afecto, de preferencia no justificada, de interés particular, etc.; ello significa que la selección objetiva comporta necesariamente la existencia de una decisión imparcial, fundada en la ponderación de factores o elementos de juicio previamente identificados como necesarios y materialmente idóneos para el logro de los fines propuestos, fines que –en casos como el presente– no pueden ser otros que aquellos que claramente reflejen los intereses cuya administración le ha sido encomendada y sobre los cuales existe una clara obligación de salvaguarda.

De allí se desprende que el ejercicio de la autonomía privada debe guardar correspondencia con el contexto normativo que le es propio, pues en todo caso el acuerdo negocial debe sujetarse a los límites legales preestablecidos; al respecto se ha dicho que:

“la iniciativa individual es libre de perseguir cualquier interés social protegible o apreciable, de tal naturaleza que merezca la tutela jurídica

según los puntos de vista de las concepciones sociales, ya que el intento práctico de las partes, el interés objetivamente reconocible (sic) por ellas perseguido, tiene también que encuadrarse y tipificarse - según la exigencia del tratamiento normativo- en funciones económico-sociales dignas de tutela jurídica.”⁷¹

Así mismo, dice el autor en cita, en la interpretación del negocio

“se trata de darse cuenta, con criterio ante todo psicológico, del precepto de la autonomía privada con relación a la coherencia (falta de contraste) entre el intento práctico perseguido y la función económico-social típica de aquella autonomía que merezca la tutela jurídica según los criterios generales del ordenamiento.”⁷²

De manera que es en el ejercicio de la autonomía negocial donde debe involucrarse el principio de transparencia y por lo tanto el contrato, además de estar informado por éste principio, debe también ajustarse al contenido y al alcance que a dicha autonomía le corresponde. Sobre este último aspecto resulta ilustrativa la reflexión que expone la más calificada doctrina nacional, así:

*“jamás ha existido, y tampoco es concebible, una libertad completa, entendida como un poder en blanco que solamente se vería limitado por el apareamiento del derecho ajeno, aserto para cuya demostración habría que comenzar recordando que **el negocio jurídico es una figura social**, cuya administración y empleo, igual que su exposición doctrinaria, parten – y tienen que partir – de la experiencia, **que se inicia con la presencia de un código cultural común y de una prudencia y providencia grandes de las gentes**, (...). (Se resalta)*

Así mismo, es oportuno poner de presente que los conceptos jurídicos todos –y a esa constante no podría escapar el de la autonomía negocial– están sometidos a la relatividad histórica, lo que hace que su significado y su actuación varíen al compás de la mentalidad y las prácticas de los tiempos sucesivos, especialmente por lo que respecta a los dictados políticos de la sociedad.

En fin, se impone la consideración de que los derechos, las libertades, las iniciativas particulares, todos y siempre, necesariamente han tenido una función social y que se manifiestan, reconocen, acogen limitan e impulsan, precisamente por esa y en esa función social. (...⁷³)”

⁷¹ BETTI, Emilio. “La interpretación de las leyes y actos jurídicos”. Editorial Revista de Derecho Privado. Segunda edición. Madrid. Pág. 346.

⁷² BETTI, Emilio. “La interpretación de las leyes y actos jurídicos”. Op. Cit. Pág. 347

⁷³ HINESTROSA, Fernando. Op. Cit. Págs. 14, 15

La relatividad de la “*autonomía negocial*” ha sido también reconocida por la doctrina italiana, según lo evidencian las siguientes anotaciones:

*“La cuestión de principios no da lugar a especiales dificultades: la noción de libertad y autonomía no puede asimilarse a la de mero arbitrio, por lo cual, y sin contradecirse, **siempre presupone límites, ante todo aquel básico del respeto por los intereses ajenos. En concreto resulta sencillo explicar cómo la actividad de los particulares en tales campos, permaneciendo libre, ha de someterse a la disciplina dictada por el ordenamiento que le impone una serie de cargas y límites (p. ej. requisitos subjetivos, objetivos, de forma, etc.), a los cuales han de ajustarse sin vacilaciones los interesados, si es que quieren alcanzar sus propias finalidades dentro del derecho.**”*⁷⁴ (Se resalta)

Concepción similar se encuentra en el derecho español, así:

*“La autonomía privada no es una regla de carácter absoluto. Otorgar carácter absoluto a la autonomía privada sería reconocer el concepto sin límite del arbitrio individual. El problema de la autonomía es un problema de límites. **La naturaleza del hombre y el respeto a la persona exigen el reconocimiento de la autonomía pero el orden social precisa que esta autonomía no sea absoluta sino limitada.** La cuestión radica, por ello, en el señalamiento de los límites, de tal manera que no sean tan amplios que otorguen al individuo una libertad desmesurada con la consiguiente perturbación del orden, ni tan angostos que lleguen a suprimir la propia autonomía. **Es una cuestión de equilibrio dependiente de la prudencia de la política gobernante**”*⁷⁵.

Nótese cómo las citas que acaban de hacerse coinciden en identificar los aspectos esenciales que dan contenido a la autonomía negocial: su relatividad, su función social, su dinamismo debido a la cultura y política cambiantes, así como la prudencia que para su ejercicio se aconseja.

De manera que al integrar el principio de transparencia con la autonomía privada, se hace evidente que la selección objetiva del contratista necesariamente remite a la génesis o formación misma del contrato de que se trate, etapa en la cual cobra un valor jurídico innegable el concepto que la teoría contractual *ius privatista* ha desarrollado como de las cargas negociales⁷⁶, siendo considerada como una de

⁷⁴ SCOGNAMIGLIO, Renato. “Teoría General del Contrato”. Trad. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1983- 1991. Pag. 17

⁷⁵ DIEZ PICASSO, Luis. “Sistema de Derecho Civil. Tomo I. Sexta Edición. Ed. Tecnos. Madrid. 1988. Pags. 379, 380.

⁷⁶ “Entendidas las cargas como aquellos deberes en los cuales la persona, habiendo escogido entre varios intereses suyos unos determinado, ha de hacer esfuerzos y sacrificios (actos necesarios) para

estas el deber de “*autorresponsabilidad*” por virtud del cual, según la doctrina especializada en la materia, a la parte le incumbe:

“estar atenta a cuanto dice o hace; además, ... conocer los términos y el significado de la declaración que emite, y representarse exactamente la situación de hechos sobre cuya base se determina el negocio. Le incumbe, sobre todo, una carga de claridad, en el sentido de fijar de manera inequívoca y fácilmente reconocible, en cuanto le interesa, el valor vinculante del negocio que concluye. Se trata de una serie de precauciones, cuya observancia, en el caso concreto, vendría a preservar a la parte incauta del daño que una distinta eficacia del negocio, celebrado en aquellos términos, representaría para él⁷⁷.”

En este contexto, se tiene entonces que el ejercicio autorresponsable⁷⁸ de la autonomía negocial resulta determinante a efectos de garantizar una contratación transparente y, por ende, objetiva, en cuanto a la selección del contratista se refiere. Así mismo que la eficacia del negocio depende de la observancia de las precauciones necesarias para su formación, así como de la declaración clara y precisa de las condiciones y términos del mismo.

Y es precisamente en este punto donde radica la importancia de dos de los aspectos que más adelante permitirán explicar por qué, en opinión de este voto individual, resulta indiscutible que en el caso concreto citado en la referencia, la conducta que observaron las entidades demandadas resultó abiertamente contraria con el principio de transparencia cuya obligatoriedad fue estipulada de manera libre y voluntaria, con efectos vinculantes, entre La Nación y la Federación Nacional de Cafeteros.

Veamos:

a) La formalidad del contrato:

En cuanto a la expresión de la voluntad de las partes, señala la doctrina:

alcanzarlo”. HINESTROSA, Fernando. “Función, límites y cargas de la autonomía privada”. Estudios de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1986. pág. 43

⁷⁷ BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Trad. A. Martín Pérez. Tercera Edición. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1983. Pág. 92

⁷⁸ “*autorresponsabilidad, o sea, necesidad de soportar las consecuencias una vez realizado el acto vinculante, sin otro límite y correctivo que el de la buena fe. (...) Toda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y autorresponsabilidad, que viene después*”. BETTI, Emilio. Ob. Cit. Pág. 124, 125.

“Dada la genérica necesidad de una forma para que sea reconocido el acto por parte de los demás, se comprende bien que la voluntad de la parte que no se expresa en forma adecuada no tiene valor jurídico. (...) Puesto que la intención negocial no tiene eficacia sino en la medida en que es expresada, debe deducirse de las palabras empleadas el contenido esencial del negocio jurídico. Y donde la ley o la conciencia social lo exijan, éste debe resultar de un modo explícito o completo, sin que entonces sea admitida la remisión o referencia a datos o hechos extrínsecos al negocio.”⁷⁹ (Se resalta)

Ahora bien, respecto de los requisitos a los cuales se somete la autonomía privada, como es aquel referido a la determinación del contenido contractual, la doctrina también advierte que pueden llegar a existir situaciones en las cuales se presente un:

*“contraste entre dos exigencias dignas de consideración, de un lado la de no sacrificar la libertad contractual de unos contratantes vinculados a un acuerdo que en realidad no es tal (por incompleto) y nunca podrá serlo; de otro la de tutelar la buena fe contractual (en esta ocasión a propósito del respecto a los pactos), que puede resultar comprometida si una de las partes desconoce el acuerdo ya dispuesto, aduciendo su disenso sobre cualquier punto no definido aún, así sea de escasa importancia.”*⁸⁰

Tanta es la trascendencia jurídica de la correcta expresión de la voluntad negocial, que se ha considerado que:

*“Si las partes se han limitado a estipular una determinada forma para el contrato sin aclarar nada sobre su carácter sustancial o no... (que es su intención no considerarse ligadas hasta que no se llene, salvo que se pruebe (p. ej., han empezado a cumplirse las obligaciones derivadas de la relación jurídica contraída) que su intención no fue la de conceder carácter constitutivo.”*⁸¹

Finalmente, acerca de la forma de expresar la voluntad negocial, se afirma⁸² que ésta depende “de la seguridad y rapidez en los negocios”, siendo estas “dos circunstancias importantísimas pero opuestas”, en consideración a lo cual se sostiene que:

“De todas maneras, el empleo de la escritura sigue siendo necesario en ciertos negocios, tanto para conservar lo convenido,

⁷⁹ BETTI, Emilio. Op. Cit. Pág. 103

⁸⁰ SCOGNAMIGLIO, Renato. Ob. Cit. Pág. 124

⁸¹ DIEZ-PICASSO, Ob. Cit. Tomo II. Pág. 52

⁸² ESCOBAR SANIN, Gabriel. “Negocios Civiles y Comerciales”. Tomo II. Teoría General de los Contratos. Primera Edición. 1994. DIKE. Bogotá. Pág. 64

como para facilitar la prueba a las partes y la consulta al público (notarías, oficinas de registro y archivos especiales).

Por otra parte, el empleo de una forma perdurable obedece a factores importantes como la mayor certeza de los hechos, mayor precisión y determinación de las circunstancias y también una mayor reflexión a cerca del alcance de las consecuencias de lo convenido”.

b) El régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades.

Prever e inclusive convenir un régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades como limitante para la realización de ciertos negocios, necesariamente refleja el propósito “... **de proteger los intereses de otros y garantizar una conducta ética en determinadas operaciones.**”⁸³

En mi criterio, además de resultar razonable y válida esa justificación que se atribuye al acuerdo que las partes concreten en torno a unas determinadas prohibiciones, también se erige en expresión precisa del principio de transparencia igualmente convenido entre ellas.

Como resulta apenas natural, los regímenes de prohibiciones, incluidos los de inhabilidades e incompatibilidades, tendientes a garantizar transparencia en el manejo de recursos públicos y, por ende, a excluir cualquier de dicha actividad todo proceder que pudiere comportar conflictos de intereses o conductas turbias o favorecedoras injustificadamente de intereses meramente particulares en oposición a los intereses generales cuya prevalencia determina, de manera imperativa, el artículo 1º de la Constitución Política, deben entenderse como desarrollo del principio constitucional de moralidad que consagra expresamente el artículo 209 de la misma Carta Política como rector de toda actuación administrativa, el cual, por virtud de principio de irradiación constitucional, resulta de obligatoria observancia para toda actuación jurídica del Estado, sin limitarse a las esferas puramente administrativas, al igual que para los particulares que cumplen funciones públicas o administran, manejan o invierten fondos de naturaleza igualmente pública.

Acerca de la relación inescindible que existe entre los regímenes de prohibiciones y en particular de los que contienen inhabilidades e incompatibilidades, para con el principio de transparencia, resulta pertinente traer a colación las anotaciones

⁸³ ESCOBAR SANIN, Gabriel. Ob. Cit. Pag. 48.

efectuadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil⁸⁴ del Consejo de Estado, según los siguientes términos:

*“... es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.
(...) En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.
(...) resulta indubitable que este interés debe aparecer en tal forma que comprometa objetivamente la intangibilidad del interés general perseguido (...).”*

De allí que si la selección objetiva del contratista garantiza el principio de transparencia y a su vez los regímenes de prohibiciones pactados en el Contrato de Administración –bajo la modalidad formal de incompatibilidades e inhabilidades– constituyen un desarrollo de tal principio, quiere esto decir que al momento de seleccionar los contratistas con quienes han de celebrarse contratos mediante los cuales se comprometan bienes o derechos de propiedad del FNC, la Federación tiene el deber de proceder con los máximos cuidado y diligencia a efecto de lo cual se encuentra obligada a adoptar todas las precauciones necesarias para no infringir tales prohibiciones, so pena de incurrir en una conducta negocial anti-ética, contraria a los derechos e intereses ajenos –de naturaleza pública– cuyas protección y administración le han sido contractualmente encomendadas.

Téngase presente que, como lo ha resaltado la Corte Constitucional, la transparencia garantiza la imparcialidad⁸⁵, cuestión que bien puede complementarse señalando que a su turno la imparcialidad también constituye garantía de transparencia, de lo cual se infiere que esos dos valores, que deben orientar e informar tanto la actividad de las autoridades públicas como la de los particulares que administren recursos públicos, se comunican y retroalimentan de manera directa e inmediata, generando una relación permanente de correspondencia y unidad casi inescindible.

De allí que en el Contrato para la Administración del Fondo se hubiere estipulado que cuando la Federación actuase como administradora del Fondo no podría, entre otras conductas, celebrar contratos con personas jurídicas en las cuales

⁸⁴ Radicación número: 1572 del 28 de abril de 2004. Actor: MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA
⁸⁵ Sentencia C-508/02 del 3 de julio de 2002. Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

algún empleado o asesor permanente de la Federación desempeñare, a título personal, cargos de dirección o manejo en cualquiera de sus órganos, excepción hecha de las sociedades anónimas abiertas y de las excepciones autorizadas – obviamente debe entenderse que de manera precisa y expresa–, por el Comité Nacional de Cafeteros (cláusula 17, numeral 5º, párrafos segundo, tercero y cuarto).

2.4.- EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE LA MARCA JUAN VALDEZ.

En tanto la marca Juan Valdez forma parte del patrimonio del Fondo Nacional del Café, como un activo intangible, aspecto sobre el cual el expediente contiene pruebas suficientes⁸⁶, resulta indiscutible entonces que su administración se encuentra sujeta al marco legal y contractual referido anteriormente, con remisión expresa al derecho privado que para este tipo de asuntos se encuentra sometido a los dictados del ordenamiento especial –de orden supranacional inclusive– que rige la titularidad, uso y usufructo de la propiedad marcaria.

Conviene entonces hacer un rápido examen de algunos aspectos relevantes en esa materia.

2.4.1.- El Registro Marcario:

Este asunto se encuentra íntegramente regulado por la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la cual condiciona y limita la facultad dispositiva de quienes concurren a la celebración de contratos cuyo objeto esté constituido por la autorización para el uso comercial de una marca, como bien intangible, legalmente descrita así:

“Artículo 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.

Podrán constituir marcas, entre otros los siguientes signos:

a) Las palabras o combinaciones de palabras.

⁸⁶ Así se evidencia a partir de la información contable aportada en debida forma al proceso por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, principalmente en el Cuaderno Anexo No. 1.

- b) Las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos.*
- c) Los sonidos y los olores;*
- d) Las letras y los números;*
- e) Un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;*
- f) La forma de los productos, sus envases o envolturas; y,*
- g) Cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores”.*

Al registro, transferencia y licenciamiento de la marca les son aplicables, en consecuencia, las siguientes reglas básicas:

a) Es el registro de la marca ante la oficina competente, el acto que otorga el derecho al uso exclusivo de la misma (artículo 154).⁸⁷

b) El derecho a ese uso exclusivo también confiere al titular de la marca **“el derecho de impedir a cualquier tercero”** realizar, sin su consentimiento, los actos enlistados en el artículo 155 del Acuerdo.

c) El titular de la **marca registrada o en proceso de registro** puede otorgar licencia para su explotación, debiendo tal licencia ser **inscrita en la oficina competente** a efectos de su oponibilidad a terceros; por la necesidad misma del registro, **la licencia debe constar por escrito.** (artículo 162)⁸⁸

d) La titularidad de la marca se concede al solicitante de su registro.

2.3.3.- El uso de la marca Juan Valdez por la empresa Promotora de Café Colombia - PROCAFECOL S.A.

Según consta en la Escritura Pública No. 5559, otorgada ante la Notaría Sexta del Círculo Notarial de Bogotá el **19 de noviembre de 2002**, se constituyó la sociedad comercial, de naturaleza total y eminentemente privada, denominada

⁸⁷ **“Art. 154.** El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente”.

⁸⁸ **“Art. 162.** El titular de una marca registrada o en trámite de registro podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la marca respectiva. Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda licencia de uso de marca. La falta de registro ocasionará que la licencia no surta efectos frente a terceros. Afecto del registro, la licencia deberá constar por escrito. Cualquier persona interesada podrá solicitar el registro de una licencia.”

PROMOTORA DE CAFE COLOMBIA S.A. – PROCAFECOL S.A.⁸⁹, a cuya conformación concurren, en calidad de socios: **a)** la Federación Nacional de Cafeteros; **b)** el señor Guillermo Trujillo Estrada; **c)** el señor Juan Carlos Rojas Irragorri; **d)** el señor Claudio Arango Villamizar y **d)** la señora Camila Pinzón Rodríguez.

El término de duración de esa sociedad comercial se convino en cincuenta (50) años, contados a partir de la fecha de su constitución, prorrogable por un tiempo igual, antes de su vencimiento (artículo 4 de los estatutos).

Según consta en el Acta No. 22 del Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros, llevado a cabo el **9 de septiembre de 2002**, *“emitió concepto favorable a la Gerencia para llevar a cabo el proyecto de Tiendas del Café”, como desarrollo de “la firma del Acuerdo de Apoyo Gubernamental a la Caficultora”; que “se ha venido trabajando en el proyecto de promoción al “café 100% colombiano”, basada en la apertura de tiendas para la atención directa al consumidor final”. Así mismo, “que la idea es que la Federación lleve a cabo la iniciativa de abrir inicialmente cuatro tiendas a manera de centros pilotos” y “capitalizar esa experiencia para construir unos modelos, unos centros pilotos que van a permitir después, sobre la base de resultados positivos, crear una empresa que estaría abierta a la participación de todos los colombianos, trátase de personas naturales o jurídicas, como la punta de lanza para entrar en el mercado de ventas al detal, en donde participan cadenas internacionales de reconocido prestigio.”* (Certificación expedida por el Secretario General de la Federación, obrantes a folios 78 y 78 vto, cuaderno 1).

De allí que, en la propia Escritura Pública de constitución de PROCAFECOL S.A., se dejó consignada la siguiente manifestación previa del representante de la Federación Nacional de Cafeteros (folio 64 vto. Cuaderno 1):

“Que de acuerdo con las **nuevas políticas de comercialización de la Federación Nacional de Cafeteros** de Colombia, se busca implementar mecanismos para comercializar el café colombiano en nuevos mercados y obtener un mejor valor para el caficultor colombiano.” (Se resalta)

A PROCAFECOL S.A., se le señaló como objeto social el de comercializar el café colombiano en todas sus formas, crear tiendas de café para administración directa

⁸⁹ A folios 64 al 76 del expediente obra copia auténtica de la Escritura Pública.

o a través de terceros, otorgar franquicias de las tiendas de café, vender bebidas de café, café tostado, molido y en grano a nivel nacional e internacional, la vender artículos de mercadeo relacionados con el café y/o con las marcas utilizadas por la sociedad (artículo 5 de los estatutos).

El capital autorizado fue de mil millones de pesos (\$ 1.000'000.000.oo). En cuanto a la suscripción y pago del capital, se indicó que de las un mil (1.000) acciones ordinarias, fueron suscritas y pagadas quinientas (500) acciones. De ellas, el 94% correspondieron a la Federación y el 6% restante a los señores Juan Carlos Rojas Irragorri, Claudio Arango, Camila Pinzón y Guillermo Trujillo Estrada (artículos 6 y 42 de los estatutos).

Como miembros principales de la Junta Directiva de PROCAFECOL S.A., fueron designados los señores **GABRIEL SILVA LUJAN**, Gerente General de la Federación –en primer renglón–; Guillermo Trujillo Estrada –en segundo renglón– y **Catalina Crane**, Gerente Financiera de la Federación –en tercer renglón–. El señor **LUIS GENARO MUÑOZ ORTEGA** fue nombrado gerente de la sociedad y fue él mismo quien en representación de la Federación Nacional de Cafeteros suscribió la Escritura Pública de constitución de PROCAFECOL S.A.

A la Junta Directiva se le delegó *“el mandato para administrar la sociedad”* y en consecuencia se la facultó *“para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para adoptar las determinaciones necesarias en cumplimiento de los fines sociales”* (artículo 3º de los estatutos).

La Escritura Pública de constitución se inscribió en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, el 29 de noviembre de 2002 (folio 105, cuaderno 1).

En esta misma fecha, es decir el **29 de noviembre de 2002**, tal como aparece consignado en el respectivo Certificado de Existencia y Representación Legal de PROCAFECOL S.A. (folios 223 al 225, cuaderno 1), **la sociedad PROCAFECOL S.A., matriculó cinco (5) establecimientos de comercio de su propiedad, denominados “Tienda de Café Juan Valdez”, así: uno (1) en la calle 73 No. 8 – 24; dos (2) en el Aeropuerto El Dorado, Locales 2368 y 2277; uno (1) en el Terminal Puente Aéreo y el otro en la Calle 73 No. 8 – 13 Piso 1.** (folios 79 al 83 cuaderno 1).

Ahora bien, según certificación expedida por el Secretario General de la Federación Nacional de Cafeteros, en sesión del Comité Nacional de Cafeteros llevada a cabo **el 23 de diciembre de 2002**, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, como representante del Gobierno en este Comité, AUTORIZO EXPRESAMENTE lo solicitado por el Gerente de la Federación respecto de permitir que PROCAFECOL S.A., ***“o cualquier otra sociedad que tenga un objeto social igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales en Colombia y el exterior que hacen parte de los activos del FNC”***. Así mismo, que en consecuencia, el señor Ministro también autorizó ***“a la Gerencia”*** de la Federación, para suscribir el documento ***“mediante el cual se reglamenta la autorización para dicho usufructo”***. (folios 785 a 787, cuaderno 2).

De otra parte, en comunicación fechada el **7 de marzo de 2003**, la Directora Jurídica de la Federación manifestó al señor Pedro de Narváez López (Café Don Pedro S.A.), lo siguiente en relación la utilización de la versión nominativa y figurativa JUAN VALDEZ, así como con el diseño del LOGOTIPO FEDERACION (folio 101, cuaderno 1):

“(...) El uso de esas marcas sólo puede hacerse por la Federación o por terceros previamente autorizados mediante contrato de licencia de marca, debidamente suscrito por ella. Cualquier uso no autorizado de esas marcas, así como de imitaciones o adaptaciones del mismo es sancionable conforme a la ley.

*La utilización por parte del establecimiento que usted dirige de las marcas en cuestión, constituye infracción de los **derechos de propiedad industrial de la Federación** (...).”* (Se deja subrayado y resaltado)

Respecto del reconocimiento de la ‘contraprestación’ de PROCAFECOL S.A., al FONDO NACIONAL DEL CAFE, por el uso de la marca, el Contador de la Federación – Fondo Nacional del Café, certificó que por los conceptos de ***“anticipo al derecho inicial, regalías y contribución a publicidad”***, **PROCAFECOL S.A., giró al FONDO NACIONAL DEL CAFE, dos (2) pagos, los días 12 de febrero y 22 de abril de 2004, respectivamente** (fls. 442 al 444, cuaderno 1).

El 12 de febrero de 2004, PROCAFECOL S.A. envió 3 cheques i) por concepto de pago, a título de anticipo, del derecho inicial al uso de las marcas, por valor de

\$57'295.800; ii) por las regalías para el Fondo del 1.5% del valor de las ventas de PROCAFECOL por el uso de las marcas durante el período diciembre 14 de 2002 a diciembre 31 de 2002, \$37'294.919; iii) por contribución de publicidad del FNC, correspondiente al 1% del valor de las ventas, \$24'863.279; para un total de \$119'453.998 –Oficio PDCC-053 de 12 de febrero de 2004, folios. 238 a 248, cuaderno 1–.

El 6 de septiembre de 2004 la Federación, obrando en nombre del FNC, y representada por el señor Luis Genaro Muñoz Ortega, primer Gerente Auxiliar, y la Sociedad PROCAFECOL S.A., representada por su Gerente Luis Fernando Ocampo, suscribieron el contrato de licencia de uso de marca, respecto de la marca Juan Valdez y sus aplicaciones marcarias.

El licenciatario se comprometió a reconocer los valores indicados a continuación: La suma de veinte mil dólares (US\$20.000) por su equivalente en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado del día 31 de diciembre de 2002 *“... fecha en la que se realizó el pago, es decir la suma de cincuenta y siete millones doscientos noventa y cinco mil ochocientos pesos \$57'295.800 y que en consecuencia la Federación declara recibida a satisfacción como derechos iniciales”*.

Para las ventas en el territorio de la República de Colombia, el 3.4% del valor bruto de las ventas totales de productos y demás bienes y servicios que se comercialicen en dicho establecimiento, o en conexión con el proyecto de Tiendas Juan Valdez, desde el primer día en que empezó a operar el licenciatario y su concepto de negocio; y para ventas en el territorio de la República de Colombia, como gastos de promoción, el 2% sobre el valor bruto de las ventas totales de productos y demás bienes o servicios que se lleven a cabo en cada uno de dichos establecimientos, en los años 1 a 4 contados desde el primer día de operación en ese territorio, y después del cuarto año de operación el porcentaje se reducirá al 1%. Respecto de las otras ventas que se realicen, en conexión con el proyecto de tiendas de café Juan Valdez, el porcentaje del 2% se reconocerá sobre el valor bruto de tales ventas durante los años 1 a 4, contados desde que empezó a operar el licenciatario, después del cuarto año el porcentaje se reducirá al 1%.

El Secretario General de la Federación Nacional de Cafeteros, certificó lo siguiente respecto del asunto tratado por el Comité Nacional de Cafeteros en

sesión del 17 de julio de 2003 (fls. 153, 154, cuaderno 1; fls. 788 al 791, cuaderno 2):

- Que el Gerente de la Federación solicitó la modificación de la autorización anteriormente otorgada *“para que, quien imparta la autorización sea el Comité Nacional, con el voto expreso y favorable del Ministro de Hacienda y no únicamente el Ministro, en nombre del Gobierno, como se solicitó en la precitada sesión del 23 de diciembre /03 (sic)”*,

*“... teniendo en cuenta que en estricto sentido, es el **Comité Nacional el órgano que debe aprobar la cesión del uso de marcas de propiedad del Fondo Nacional del Café** e indicó que, de esta manera, **cualquier decisión que se tome sobre costo de licenciamiento de esas marcas es retroactivo al funcionamiento del proyecto de las tiendas desde su inicio y que teniendo en cuenta lo anterior, ha procedido a contratar un asesor externo e independiente para que estime la suma que la Federación, como entidad de derecho privado, debe reconocer y pagar al FNC por el usufructo de dichas marcas**”.* (Se resalta y subraya)

- Que atendiendo a esa solicitud, el Comité Nacional de Cafeteros modificó la autorización otorgada a PROCAFECOL S.A., el 23 de diciembre de 2002, y decidió autorizar a esta sociedad,

*“o a cualquier otra sociedad que tenga un objeto social igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales registradas en Colombia y el exterior que hacen parte de los activos del FNC, **reconociendo a éste el valor de la contraprestación que resulte del estudio contratado**.”* (Se resalta)

Se encuentra también que **el 3 de agosto de 2004**, en la sesión del Comité Nacional de Cafeteros, el Gerente General de la Federación informó que en la reunión del 9 de julio de 2004, durante la presentación del tema *“Estrategia de manejo de marcas y licenciamiento”*, **el estudio de valoración de regalías**, elaborado por la firma FUTURE BRAND, **quedaría terminado a finales del mes**, y que había recibido una comunicación en la que se daban a conocer los resultados de la Fase I, respecto a las tasas de regalías aplicables a los diferentes proyectos de valor agregado y que fijaba frente al proyecto de Tiendas en Colombia una tasa de regalías de 3.4% de las ventas totales en Colombia, más gastos de mercadeo de 2%, durante los años 1 a 4, y 1% de ahí en adelante. Igualmente, que para el caso de las tiendas en Colombia, las regalías para el FNC serían del orden del 5.4% anual, en comparación al 2.5% que se viene aplicando

“... con lo que la Federación deberá *ajustar la tasa de regalías de acuerdo al concepto anterior*”.

Dicho Comité “*por unanimidad aprobó que las tarifas estimadas en el informe de Future Brand sean aplicadas para efecto de determinar las sumas que a favor del Fondo Nacional del Café, debe cancelar Procafecol S.A., sociedad que opera las denominadas Tiendas de Café Juan Valdez.*” (fls. 1011, 1012, cuaderno 2)

Así mismo cuantificó en la suma de \$179'004.800.00 el valor adeudado hasta esa fecha por PROCAFECOL S.A., y dispuso que la División Jurídica de la Federación procediera “*con la elaboración del contrato de licencia de uso de marca que contenga las condiciones, definitivas, para el uso de las marcas por parte de Procafecol S.A.*”

Estimó que, en consecuencia, PROCAFECOL S.A., debía pagar, por concepto de regalías, con carácter retroactivo, una suma que actualizada a la tasa comercial de DTF más cuatro (4) puntos equivale a \$179'004.800, que corresponde a la diferencia actualizada entre el valor arrojado por el informe de FUTURE BRAND, y lo cancelado por PROCAFECOL SA. hasta la fecha -Acta No. 2 de agosto 3 de 2004, fls. 1011 y 1012, Cdo. 2-.

De igual forma, el **30 de diciembre de 2002** se solicitó el registro de la marca “**JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA IRA COMO EXPLICATIVA) (MIXTA)**”, en varias clasificaciones y para distintos productos, **figurando en todos los casos la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como su actual titular**, registros concedidos mediante Resoluciones 20238 del 24 de julio de 2003; 21890 del 31 de julio de 2003, 28525 del 30 de septiembre de 2003; 27043, 27042, 27041, 27040, 27039, 27038, 27037, 27036 y 27035 del 26 de septiembre de 2003; 34822 del 15 de diciembre de 2003 (fls. 824 al 837, cuaderno 2 de segunda instancia).

Posteriormente, el **10 de enero de 2003** se solicitó el registro de la marca “**JUAN VALDEZ 100% CAFE DE COLOMBIA (MIXTA)**”, **figurando como titular actual la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, registro concedido mediante Resolución 2450 del 31 de enero de 2003 (folio 838, cuaderno 2 de segunda instancia).

El **3 de abril de 2003** se solicitó el registro de la marca “**JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA IRA COMO EXPLICATIVA)**” (MIXTA), **siendo su titular actual la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, registro concedido mediante Resolución 31046 del 31 de octubre de 2003 (folio 823, cuaderno 2 de segunda instancia).

El **9 de abril de 2003** se solicitó el registro de la marca “**(LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA IRA COMO EXPLICATIVA)**” (MIXTA), **siendo su titular actual la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, registro concedido mediante Resolución 1010 del 29 de enero de 2004 (folio 847, cuaderno 2 de segunda instancia).

El **3 de septiembre de 2004** se solicitó el registro de la marca “**JUAN VALDEZ CAFE REALE**” (MIXTA), **figurando como titular actual la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, registro concedido mediante Resolución 8324 del 22 de abril de 2005. (folio 841, cuaderno 2 de segunda instancia)

El **22 de noviembre de 2004** se solicitó el registro de la marca “**JUAN VALDEZ DOUBLEKICK**” (MIXTA), **cuyo titular es la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, para distintas clasificaciones y productos, registros concedidos mediante Resolución 26637 del 14 de octubre de 2005 (fl. 842, 843 cuaderno 2 de segunda instancia).

Finalmente, el **9 de junio de 2005** se solicitó el registro de la marca “**JUAN VALDEZ**” (MIXTA), **a nombre de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, para distintas clasificaciones y productos, registros concedidos mediante Resoluciones 34439 y 35075 del 22 y 26 de diciembre de 2005 respectivamente. (fls. 844, 845, cuaderno 2 de segunda instancia).

De otra parte, en el expediente obran también, en copia auténtica, los siguientes documentos:

- ✓ Certificación expedida el 27 de julio de 1978 por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la cual se hace constar que mediante Resolución No. 401 del **31 de marzo de 1978**, se

inscribió **a favor de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** el registro de **“la expresión “JUAN VALDEZ”, sin distintivos especiales”** y que en los términos del Decreto – Ley 410 de 1971 se reconoce a dicha sociedad *“como titular de la marca registrada, con el derecho a usarla en forma exclusiva”*. (fl. 1074, cuaderno 2 de segunda instancia).

- ✓ Certificación expedida el **13 de octubre de 1961** por el Ministro de Fomento, según la cual **se reconoce a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA “el derecho exclusivo de usar”** la marca *“que consiste en la denominación “JUAN VALDEZ” sola y sin distintivos especiales”*. (fl. 1075, cuaderno 2 de segunda instancia).

En el informe contable⁹⁰ presentado el **27 de julio de 2006** a la Federación Nacional de Cafeteros por la firma Deloitte & Touche Ltda – ‘contadores independientes’ sobre *“la revisión de cierta información relacionada con los bienes marcarios Juan Valdez y 100% Café de Colombia, para los años 2002 a 2005”*, se dejó consignado que:

“4. La contabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros no presenta ingresos, costes o activo alguno, registrados en nombre propio y relacionados con los bienes marcarios Juan Valdez y 100% Café de Colombia.

5. El Fondo Nacional del Café muestra en su contabilidad, activos, costes e ingresos relacionados con los bienes marcarios Juan Valdez y 100% Café de Colombia, en su calidad legal de propietario de estos bienes marcarios.

*6. La Federación Nacional de Cafeteros y del (sic) Fondo Nacional del Café **no han efectuado ningún estudio técnico relacionado con la valuación de las marcas Juan Valdez y 100% Café de Colombia, por lo tanto, no se tiene registrado valor alguno por este concepto.***” (fls. 904, 906, cuaderno 2 segunda instancia)

Por su parte, el Contador General de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, el **31 de julio de 2006** expidió certificación en la cual se señala que *“los siguientes son los valores que figuran en la cuenta contable de intangibles a junio 30 de 2006.*

CONCEPTO	VALOR CONTABLE NETO
MARCAS	6.109.870
- Juan Valdez	261.778
- Otras marcas	5.848.092

La Contraloría General de la República, a través del despacho del Contralor Delegado para el Sector Agropecuario llevó a cabo un estudio sobre “*La Cesión de Usufructo de la Marca Juan Valdez. Una Lectura a partir del ejercicio auditor al Fondo Nacional del Café*”, documento en el cual se consignaron las siguientes conclusiones (folios 429 al 459, cuaderno 1 segunda instancia):

“El análisis en torno a la cesión del usufructo de la marca Juan Valdez a la empresa Procafecol S.A. caracteriza vicios de procedimiento en el proceso de autorización del usufructo en cuanto tienen que ver con la insuficiencia de legalidad, erraticidad, laxitud del Gobierno y carencia de soportes técnicos que avalaran la decisión del Comité Nacional de Cafeteros.

No se tiene claridad sobre cuánto es el valor, como tasa de retribución al FNC, del usufructo de las marcas por parte de la Sociedad Procafecol S.A. en sus modalidades de licencia o franquicia.

La estrategia de los “café especializados”, dentro de la cual se enmarcan las tiendas de Juan Valdez, no se viabiliza como solución a los problemas del caficultor colombiano, dada la característica multidimensional de la crisis, la condición “marginal” de la caficultura nacional, los problemas de competitividad, vía costos de producción, y la limitación de este mercado a escala mundial.

La cesión de usufructo de las marcas Juan Valdez, tal como está concebido el negocio, no asegura que sea para beneficiar a los productores.

Si bien la venta de franquicias de la marca Juan Valdez, se viabiliza como una opción real, no se conoce con certeza aún cómo el Fondo Nacional del Café, dueño de estos activos intangibles, percibirá los beneficios derivados del usufructo de esas marcas por Procafecol S.A.

⁹⁰ Documento remitido por la Federación en cumplimiento al auto por medio del se decretaron pruebas de oficio.

El planteamiento de una respuesta a la crisis de la caficultora colombiana tiene que ser coherente con la magnitud y características del problema, en tanto consulte soluciones integrales.”⁹¹

Mediante memorial del 8 de agosto de 2006, en respuesta a la información solicitada de oficio por esta Corporación, el Secretario General de la Federación remitió documentación relacionada con el manejo contable de los bienes y recursos del Fondo Nacional del Café, en atención a lo cual el citado funcionario precisó lo siguiente:

“Es del caso señalar que todos los registros marcarios incluidos el de Juan Valdez y 100% Café de Colombia en diferentes versiones (mixtas, nominativas y gráficas) y que amparan una amplia gama de bienes y servicios de acuerdo con la clasificación internacional, se realizan con recursos del Fondo Nacional del café y forman parte de su activo⁹². Como quiera que dicho registro debe realizarlo una persona Jurídica, éstos se registran a nombre de la Federación, y para su incorporación a cada uno de los expedientes se allegó la certificación expedida por la Contadora General de la Nación en donde se hace constar que son de propiedad del Fondo Nacional del Café en los términos que aparece descrito en el oficio de fecha 25 de octubre de 2004 por la Superintendencia de Industria y Comercio.” (Se resalta)

En relación con lo dicho por la Federación, se encuentran el expediente sendas certificaciones de inscripción de actos en el registro público de la propiedad industrial, expedidas el **26 de julio de 2006** por la Secretaria General Ad Hoc de la Superintendencia de Industria y Comercio⁹³, en las cuales se indica que el **18 de noviembre de 2002** se solicitó el registro de la marca **“JUAN VALDEZ (NOMINATIVA)”**, en distintas clasificaciones y para distintos productos, **figurando como titular actual la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, registro que fue concedido mediante Resoluciones 18246, 18247, 18249, 18251, 18260, 18252, 18253, 18254, 18256, 18257 y 18259, todas del 27 de junio de 2003. (folios 806 al 816, cuaderno 2 de segunda instancia)

Finalmente, se encuentra que el Contrato de Licencia de Uso de Marca No. 156, fechado en septiembre 6 de 2004, prevé una duración inicial hasta el año 2008 y

⁹¹ Folio 459

⁹² Lo dicho se corrobora en el expediente con la documentación contable remitida en copia auténtica por la Federación y obrante en los cuadernos de anexos números 1, 9, 10 y 12.

⁹³ Esta información también se encuentra a folios 1077 a 1128, cuaderno 2 de segunda instancia, expedida por la SIC el 28 de noviembre de 2006.

posteriormente se adicionó mediante otrosí No. 3 de 2005 para prorrogar su duración por 10 años más, esto es hasta el año 2018.

2.4.- PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL CASO CONCRETO.

El conjunto de pruebas a las cuales se acaba de hacer referencia, valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica y vistas a la luz del contexto normativo desarrollado conceptualmente en los apartes anteriores del presente voto individual, me permiten llegar a las conclusiones que se sintetizan a continuación sobre el asunto que fue objeto de estudio en el presente caso y que, por tanto, me obligaron a apartarme de la valoración y de las decisiones que adoptó la mayoría de la Sala Plena contenciosa en el fallo correspondiente.

Efectivamente el Gobierno Nacional dio vía libre al **proyecto** de “*Tiendas del Café*”, pero no específicamente al de **Tiendas de Café Juan Valdez** y menos, por tratarse de una cuestión diferente por completo, a la celebración del contrato que se concluyó entre la Federación Nacional de Cafeteros –en su condición de administradora de los bienes públicos de propiedad del Fondo Nacional del Café– y la sociedad comercial PROCAFECOL S.A.

Así pues, las “*Tiendas del Café*” a las cuales se refirió el proyecto que recibió el visto bueno del Gobierno Nacional se concibieron como piloto de 4 o 5 tiendas, tendiente a ser multiplicado y abierto al público, no como la consolidación de un negocio de un específico participante en el mercado del café como es PROCAFECOL S.A.

En cuanto al otorgamiento de autorización para el uso de la marca Juan Valdez, se observa lo siguiente: en la Escritura de constitución de PROCAFECOL no se mencionó en parte alguna que la FEDERACION estuviera haciendo parte de la misma en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café, sino que esa participación claramente se hizo a nombre propio de la Federación, en su condición de entidad gremial de derecho privado, circunstancia que de suyo implicaba un mayor rigor en la toma de decisiones referentes al licenciamiento que de la marca Juan Valdez se hiciera a favor de la mencionada sociedad.

Sin embargo, contrario a ello se tiene que esa licencia se otorgó de manera verbal a PROCAFECOL S.A., sin observar parámetro alguno de los establecidos en el

correspondiente reglamento de contratación y sin respetar siquiera el principio de transparencia convenido de manera obligatoria en el aludido contrato de administración.

Cómo sostener, con un mínimo de solidez, que el principio de transparencia no fue violentado de manera palmaria si no existe manera alguna para explicar por qué razón la Federación seleccionó a PROCAFECOL S.A., y cuáles fueron los criterios objetivos, razonables e imparciales que habría aplicado para efectuar dicha selección.

Por qué razones y con base en qué criterios se dejaron de considerar, siquiera, otras opciones para efectos de haber seleccionado a una o a varias sociedades, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que en igualdad de condiciones pudieren haber ofrecido mejores ventajas, mayores seguridades y más sólidas garantías tanto a la Federación como al propio Fondo Nacional del Café en lo que tiene que ver con la ejecución del contrato que le fue adjudicado a PROCAFECOL S.A.

Evidentemente no fueron ni pudieron ser **a) la experiencia, b) la trayectoria, c) el conocimiento del mercado, d) los contactos de que disponía para realizar las actividades que constituyen su objeto social** que pudiere exhibir PROCAFECOL S.A., los criterios objetivos que le hubieren brindado a la Federación la seguridad de que esa firma contratista tendría la mejor idoneidad para ejecutar el contrato que durante dos (2) años se mantuvo en la total informalidad, sin tener certeza acerca de sus términos, contenidos, obligaciones y prestaciones, por la sencilla pero potísima razón de que dicha sociedad llevaba poco menos de un (1) mes de constituida e inscrita en el registro mercantil (noviembre 19 y noviembre 29 de 2002, respectivamente) para cuando ya había recibido la autorización que en el Comité Nacional de Cafeteros impartió, por su cuenta y a título eminentemente individual –que no en nombre del Comité y menos de los representantes del Gobierno que tienen asiento en dicho organismo–, el Ministro de Hacienda y Crédito Público (diciembre 23 de 2002).

En ese sentido resulta claro entonces que tampoco pudieron jugar, como criterios imparciales y objetivos para soportar la decisión de favorecer a PROCAFECOL S.A., con la celebración del contrato que la autorizó para usar la marca JUAN VALDEZ: **d) la organización de la sociedad escogida**, puesto que –se repite–

apenas llevaba pocas semanas de haberse inscrito en el registro mercantil (noviembre 29 de 2002) y menos lo fueron: **e) el monto de las contraprestaciones que hubiere ofrecido pagar** puesto que se encuentra probado que al momento de la celebración del contrato en cuestión (diciembre de 2002) no se estipuló contraprestación alguna a cargo de la sociedad beneficiaria de la licencia del uso y explotación de la marca como ni siquiera se indicaron las bases o los parámetros para que tal contraprestación se pudiese determinar objetivamente en el futuro.

De ninguna manera podría considerarse tampoco que el criterio objetivo que hubiere servido a la Federación para escoger a la sociedad comercial PROCAFECOL S.A., como la licenciataria de la marca JUAN VALDEZ –bien intangible de propiedad del Fondo Nacional del Café–, hubieren sido la seriedad, la responsabilidad, la rectitud o al menos el respeto que en relación con los bienes del aludido FNC hubiere observado esa sociedad comercial a lo largo de su, para ese momento, extremadamente corta existencia, por la razón, igualmente poderosa, de que el mismo día en que inscribió su propia constitución ante el registro mercantil, de manera abusiva, sin autorización previa alguna, procedió también a inscribir como suyos cinco (5) establecimientos de comercio distinguidos con el mismo nombre que corresponde a la marca JUAN VALDEZ, cuestión que, a mi juicio, constituyó una evidente usurpación de la marca que le pertenece al FNC y cuya protección y administración le ha sido encomendada a la Federación, organización que de manera sorprendente y paradójica, a pesar de tener pleno conocimiento de esa conducta de PROCAFECOL S.A., que puso en grave riesgo tanto los derechos marcarios de los cuales es titular el citado FNC, como el bien mismo que constituye la marca, comoquiera que se procedió a usarla de manera abusiva e indebida –conocimiento que tuvo de manera directa e inmediata la Federación, puesto que los directivos de la sociedad PROCAFECOL S.A., eran simultáneamente directivos de la agremiación encargada de administrar y defender los derechos del FNC–, lo cierto es que nada hizo para defender y proteger la marca aludida de semejantes atropellos, sino que, muy por el contrario, terminó premiando a la sociedad que había procedido de esa manera ilícita, con la adjudicación del contrato de explotación y uso de la marca por espacio inicial de ocho (8) años !!!

La única razón que entonces emerge para explicar que la Federación hubiere escogido a PROCAFECOL S.A., para celebrar con esta sociedad un contrato de

tanta importancia y significado económico se reduce a cuestiones eminentemente subjetivas, que contraría por completo el principio de transparencia consistentes en haber procedido en atención a las calidades y a las personas mismas de los socios y directivos que integraban esa sociedad comercial, los cuales eran, en cuanto a los socios, tanto la misma Federación –quien no tuvo entonces inconveniente en autovalorarse– y un grupo reducido de privilegiadas personas naturales cuyos patrimonios personales, en cuanto socios de PROCAFECOL S.A., naturalmente se vieron beneficiados a partir de semejante adjudicación y en cuanto a los directivos brilla con luz propia el llamativo hecho –constitutivo de un flagrante conflicto de intereses– de que los integrantes de la Junta Directiva de la sociedad comercial PROCAFECOL S.A., eran al mismo quienes tenían la facultad de adoptar las decisiones correspondientes en nombre de la Federación y ni siquiera por ello tuvieron al menos la delicadeza de declarar su impedimento.

Nótese que fue la propia Federación Nacional de Cafeteros –sin que pueda saberse si lo hizo en su condición de accionista mayoritaria de la sociedad comercial privada PROCAFECOL S.A., y en atención a los derechos e intereses de los cuales es titular en esa calidad o si, por el contrario, lo hizo en su condición de Administradora de los bienes, derechos e intereses públicos de los cuales es titular el Fondo Nacional del Café–, fue la Federación –es bueno reiterarlo– la que determinó y hasta redactó el contenido del contrato de Licencia de Marca suscrito con PROCAFECOL S.A., contrato en el cual la Federación sí afirmó que lo suscribía como administrador del Fondo Nacional del Café, titular contable de la marca.

Así pues, resulta evidente, una vez más, que en el presente caso la Federación procedió en una doble y muy cuestionable condición: de una parte como accionista mayoritaria de PROCAFECOL S.A., titular de derechos privados y vocera de los demás socios integrantes todos de la empresa beneficiaria de la licencia para el uso y explotación de la marca de propiedad del FNC y, de otra parte, actúa como administradora de los bienes que integran el aludido FNC, entre los cuales se encuentra, precisamente, la marca licenciada.

Más grave aun, ocurre que la propia Federación, a pesar de ostentar la doble condición que ha quedado expuesta, decidió emprender, por sí y ante sí, sin acompañamiento y menos supervisión alguna de parte del Gobierno Nacional, tanto la selección y contratación como la vigilancia misma de la firma que determinaría los valores que PROCAFECOL S.A., de la cual aquella es accionista

mayoritaria, debería pagarle como contraprestación al Fondo Nacional del Café, ello sin reparar en que a una determinación de mayores valores de contraprestación, naturalmente menos dividendos recibirá como accionista de la firma que tendrá a su cargo los pagos respectivos.

Agréguese a lo anterior que la misma Federación sostuvo, a lo largo del proceso, que el socio con los particulares que conformaron dicha empresa se hizo sólo para poder cumplir con los requisitos de participación accionaria legalmente exigidos para las sociedades anónimas, conclusión que permanece invariable aún consultando la conformación actual de PROCAFECOL S.A., esto es con la participación de la Fundación Manuel Mejía, Almacafé S.A., Erupción S.A. y Sociedad Hotelera de Caldas S.A., de lo cual se desprende entonces que entre la Federación y los demás accionistas de PROCAFECOL S.A., quienes habrían concurrido de manera puramente formal a la constitución de esa sociedad, no habría existido realmente *animus societatis* y con ello se estaría reconociendo, abiertamente, la simulación con la que se procedió a constituir una sociedad que no tenía propósito real de existir a pesar de lo cual la Federación –concedora de esa situación– procedió a celebrar con esa ‘sociedad de papel’, ‘apariencia de sociedad’, el contrato con el cual la benefició con la licencia para explotar y usar una marca tan importante cuya propiedad le pertenece al FNC.

A mi juicio, la situación descrita, además de desconocer las prohibiciones que, bajo la denominación de régimen de inhabilidades e incompatibilidades, fueron convenidas en el contrato de Administración suscrito entre el Gobierno Nacional y la Federación –Cláusula 17, numeral 5º, párrafos 3 y 4–, también denota un indudable conflicto de intereses predicable en relación con la propia Federación y, peor aun, en relación con sus directivos puesto que, como ya se destacó, el Gerente General de la Federación aparece como miembro principal de la Junta Directiva de PROCAFECOL S.A., al tiempo que la Gerente Financiera de la Federación también integró dicho órgano de administración de la sociedad licenciataria.

Es por ello que, a la luz de los referidos principios de transparencia e imparcialidad, resulta obligatorio preguntarse, en caso de un eventual conflicto contractual entre la Federación y PROCAFECOL S.A., a propósito del comentado contrato de licenciamiento de marca, cuál será el papel que desempeñará el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros ? Aquél que le corresponde

como miembro de la junta directiva y, por tanto, administrador de la sociedad comercial privada PROCAFECOL S.A., de la cual la accionista mayoritaria es la propia Federación en su condición de persona jurídica de derecho privado, por manera que privilegiará los intereses y derechos privados que le corresponde defender en tal calidad o, por el contrario, actuará como representante legal de la agremiación que tiene a su cargo la administración, el cuidado y la defensa de los bienes y derechos de los cuales es titular el fondo Nacional del Café ?

De otra parte se observa que si bien finalmente la Federación tomó medidas para garantizar el reconocimiento retroactivo de regalías por el uso de la marca Juan Valdez, en todo caso se debe tener en cuenta que tal actuación no resultaba suficiente para preservar el patrimonio del Fondo Nacional del Café, pues su verdadera salvaguarda implicaba necesariamente la existencia de una adecuada, oportuna y legal determinación de esas regalías.

Y es que aun cuando del expediente no surge un parámetro exacto a partir del cual se pueda valorar si las sumas reconocidas por PROCAFECOL S.A., al Fondo Nacional del Café por concepto de las regalías de la marca "Juan Valdez" es o no el correcto, lo cierto es que precisamente la indefinición misma de esa cuantificación resulta por sí sola cuestionable, en tanto impacta la valoración económica que a dicho activo le corresponda, criterio éste el determinante para calcular el valor de las regalías que a su explotación corresponde.

En cualquier caso, estimo que de ninguna manera la actuación errática que de manera tardía cumplieron tanto las autoridades gubernamentales correspondientes aquí accionadas como la propia Federación, muchos meses después de tener en ejecución un contrato que fue celebrado de manera indebida, según ha quedado expuesto, hubiere tenido virtualidad para convalidar o ratificar en forma retroactiva todo lo que se desarrolló sin fundamento alguno desde diciembre de 2002, tal como equivocadamente lo expone el fallo al invocar la aplicación del artículo 70, relativo precisamente a la "CONVALIDACION", del *"Estatuto de contratación de la federación Nacional de Cafeteros con recursos parafiscales cafeteros"*, porque aun en el supuesto de que la aplicación de dicha norma resultare pertinente, es indudable que el texto de la misma está encaminado a sanear la inobservancia "... de los procedimientos o requisitos contemplados en este Estatuto ...", pero única y exclusivamente en cuanto "... **no comprometieren los principios de transparencia, o de selección objetiva ...**",

por manera que en la medida en que en el presente caso, tal como se ha detallado en abundancia, los referidos principios de transparencia y de selección objetiva no solo resultaron comprometidos sino que fueron transgredidos de manera grosera y repetitiva, es evidente que no era posible alcanzar tal convalidación, entre otras, en cumplimiento del texto mismo de la norma aludida.

No menos comprometedora resulta la situación que refleja la titularidad de la marca “Juan Valdez”, en tanto no resulta posible explicar cómo puede estar ese bien contablemente registrado en los activos del Fondo Nacional del Café –CNF–, pero jurídicamente bajo la titularidad de la Federación, tema en relación con el cual resulta descartable, por su fragilidad, la explicación brindada por la Federación en el sentido de que no le habría sido posible obtener el registro marcario a nombre del Fondo por cuanto éste carece de personería jurídica, toda vez que en cuanto el Fondo es una cuenta especial de la Nación, integrada por bienes y recursos públicos, resulta obvio que la propiedad de ese intangible pertenece a la Nación, entidad que, como persona jurídica de derecho público, se encuentra perfectamente legitimada para que, en una actitud diligente y delicada del administrador de esos bienes, se hubieren registrado a su nombre los bienes marcarios en cuestión.

2.4.1.- La defensa del patrimonio público.

Como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, el alcance de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4 de la Ley 472, naturalmente incluye los bienes inmateriales y los derechos e intereses que sean susceptibles de dominio por parte del Estado como aquellos que no enmarquen dentro del derecho de propiedad como tal, pues existen eventos en que él mismo es el ‘*sujeto*’ llamado –a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos.

Tal es el caso del territorio nacional –del cual forman parte, entre otros, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria–, respecto del cual en la doctrina del Derecho Internacional se ha admitido la titularidad de un ‘*dominio eminente*’ por parte del Estado, sin que dicha noción corresponda o pueda confundirse con la de propiedad.

Igual criterio puede adoptarse en relación con el patrimonio histórico o cultural de la Nación colombiana a cuyo goce tiene derecho la colectividad y que, por tratarse de un derecho general que hace parte del patrimonio de la comunidad, puede ser susceptible de protección mediante las acciones populares, sin que necesariamente, respecto de los mismos, pueda consolidarse propiedad alguna por parte del Estado o de sus diversas entidades.

Es por ello que al concepto de *patrimonio público*, en cuanto integrador de un derecho cuya titularidad corresponde a la colectividad, debe reconocérsele el alcance amplio que legalmente le corresponde, sin limitación alguna, incorporando en él tanto los bienes, derechos e intereses de los cuales sea titular el Estado o las entidades que lo conforman, como el conjunto de bienes, derechos e intereses de los cuales es titular la colectividad en general, lo cual no significa, en modo alguno, que los derechos que tienen identidad propia y que como tales constituyen objeto de tutela jurídica vayan a perder su individualidad y su posibilidad de ser protegidos de manera autónoma, por la sola consideración de formar parte integrante de aquél.

La protección de este derecho colectivo comporta igualmente la garantía, a favor de los administrados, de que los recursos del Estado se manejen de manera eficiente y responsable, que se dirijan al cumplimiento de las atribuciones conferidas de acuerdo con la legislación positiva, que no se desvíen a la satisfacción de requerimientos distintos a los públicos y dentro de estos a los definidos, en forma especial por la ley, bajo la denominación de destinación específica, entendiéndose como bienes no solamente los públicos, o aquellos que gozan del carácter de inembargables, imprescriptibles e inalienables, sino a la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, dentro de los cuales se encuentran los bienes fiscales, categoría a la que pertenecen los registros marcarios de propiedad del Fondo Nacional del Café, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 674 del Código Civil –artículos 63 y 101 CP–⁹⁴.

⁹⁴ En fallo de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se estableció que “*En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público cabe señalar que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que “por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales”.* (Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia e 31 de octubre de 2002. Exp: AP-518 de 2002. El texto entre comillas de esta cita

De allí que con la protección del derecho a la defensa del patrimonio público, se aseguran “la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos.”⁹⁵

2.4.2.- La moralidad administrativa

Este derecho encuentra su razón de ser en el marco de la función administrativa, sujeta constitucionalmente a una serie de principios que se dirigen a garantizar el cumplimiento, por parte del Estado, de los fines para los cuales fue instituido. Dentro de esos principios se encuentran el de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y moralidad administrativa –artículo 209 CP. –, los cuales regulan todo el campo de acción material de la administración pública y adquieren una importancia especial, tratándose de la ejecución de recursos públicos, donde debe existir total transparencia y fidelidad con los propósitos y cometidos generales, previstos tanto por el Constituyente como por el legislador.

Adquiere importancia especial en el ámbito de la contratación estatal. De hecho, la jurisprudencia constitucional, al estudiar la exequibilidad de los artículos 40 y 55 de la ley 472 de 1998, se refirió a esta relación y destacó los alcances de la responsabilidad de sus agentes en las acciones populares como mecanismo de protección de los recursos presupuestales de la Nación⁹⁶, aclarando que no se trata de que a través de las acciones populares se debatan y decidan controversias contractuales, las cuales tienen bien definidas las reglas que les corresponden.

Esta Corporación se ha referido a la moralidad administrativa en varias ocasiones, como principio y derecho colectivo y ha precisado, primero, que se asimila a lo que en derecho penal se ha denominado como una norma en blanco, por contener elementos cuya definición se encuentran o se deberían encontrar en otras disposiciones y que, para verificar su posible amenaza o vulneración en un caso determinado, es necesario acudir al desarrollo específico y concreto que

corresponde a la sentencia de la Sección Cuarta del 31 de mayo de 2002, exp: 25000-23-24-000-1999-9001-01)

⁹⁵ Sentencia del 14 de abril de 2005. Expediente AP-2002-1577. Actor: Miguén Antonio Cajas Pabón.

⁹⁶ Sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000. Expediente No. D-2469. Actor: Ruby Rasmussen Paborn y Otros.

haya hecho el legislador sobre alguno de los aspectos del principio. En este sentido, en la sentencia de junio 17 de 200197, dijo la Sala:

“... en otra oportunidad⁹⁸, la Sala tocó el tema del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Reconoció que se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal⁹⁹, pues el ‘Estado de Derecho es bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supraleales y de su valor vinculante directo’¹⁰⁰.

“De allí que es tarea del juez garantizar la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución, aunque eso le cueste, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, hacerse cargo de la difícil tarea de aplicar directamente tales principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se corre el riesgo de quedarse en un nivel tan general, que cada persona puede extraer significados distintos y llegar a soluciones diversas¹⁰¹.

“Pese a la dificultad, la Sala¹⁰² esbozó una solución para privilegiar la eficacia de los principios constitucionales, sin lesionar la seguridad jurídica. Se dijo que los principios necesitan concreción, por su textura abierta, y se admitió la metodología de la concreción a través de ejemplos¹⁰³, de manera que, cuando se produce, tiene la capacidad de obrar, respecto del principio, como elemento que lo hace reaccionar con un alcance determinado. Al respecto, se trajo a cuento lo expuesto por Gustavo Zagrebelsky¹⁰⁴ en los siguientes términos:

“ ‘El conjunto de principios constitucionales... debería constituir una suerte de ‘sentido común’ del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico... deberían desempeñar el mismo papel que los axiomas en los sistemas de lógica formal. Ahora bien, mientras estos últimos se mantienen siempre igual en la medida en que se permanezca en el mismo sistema, los axiomas de las ciencias prácticas, como el sentido común en la vida social, están sometidos al efecto del tiempo.’

“Adicionalmente, se anotó que la regla que cataloga la moralidad administrativa como derecho colectivo, esto es, el art. 4 de la ley 472 de 1998, es asimilable a lo que en derecho penal se ha

⁹⁷ Sentencia AP-166. Actor: Manuel Jesús Bravo.

⁹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001 exp. AP 170.

⁹⁹ Ver, entre otras, Corte Constitucional T 406 de 1992.

¹⁰⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. P 170

¹⁰¹ LARENZ, Karl. Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica. Editorial Civitas. Madrid. 1993. P 37.

¹⁰² Sentencia de 16 de febrero de 2001. Exp. AP 170

¹⁰³ LARENZ, Karl. Op. Cit. Pág. 53

¹⁰⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo El Derecho Dúctil: Ley, derecho, justicia. Ed. Trotta. Pág. 124

denominado norma en blanco, pues contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez debe sujetarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella. En efecto, se dijo, el artículo 4 de esa ley prescribe que los derechos enunciados ‘estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley’, y el artículo 7 refuerza esa idea, disponiendo que los derechos ‘protegidos por las acciones populares y de grupo... se observarán y aplicarán de acuerdo con como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia’. Sin embargo, se concluyó, las regulaciones a que se refieren las normas citadas, en materia de moralidad administrativa, por las razones expuestas, seguramente no consistirán en una definición conceptual, sino en un desarrollo específico y concreto del algún aspecto del principio.”

De otro lado, se ha dicho que, teniendo en cuenta el carácter básicamente legislado del Derecho Colombiano, el estudio que debe efectuarse sobre la moralidad administrativa, en las acciones populares, no se encamina a hacer un juicio volitivo o de conciencia sobre la actuación del funcionario o del Estado, pues lo que se persigue, 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.

Recientemente la jurisprudencia del Consejo de Estado también ha precisado que la vulneración de los principios generales del derecho también puede ser causa suficiente para que proceda la protección de éste derecho colectivo. De esta manera, se acercó un poco la moralidad a los valores superiores del ordenamiento jurídico, intentando abrir un nuevo flanco de protección del sistema jurídico.

En este sentido, se señaló en la sentencia AP-00355, de febrero 21 de 2007, que:

“No obstante, también es claro que el derecho positivo puro no es la única referencia posible para analizar la moralidad administrativa. De hecho, los principios del derecho y los valores jurídicos, integrantes del sistema jurídico, también son una fuente interpretativa de esta problemática, de tal manera que si se los amenaza o viola, en condiciones precisas y concretas, puede afectarse el derecho colectivo a la moralidad administrativa. No obstante, el análisis específico debe hacerse en cada caso, donde el juez determinará si la afectación a los mismos vulnera este derecho.”

En la misma perspectiva, en la sentencia del 21 de febrero de 2007 –exp. AP. 549, se señaló que:

“La moralidad administrativa, en cuanto principio constitucional y legal que orienta la función administrativa, hace parte de la ‘legalidad’ que esta debe observar, pero de manera alguna esto significa que se manifieste únicamente a través de reglas y límites para el ejercicio de esta función, pues como se observó detenta un valor normativo de manera autónoma a más de manifestarse también como expectativa de la comunidad. No pueden confundirse entonces los principios de legalidad y moralidad administrativa, aunque existe una estrecha relación entre ellos.

“Puede decirse entonces que es viable constatar una violación al derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa simplemente con la verificación del quebrantamiento de una norma legal que la desarrolle de manera directa e inequívoca como principio; sin embargo, en las más de las veces no ocurre así, pues aunque exista (y debe existir) una norma como referente, se hace necesario un desarrollo interpretativo y argumentativo del juez en cada caso, capaz de demostrar la efectiva violación o amenaza al derecho o interés colectivo a partir del análisis de la relación entre la moralidad administrativa entendida como principio y esta”.

“Esta sección ha subrayado la situación aludida en los siguientes términos¹⁰⁵:

‘() en otra oportunidad¹⁰⁶, la Sala tocó el tema del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Reconoció que se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal¹⁰⁷, pues el ‘Estado de Derecho es ... bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supralegales y de su valor vinculante directo¹⁰⁸.

‘De allí que es tarea del juez garantizar la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución, aunque eso le cueste, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, hacerse cargo de la difícil tarea de aplicar directamente tales principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se corre el riesgo de

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia proferida el de junio de 2001, exp. AP 166 de 2001.

¹⁰⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001 exp. AP 170.

¹⁰⁷ Ver, entre otras, Corte Constitucional T 406 de 1992.

¹⁰⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. P 170.

quedarse en un nivel tan general, que cada persona puede extraer significados distintos y llegar a soluciones diversas¹⁰⁹ “.

Visto el alcance del derecho colectivo a la moralidad administrativa en contraste con los hechos y las apreciaciones que acerca de su acaecimiento he dejado expuestas, para concluir que en el caso en estudio se violó de manera grosera y flagrante la transparencia con sujeción a la cual se encontraban obligadas a proceder tanto las autoridades accionadas que como integrantes del Gobierno Nacional tienen a su cargo velar por los derechos e intereses que pertenecen al Fondo Nacional del Café, como la propia Federación Nacional de Cafeteros en su condición de administradora de los bienes e intereses públicos que pertenecen al referido Fondo, no puedo menos que concluir que en el presente caso sí se vulneró y se sigue vulnerando, de manera grave, el derecho colectivo a la moralidad administrativo y, por ello, estimo que así debió declararlo la Sala Plena.

Todo lo expuesto resulta suficiente para explicar, de un lado, por qué razón no pude compartir el fallo que en el caso de la referencia adoptó la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado y, de otro lado, cuáles han debido ser, en mi opinión, los fundamentos del fallo estimatorio de las pretensiones que ha debido preferirse dentro de la presente acción popular.

RESPETUOSAMENTE,

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
Consejero de Estado

FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS - Ejerce función pública como administradora de los recursos parafiscales del Fondo Nacional del Café / FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS - Administración de contribución cafetera es una manifestación de descentralización por colaboración / PARTICULARES - Formas de asignación de funciones administrativas / FUNCIONES ADMINISTRATIVAS - Formas de asignación a particulares

Teniendo en cuenta que, según lo dicho en el punto anterior, la obligación que asume la Federación es la de administrar los recursos de naturaleza pública del FNC, por encargo contractual que le hace la Nación -titular natural de la función-, no cabe duda que la función que ejerce es pública, del tipo de la administrativa. (...) Estas atribuciones, en manos de la Federación, constituyen una manifestación de la “descentralización por colaboración”, es decir, aquella modalidad de gestión de la función pública que se presta con ayuda de los

¹⁰⁹ LARENZ, Karl. Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica. Editorial Civitas. Madrid 1993. P 37.

particulares, quienes asumen, a cambio de una remuneración o gratuitamente, la facultad de adelantar las tareas encomendadas al Estado. (...) De conformidad con los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, entre los cuales se encuentran algunos de constitucionalidad, resulta indiscutible que la Federación ejerce función administrativa, cuando administra los recursos del FNC, porque, sencillamente, reemplaza al Estado en el cumplimiento de las funciones, asumiendo la realización de actividades públicas, pudiendo, incluso, adoptar decisiones de importancia y alcance nacional, pero también individual o subjetivo, como, por ejemplo, en lo que respecta con la liquidación y cobro de la contribución cafetera, o en la actividad exportadora del grano. Definido lo anterior, ahora cabe preguntarse de qué manera se puede encomendar, a los particulares, el ejercicio de funciones administrativas. Al respecto, ha dicho la misma jurisprudencia que ello es posible de dos formas: i) mediante contratos o ii) por asignación directa del legislador. El primer mecanismo se encuentra regulado, actualmente, por los artículos 110 y ss. de la ley 489 de 1998. El segundo está previsto para aquellos casos en que la función no ha sido previamente asignada a una entidad administrativa, sino que se otorgue, de forma originaria, a un particular; modalidad que de manera reiterada se ha utilizado para atribuir funciones administrativas a distintas entidades gremiales. (...) La función atribuida a la Federación pertenece a aquellas que se encomiendan por medio de contrato, porque el decreto 2.078 de 1940 y la ley 11 de 1972 no asignan a la Federación, directamente, la función administrativa, sino que autorizan a la Nación para que contrate con dicho gremio la administración del Fondo. De tal manera que si la Nación no quisiera hacerlo tendría que asumir, personalmente, todas las funciones. En otras palabras, sino se suscribiera un contrato, la Federación no podría reclamar para sí la competencia de administrar los recursos del FNC. Finalmente, debe aclararse que la atribución de funciones administrativas a la Federación no implica la modificación de su naturaleza privada, ni mucho menos un cambio integral del régimen jurídico al que se encuentra sujeto el giro ordinario de sus actividades. El sometimiento a las normas propias de la función administrativa es exclusivo de aquellas actividades que tengan este carácter, es decir, a las que desarrolla en cuanto administradora de los recursos del FNC; contrario sensu, no se aplicarán los principios y requerimientos propios de la actividad administrativa en aquellos actos que realice o celebre en ejercicio de las funciones que no tengan esta naturaleza, sino que se regirán, en principio, por el ordenamiento jurídico propio de la actividad privada.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza pública de la función de administración de los recursos del Fondo Nacional del Café por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, el salvamento cita: sentencia de 28 de noviembre de 1989, radicación 993, Sección Primera; concepto 1380 de 13 de junio de 2002, Sala de Consulta y Servicio Civil; auto 023 de 17 de septiembre de 1992, sentencia C-449 de 1992, sentencia C-308 de 1994, sentencia T-118 de 1998, sentencia T-497 de 2000 y sentencia C-543 de 2001, Corte Constitucional.

FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS - Contrato de licencia de marca Juan Valdez con Procafecol debió atender reglas del Estatuto de Contratación Estatal / JUAN VALDEZ - Contrato de licencia de marca debió atender reglas del Estatuto de Contratación Estatal

El problema central del proceso, para los actores, gira alrededor de la forma como se celebró el contrato de licenciamiento de la marca, entre la Federación y PROCAFECOL SA., porque no se aplicó el procedimiento jurídico previsto para ello. Analizaré este argumento a continuación. (...) A partir de la entrada en vigencia de la ley 489 de 1998, quedaron sujetos a la ley 80 los particulares que cumplen función administrativa. Aplicado el tema al caso concreto, la Sala Plena

señaló –sin fundamentar esta postura- que la Federación de Cafeteros se rige, en materia contractual, por el derecho privado. (...) En este orden de ideas, considero que con la entrada en vigencia de esta norma, el contrato de administración del FNC -de noviembre de 1997- resultó influido por la nueva disposición, por ministerio de la ley, pues al paso que aquél dispone –en la cl. 16- que el régimen jurídico aplicable a los contratos que se celebren para dar cumplimiento de las obligaciones de la Federación es el derecho privado, lo cual se ajustaba a la normatividad vigente en dicho momento, la ley 489 estableció un nuevo régimen jurídico, que se impone a todo particular que cumple funciones administrativas. Esta norma es aplicable al caso concreto, por varias razones: De un lado, porque el régimen contractual –público o privado- lo define la ley, no las partes del negocio jurídico, de manera que por tratarse de una norma de orden público, una vez entró en vigencia vinculaba a sus destinatarios. (...) En el caso concreto, encuentro que para la fecha de celebración del negocio de licencia marcaría, con PROCAFECOL SA., ya existía una ley que disponía que los particulares que cumplen funciones administrativas deben sujetar los contratos que celebren, en nombre del Estado, a la ley 80 de 1993, luego la Federación no podía ampararse en que el contrato de administración del FNC –de 1997- preveía que su régimen contractual era el derecho privado, pues se desconocería que es la ley quien soberanamente puede establecer el régimen aplicable a un sujeto jurídico determinado. De otro lado, el hecho de que la Nación y la FEDERACION hayan acordado, en el contrato de administración del Fondo, que el régimen contractual con base en el cuál éste debía celebrar los contratos que desarrollaran las actividades a ella encomendadas, fuera el derecho privado, no significa que esto pertenezca al régimen sustantivo del negocio. En otros términos, las partes no pueden alegar que en 1997 el régimen contractual era el derecho privado, y que por tanto así debe permanecer durante la vigencia del negocio jurídico. El error de este argumento radica en que las partes de un contrato no pueden definir el régimen jurídico aplicable a los negocios que hacia el futuro celebre una de las partes, en nombre de la otra, porque claramente se trata de una materia reservada a la ley. (...) En conclusión, el art. 112 de la ley 489 es aplicable a la Federación, al igual que las demás normas del mismo estatuto que regulan temas nuevos, no tratados en las leyes anteriores, y por tanto, con sujeción a la ley 80 de 1993 debió celebrar, a partir de su entrada en vigencia, los contratos que desarrollan la función administrativa encomendada desde 1997. Por lo anterior, considero que la Federación violó dicho estatuto contractual, porque no lo aplicó, debiendo servirse de los procesos de contratación previstos en el –contratación directa o licitación, según el valor del contrato-, pues la ley 489 era de aplicación inmediata desde la fecha en que empezó a regir. Pese a que el anterior análisis sería suficiente para resolver el problema planteado en el proceso, además de que es el correcto y preciso para el caso concreto -por ello me inclino por él-, en todo caso vale la pena considerar la misma situación, pero sólo en gracia de discusión, a la luz del estatuto contractual interno que se había dictado la Federación, vigente para el año 2002. Lo anterior debido a que la Sala Plena no exigió la aplicación de la ley 80 de 1993 –lo cual es indicativo del error de la decisión-, norma que rige a la Federación Nacional de Cafeteros en el caso concreto, según se acabó de analizar, sino que estudió el estatuto contractual interno de la Federación. No obstante esto, mostraré que el resultado debió ser el mismo, es decir, que incluso de aplicarse este reglamento, el contrato cuestionado tampoco se ajustó a él, y por ende la solución del caso sería la misma (...).

FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS - Incompatibilidad del gerente por contratar licencia de uso de marca Juan Valdez con Procafecol

Desde mi punto de vista -y según lo cuestionaron los actores en el hecho 18 de la demanda-, las partes también violaron el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley 80 de 1993, el cual aplica al caso concreto, por disposición expresa del artículo 113 de la ley 489 de 1998. (...) De acuerdo con lo probado en el proceso, es claro que el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros, señor Gabriel Silva Luján, quien ha ejercido claramente un cargo directivo en dicha entidad, también entró a ejercer un cargo directivo en la sociedad PROCAFECOL SA., pues desde el año 2002 integró la Junta Directiva de la misma –como miembro principal-, con lo cual quedó incurso en el régimen legal de prohibiciones. En efecto, el literal d) citado prohíbe contratar con una entidad pública, o con una particular que ejerce función administrativa, cuando el servidor público de ésta –en el nivel directivo, entre otros- contrata con una sociedad anónima en la cual también desempeña un cargo de dirección o manejo. Este es el caso que se presentó entre la Federación y Procafecol SA. En estas condiciones, la Sala Plena debió anular el contrato celebrado entre la Federación y PROCAFECOL SA., elevado a escrito el 6 de septiembre de 2004, pero cuya ejecución inició en diciembre de 2002.

JUAN VALDEZ - Condiciones de otorgamiento de licencia de la marca continúan vulnerando derechos colectivos a la moralidad administrativa y defensa del patrimonio público

El otorgamiento irregular de las autorizaciones para celebrar el contrato de explotación de las tiendas de café, la celebración del mismo con una empresa recientemente creada, sin experiencia en el mercado, y que incluso inscribió las tiendas de café como establecimiento de comercio propio, cuando no se había hecho ningún negocio, entre otras conductas analizadas en esta providencia, son suficientemente indicativas de la violación a la moralidad administrativa, entendida en los términos vistos en la primera parte de estos considerandos. Sobra decir que este derecho, a la fecha, continúa vulnerándose, porque PROCAFECOL SA. continúa explotando, irregularmente, las tiendas de café y las marcas de propiedad del FNC, cuando la manera como obtuvo el contrato vulneró todo el sistema de principios de la contratación, y no es posible mantener ese estado de cosas ilegales e inconstitucionales.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá DC., veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2.009)

Con el acostumbrado respeto que mantengo frente a las decisiones de la Sala Plena, en esta ocasión salvo mi voto en relación con la sentencia proferida el 24 de marzo de 2009, en el proceso de la referencia, y expresaré, en los términos que siguen, las razones que me condujeron a disentir de la posición mayoritaria.

Para adquirir los elementos de juicio necesarios para entender mi pensamiento analizaré, en el siguiente orden, los temas que se relacionan a continuación: i) generalidades sobre la administración del Fondo Nacional del

Café –en adelante FNC-, para lo cual se precisará, i') su naturaleza jurídica y funciones, ii') el contrato vigente para la administración del FNC, iii') la naturaleza jurídica de la “contribución cafetera” y iv') la naturaleza jurídica de la función que asume la Federación, por administrar el FNC. ii) luego, analizaré el caso concreto. Allí se estudiará: i') Lo probado en el proceso, ii') la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa -el régimen jurídico contractual aplicable a la Federación, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a los negocios de la Federación, y la iii') La violación al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

Sin embargo, antes de entrar en materia es bueno recordar, brevemente, las ideas principales contenidas en la sentencia de la cual me aparto, para dejar acotado el tema, desde este punto de vista.

En tal sentido, se recuerda que el objeto del proceso consistió en que los actores populares cuestionaron la conducta de los demandados, pues con su actuación –resumida en la sentencia de la cual me aparto- propiciaron que con la entrega, a través de un contrato a la empresa PROCAFECOL SA., para la explotación de la marca Juan Valdés, por medio de las denominadas Tiendas Juan Valdés, se violaran los derechos colectivos a la moralidad administrativa, patrimonio público, y la libre competencia económica.

En concreto, los actores cuestionaron que la Federación Nacional de Cafeteros celebrara un contrato con la sociedad Procafecol SA., para explotar las Tiendas de Café Juan Valdés, violando las normas de contratación que rigen a la Federación, y con el ánimo de favorecer a sus socios; además de que dicha sociedad empezó a explotar el negocio sin contar con un contrato que lo respaldara; y sin acordar el valor de la contraprestación, entre otros cuestionamientos y hechos que la sentencia de la cual me separo resume adecuadamente.

Frente a estos hechos la Sala Plena consideró, esencialmente, que: “El análisis anterior muestra que, tal como lo concluyó el juez de la primera instancia, los hechos en que se sustenta la alegada violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y a la libre competencia económica, no fueron demostrados. En tales condiciones, ninguna de las pretensiones formuladas pueden prosperar y, en consecuencia la sentencia recurrida, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, será confirmada y se adicionará en cuanto la no prosperidad de la excepción de falta de legitimación por pasiva, que no fue resuelta en el fallo de instanciación.”

1. Generalidades sobre la administración del Fondo Nacional de Café –FNC-.

1.1. La Federación Nacional de Cafeteros.

La Federación Nacional de Cafeteros –en adelante la Federación- fue creada el 27 de junio del año 1927, como una entidad de derecho privado a la que el legislador, por medio de la ley 76 del mismo año, asignó funciones de recaudo, administración y ejecución de los recursos provenientes del impuesto a las exportaciones de café, que a su vez debían ser utilizados en la promoción de las actividades del propio sector cafetero. La administración de los mismos se desarrolló con base en el contrato celebrado entre el Gobierno y la Federación en 1928, momento a partir del cual ésta se ha encargado de administrar los recursos destinados al gremio cafetero.

En 1941, con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas por la ley 45 de 1940, el Gobierno expidió el decreto 2078, mediante el cual creó el FNC, como una cuenta del Tesoro Nacional, cuya administración debía ser contratada con la Federación, situación que, gracias a diferentes contratos celebrados entre el Gobierno y la Federación, se ha mantenido de esta forma.

Los recursos del Fondo, desde ese momento, y hasta la fecha, se han nutrido de contribuciones parafiscales que, como es propio de su naturaleza, son cobradas al gremio cafetero para luego ser invertidas en éste.

Esta situación aporta una serie de fundamentos previos de vital importancia, razón por la cual serán desarrollados en este aparte, que sirve como presupuesto lógico para comprender el problema jurídico central que ocupó a la Sala Plena.

1.2. El contrato vigente para la Administración del FNC: Contenido y alcance.

De atenerse a los términos que la legislación vigente contempla sobre el tema de la administración de los recursos cafeteros, se tiene que desde hace muchos años el legislador estableció la posibilidad de que la Nación celebrara contratos con la Federación, con el propósito de que ésta administrara el FNC.

En este sentido, históricamente se han celebrado distintos contratos, línea inaugurada por el negocio celebrado en el año de 1928 –con base en lo preceptuado en la ley 76 de 1927-. Luego dispuso el decreto 2078 de 1940 que:

Art. 10. Autorízase al Gobierno Nacional para celebrar un contrato con la Federación, a efecto de que dicha entidad pueda adquirir el café al que se refiere el artículo anterior y disponer de él, invirtiendo en dicho objeto los recursos de que trata el mismo artículo y sirviendo, si fuere necesario, las correspondientes operaciones de crédito.

Posteriormente dijo la ley 11 de 1972:

Art. 2. Autorízase al Gobierno Nacional para celebrar con la Federación de Colombia contratos tendientes a impulsar y defender la Industria del Café. Los contratos que el Gobierno celebre en desarrollo del presente artículo, tendrán una duración de diez años y serán prorrogables por periodos de igual duración.

De estas normas se deduce que la administración del tema cafetero del país ha estado asociado, desde hace muchos años, a la colaboración que le ha prestado la Federación a la Nación. Sin embargo, hay que destacar que la manera como se ha vinculado esta institución a dicho propósito ha tenido históricamente dos períodos: i) de 1927 a 1940, época en la cual participó directamente en el manejo del tema, y ii) de 1940 hasta hoy, durante la cual la vinculación se ha dado a través de contratos con la Nación, amparados en las leyes citadas. No obstante, posteriormente dispuso la ley 9 de 1991, en el art. 33, que:

“Art. 33. AUTORIZACIONES CONTRACTUALES Y PRESUPUESTALES. Autorízase al Gobierno Nacional para celebrar los contratos y efectuar las apropiaciones y demás operaciones presupuestales que se requieran para dar cumplimiento a lo previsto en esta Ley y en las disposiciones que para su efectividad se dicten.

“Los contratos, que para dar cumplimiento a esta Ley, celebre el Gobierno Nacional con entidades públicas solamente requerirán la firma de las partes, el registro presupuestal cuando a ello hubiere lugar, y su publicación en el Diario Oficial, requisito que se entenderá cumplido con la orden de publicación impartida por el Gobierno Nacional.

“Las adiciones, prórrogas o modificaciones que se introduzcan al contrato de administración del FNC y de servicios que suscriba la Federación con el Gobierno Nacional continuarán sujetos a la **revisión del Consejo de Estado, del Congreso de la República** y a la publicación en el Diario Oficial.” (Aparte destacado declarado inexequible)

Con fundamento en esta facultad, el contrato más reciente –tomando como referencia los hechos objeto del presente proceso-, se celebró en 1997, por un

plazo de 10 años, y contempla las siguientes funciones principales, a cargo del Comité Nacional de Cafeteros.

“CLAUSULA CUARTA: Funciones del Comité Nacional de Cafeteros: El Comité Nacional de Cafeteros es el órgano de concertación de la política cafetera del país. Actuará de conformidad con la política económica y social que establezcan el Gobierno Nacional y demás autoridades competentes y cumplirá las siguientes funciones:

a) Adoptar programas orientados a mejorar la competitividad de la caficultura nacional, en armonía con el manejo sostenible de los recursos naturales en zonas cafeteras.

b) Diseñar la política para la comercialización interna y externa del café colombiano fijando, con el voto expreso y favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, directrices y procedimientos relacionados con las materias que a continuación se enuncian, sin perjuicio de las atribuciones que compete ejercer al Gobierno Nacional, de conformidad con las normas vigentes:

1. Impulsar el desarrollo de nuevos canales de comercialización externa y nuevas formas de consumo, así como la diversificación de calidades sin desmedro de la que identifica al café colombiano en el mundo. Igualmente, adoptar políticas y programas tendientes a fomentar una mayor participación del movimiento cooperativo caficultor en las exportaciones del grano.

A tales efectos, dentro del primer semestre de vigencia del contrato el Comité deberá estudiar y aprobar un Plan de Comercialización cuyo desarrollo y cumplimiento deberá ser evaluado y actualizado por lo menos anualmente;

2. Hacer el seguimiento del mercado con el fin de determinar la prima de café colombiano, la cual se comunicará de conformidad con las normas pertinentes;

3. Reglamentar y aprobar la apertura y cierre de registros de venta de café colombiano al exterior. El reglamento que expida al efecto contendrá la autorización al Gerente General para adoptar esas medidas cuando las circunstancias lo exijan, a fin de garantizar la agilidad que requiere la comercialización del café colombiano y la oportunidad de su presencia en el mercado externo;

4. Señalar los procedimientos para las ventas externas de café y la selección de compradores;

5. Adoptar los Programas Anuales de Ventas del café colombiano;

6. Autorizar las actualizaciones o modificaciones de la cuenta del exportador;

7. Autorizar los costos, tarifas y comisiones de comercialización, incluidos los servicios de compra, venta, almacenamiento, trilla, transformación, despacho e inspección;

8. Registrar la contribución cafetera negativa de que trata el parágrafo 3º del artículo 19º de la Ley 9ª de 1991;

9. Emitir conceptos previos sobre las condiciones especiales que exijan una acumulación de existencias que no puedan ser atendidas por compras de la FEDERACION y que hagan necesaria la aplicación de la retención cafetera total o parcialmente; sobre el porcentaje que deba establecer el GOBIERNO para la determinación de la retención cafetera; sobre la fijación de los costos internos necesarios para colocar el café en condiciones FOB, puerto colombiano; y sobre el valor de la pasilla para efectos del cálculo de la contribución cafetera;

10.- Autorizar operaciones en bolsas de café para realizar coberturas en mercados de futuros y utilizar otros instrumentos que faciliten la comercialización del grano;

11.- Ejercer las demás atribuciones que las leyes o éste contrato le asignen en materia de comercialización o promoción del café colombiano.

c) Dictar las medidas conducentes a garantizar la calidad del café de exportación, las cuales deberán ser observadas por la FEDERACION y por lo exportadores privados.

d) Adoptar estrategias de promoción del café colombiano, dirigidas al mantenimiento y la ampliación de mercados y a la diversificación de calidades.

e) Asignar, con competencia exclusiva, los recursos del Fondo y señalar los criterios de distribución de los mismos.

f) Aprobar el presupuesto anual del Fondo Nacional del Café y de los Comités Departamentales de Cafeteros y sus modificaciones.

g) Aprobar, con la periodicidad que determine, la proyección del flujo de caja del Fondo Nacional del Café y de los Comités Departamentales de Cafeteros y hacer un seguimiento de su ejecución. Las modificaciones a esta proyección podrá efectuarlas el Gerente General de la FEDERACION, quien deberá presentar un informe detallado de las mismas en la siguiente sesión del Comité en la cual, de acuerdo con la periodicidad pactada, se analice la ejecución del flujo de caja.

h) Establecer las normas y criterios para que, con fundamento en ellos, la FEDERACION emita concepto sobre la inscripción o no de un exportador de café en el registro de exportadores.

i) Conocer, en virtud de apelación, de las decisiones de la FEDERACION, cuando ésta hubiere emitido concepto desfavorable

sobre el cumplimiento de los requisitos de calidad por parte de los exportadores de café y fijar los procedimientos de dicha apelación.

PARAGRAFO PRIMERO: Para la adopción de decisiones que deba tomar este Comité, en desarrollo de las funciones de que trata la presente cláusula, será requisito indispensable la lectura y discusión en las respectivas sesiones, de un documento escrito que para estos efectos elabore la FEDERACION. Cuando alguno de los miembros del Comité lo considere pertinente, también deberá leerse el correspondiente concepto emitido por los asesores del Gobierno en Asuntos Cafeteros.

PARAGRAFO SEGUNDO: Para efectos de ejecutar programas de reestructuración cafetera, el Comité Nacional de Cafeteros conformará una Comisión Especial y definirá su integración.”

Se debe destacar que la posibilidad de que la Nación celebre este tipo de contratos fue demandada, en acción de inconstitucionalidad, porque a juicio del actor se violaba el art. 355 CP.¹¹⁰, aduciendo que la Federación no es una entidad sin ánimo de lucro, y que, además, en una de las normas demandadas se dispone que parte de los recursos de la contribución cafetera serán para los Comités Departamentales de Cafeteros, luego así se otorgan donaciones a favor de quien no podría recibirlas. En la sentencia C-543 de 2001 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las normas acusadas, teniendo en cuenta que:

“En consecuencia, las disposiciones acusadas, a juicio de la Corporación, no corresponden al ámbito descrito en el artículo 355 Constitucional. En efecto, mediante aquellas normas el Estado ha buscado desde hace varias décadas el cumplimiento de actividades que le son propias, que se inscriben en el ámbito de la función administrativa, de manera particular de la denominada gestión fiscal. Entonces, no se trata de apoyar a organizaciones particulares, sino de arbitrar mecanismos idóneos de acción del Estado buscando precisamente la descentralización de la gestión, como lo puso de presente esta Corporación a propósito de la actividad cumplida precisamente por la Federación respecto de los recursos que integran el FNC al juzgar otras disposiciones legales que como las actualmente sub iudice propenden por el cumplimiento de las funciones estatales respecto de la industria del café.

“Por lo anterior considera la Corte que no es pertinente el análisis que pretende el demandante en torno de las características propias de la

¹¹⁰ Dispone esta norma que “Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

Federación para que se juzgue si esa entidad cumple los requisitos que a partir de los enunciados constitucionales señalan los reglamentos para la celebración de los contratos allí autorizados respecto de los cuales el demandante, con cita de la sentencia C-449 de 1992 da a entender que no se satisfacen. No obstante no sobra advertir que estatutariamente -conforme obra en el expediente- dicha entidad se define como entidad gremial, sin ánimo de lucro de carácter privado y que en sus reglas propias no prevé disposición alguna sobre reparto de utilidades o beneficios económicamente valorables a favor de personas determinadas, durante su existencia o al momento de su extinción.

“Las consideraciones anteriores llevan, entonces, a la clara conclusión de que las disposiciones acusadas en cuanto autorizan la celebración de contratos, de las prórrogas, modificaciones y adiciones de los mismos, con la Federación no violan el artículo 355 superior. (...)

“La Corte ha de acoger las conclusiones expuestas por el Consejo de Estado para afirmar que efectivamente, mediante las disposiciones acusadas -artículos 20 de la Ley 9 de 1991 y 4 de la Ley 66 de 1942- no se ha realizado donación alguna, a favor de la Federación, o de sus dependencias territoriales, los comités departamentales y municipales y que las rentas surgidas de aquellas así como los bienes que con éstas se adquieran tienen el carácter de ingresos públicos y que en consecuencia respecto de ellos *“no pueden ejercer los atributos del derecho de propiedad.*

“Como se ha enfatizado, tales rentas y bienes solo pueden ser aplicados a las finalidades legales que se expresan en las diferentes disposiciones objeto de estudio en el presente proceso. Así en el artículo 4 de la Ley 66 de 1942, se expresa que *“La Federación no podrá disponer de tales bienes sino en beneficio de la industria cafetera”* y en el artículo 20 de la Ley 9 de 1991 *“...para los programas de desarrollo social y económico de las zonas cafeteras, de fomento y apoyo al cooperativismo, de mejoramiento de las condiciones de la población campesina en zonas cafeteras, directamente o a través de convenios con las entidades territoriales, cuando lo permita la naturaleza de los programas”.*

“Bastan las anteriores consideraciones para concluir que la acusación de violación del artículo 355 de la Constitución no está llamada a prosperar y en consecuencia la Corte declarara, en este punto, ajustadas a la Constitución las disposiciones acusadas.”

De esta manera, resulta indiscutible que para el año de 1997 la Nación y la Federación podían celebrar el contrato que se comenta, con el propósito, definido por el legislador, de administrar el FNC. No obstante, en esta ocasión no haré ningún análisis de detalle sobre la regulación contenida, exclusivamente, en el

artículo 111 de la ley 489 de 1998¹¹¹, relacionada con la entrega de funciones administrativas a los particulares, pues esta norma no estaba vigente para el momento en que se suscribió el contrato de administración del Fondo, luego es innecesario el análisis, para resolver el caso concreto.

1.3. Naturaleza jurídica de los recursos del FNC, administrados por la Federación.

Actualmente, los recursos del Fondo se consideran contribuciones parafiscales y, en esa medida, son recursos públicos, pues se obtienen como resultado de la capacidad impositiva del Estado, manifestación inmediata de la soberanía fiscal que recae en cabeza del mismo. Esta conclusión se compone de dos elementos estructurales, que ameritan una explicación individualizada: la naturaleza pública de las contribuciones parafiscales; y el carácter parafiscal que tienen los recursos que nutren el Fondo.

¹¹¹ Dispone esta norma que “Art. 111. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONVENIOS PARA CONFERIR FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

“1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, *de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden a que pertenezca la entidad u organismo*, mediante el cual determine:

“a) Las funciones específicas que encomendará a los particulares;

“b) Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;

“c) Las condiciones del ejercicio de las funciones;

“d) La forma de remuneración, si fuera el caso;

“e) La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.

“2. La celebración de convenio, *si fuere el caso*, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años *prorrogables* y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:

“Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.

“Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas.” (Apartes resaltados declarados inexequibles)

El primero de ellos parte de la propia definición de contribuciones parafiscales, que en concepto de la doctrina en general, de la que es buena muestra Plazas Vega, son:

(...) “tributos que no se agregan al presupuesto general ni hacen parte de la ‘unidad de caja’, por lo que también en ese aspecto son paralelos al fisco y están afectados por su destinación financiera al ente u organismo y a la actividad económica o social que se nutre con su recaudación”¹¹².

En efecto, los recursos destinados al cumplimiento de los objetivos para los cuales fue creado el FNC como un sistema de manejo de los mismos, tienen tal naturaleza por provenir de impuestos, pero al gravar a un sector determinado, para su beneficio, gozan del carácter de parafiscales, aunque no hacen parte del Presupuesto General de la Nación, y su administración se realiza, directamente, por la entidad gremial que reúna las condiciones de representatividad nacional respecto de la actividad gravada, y que haya celebrado contrato especial con el Gobierno Nacional.

Esta idea es clara en la ley 101 de 1993, la cual define las contribuciones parafiscales agropecuarias, entre las cuales se incluye la cafetera, como aquellas que impone la ley a un sector económico determinado, con vocación de ser destinado para beneficio del mismo¹¹³. La norma agrega que esos recursos no hacen parte del presupuesto nacional, pero eso no significa que los mismos no constituyan recursos públicos, todo lo contrario, lo son.¹¹⁴

¹¹² PLAZAS VEGA, Mauricio A. El liberalismo y la Teoría de los Tributos. Ed. Temis. Bogotá, 1995. p. 466 y 467.

¹¹³ Dice el art. 31 de la ley 101 que “Los recursos que se generen por medio de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras deben ser invertidos en los subsectores agropecuario o pesquero que los suministra, con sujeción a los objetivos siguientes:

“1. Investigación y transferencia de tecnología, y asesoría y asistencia técnicas.

“2. Adecuación de la producción y control sanitario.

“3. Organización y desarrollo de la comercialización.

“4. Fomento de las exportaciones y promoción del consumo.

“5. Apoyo a la regulación de la oferta y la demanda para proteger a los productores contra oscilaciones anormales de los precios y procurarles un ingreso remunerativo.

“6. Programas económicos, sociales y de infraestructura para beneficio del subsector respectivo.”

Adicionalmente, esta misma ley califica como gasto público social las erogaciones que realice la Nación con cargo a estos recursos, destinados para los propósitos de la misma norma¹¹⁵, entre cuyos usos posibles se encuentran: Adecuar el sector agropecuario y pesquero a la internacionalización de la economía, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, promover el desarrollo del sistema agroalimentario nacional, crear las bases de un sistema de incentivos a la capitalización rural y a la protección de los recursos naturales, favorecer el desarrollo tecnológico del agro, al igual que la prestación de la asistencia técnica a los pequeños productores, conforme a los procesos de descentralización y participación, determinar las condiciones de funcionamiento de las cuotas y contribuciones parafiscales para el sector agropecuario y pesquero, entre otros¹¹⁶.

¹¹⁴ “Art. 29. Noción. Para los efectos de esta ley, son contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras las que en casos y condiciones especiales, por razones de interés general, impone la ley a un subsector agropecuario o pesquero determinado para beneficio del mismo.

“Los ingresos parafiscales agropecuarios y pesqueros no hacen parte del Presupuesto General de la Nación.”

¹¹⁵ Dice el art. 70 que “Las erogaciones que la Nación realice para el cumplimiento de las finalidades establecidas en el artículo 1 de esta ley, constituyen gasto de inversión pública social en los términos del artículo 350 de la Constitución Política.

“El gasto público social en el sector rural se establecerá teniendo en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas que residan en zonas rurales, según lo establezca la ley orgánica respectiva.”

¹¹⁶ El art. 1 de la ley define los propósitos de la misma, en los siguientes términos, “Esta ley desarrolla los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Nacional. En tal virtud se fundamenta en los siguientes propósitos que deben ser considerados en la interpretación de sus disposiciones, con miras a proteger el desarrollo de las actividades agropecuarias y pesqueras, y promover el mejoramiento del ingreso y calidad de vida de los productores rurales:

1. Otorgar especial protección a la producción de alimentos.
2. Adecuar el sector agropecuario y pesquero a la internacionalización de la economía, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.
3. Promover el desarrollo del sistema agroalimentario nacional.
4. Elevar la eficiencia y la competitividad de los productos agrícolas, pecuarios y pesqueros mediante la creación de condiciones especiales.
5. Impulsar la modernización de la comercialización agropecuaria y pesquera.
6. Procurar el suministro de un volumen suficiente de recursos crediticios para el desarrollo de las actividades agropecuarias y pesqueras, bajo condiciones financieras adecuadas a los ciclos de las cosechas y de los precios, al igual que a los riesgos que gravitan sobre la producción rural.
7. Crear las bases de un sistema de incentivos a la capitalización rural y a la protección de los recursos naturales.

No sobra agregar que esta ley aplica a la contribución cafetera y, en general, al sistema de administración de recursos y funciones en manos de la Federación, salvo norma especial en contrario, porque el art. 35 de la ley 101 dispone que “Todas las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras existentes con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, quedan sujetas a lo que ordena esta ley, sin perjuicio de los derechos adquiridos y las disposiciones legales que los regulan y los contratos legalmente celebrados.”

Posteriormente, la ley 179 de 1994 definió la contribución parafiscal en los siguientes términos:

“Art. 12. Son contribuciones parafiscales aquellos recursos públicos creados por ley, originados en pagos obligatorios con el fin de recuperar los costos de los servicios que se prestan o de mantener la participación de los beneficios que proporcionen.

“Estas contribuciones se establecerán para el cumplimiento de funciones del Estado o para desarrollar actividades de interés general.

“El manejo y ejecución de estos recursos se harán por los órganos de Estado o por los particulares, de acuerdo con la ley que crea estas contribuciones.

“Los dineros recaudados en virtud de la parafiscalidad, se deberán destinar, exclusivamente, al objeto para el cual se constituyen, lo mismo que los rendimientos que éstos generen y el excedente financiero que resulte, al cierre del ejercicio contable, en la parte correspondiente a estos ingresos.

8. Favorecer el desarrollo tecnológico del agro, al igual que la prestación de la asistencia técnica a los pequeños productores, conforme a los procesos de descentralización y participación.

9. Determinar las condiciones de funcionamiento de las cuotas y contribuciones parafiscales para el sector agropecuario y pesquero.

10. Establecer los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros.

11. Propender por la ampliación y fortalecimiento de la política social en el sector rural.

12. Fortalecer el subsidio familiar campesino.

13. Garantizar la estabilidad y claridad de las políticas agropecuarias y pesqueras en una perspectiva de largo plazo.

14. Estimular la participación de los productores agropecuarios y pesqueros, directamente o a través de sus organizaciones representativas, en las decisiones del Estado que los afecten.

PARAGRAFO. Para efectos de esta Ley la explotación forestal y la reforestación comerciales se consideran actividades esencialmente agrícolas.”

“Se incorporarán al Presupuesto General de la Nación las contribuciones parafiscales que ejecuten los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación.”

Esta norma luego fue modificada por la ley 225 de 1996, la cual dispone que:

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

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

En lo que no contradice esta disposición, continúa vigente la regulación contenida en la ley 101 de 1993.

Estas definiciones, doctrinales y legales, coinciden en las características esenciales, cuales son: i) Su origen público, en cuanto resultado del poder impositivo del Estado, ii) la individualización y perfecta identificación del sector contribuyente, que resulta ser el mismo sector beneficiario, iii) la destinación a un propósito concreto y específico, iv) su obligatoriedad, en cuanto el contribuyente no puede negar la deuda, v) su administración por instituciones, públicas o privadas, distintas del ejecutivo central, vi) la destinación de la contribución directamente a la entidad encargada de su recaudo, de manera que no se confunda con el resto de ingresos del Estado que conforman la unidad de caja.

Estas características, en lo esencial, también han sido destacadas por la Corte Constitucional¹¹⁷, de las cuales ha deducido el carácter público de los recursos. En este sentido ha expresado:

¹¹⁷ La Corte Constitucional, en la sentencia C-152 de 1997, determinó las características esenciales de las contribuciones parafiscales, enfatizando el carácter excepcional de las mismas:

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

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

“Ahora bien, la norma acusada está referida a la gestión de las contribuciones parafiscales que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, son de naturaleza esencialmente pública¹¹⁸, pues son fruto de la soberanía fiscal del Estado, aun cuando puedan ser administrados por entidades privadas. Además, esos recursos parafiscales pueden servir para financiar servicios o inversiones en determinados espacios, pues ellos son una contribución obligatoria para cierto sector de la sociedad, cuya finalidad es la reversión de tales recursos en ese mismo sector. Por ende, es perfectamente natural que se incluyan dentro de la ley del plan disposiciones sobre la forma como deben ser gestionados y ejecutados estos recursos parafiscales pues ellos sirven para financiar, en forma permanente, servicios e inversiones en determinados sectores sociales.”

Este criterio lo reafirmó la Corte Constitucional en el 2003, ocasión en la que manifestó que:

“Sobre el particular, a lo largo de numerosos pronunciamientos, esta Corporación ha mantenido una línea jurisprudencial inmodificable en el sentido de que, por definición, las rentas parafiscales son recursos públicos con una destinación determinada y precisa, lo que no las convierte, con todo, en rentas de destinación específica.”¹¹⁹

Lo dicho hasta ahora no deja lugar a dudas sobre la naturaleza pública de los recursos parafiscales, lo que resulta perfectamente coherente con el control que sobre su recaudo y ejecución prevé la Constitución y, como no, con la

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

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

“5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o ‘por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación, como lo prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto’.

“6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, corresponde a la Contraloría General de la República, por mandato expreso del artículo 267 de la Constitución, inciso primero.

“7a. Son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer “excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”. (subrayado fuera de texto).

¹¹⁸Ver, entre otras, las sentencias C-040/93, C-308/94, C-546/94 y C-363 de 2001.

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-840 de 2003.

naturaleza de la función que desarrolla quien los administra, la cual, como se verá, es una función pública de tipo administrativo.

Además, en la cláusula segunda del contrato de 1997 las partes dejaron clara y expresamente definido que estos recursos tienen naturaleza “pública”, de modo que el tema era conocido tanto para la Federación como para la Nación.

Una vez establecidas las condiciones esenciales que determinan la parafiscalidad de una contribución, no resulta difícil concluir que los recursos que integran el Fondo Nacional del Café ostentan esta condición. Conclusión que se sustenta en las distintas leyes que han creado impuestos sobre actividades desarrolladas por el gremio cafetero, y que han tenido como claro objetivo la promoción del propio sector cafetero. Así lo demuestran, verbigracia, los recursos provenientes del impuesto de exportación del café, creado por la ley 76 de 1927; de la contribución sobre los giros provenientes de las exportaciones de café, reformulada por el decreto 2078 de 1941; del impuesto de ripio y pasilla, creados por la ley 66 de 1942, vigente hasta 1989; y la contribución cafetera, prevista por la ley 11 de 1972 y posteriormente modificada por la ley 9 de 1989, disposición vigente en la actualidad. Normas, todas ellas, en las que se establece claramente el deber de invertir los recursos obtenidos en la promoción de la actividad cafetera.

Estos recursos siempre han sido recaudados, administrados e invertidos por la propia Federación Nacional de Cafeteros, en virtud de distintos contratos celebrados con el Gobierno Nacional, aspecto sobre el que se profundizará más adelante.

La naturaleza parafiscal de los recursos del Fondo es, adicionalmente, una conclusión respaldada por la amplia jurisprudencia de las altas Cortes. En este sentido, la primera que tuvo oportunidad de manifestarse fue la Corte Suprema de Justicia, quien, sin mencionarlo expresamente, aceptó dicha condición en cuanto éstos presentan las características típicas de las contribuciones parafiscales. Al respecto dijo:

“Si en el caso que ahora se estudia, existen las leyes creadoras de los tributos que se causan para el servicio de la industria cafetera, el supuesto constitucional básico para su percepción, se ha cumplido; si a ello se agrega que las propias leyes a las que se hace

referencia disponen, como se ha dicho, que la Federación perciba, reciba e invierta directamente el producto de esos tributos, en el fin indicado, mediante contratos celebrados con el Gobierno, se tiene ya un sistema especial de percepción o recaudación, no objetable, y un destino claro y preestablecido que, como lo ha dicho repetidamente la Corte, hace parte de la tarea oficial. Hasta este momento no se recibe ningún quebranto de la Constitución”.¹²⁰

Así mismo, ya en vigencia de la Constitución de 1991 y, por consiguiente, con un fundamento constitucional expreso –arts. 150.12 y 338- el Consejo de Estado, de acuerdo con lo planteado por la Corte Suprema de Justicia, expresó:

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

“3. Los ingresos que transfiere el Fondo Nacional del Café, y que son de su propiedad, a la Federación Nacional de Cafeteros siguen perteneciendo a éste, por cuanto tienen destinaciones especiales a fin de atender necesidades colectivas de la región cafetera, por tanto no son bienes ni rentas privadas, puesto que la Federación lo que hace es administrar impuestos, en este caso denominados contribuciones parafiscales”.¹²¹

En el mismo sentido dijo la Sala Plena del Consejo de Estado –sentencia de 12 de septiembre de 1999, CP. Julio Enrique Correa Restrepo- que:

“Jurisprudencial y doctrinariamente se ha definido a **la Federación**, como una Entidad gremial privada de interés público que recibe emolumentos en virtud de tal condición como son los aportes de sus afiliados; administra los ingresos del Fondo Nacional del Café, provenientes de los impuestos que se le han asignado desde su creación en 1940, de la comercialización del café, mas los rendimientos de sus inversiones, destinados a atender necesidades de la industria cafetera. Así mismo, en 1928 la Federación Nacional de Cafeteros celebró con el Gobierno contrato para el recaudo y manejo del impuesto a las exportaciones de café, propuesto por los cafeteros para proteger y defender la caficultura. Este ha sido prorrogado en 1931, 1937, 1938, 1947, 1958, 1968, 1978 (por sólo un año), 1979, por diez años y luego en 1989 por otra década, de donde **se colige para la época de los hechos la Entidad encajaba dentro de las descritas en el supuesto normativo, es decir, una persona jurídica de derecho privado que administra y maneja Fondos Públicos.**” (Negrillas fuera de texto)

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 10 de noviembre de 1977, MP. Guillermo González Charry.

¹²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de febrero de 1993, CP. Doctor Carmelo Martínez Conn.

Finalmente, también ha dicho la Corte Constitucional, que:

“4.3 Después de los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios, no es hoy un tema controversial el de la adecuada identificación jurídica de los recursos del Fondo Nacional del Café.

Dentro del debate ocurrido en el presente proceso, tanto el actor como los intervinientes y aún la propia Procuraduría coinciden en admitir que los recursos del Fondo son el producto de contribuciones parafiscales.”¹²²

De esta forma se sustenta, con claridad y solidez, la calidad de parafiscales de los recursos del Fondo Nacional del Café y, por consiguiente, una condición esencial a los mismos, cual es la de ser recursos públicos, elemento fundamental en el camino para determinar la naturaleza de la actividad que lleva a cabo la Federación, en cuanto administradora de los mismos, asunto que se abordará a continuación.

1.4. Naturaleza jurídica de la función que asume la Federación, por la celebración del contrato de administración del FNC.

La labor que realiza la Federación, en esta materia, se ha fundamentado en distintas leyes que autorizan a la Nación para celebrar contratos de administración, específicamente con ésta entidad. Además, ha sido el propio legislador quien ha previsto que la promoción de la actividad cafetera, que se lleva a cabo con los recursos parafiscales por él mismo previstos, sea desarrollada por una entidad diferente al Gobierno central, la cual, entre otras características, es de naturaleza privada.

Teniendo en cuenta que, según lo dicho en el punto anterior, la obligación que asume la Federación es la de administrar los recursos de naturaleza pública del FNC, por encargo contractual que le hace la Nación -titular natural de la función-, no cabe duda que la función que ejerce es pública, del tipo de la administrativa, si se consideran las actividades contractuales que están a cargo de la Federación:

“CLAUSULA SEPTIMA: obligaciones de la FEDERACION como administradora del Fondo Nacional del Café: La FEDERACION, como administradora del FNC, tendrá las siguientes obligaciones:

¹²² Corte Constitucional, sentencia C-308 de 1994, MP. Antonio Barrera Carbonell.

- a) Cumplir los objetivos del FNC 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.
- b) Realizar las actividades de cálculo, liquidación, certificación, inspección y demás labores necesarias para el cobro y recaudo de la contribución cafetera.
- c) Elaborar el proyecto anual del presupuesto del FNC.
- d) Administrar los recursos del FNC, preparar sus flujos de caja, llevar su contabilidad, manejar su liquidez con entidades financieras de reconocida seguridad y adecuada rentabilidad, cobrar sus acreencias y gestionar y atender sus compromisos.
- e) Administrar el servicio de la deuda del FNC.
- f) Mantener la separación presupuestal, patrimonial y contable entre los bienes y recursos del FNC y los de la FEDERACION.
- g) Indicar en forma expresa el nombre del FNC cuando se realice cualquier actividad que sea financiada con sus recursos.
 - h) Vigilar el cumplimiento de las medidas que se dicten en materia de calidad de café.
 - i) Pagar los gravámenes en los cuales el FNC sea sujeto pasivo.
- j) Desarrollar, con base en la información contable, indicadores que permitan medir la eficiencia del gasto de los recursos del FNC, los cuales deberán ser utilizados para la presentación de informes semestrales al Comité Nacional de Cafeteros para su evaluación.
- k) Sufragar, con cargo a los recursos del FNC, el costo de los servicios que para el cumplimiento de los objetivos de éste y con arreglo a la cláusula octava realice directamente la FEDERACION, y remunerarlos cuando se contraten con terceros
- l) Contratar el personal necesario para el cumplimiento de sus obligaciones, correspondiendo exclusivamente a la FEDERACION el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales de dicho personal, salvo lo previsto en la cláusula sexta.
- m) Recomendar al Comité Nacional de Cafeteros el mejor uso y destinación de los recursos del FNC, teniendo en cuenta informes periódicos sobre el mercado mundial del café y sus proyecciones.
- n) Suministrar al GOBIERNO la información que solicite sobre el manejo y el estado de los bienes y recursos del FNC.
- ñ) Entregar al GOBIERNO dentro de los quince primeros días de cada mes, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la ejecución del flujo de caja correspondiente al mes inmediatamente anterior y las proyecciones actualizadas del flujo de caja y de los estados financieros al cierre de los respectivos años calendarios y cafetero.
- o) Entregar al GOBIERNO durante el primer trimestre de cada año el balance consolidado a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior; así mismo, una vez éste sea auditado por la Contraloría General de la República, publicarlo en dos diarios de amplia circulación nacional.
- p) Informar por lo menos una vez al año a los productores de café, mediante un boletín escrito, sobre la situación del FNC y de la industria cafetera.”

Esta cláusula ratifica que las funciones encomendadas a la Federación son auténticamente administrativas, si nos atenemos a las tareas públicas que le encomendaron. A título de ejemplo, basta considerar la obligación de cumplir los objetivos del FNC, realizando las actividades y funciones previstas en el contrato, e invertir los recursos del mismo, de conformidad con lo estipulado en la normatividad legal –lit. a)-, así como liquidar, cobrar y recaudar la contribución cafetera –lit. b)-, pero, sobre todo, la descripción de actividades que se contempla en la cláusula 8:

“CLAUSULA 8o. ACTIVIDADES CON CARGO A LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DEL CAFE. Las actividades que podrá ejecutar la FEDERACION con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, directamente o mediante contratación, son:

- a) Compra, almacenamiento, trilla, transformación, transporte, venta y demás actividades relacionadas con la comercialización del café en el interior del país y en el exterior.
- b) Programas dirigidos a fomentar e incentivar el logro de una caficultura eficiente, sostenible y mundialmente competitiva.
- c) Programas de reestructuración económica de explotaciones cafeteras no competitivas que incentiven su diversificación.
- d) Programas de investigación, experimentación científica, transferencia de tecnología, extensión, capacitación, diversificación y asistencia técnica.
- e) Contribuir mediante la utilización de sus recursos al cumplimiento de los acuerdos y compromisos internacionales que en materia de café adquiera Colombia.
- f) Actividades de promoción y publicidad del Café Colombiano.
- g) Programas orientados a promover nuevos mercados, nuevos productos y nuevas formas de comercialización de café y a afianzar los mercados existentes.
- h) Operaciones en bolsas de café para realizar coberturas en mercados de futuros y utilización de otros instrumentos que faciliten la comercialización del grano.
- i) Apoyar la prevención y represión del contrabando de café.
- 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.
- l) Promover y financiar el desarrollo del cooperativismo caficultor, como instrumento para una eficiente comercialización y medio para el mejoramiento social de la comunidad cafetera.
- m) Apoyar programas que contribuyan al desarrollo y el equilibrio social y económico de la población radicada en zonas cafeteras.
- n) Construcción de obras de infraestructura económica y social en zonas cafeteras.
- ñ) Realizar todos los actos y negocios jurídicos autorizados por leyes nacionales e internacionales, conducentes al logro de los objetivos y políticas del Fondo y al desarrollo de sus actividades y servicios, de conformidad con las autorizaciones correspondientes.

“PARAGRAFO PRIMERO: Los programas de publicidad y promoción del café, así como los de apoyo y reestructuración cafetera, tales como investigación, transferencia tecnológica y servicios de extensión, campañas de sanidad vegetal, programas ecológicos y programas de diversificación cafetera, deberán estar justificados con un análisis económico de su cobertura, su rentabilidad, su relevancia para la industria cafetera y los efectos financieros y sociales de los distintos gastos, según sea del caso.

“PARAGRAFO SEGUNDO: La selección de la propuestas para ejecutar algunas de las actividades mencionadas en la presenta cláusula, cuando la FEDERACION opte por contratarlas con terceros, se sujetarán a lo establecido en la cláusula décima sexta de este contrato. Las actividades descritas en los literales m) y n) serán ejecutadas directamente por los Comités Departamentales de Cafeteros o a través de convenios con las entidades territoriales, utilizando únicamente los recursos previstos en el literal a) del artículo 20º de la ley 9ª de 1991.”

Estas actividades cuentan, además, con respaldo en normas públicas que asignan a la Federación funciones públicas concretas, apoyadas y fundamentadas en el contrato suscrito con la Nación. Al respecto, dice el decreto 1.173 de 1991:

“ARTICULO 3o. Corresponde al Comité Nacional de Cafeteros, de acuerdo con los contratos celebrados con el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros, **fijar las políticas generales de comercialización y promoción externa de Café.**

“PARAGRAFO. El Gobierno Nacional señalará el procedimiento para el cálculo de la contribución cafetera y oído el concepto del Comité Nacional de Cafeteros, establecerá y hará pública la metodología de cálculo de los costos referidos en el Parágrafo 2o. del Artículo 19 de la Ley 9a. de 1991.

“ARTICULO 7o. **La existencia física del café que se pretenda exportar se demostrará ante la Federación Nacional de Cafeteros.** Para este efecto, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia o, por delegación de ella, los Almacenes Generales de Depósito de Café, S.A., Almacafé S.A., y en los lugares que ella determine, continuará adelantando las labores de verificación del peso del café de exportación. Dicho peso servirá de base para la determinación de la Contribución Cafetera y de la Retención Cafetera, si la hubiere.

“ARTICULO 9o. Para los efectos del inciso 2o. del Artículo 21 de la Ley 9a. de 1991, **la Federación Nacional de Cafeteros efectuará la liquidación necesaria para el pago de la contribución cafetera al Fondo Nacional del Café y señalará el procedimiento para su cancelación.**

“PARAGRAFO 1o. Para las exportaciones de café de propiedad del Fondo Nacional del Café, la Federación Nacional de Cafeteros

deberá efectuar la Contribución correspondiente a dichas exportaciones mediante los registros contables necesarios, circunstancia que deberá comprobar para la aprobación del documento de exportación por parte de la Dirección General de Aduanas con el visto bueno que debe otorgarse en los términos del Artículo 12 de este Decreto. (...)

“ARTICULO 10. Las decisiones sobre cumplimiento de calidades de exportación emitidas por la Federación Nacional de Cafeteros podrán ser apeladas ante el Comité Nacional de Cafeteros.

“PARAGRAFO. El Comité Nacional de Cafeteros, con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, reglamentará los procedimientos a que se debe someter el trámite de dichas apelaciones.

“ARTICULO 12. Para la tramitación de la declaración de exportación, la Aduana requerirá el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros, con el único objeto de que esa institución certifique que el exportador ha cumplido con los requisitos siguientes:

- a). Pago de la Contribución Cafetera
- b). Cumplimiento de la retención, cuando la hubiere.
- c). Verificación del peso, y
- d). Cumplimiento de los requisitos de calidad establecidos por el Comité Nacional de Cafeteros para el café que se pretende exportar.” (Negritas fuera de texto)

De estas disposiciones, contractuales y normativas, se deduce que las funciones encomendadas a la Federación, que pertenecen a la Nación, y quien las ejercería directamente si no suscribiera el contrato, son típicamente públicas, orientadas a desarrollar actividades administrativas sobre el más importante producto nacional de exportación y sobre recursos públicos asociados a dicho producto, teniendo, por tanto, la capacidad de realizar tareas como:

i) Calcular, inspeccionar y liquidar la contribución cafetera¹²³, ii) contribuir al cumplimiento de los compromisos internacionales que asuma el país en materia cafetera, iii) ejecutar obras de infraestructura -con los recursos del Fondo- en zonas cafeteras, iv) publicitar y promocionar el café colombiano, v) fijar las políticas generales de comercialización y promoción externa de Café, vi) pronunciarse sobre el cumplimiento de la calidad de exportación, decisiones que

¹²³ En este sentido, dice el art. 34 de la ley 101 de 1993 que “El Gobierno vigilará que las personas obligadas a pagar o recaudar contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras cumplan con su respectiva obligación. La ley que establezca cada contribución definirá las sanciones a que haya lugar”.

podrán apelarse ante el Comité Nacional de Cafeteros, vii) dar visto bueno a la Aduana para la tramitación de la declaración de exportación, viii) concertar y ejecutar las políticas cafeteras que, en lo particular, responden a la implementación de la estrategia denominada, mayor valor agregado, mediante la apertura de nuevos segmentos para el café colombiano, a través del establecimiento de cafés especiales, acompañada de una política de licenciamiento de marcas, como las de Juan Valdez y 100% colombiano, entre otras tareas.

Estas atribuciones, en manos de la Federación, constituyen una manifestación de la “descentralización por colaboración”, es decir, aquella modalidad de gestión de la función pública que se presta con ayuda de los particulares, quienes asumen, a cambio de una remuneración o gratuitamente, la facultad de adelantar las tareas encomendadas al Estado¹²⁴.

Esta forma de gestión de las actividades estatales desarrolla, en buena medida, la participación ciudadana en la administración de lo público, la cual goza de cobertura constitucional, si se tiene en cuenta que los arts. 123 y 209 disponen que la ley señalará los casos en que los particulares pueden asumir el ejercicio de funciones administrativas¹²⁵.

¹²⁴ Sobre esta forma de descentralización dice PEDRO ALFONSO HERNANDEZ que “La descentralización por colaboración se presentaría cuando se autorice o permita la participación de organizaciones o entidades privadas en el cumplimiento de funciones administrativas o en la prestación de servicios públicos con el fin de consolidar el régimen democrático, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica política, administrativa y cultural de la nación (C.N., art. 2) y buscar la eficiencia, celeridad y economía de la actuación del Estado.” -Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia. Ed. Legis. Bogotá. 1999. Pág. 57-.

Por su parte, LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ señala al respecto que “se habla de una nueva forma de descentralización llamadas ‘por colaboración’, la cual se presenta cuando personas privadas ejercen funciones administrativas, como es el caso, en Colombia, de las cámaras de comercio y de la Federación Nacional de Cafeteros.” -Derecho Administrativo. Décima Edición. Temis. Santa Fe de Bogotá, 1998. p. 49-

¹²⁵ Disponen estas normas que: “Art. 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

“La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

La ley a que se refiere la CP, en materia cafetera, es precisamente aquella que desde 1940 contempló dicha posibilidad, la cual ha sido sucesivamente conservada por otras leyes, y más recientemente por la ley 9 de 1991. Esta última, anterior a la Carta Política –pues fue sancionada el 17 de enero de 1991-, se ajusta perfectamente a dicha disposición constitucional, según lo declaró la Corte Constitucional en la sentencia C-543 de 2001.

La anterior idea la confirma la jurisprudencia del Consejo de Estado que, en vigencia de la Constitución de 1886, calificó la función de la Federación respecto de los recursos del Fondo como un servicio público. Al respecto dijo:

“Es sabido que **la Federación Nacional de Cafeteros** es una entidad de carácter privado, gremial, que por virtud de leyes y contratos vigentes entre ella y el Gobierno Nacional, **cumple el servicio público** de defensa de la industria cafetera en todos los órdenes, para lo cual utiliza fondos de origen oficial, unos que le han sido entregados a manera de compensación por los servicios y otros para el mejor cumplimiento de los mismos.”¹²⁶ (Negrillas fuera de texto)

Más recientemente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado concluyó que se trata de una función administrativa:

“f) **La administración que la Federación hace** de estos recursos parafiscales **constituye asignación de funciones administrativas** a una entidad de derecho privado.”¹²⁷ (Negrillas fuera de texto)

En este mismo sentido puede apreciarse toda una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, quien también considera que la función desarrollada por la Federación, en cuanto administradora de los recursos del FNC, es una función pública. En este orden ha dicho, en el Auto de Sala Plena No. 023 de 17 de septiembre de 1992 que:

“Art. 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

“Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

“La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.” (Negrillas fuera de texto)

¹²⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, CP. Dr. Samuel Buitrago H., Rad. 993. Sentencia que confirmó el sentido del argumento expresado por la misma corporación en sentencia de 20 de febrero de 1979, CP. Ignacio Reyes Posada, Rad. 1648.

¹²⁷ Concepto de 13 de junio de 2.002. CP. Augusto Trejos Jaramillo. Rad. 1380.

“Los dineros del Fondo Nacional del Café, a los cuales se refiere el cuestionario aprobado por la Comisión Sexta del Senado, son de carácter público y **los asuntos que, respecto de dicho fondo, maneja la Federación Nacional de Cafeteros**, aún siendo ésta una persona jurídica de Derecho Privado (artículo 2º del acuerdo número 1 de 1989, aprobatorio de los estatutos de la institución), **son de interés público**, razón por la cual las comisiones permanentes del Congreso Nacional gozan de plena competencia constitucional para citar e interrogar a su representante legal sobre las materias que, en estos aspectos, estén siendo objeto de su consideración; (...)

Considera la Corte, sin embargo, que en el presente caso, si bien debe reconocerse la reserva en lo que atañe a los asuntos propios de la persona jurídica privada que es la Federación Nacional de Cafeteros, **no puede extenderse tal concepto hasta el extremo de hacerla oponible al control que ejerce el Congreso Nacional sobre la función pública, en el caso sub-examine frente a la que cumple la Federación Nacional de Cafeteros en cuanto a la administración de los recursos pertenecientes al Fondo Nacional del Café, los cuales, se repite, son públicos.**”

Por su parte, en la sentencia C-449 de 9 de julio de 1992 –MP. Alejandro Martínez Caballero-, se dijo:

“La Federación Nacional de Cafeteros es, de acuerdo con el artículo 2º de sus estatutos, una persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, de carácter asociativo, de orden gremial que tiene como objetivo principal la defensa de la industria cafetera colombiana. (...)

La Federación es una organización no gubernamental y, en consecuencia, podría constituirse en uno de los **mecanismos de participación de la sociedad civil en la gestión pública**, de conformidad con el inciso 2º del artículo 103 de la Carta.” (Negrillas fuera de texto)

En la sentencia C-308 de 1994 se agregó que:

“Se pueden destacar del pronunciamiento anterior, dos criterios de especial significación en el análisis del tema a saber, que **la inversión de recursos del Fondo "al servicio de la industria cafetera... hace parte de la tarea oficial"**, y que la justificación para que tales recursos se incorporen al presupuesto nacional estriba en el hecho de que ese es "un principio de orden en el manejo de los dineros públicos y en su gasto". Lo que se acaba de señalar supone evidentemente la afirmación por el organismo judicial, de que **las atribuciones asignadas por la ley a la Federación Nacional de Cafeteros son funciones públicas** y, del

mismo modo, que los recursos del Fondo Nacional del Café son ingresos públicos.” (...)

“Debe admitirse entonces, que la Federación Nacional de Cafeteros administra, no obstante tener la condición de persona jurídica de derecho privado, unos recursos públicos que son los que integran el Fondo Nacional del Café. Y debe tenerse en cuenta, así mismo, que dichos recursos se canalizan para **sufragar los gastos e inversiones que demandan la ejecución de los programas que asumió la Federación** como delegataria del Estado "para la defensa, protección y fomento de la industria cafetera colombiana (contrato de 20 de Dic/78), ***actividades estas que indudablemente constituyen funciones públicas.***”¹²⁸ (cursiva y negrillas fuera de texto)

En desarrollo de esta idea, la misma decisión atribuye a esta actividad el carácter de función administrativa, como especie dentro del género función pública. Al respecto señaló:

*“La intervención de los particulares en la gestión de servicios estatales es una de las expresiones más genuinas de la democracia participativa, porque hace real uno de los fines esenciales del Estado que consiste en "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación" (C.P. art. 2), y, además, **permite involucrar en la acción pública a los propios sectores comprometidos e interesados en la prestación del servicio.** Y es, por todo ello, una de las formas que adopta la descentralización administrativa, doctrinariamente reconocida como **"descentralización por colaboración"**.*

“Se busca de esta manera, por razones de eficiencia administrativa, el traslado de las competencias y funciones estatales hacia los beneficiarios del servicio y el acceso a su ejecución de personas que posean medios técnicos o especiales conocimientos en la gestión empresarial.

¹²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-308 de 1994. En el mismo sentido puede observarse la sentencia C - 543 de 2001, M. p. Alvaro Tafur Galvis, consideración 3.2., en donde se consagró: “Entonces, no se trata de apoyar a organizaciones particulares, sino de arbitrar mecanismos idóneos de acción del Estado buscando precisamente la descentralización de la gestión, como lo puso de presente esta Corporación a propósito de la actividad cumplida precisamente por la Federación Nacional de Cafeteros respecto de los recursos que integran el Fondo Nacional del Café al juzgar otras disposiciones legales que como las actualmente sub iudice propenden por el cumplimiento de las funciones estatales respecto de la industria del café.”

“No cabe duda que al trasladarse a la Federación Nacional de Cafeteros el manejo de los servicios que supone el fomento, comercialización y promoción de la actividad cafetera, tuvo en cuenta el legislador de 1927 y luego el de 1940, el poder contar con la colaboración del sector cafetero interesado, por supuesto, en la gestión de los referidos servicios y ofrecerle, con la administración del Fondo, el instrumento de financiación necesario para alcanzar los cometidos sectoriales”.¹²⁹ (Negrillas fuera de texto)

En la sentencia T-118 de 26 de marzo de 1998 –MP. Hernando Herrera Vergara-, se hizo referencia a la anterior providencia, y se agregó que:

“Adicionalmente, a la Federación se le ha reconocido la categoría de un organismo “sui generis, de origen particular, relacionado con la administración por ministerio de la ley, para efecto del cumplimiento de ciertas funciones de interés colectivo, cuyo ejercicio se ha pactado con el gobierno, y que a causa de este ejercicio, administra el empleo de algunos impuestos.”; la cual está destinada a realizar programas relacionados con el fomento, comercialización y promoción de la actividad cafetera, asumiendo como “...delegataria del Estado “para la defensa, protección y fomento de la industria cafetera colombiana (contrato de 20 de Dic/78), actividades estas que indudablemente constituyen funciones públicas.”, y que son adelantadas por el Fondo Nacional del Café, creado por el Decreto 2078 de 1.940, como una cuenta especial, administrado por la Federación con arreglo al contrato suscrito entre ese organismo y el gobierno nacional, haciendo parte la inversión de sus recursos en la “tarea oficial” relacionada con la protección y defensa de esa industria.

De la naturaleza privada y sin ánimo de lucro de la Federación Nacional de Cafeteros se colige que, para el personal que allí labora, **aun cuando se refiera a servicios relacionados con la administración del Fondo Nacional del Café**, se configura un vínculo contractual laboral de orden particular con la misma, **derivado de la naturaleza misma de dicho organismo, no obstante la participación en la realización de funciones públicas a cargo de la Federación.”**

En esta misma línea, en la sentencia T-497 de 4 de mayo de 2000, la Corte Constitucional, desentrañando la naturaleza jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros, señaló que:

“Ahora bien, con todo y que **“las atribuciones asignadas por la ley a la Federación Nacional de Cafeteros son funciones públicas** y, del mismo modo, los recursos del Fondo Nacional del Café son ingresos públicos”, ello no desvirtúa la naturaleza privada que ostenta dicha institución en los aspectos correspondientes a su gestión.

¹²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-308 de 1994.

“Para entender un poco la naturaleza *sui generis* de esta situación, es importante resaltar que si bien los servicios y obligaciones que tiene el Estado pueden cumplirse directamente por las autoridades del nivel central, o a través de mecanismos de gestión por descentralización territorial o por servicios, también pueden lograrse mediante la participación del sector privado con ocasión de un traslado de facultades, según la naturaleza del servicio.¹ En efecto, es entonces posible la intervención de los particulares en la gestión de servicios estatales, especialmente cuando poseen los medios técnicos o conocimientos especiales en la gestión empresarial, no sólo porque hacen posible uno de los fines esenciales del Estado que consiste en facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica de la Nación (C.P. art. 2), sino porque además permite involucrar en la acción pública, a los propios sectores comprometidos e interesados en la prestación del servicio. **Esta forma de descentralización administrativa, es conocida doctrinariamente como "descentralización por colaboración", que puede tener como fundamento una relación contractual de participación voluntaria de un particular, en un servicio estatal.**

“Así las cosas, "al trasladarse a la Federación Nacional de Cafeteros el manejo de los servicios que supone el fomento, comercialización y promoción de la actividad cafetera, tuvo en cuenta el legislador de 1927 y luego el de 1940, el poder contar con la colaboración del sector cafetero interesado, por supuesto, en la gestión de los referidos servicios y ofrecerle, con la administración del Fondo, el instrumento de financiación necesario para alcanzar los cometidos sectoriales.”

Esta función, en cuanto tiene naturaleza administrativa, no obstante ser ejercida por una entidad particular, se encuentra sometida a los principios y las condiciones generales establecidos por el ordenamiento jurídico para este tipo de actividad, idea reiteradamente expresada por la jurisprudencia constitucional, en los siguientes términos:

“No obstante, conviene destacar que en la medida en que **las actividades públicas administrativas** que mediante el contrato se transfieren a la entidad gremial, **tienen el carácter de funciones administrativas** que entrañan una gestión fiscal, y están al servicio de los intereses generales referidos al respectivo sector, **se encuentran sujetas a los principios propios de éstas conforme al artículo 209 de la Constitución** y por tanto en los respectivos contratos deben constar las estipulaciones pertinentes.

“Por el contrario en la medida en que mediante ese mecanismo se provee al fomento de la actividad cafetera se propicia la acción de los particulares y por ello la entidad encargada del recaudo, manejo y ejecución de la contribución parafiscal debe ajustarse a los principios propios de la función administrativa conforme al artículo

209 (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y a los específicos de la gestión fiscal conforme a la Constitución y a la Ley (enunciados en la Ley 610, artículo 3),”¹³⁰

De conformidad con los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, entre los cuales se encuentran algunos de constitucionalidad, resulta indiscutible que la Federación ejerce función administrativa, cuando administra los recursos del FNC, porque, sencillamente, reemplaza al Estado en el cumplimiento de las funciones, asumiendo la realización de actividades públicas, pudiendo, incluso, adoptar decisiones de importancia y alcance nacional, pero también individual o subjetivo, como, por ejemplo, en lo que respecta con la liquidación y cobro de la contribución cafetera, o en la actividad exportadora del grano.

Definido lo anterior, ahora cabe preguntarse de qué manera se puede encomendar, a los particulares, el ejercicio de funciones administrativas. Al respecto, ha dicho la misma jurisprudencia que ello es posible de dos formas: i) mediante contratos o ii) por asignación directa del legislador.

El primer mecanismo se encuentra regulado, actualmente, por los artículos 110 y ss. de la ley 489 de 1998. El segundo está previsto para aquellos casos en que la función no ha sido previamente asignada a una entidad administrativa, sino que se otorgue, de forma originaria, a un particular; modalidad que de manera reiterada se ha utilizado para atribuir funciones administrativas a distintas entidades gremiales. En este sentido último ha dicho la Corte Constitucional que:

“7.4 Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del artículo 6° de la Carta, y que, según el conocido aforismo jurídico *nemo dat quod non habet*, indica que las autoridades administrativas solamente pueden atribuir a los particulares las funciones que son de su competencia. Por lo cual las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios.

“Esta limitación indica, adicionalmente, que la atribución de funciones administrativas que nunca han estado en cabeza de las autoridades administrativas, requiere de norma constitucional o legal expresa y directa, distinta de aquella otra que, como la ley bajo examen, regula de manera general las condiciones de otorgamiento de la función administrativa a particulares. Un ejemplo de esta atribución directa se encuentra en la norma superior que otorga a los notarios el ejercicio de

¹³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-543 de 2001

la función fedante, o en la disposición legal que atribuye a las cámaras de comercio el llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, recopilar y certificar las costumbres mercantiles, etc.”¹³¹

La función atribuida a la Federación pertenece a aquellas que se encomiendan por medio de contrato, porque el decreto 2.078 de 1940 y la ley 11 de 1972 no asignan a la Federación, directamente, la función administrativa, sino que autorizan a la Nación para que contrate con dicho gremio la administración del Fondo. De tal manera que si la Nación no quisiera hacerlo tendría que asumir, personalmente, todas las funciones. En otras palabras, sino se suscribiera un contrato, la Federación no podría reclamar para sí la competencia de administrar los recursos del FNC.

Finalmente, debe aclararse que la atribución de funciones administrativas a la Federación no implica la modificación de su naturaleza privada, ni mucho menos un cambio integral del régimen jurídico al que se encuentra sujeto el giro ordinario de sus actividades. El sometimiento a las normas propias de la función administrativa es exclusivo de aquellas actividades que tengan este carácter, es decir, a las que desarrolla en cuanto administradora de los recursos del FNC; *contrario sensu*, no se aplicarán los principios y requerimientos propios de la actividad administrativa en aquellos actos que realice o celebre en ejercicio de las funciones que no tengan esta naturaleza, sino que se regirán, en principio, por el ordenamiento jurídico propio de la actividad privada¹³².

2. EL CASO CONCRETO

Con fundamento en las ideas precedentes, estudiaré los problemas planteados al Consejo de Estado en los recursos de apelación, para lo cual abordaré, preliminarmente, lo que se encuentra probado en el proceso, para estudiar, a continuación, los cargos planteados. De esta manera quedará clara mi

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia C-866 de 1999, MP. Vladimiro Naranjo Mesa. En el mismo sentido sentencia C-037 de 2003, MP. Alvaro Tafur Galvis.

¹³² En este sentido la Corte Constitucional, en la ya citada sentencia C-543 de 2001, expresó que: “Por lo demás, no sobra advertir que, como lo ha puesto de presente igualmente la jurisprudencia de esta Corte, la investidura de funciones administrativas a organizaciones privadas, no afecta la calidad subjetiva de éstas -continúan siendo personas jurídicas de derecho privado- ni su esfera jurídica propia y por ello en cuanto a ésta han de desenvolverse en el tráfico jurídico en condiciones de igualdad con los demás agentes. Las previsiones del régimen especial se circunscriben entonces, con exclusividad, a la órbita de ejercicio de las funciones públicas transferidas, en el caso la de gestión fiscal de las contribuciones parafiscales, en los términos de la ley que haya creado éstas.”

diferencia con la Sala Plena, quien desafortunadamente erró en una decisión crucial para la moralidad y el patrimonio de la nación.

Recuérdese que, de conformidad con lo analizado en la primera parte de este escrito, la Nación y la Federación vienen celebrando, desde 1940, contratos para la administración del FNC, a cambio de una suma de dinero, en los términos de las normas citadas oportunamente.

El contrato de administración, que interesa para este proceso, se celebró el 12 de noviembre de 1997, por un término de 10 años, contados a partir del primero de enero de 1998 –Cls. 23 y 28-, y su objeto fue “... regular la administración del FNC por parte de la Federación de Colombia...” –Cl. 1-.

En el contrato se reconoce que el FNC es una cuenta de naturaleza parafiscal, constituida por recursos públicos, y que el Comité Nacional de Cafeteros, integrado por representantes del Gobierno y del gremio cafetero, es la máxima autoridad de dirección del Fondo. Además, como instancia asesora para el Comité, en el contrato se crearon tres Comisiones Asesoras y un par de Asesores del Gobierno, cuya tarea es rendir conceptos que contribuyan a tomar las mejores decisiones en cada materia –Cls. 5 y 6-.

El contrato también contempla la obligación de crear un procedimiento de contratación especial, que debe emplearse cuando la Federación contrata, con terceros, la ejecución de las actividades descritas anteriormente –cl. 8, par. 2, y cl. 16-. Esta disposición refleja, fielmente, la especial preocupación, por parte de la Nación, de regular la manera como la Federación debe escoger a los contratistas.

En este sentido, la cláusula 16 dispone que el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebre la Federación, con terceros, será el de derecho privado y la reglamentación que expida el Comité Nacional de Cafeteros. Agrega que la escogencia de los oferentes se hará con base en los principios de transparencia y selección objetiva, entre otras previsiones que se comentarán más adelante.

El contrato también contempla un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que aplican en aquellos casos en que la Federación contrata con terceros, en representación del Fondo –cl. 17-. Así mismo, se ocupa del régimen presupuestal de los recursos que administra la Federación, definiendo algunos principios orientadores y la manera como se debe elaborar y ejecutar el presupuesto -cls. 10 a 15-.

Finalmente, entre otros temas regulados en el contrato, se ocupó de esclarecer que los empleados de la Federación, que ejerzan funciones relacionadas con la administración del Fondo, son sujetos disciplinables según las normas públicas que aplican a los servidores públicos –cl. 18-.

Pero no haré un análisis de legalidad específico sobre este contrato, pues no es el objeto de la acción popular; sino que me enfocaré en el estudio del negocio jurídico de explotación de la marca y de funcionamiento de las Tiendas

Juan Valdez, celebrado por la Federación en desarrollo del acuerdo de administración del FNC.

2.1. Lo probado en el proceso.

2.1.1. Se probó en el proceso que el Comité Ejecutivo de la Federación - órgano directivo de ésta- emitió, el 9 de septiembre de 2002, un concepto favorable a la Gerencia para llevar a cabo el proyecto de Tiendas de Café, en la forma expuesta a continuación, y para contratar con BANCOLDEX un crédito, hasta por la suma de \$6.000 millones, con destino a sufragar los gastos iniciales que demande su realización.

En el curso de la sesión, el Gerente de la Federación informó al Comité Ejecutivo su asistencia, la semana anterior, tanto a la firma del Acuerdo de Apoyo Gubernamental a la Caficultura, que se llevó a cabo en la Casa de Nariño, como a la reunión del Consejo de Ministros, en los que se venía trabajando en el lanzamiento de un proyecto de promoción al café 100% colombiano, basada en la apertura de tiendas, para la atención directa al consumidor final "... para el cual el Gobierno ha ofrecido a la Federación un crédito a través de BANCOLDEX, en cuantía de 6.000 millones con bajos intereses y plazo largo con destino a desarrollar dicho proyecto promocional", y que la idea era que la Federación llevara a cabo la iniciativa de abrir cuatro Tiendas, a manera de centros pilotos, con diferentes formatos y modelos, en Bogotá, Medellín, Cartagena y Miami, y que se inaugurarían el 15 de diciembre próximo.

Agregó que una vez iniciada la operación de las Tiendas piloto, y establecido qué tipo de modelo resulta más eficaz y productivo, el proyecto se convertiría en una realidad empresarial, donde podrían participar todos los colombianos residentes en el país o en el exterior, y que el trabajo conjunto de la Federación y de PROEXPORT transformarían ese esfuerzo en una compañía del sector privado, abierta para que todos aquellos que deseen invertir lo puedan hacer, y que "... en diciembre del año próximo se espera tener una empresa capitalizada con cerca de US \$100 millones para salir a conquistar el mundo de los consumidores de café de la mano de la excelente calidad de nuestro café y el alto reconocimiento de las marcas Juan Valdez y 100% café de Colombia".

Agregó el Gerente de la Federación que se trataba de un proyecto que se venía estudiando, sobre el cual existían varios estudios, entre ellos el realizado por la firma VIOLY MC'AUSLAND, en asoció con el señor Rudolf Hommes, y por una firma mexicana, y que, en principio, se pensaba utilizar las instalaciones que la Federación tiene en arrendamiento en el Aeropuerto el Dorado, en el puente aéreo y en la casa que ocupa la Federación en Cartagena, para convertirlas en plaza del café. Continuó diciendo que "... el Comité tras amplio análisis, emitió concepto favorable a la Gerencia para llevar a cabo el proyecto de tiendas de café en la forma anteriormente expuesta y para contratar con BANCOLDEX un crédito hasta la suma de \$6.000 millones con destino a sufragar los gastos iniciales que demande su realización" - Certificación del 15 de noviembre de 2002, expedida por el Secretario General de la Federación. Fls. 78 fte. y vuelto, Cdo.1-.

2.1.2. *Posteriormente, el 19 de noviembre de 2002, se constituyó la sociedad PROCAFECOL SA., de acuerdo con las nuevas políticas de comercialización de la Federación, dirigidas a implementar mecanismos para comercializar el café colombiano en nuevos mercados y obtener un mejor valor para el caficultor colombiano.*

Como objeto social se estableció la comercialización de café colombiano, en todas sus formas, la creación de las tiendas de café para administración directa o a través de terceros, el otorgamiento de franquicias de las tiendas de café, la venta de bebidas de café, café tostado, molido y en grano a nivel nacional e internacional, la venta de artículos de mercadeo relacionados con el café y/o con las marcas utilizadas por la sociedad.

La sociedad la constituyeron la Federación y los señores Guillermo Trujillo Estrada, Juan Carlos Rojas Irragorri, Claudio Arango Villamizar y Camila Pinzón Rodríguez, pactándose como término de duración 50 años, contados a partir de la fecha de su constitución, prorrogable por un tiempo igual, antes de su vencimiento.

El capital autorizado fue de mil millones de pesos. En cuanto a la suscripción y pago del capital, se indicó que de las 1000 acciones ordinarias, fueron suscritas y pagadas 500 acciones. De ellas, el 94% correspondieron a la

Federación y el 6% restante a los señores Juan Carlos Rojas Irragorri, Claudio Arango, Camila Pinzón y Guillermo Trujillo Estrada.

La escritura de constitución se registró en la Cámara de Comercio de Bogotá, el 29 de noviembre de 2002, figurando a su cargo 5 establecimientos de Comercio, denominados “Tienda de Café Juan Valdez.

2.1.3. *El 23 de diciembre de 2002 sesionó el Comité Nacional de Cafeteros. Consta en el Acta de esta sesión la solicitud formulada al Ministro de Hacienda, por parte del Gerente General de la Federación, con el fin de que autorizara a PROCAFECOL SA., o cualquier otra sociedad que tuviere un objeto social igual o similar a dicha firma, “... y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales registradas en Colombia y el exterior que hacen parte de los activos del FNC.”*

Se dejó constancia, asimismo, que el Ministro de Hacienda autorizó a dicha sociedad para usufructuar las marcas comerciales, y hacer la comercialización, promoción y publicidad del café colombiano alrededor del mundo, “... en consecuencia el señor Ministro de Hacienda autorizó igualmente a la gerencia para suscribir el documento que se anexa a la presente, el cual deberá llevar su firma y la de la Gerencia General de la Federación, mediante el cual se reglamenta la autorización para dicho usufructo”.

Finalmente, el Gerente de la Federación manifestó que procedería a contratar un asesor externo e independiente, para que estimara la suma que la Federación, como entidad de derecho privado, debía reconocer y pagar al FNC, por el usufructo de dichas marcas -certificación suscrita por el Secretario General de la Federación, de 22 de abril de 2004. Fls. 151 y 152, Cdno. 1-.

2.1.4. *Posteriormente, el 17 de julio de 2003, el Gerente de la Federación solicitó al Comité modificar la autorización impartida el 23 de diciembre de 2002, en relación con el uso de las marcas comerciales “Juan Valdez” y el logotipo “100% café de Colombia”, en el proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez, “... para que quien imparta la autorización sea el Comité Nacional, con el voto expreso y favorable del Ministro de Hacienda y no*

únicamente el Ministro, en nombre del Gobierno, como se solicitó en la precitada sesión del 23 de diciembre de 2003”.

En esa oportunidad se indicó que, en estricto sentido, era el Comité Nacional el órgano que debía aprobar la cesión del uso de marcas, de propiedad del FNC, y que de todas formas cualquier decisión que se tome, sobre el costo de licenciamiento, es retroactivo al funcionamiento del proyecto de las tiendas, desde su inicio, por lo que procederá a contratar un asesor externo e independiente, con el fin de que estime la suma que la Federación, como entidad de derecho privado, debe reconocer y pagar al FNC, por el usufructo de tales marcas.

“... fue así como la Federación procedió a contratar el estudio sobre la estrategia de propiedad intelectual con FUTURE BRAND, una de las firmas más reconocidas a nivel internacional, en la evaluación, manejo y diseño de estrategias en esta materia”. Finalmente, se dejó constancia de que el Comité, con el voto expreso y favorable del Ministro de Hacienda, modificó la autorización otorgada al Gerente de la Federación, en la sesión del 23 de diciembre de 2002 y, en consecuencia, autorizaba para que PROCAFECOL SA., o cualquier otra sociedad que tenga objeto igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales registradas en Colombia y el exterior, que hacen parte de los activos del FNC “... reconociendo a éste el valor de la contraprestación que resulte del estudio contratado”. -Acta No. 5 del 17 de julio de 2003, fls. 153 y 154, Cdo. 1-.

2.1.5. *El 16 de enero de 2004, en escrito dirigido por la Gerente Financiera de la Federación a PROCAFECOL, le manifestó que la Federación, como administradora del FNC, había accedido, con expresa autorización del Comité, a que PROCAFECOL SA. utilizará en su concepto de negocios de tiendas de café, los desarrollos marcarios asociados con las Tiendas de Café Juan Valdez, y que en la medida en que PROCAFECOL había utilizado las marcas desde el mes de diciembre de 2002, en sus establecimientos en Colombia, “... hemos considerado pertinente que esa compañía le cancele al Fondo, a manera de adelanto pendiente de liquidación final, una suma equivalente a US \$20,000 más el 2.5% sobre el valor de sus ventas brutas*

hasta el 31 de diciembre de 2003 como compensación por el uso de las marcas en cuestión, que son propiedad del Fondo”.

Se aclaró que los valores citados son preliminares, y que podían modificarse una vez los expertos internacionales, encargados de la valoración de las regalías por uso marcario, presenten los estudios de arquitectura marcaria y referenciación competitiva, para efectos de la valoración definitiva de regalías -Oficio de 16 de enero de 2004, fl. 792, Cdno. 2-.

2.1.6. El 12 de febrero de 2004, PROCAFECOL SA. dio respuesta a la anterior comunicación, adjuntando 3 cheques i) por concepto de pago, a título de anticipo, del derecho inicial al uso de las marcas, por valor de \$57'295.800; ii) por las regalías para el Fondo del 1.5% del valor de las ventas de PROCAFECOL por el uso de las marcas durante el período diciembre 14 de 2002 a diciembre 31 de 2002, \$37'294.919; iii) por contribución de publicidad del FNC, correspondiente al 1% del valor de las ventas, \$24'863.279; para un total de \$119'453.998 -Oficio PDCC-053 de 12 de febrero de 2004, fls. 238 a 248, Cdno. 1-.

2.1.7. *El 28 de julio de 2004 el Secretario General de BANCOLDEX informó que no concedieron créditos a la Federación, durante los años 2002 a 2004, para la implementación, lanzamiento y desarrollo del programa de apertura de tiendas de café -Oficio No. SEG 011706 de 28 de julio de 2004, fls. 751 y 752, Cdno. 2-.*

2.1.8. *El 3 de agosto de 2004, en la sesión del Comité Nacional de Cafeteros, el Gerente General de la Federación informó que en la reunión del 9 de julio de 2004, durante la presentación del tema “Estrategia de manejo de marcas y licenciamiento”, el estudio de valoración de regalías, elaborado por la firma FUTURE BRAND, quedaría terminado a finales del mes, y que había recibido una comunicación en la que se daba a conocer los resultados de la fase I, respecto a las tasas de regalías aplicables a los diferentes proyectos de valor agregado, y que fijaba frente al proyecto de Tiendas en Colombia una tasa de regalías de 3.4% de las ventas totales en Colombia, más gastos de mercadeo de 2%, durante los años 1 a 4, y 1% de ahí en adelante.”*

Comentó, de acuerdo con lo anterior, que para el caso de las tiendas en Colombia, las regalías para el FNC serían del orden del 5.4% anual, en

comparación al 2.5% que se viene aplicando "... con lo que la Federación deberá ajustar la tasa de regalías de acuerdo al concepto anterior".

También señaló que con el concepto emitido por FUTURE BRAND "se podría proceder a documentar el contrato entre el FNC y PROCAFECOL", propuesta que fue acogida por el Comité, señalando que se ordenaría al Comité de Marcas y Patentes de la Federación elaborar el correspondiente contrato -Certificación expedida por el Secretario General de la Federación el 11 de agosto de 2004, fls. 1009 y 1010 Cdo. 2-.

Estimó que, en consecuencia, PROCAFECOL debía pagar, por concepto de regalías, con carácter retroactivo, una suma que actualizada a la tasa comercial de DTF más cuatro (4) puntos equivale a \$179'004.800, que corresponde a la diferencia actualizada entre el valor arrojado por el informe de FUTURE BRAND, y lo cancelado por PROCAFECOL SA. hasta la fecha -Acta No. 2 de agosto 3 de 2004, fls. 1011 y 1012, Cdo. 2-.

2.1.9. *El 6 de septiembre de 2004 la Federación, obrando en nombre del FNC, y representada por el señor Luis Genaro Muñoz Ortega, primer Gerente Auxiliar, y la Sociedad PROCAFECOL SA., representada por su Gerente Luis Fernando Ocampo, celebraron el contrato de licencia de uso de marca, respecto de las marcas Juan Valdez y sus aplicaciones marcarias.*

El licenciatarario se comprometió a reconocer los valores indicados a continuación: La suma de veinte mil dólares (US\$20.000) por su equivalente en pesos a la tasa representativa del mercado del día 31 de diciembre de 2002 "... fecha en la que se realizó el pago, es decir la suma de cincuenta y siete millones doscientos noventa y cinco mil ochocientos pesos \$57'295.800 y que en consecuencia la Federación declara recibida a satisfacción como derechos iniciales".

Para las ventas en el territorio de la República de Colombia, el 3.4% del valor bruto de las ventas totales de productos, y demás bienes y servicios que se comercialicen en dicho establecimiento, o en conexión con el proyecto de Tiendas Juan Valdez, desde el primer día en que empezó a operar el licenciatarario y su concepto de negocio; y para ventas en el territorio de la República de Colombia, como gastos de promoción, el 2% sobre el valor bruto de las ventas totales de productos y demás bienes o servicios que se lleven a

cabo en cada uno de dichos establecimientos, en los años 1 a 4 contados desde el primer día de operación en ese territorio, y después del cuarto año de operación el porcentaje se reducirá al 1%. Respecto de las otras ventas que se realicen, en conexión con el proyecto de tiendas de café Juan Valdez, el porcentaje del 2% se reconocerá sobre el valor bruto de tales ventas durante los años 1 a 4, contados desde que empezó a operar el licenciatario, después del cuarto año el porcentaje se reducirá al 1%.

2.1.10. *También se acreditó en el proceso, según certificación expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, que las marcas “Juan Valdez” y “100% Café Colombiano” están registradas en dicha entidad. No obstante, figura como “titular actual” la Federación Nacional de Cafeteros –fls. 805 y ss. Cdno. ppal.-.*

2.2. La violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, en el caso concreto.

2.2.1. Régimen jurídico contractual aplicable a la Federación.

El problema central del proceso, para los actores, gira alrededor de la forma como se celebró el contrato de licenciamiento de la marca, entre la Federación y PROCAFECOL SA., porque no se aplicó el procedimiento jurídico previsto para ello. Analizaré este argumento a continuación.

2.2.1.1. Régimen contractual contemplado en la ley 489 de 1998. Con posterioridad a la celebración del contrato de administración del FNC, que actualmente está vigente, se expidió la ley 489 de 1998, por medio de la cual se regula la estructura de la rama ejecutiva y su organización administrativa.

Los arts. 110 y ss. de dicha ley disponen la manera como se escoge al particular que ejerce función administrativa¹³³, exigiendo la realización de una convocatoria pública, que tenga en cuenta los principios de la ley 80 de 1993.

¹³³ Dispone esta norma: “Art. 110. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, *salvo disposición legal en contrario*, bajo las siguientes condiciones:

“La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.

“Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

Sin embargo, esta norma avanzó un poco más en la regulación de la materia, y dijo, de manera novedosa, que el régimen contractual aplicable al particular escogido por la administración es el estatuto general de contratación estatal. La novedad, sin embargo, no se extiende al tratamiento de los actos unilaterales, pues desde hace bastante tiempo la doctrina y la jurisprudencia habían dispuesto que se regían por el Código Contencioso Administrativo. No obstante, esta misma exigencia no se había hecho en materia contractual, la cual quedó en los siguientes términos:

Art. 112. REGIMEN JURIDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS.

La celebración del convenio y el consiguiente ejercicio de funciones administrativas no modifica la naturaleza ni el régimen aplicable a la entidad o persona privada que recibe el encargo de ejercer funciones administrativas. No obstante, los actos unilaterales están sujetos en cuanto a su expedición, y requisitos externos e internos, a los procedimientos de comunicación e impugnación a las disposiciones propias de los actos administrativos. **Igualmente si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas, los mismos se sujetarán a las normas de contratación de las entidades estatales.** (Negrillas fuera de texto)

Esta norma es especialmente simbólica, dogmáticamente hablando, porque supone un quiebre a las modernas teorías de las organizaciones públicas, y de las privadas que ejercen función administrativa, bastante consolidadas en nuestro país y en el derecho comparado, pues impone el régimen jurídico contractual público a los particulares que ejercen función administrativa, normatividad que en el pasado no era aplicable a ellos, por regla general, porque la ley 80 de 1993, y sus modificatorias, no incluía a estas instituciones como destinatarias de sus normas¹³⁴.

“Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.

“La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio, *si fuere el caso.*” (Los apartes resaltados fueron declarados inexequibles mediante la sentencia C-866 de 1999)

¹³⁴ El artículo 2 de la ley 80 señala cuáles son las entidades a las que se aplica la ley 80 de 1993, entre las cuales no figuran los particulares que ejercen función administrativa. Dice esta norma que:

“Art. 2. DE LA DEFINICION DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PUBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en

Lo especialmente interesante del fenómeno se comprende mejor si se tiene en cuenta que la tendencia administrativa moderna se ha orientado hacia la aplicación del derecho privado, en materia contractual, a las administraciones públicas típicas, fenómeno que se ha denominado universalmente como la “huida del derecho administrativo”¹³⁵.

las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos. (...)”

“PARAGRAFO. Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades.”

Esta norma fue complementada, luego, por el art. 110 del decreto 111 de 1996 –estatuto presupuestal- que amplió el número de órganos con competencia para celebrar contratos. Dispone esta norma que:

“Art. 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cuál hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.

“En la sección correspondiente a la rama legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la rama judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

“En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, asambleas y concejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica:

“En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación (Ley 38/89, artículo 91. Ley 179/94, artículo 51).”

¹³⁵ ANTONIO TRONCOSO REIGADA dice sobre esta tendencia mundial: “Cuál es la causa que está detrás de la decisión del legislador de huir hacia formas y técnicas de Derecho privado? Básicamente, la convicción de que la buena marcha de determinadas actividades públicas de carácter económico requiere de unas organizaciones con cierta autonomía, que se rijan por criterios de tipo empresarial y que se responsabilicen directamente de los resultados de su actividad.

“El uso del derecho privado por la administración es, por tanto, una consecuencia del aumento de sus funciones, y, en especial, de la asunción por parte del Estado de la iniciativa en la actividad económica con la finalidad de crear un tejido industrial o para la prestación de servicios públicos. Esto ha obligado a modificar la forma y el régimen jurídico de la administración para adaptarla a

Por el contrario, esta disposición contiene una especie de “retorno al derecho administrativo”, lo cual indica que, en lugar de reducirse el campo de aplicación del estatuto contractual público¹³⁶, se expandió su aplicación a entes que anteriormente no estaban cobijados por esta norma. De este modo, a partir de la entrada en vigencia de la ley 489 de 1998, quedaron sujetos a la ley 80 los particulares que cumplen función administrativa.

Aplicado el tema al caso concreto, la Sala Plena señaló –sin fundamentar esta postura- que la Federación de Cafeteros se rige, en materia contractual, por el derecho privado. En tal sentido afirmó:

“La ejecución de las actividades y proyectos con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café corresponde directamente a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia o, por vía de contrato, a terceros, caso en el cual el régimen de contratación es el propio del derecho privado y el fijado en el Estatuto de Contratación adoptado por el Comité Nacional de Cafeteros (Resolución 08 de 30 de octubre de 2000).

Se trata de un severo yerro de la providencia, pues debo aclarar, no obstante, que la inteligencia de la norma arriba citada enseña que sólo en la medida en que los acuerdos que celebre el particular, que guarden relación directa con el ejercicio de la función administrativa, se regirán por las normas públicas de contratación. Los demás contratos, esto es, cuando el particular ejerce su actividad privada, se regirán por las normas comunes.

sus nuevas funciones. El ordenamiento jurídico privado parece a priori el más apropiado a la figura del operador público que realiza una actividad económica.

“Se piensa que los procedimientos administrativos ordinarios son rígidos e inadecuados para regular determinadas actividades de la Administración, que los continuos controles e intervenciones que implica el derecho público restan eficacia a la acción administrativa, que el régimen administrativo y retributivo del personal al servicio de las Administraciones públicas facilita “la fuga de las mejores cabezas hacia la empresa privada”, que la regulación pública de los contratos y de los procedimientos administrativos de selección de contratistas, con sus principios de concurrencia y publicidad, son perjudiciales cuando de lo que se trata es de contratar flexiblemente y con quien sea más interesante de acuerdo con criterios empresariales.

“Se pretende conceder a los entes administrativos la misma libertad en el desarrollo de su actividad de la que gozan los propietarios en la gestión de sus negocios para participar así de la mayor eficacia de aquellos. El acercamiento al mundo privado y al actuar privado requiere la utilización del ordenamiento jurídico que regula la actividad de los particulares. Por ello, más que una huida del Derecho administrativo, lo que se produce es una búsqueda del derecho privado, para así lograr la libertad y la flexibilidad deseada. Lógicamente esto es a costa de una atenuación del principio de legalidad, que encauza cualquier actividad de la administración, y de limitar los controles que implica el Derecho público.” -Privatización, empresa pública y Constitución. Ed. Marcial Pons. Madrid. Págs. 49-50-

¹³⁶ La reducción del campo de aplicación de la ley 80 se explica por la tendencia legislativa, durante los años 1994 a 2001, de autorizar a algunas entidades estatales que no se rigieran por la ley 80 de 1993, sino por el derecho privado.

En este sentido, se expidieron leyes como la 100 de 1993 –hospitales-, 142 de 1994 –servicios públicos domiciliarios-, 182 de 1995 –televisión-, entre otras, que marcaron una tendencia acentuada, al constituir los denominados por la doctrina nacional “régimenes especiales” –en España conocidos como “régimenes excluidos”-.

En este orden de ideas, considero que con la entrada en vigencia de esta norma, el contrato de administración del FNC -de noviembre de 1997- resultó influido por la nueva disposición, por ministerio de la ley, pues al paso que aquél dispone –en la cl. 16- que el régimen jurídico aplicable a los contratos que se celebren para dar cumplimiento de las obligaciones de la Federación es el derecho privado, lo cual se ajustaba a la normatividad vigente en dicho momento, la ley 489 estableció un nuevo régimen jurídico, que se impone a todo particular que cumple funciones administrativa. Esta norma es aplicable al caso concreto, por varias razones:

De un lado, porque el régimen contractual –público o privado- lo define la ley, no las partes del negocio jurídico, de manera que por tratarse de una norma de orden público, una vez entró en vigencia vinculaba a sus destinatarios.

Esta idea exige una precisión adicional. Bien pueden las partes de un negocio acordar que los contratos que se rigen por el derecho privado se sometan a procedimientos complejos de formación, cuya inobservancia generaría un incumplimiento del mismo; pero lo que no se puede admitir es que las partes alteren el régimen contractual, cuando la situación es la inversa, es decir, cuando la ley prevé, por ejemplo, el régimen público de contratación, y las partes pretenden desatenderlo, para acogerse a otro sistema, como el privado.

En el caso concreto, encuentro que para la fecha de celebración del negocio de licencia marcaría, con PROCAFECOL SA., ya existía una ley que disponía que los particulares que cumplen funciones administrativas deben sujetar los contratos que celebren, en nombre del Estado, a la ley 80 de 1993, luego la Federación no podía ampararse en que el contrato de administración del FNC –de 1997- preveía que su régimen contractual era el derecho privado, pues se desconocería que es la ley quien soberanamente puede establecer el régimen aplicable a un sujeto jurídico determinado.

De otro lado, el hecho de que la Nación y la FEDERACION hayan acordado, en el contrato de administración del Fondo, que el régimen contractual con base en el cuál éste debía celebrar los contratos que desarrollaran las actividades a ella encomendadas, fuera el derecho privado, no significa que esto pertenezca al régimen sustantivo del negocio¹³⁷. En otros términos, las partes no pueden alegar que en 1997 el régimen contractual era el derecho privado, y que por tanto así debe permanecer durante la vigencia del negocio jurídico. El error de este argumento radica en que las partes de un contrato no pueden definir el régimen jurídico aplicable a los negocios que hacia el futuro celebre una de las

¹³⁷ Dispone el art. 38 de la ley 153 de 1887 que “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

“Exceptúanse de esta disposición:

“1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

“2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.”

partes, en nombre de la otra, porque claramente se trata de una materia reservada a la ley.

En este sentido, el legislador puede modificar esta materia, a su arbitrio razonable, y los contratos futuros deberán seguir los procedimientos y requisitos que se defina en esa oportunidad.

Estas dos ideas gobiernan el caso concreto, pues la ley modificó, soberanamente, la forma de celebrar los contratos que desarrollan la función administrativa, en manos de particulares, cuando contratan con recursos públicos, norma que aplicaba a los contratos que se celebraran en el futuro. Este es el caso del “*contrato verbal*” que celebraron PROCAFECOL SA. y la Federación, el cual se acordó y empezó a ejecutar en el año 2002, es decir, 4 años después de entrar en vigencia de la ley 489, y que por cierto no podía ser verbal sino por escrito.

Finalmente, esta norma también era aplicable a la Federación porque la ley 489 tuvo por objeto, entre otros, regular, bajo la vigencia de la nueva Constitución Política, el ejercicio de la función administrativa. En este sentido, dicen los art. 1 y 2 de dicha norma que:

“ARTICULO 1o. OBJETO. **La presente ley regula el ejercicio de la función administrativa**, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública.

“ARTICULO 2o. AMBITO DE APLICACION. **La presente ley se aplica a todos** los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y **el ejercicio de funciones administrativas**, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos **y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas**.

“PARAGRAFO. Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política. (Negrillas fuera de texto).

Estas normas fueron las que, finalmente, desarrollaron la manera como se debe ejercer la función administrativa, tal como se lo encomendó el Constituyente al legislador en el art. 210, el cual dispone que:

Art. 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta,

con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. (...)

La ley a que se refiere esta norma es la 489, de manera que a ella no puede escapar la Federación, salvo en lo que estuviera regulado de manera especial y diferente en otra ley. Entre otras cosas, de sus disposiciones se deduce el propósito unificador del legislador sobre la materia, lo cual tampoco es obstáculo para que existan regulaciones diferentes, en leyes especiales, sobre ciertos temas tratados en la ley.

En este sentido, encontró que la ley 9 de 1991 autorizó al Gobierno para celebrar contratos con la Federación, con el propósito de administrar el FNC, de manera que se trata de una excepción a la regla prevista para seleccionar a los particulares que ejercen la función administrativa –la ley 489 exige que se adelante un concurso público-. No obstante, la ley 489 también regula, además de este tema, el régimen jurídico de los actos y contratos –art. 112-, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los representantes de las entidades privadas que ejerzan la función administrativa –art. 113- y el control sobre la función misma, a cargo de la entidad que celebra el contrato –art. 114-.

Entiendo que las materias sobre las cuales no existe incompatibilidad con el régimen legal previsto con anterioridad –leyes 9 de 1991 y 101 de 1993- para la administración del FNC, son aplicables a la Federación, pues de no ser así quedarían al margen de la regulación general de la función administrativa, cuando las nuevas normas no chocan con las preexistentes, pues no regularon estos aspectos.

En particular, lo que se advierte es que ni la ley 9 de 1991 ni la ley 101 de 1993 regularon el régimen jurídico de los actos unilaterales, ni de los contratos, ni el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ni el control a la gestión del particular, de modo que mal podría decirse que en estos temas la Federación continúa rigiéndose por las normas anteriores, a sabiendas de que nada existe al respecto.

Incluso, el tema no se puede plantear a la luz de la problemática de la vigencia de las leyes en el tiempo, o de su aplicación por la especialidad, pues es claro que las leyes 9 de 1991 y 101 de 1993 no regulan estas materias, luego no se puede plantear una contradicción entre normas anteriores y posteriores, o entre normas especiales y generales, sencillamente porque no existe oposición. En este sentido bien se puede decir, acerca de las antinomias, que:

“... Siguiendo a Alchourrón y Bulygin se presenta una antinomia, contradicción o inconsistencia entre dos normas cuando correlacionan un caso con dos o más soluciones y lo hace de tal forma que la conjunción de estas soluciones constituye una contradicción normativa. Ello permite establecer tres condiciones para la existencia de antinomias jurídicas: primero, que las normas

inconsistentes pertenezcan al mismo sistema jurídico; segundo, que las dos normas se refieran al mismo caso, en el sentido de que tengan el mismo ámbito de validez; tercero, que las normas inconsistentes imputen al caso soluciones lógicamente incompatibles.

Además de sus condiciones, las antinomias pueden ser de varios tipos. Siguiendo el modelo de Rosss tenemos: 1) la inconsistencia "total-total" (o "incompatibilidad absoluta") que se produce cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra. Si las hipótesis de hecho de cada norma fueran simbolizadas con un círculo, habría inconsistencia de este tipo si ambos círculos coincidieran completamente. 2) La inconsistencia "total-parcial" (o "inconsistencia entre la regla general y la particular") que se produce cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que esta última tienen un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto la primera. Esta inconsistencia puede ser representada gráficamente mediante un círculo que se encuentra dentro del otro. 3) La inconsistencia "parcial-parcial" (o superposición de reglas), que se produce cuando cada una de las dos normas tienen un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos. Esta inconsistencia puede ser representada gráficamente mediante dos círculos secantes.

Para resolver las antinomias entre dos o más normas la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de criterios que en la gran mayoría de los sistemas jurídicos actuales han sido recogidos explícitamente en algunas de sus normas legisladas. Es así como se establece, en primer lugar, el criterio jerárquico o principio *lex superior derogat inferiori*, de acuerdo con el cual siempre que se presente incompatibilidad entre dos normas prevalecerá aquella que sea jerárquicamente superior, lo que supone que el derecho está estructurado de tal forma que sus normas no están ubicadas en un mismo plano sino en planos diferentes. Un segundo criterio es el cronológico o principio *lex posterior derogat priori*, que resuelve la inconsistencia haciendo prevalecer la norma que haya sido promulgada en último término. En último término, las antinomias pueden ser resueltas a través del criterio de especialidad o en principio *lex specialis derogat generali*, conforme al cual de dos normas incompatibles, la una cuyo contenido sea general y la otra cuyo contenido sea especial, prevalecerá la segunda. Que una norma tenga un contenido especial puede significar, por un lado, que tienen menor extensión material, esto es, que es una norma concreta frente a una norma abstracta, o, por otro lado, que tienen una menor extensión personal, en otras palabras, que es una norma particular frente a una norma general, o, finalmente, que tienen una menor extensión espacio-temporal.

A pesar de que buena parte de los casos de antinomia estos criterios pueden cumplir una función efectiva, no hay que creer, tal como lo pone de presente Nino, que tengan el carácter de leyes lógicas, "puesto que su aplicación está sujeta a evaluaciones pragmáticas,

que dan lugar a excepciones irregulares”. Ello se patentiza cuando, por un lado, se presenta una insuficiencia de los criterios, lo cual se produce porque las dos normas en conflicto son contemporáneas, están ubicadas en el mismo nivel de la jerarquía normativa y son ambas generales; o cuando, por otro lado, las soluciones ofrecidas por dos o más criterios son también, a su turno, contrarias entre sí (lo que puede denominarse conflicto de segundo nivel”). En estos casos de insuficiencia o de conflicto entre criterios para solucionar las antinomias, aunque se puedan determinar algunas pautas para resolverlos (por ejemplo, dar cierto predominio al criterio *lex superior* en caso de conflicto con los otros dos, será el juez quien a la postre-utilizando otros criterios de la interpretación-optará por uno u otro en su decisión.”¹³⁸

En conclusión, el art. 112 de la ley 489 es aplicable a la Federación, al igual que las demás normas del mismo estatuto que regulan temas nuevos, no tratados en las leyes anteriores, y por tanto, con sujeción a la ley 80 de 1993 debió celebrar, a partir de su entrada en vigencia, los contratos que desarrollan la función administrativa encomendada desde 1997.

En otro sentido, también se da por descartado que la Federación haya intervenido, en éste negocio, en nombre propio y en ejercicio de sus actividades privadas –teniendo en cuenta que esta institución no ejerce constantemente la función administrativa-, caso en el cual el régimen contractual sería el derecho privado. El tema no admite siquiera discusión, porque el objeto del negocio fue dar en usufructo algunas marcas de propiedad del FNC, es decir, que se trata de recursos y bienes públicos, luego la aplicación del art. 112 citado es incuestionable.

Por lo anterior, considero que la Federación violó dicho estatuto contractual, porque no lo aplicó, debiendo servirse de los procesos de contratación previstos en el –contratación directa o licitación, según el valor del contrato-, pues la ley 489 era de aplicación inmediata desde la fecha en que empezó a regir.

Además, está probado en el proceso que la Federación omitió los demás requisitos previstos en la ley 80 de 1993, debiendo observarlos rigurosamente. Tal es el caso del deber de que el contrato conste por escrito, que para su ejecución se constituyan y aprueben las pólizas correspondientes –art. 41¹³⁹-, entre otras exigencias que no es del caso comentar en detalle, porque la Federación omitió, por completo, la aplicación de esta norma, violándola plenamente.

¹³⁸ UPRIMI YEPES, Rodrigo, RODRIGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. Interpretación Judicial. Módulo de autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá 2003, p. 163-164.

¹³⁹ Dispone el art. 41 que “DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.”

En conclusión, y a diferencia de la Sala, que no abordó el estudio de este tema con la profundidad que se requería, resulta incuestionable que la Federación omitió todo el proceso de licitación pública, y los requisitos de perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales, incurriendo en una violación injustificable al ordenamiento jurídico, pues adjudicó directamente un contrato que, en la ley 80 de 1993, exigía realizar un procedimiento más complejo de selección.

Igualmente, se violó el deber de planeación, que exige que la celebración de los contratos se ajuste a un programa bien diseñado, y también a una previa determinación y ponderación de los aspectos esenciales del negocio, bien definidos y soportados en estudios y diseños, concebidos con la anticipación necesaria para que no resulte improvisada la asignación de los contratos y las condiciones en que se pactan las obligaciones donde se comprometen los recursos públicos.

2.2.1.2. Régimen contractual contenido en el reglamento interno de la Federación. Pese a que el anterior análisis sería suficiente para resolver el problema planteado en el proceso, además de que es el correcto y preciso para el caso concreto -por ello me inclino por él-, en todo caso vale la pena considerar la misma situación, pero sólo en gracia de discusión, a la luz del estatuto contractual interno que se había dictado la Federación, vigente para el año 2002.

Lo anterior debido a que la Sala Plena no exigió la aplicación de la ley 80 de 1993 –lo cual es indicativo del error de la decisión-, norma que rige a la Federación Nacional de Cafeteros en el caso concreto, según se acabó de analizar, sino que estudió el estatuto contractual interno de la Federación. No obstante esto, mostraré que el resultado debió ser el mismo, es decir, que incluso de aplicarse este reglamento, el contrato cuestionado tampoco se ajustó a él, y por ende la solución del caso sería la misma.

La necesidad de hacer este estudio, pese a la suficiencia jurídica y práctica del anterior razonamiento, radica en la importancia de dar solución teórica a todos los problemas planteados a lo largo del proceso, además de que la Federación y la Sala Plena consideran que su norma interna era el estatuto contractual propio. En efecto, señaló la Sala que:

“La ejecución de las actividades y proyectos con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café corresponde directamente a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia o, por vía de contrato, a terceros, caso en el cual el régimen de contratación es el propio del derecho privado y el fijado en el Estatuto de Contratación adoptado por el Comité Nacional de Cafeteros (Resolución 08 de 30 de octubre de 2000).

“El Estatuto de Contratación establece los sistemas de selección del contratista según el tipo y cuantía del contrato, así: contratación simple, contratación sin convocatoria a proponer, contratación con convocatoria privada a proponer, contratación con convocatoria abierta a proponer y concurso de méritos (artículo 26).

“Dicho Estatuto exige, además, la celebración por escrito, de los contratos de cualquier cuantía cuyo objeto sea la disposición o gravamen de inmuebles, fiducia, suministro, prestación de servicios o consultoría (artículo 27). Se trata, por tanto, de una exigencia inaplicable a los contratos no señalados expresamente en la disposición; claro está, sin perjuicio del cumplimiento de las formalidades que por virtud de la ley sean del caso.

“Finalmente, es destacable la autorización expresa de convalidación de los actos jurídicos en los que no se hayan observado los procedimientos y requisitos previstos en el Estatuto, a condición de que dicha inobservancia no hubiere comprometido los principios de transparencia o de selección objetiva, ni los recursos del Fondo Nacional del Café (artículo 70).

(...)

“Como la demanda parece acusar que se requiere contrato escrito previo, cabe reiterar que por mandato legal el artículo 26 del Estatuto de Contratación (Resolución 08 de 2000) antes transcrito, no exige la celebración por escrito de los contratos de licencia de uso de marca.

“Además, sobre el, tema es necesario precisar que el contrato de licencia de uso de marca no esta plenamente definido en la legislación vigente, la cual se ocupa de él en algunos aspectos, así...”

Este análisis es errado, de manera grave, tal como pasaré a demostrarlo, pues no es cierto que el contrato de explotación de la marca pudiera ser verbal.

Para empezar, recuérdese que para la fecha de suscripción del contrato de administración se encontraban vigentes las Resoluciones No. 006 de 1989 y 005 de 1994, que reglamentaban el procedimiento de contratación con recursos del FNC. Posteriormente, el 30 de octubre de 2000, el Comité Nacional de Cafeteros - organismo de naturaleza pública- expidió la resolución No. 08, “por la cual se adopta el Estatuto de Contratación de la Federación con recursos parafiscales”. Esta norma derogó, expresamente, las anteriores resoluciones –Cl. 71-. De manera que la resolución vigente, para el momento en que se realizaron las negociaciones entre PROCAFECOL y la Federación -año 2002-, era la última citada.

En forma breve se puede decir que la resolución No. 08 dispuso que los contratos que involucren recursos parafiscales, y en general los que comprometen recursos del Fondo Nacional del Café, se deben sujetar a dicho reglamento –ver encabezado, consideraciones y art. 1-. El artículo 20 contempló 5 “cuantías de contratación” –máxima cuantía, mayor cuantía, cuantía media, menor cuantía y mínima cuantía-, definidas en función del valor eventual del contrato –art. 26-. No obstante, también se contempló la contratación de urgencia –art. 24-, para aquellos casos en que se presentan situaciones imprevistas, no imputables a las partes que fueren a contratar.

A cada una de esas cuantías les corresponde un “sistema de contratación” particular. Así, por ejemplo, la máxima cuantía se realiza por el procedimiento de “contratación con convocatoria abierta a proponer” –art. 30-, la mayor cuantía por

el sistema de “contratación con convocatoria privada a proponer” –art. 29-, la menor cuantía y la cuantía media emplea la “contratación sin convocatoria a proponer” –art. 28- y la mínima cuantía utiliza la “contratación simple” –art. 27-. Adicionalmente, se establece el concurso de méritos, cuando el contrato tiene por objeto la elaboración de estudios o trabajos intelectuales –art. 31-. Sin embargo, también se contemplan algunas excepciones al deber de realizar convocatorias para ofertar –art. 37-, y señala, taxativamente, 8 casuales.

Este reglamento también desarrolló el principio de selección objetiva, el deber que tiene la Federación de señalar una fecha precisa para que los oferentes entreguen las ofertas -art. 35-, la obligación de evaluar las mismas –art. 36- y de seleccionar a quien presente la oferta más favorable, de conformidad con lo previsto en los pliegos de condiciones –art. 33-.

En cuanto a las formalidades de los contratos, y su ejecución, dispone el artículo 51 que no se puede iniciar ésta si debiéndose celebrar por escrito, no se ha cumplido con dicha exigencia.

Encuentro que esta norma interna de contratación constituye un típico reglamento administrativo, es decir, una norma administrativa de carácter general, con vocación de permanencia en el tiempo, que pretende regular la manera de contratar con los recursos de propiedad del FNC.

Se trata de un reglamento administrativo, porque, según quedó visto en la parte inicial de las consideraciones de esta providencia, la función pública que ejerce la Federación es del tipo de la administrativa, y al momento de expedir esta norma el Comité Nacional de Cafeteros desarrolla las funciones que la ley le ha encomendado, es decir, la de administrar los recursos del Fondo y los programas que tiene asignados, de manera que la resolución que dispone la manera de dar cumplimiento a estas funciones, desde el punto de vista de los contratos, tiene la misma naturaleza de las funciones que ejerce el Comité.

De lo anterior se sigue que la Federación, si acaso estuviere vigente la resolución No. 08 de 2000, habría tenido la obligación de ajustarse a los procedimientos de contratación previstos en ella, y, en general, a los demás requisitos de formación y ejecución de los contratos allí regulados. Desde este punto de vista, omitir la aplicación del reglamento, además, viola el contrato de administración del Fondo propiamente dicho –Cl. 16-, porque éste obligaba a que los negocios jurídicos, necesarios para la ejecución de las actividades encomendadas a la Federación, se sujeten a dicha norma.

Esta idea también se apoya en la denominada, por la doctrina, “inderogabilidad singular de los reglamentos”, según la cual la propia entidad que expida un reglamento queda vinculada a su contenido, por aplicación de principio de la ejecutoriedad de las decisiones administrativas. Eduardo García de Enterría formula este principio en los siguientes términos:

“Según esto, la autoridad que ha dictado un Reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio,

mediante un acto singular, excepcionar para un caso concreto la aplicación del Reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa. Hasta aquí, el contenido de la regla en cuestión coincide con el ámbito del viejo principio *legem petere quam ipse fecisti*. Sin embargo, si se observa con atención el contenido del precepto transcrito, se notará que la prohibición contenida en el mismo va aún más allá, puesto que tal prohibición alcanza no solo a la autoridad autora de la norma, sino a cualquier otra incluso de superior jerarquía. El Consejo de Ministros, por ejemplo, no puede dispensar validamente a una persona mediante un Decreto del puntual cumplimiento de un requisito o de una obligación impuesta a la misma por una simple Orden Ministerial (aunque aquellas tengan igual o superior rango a éstas). (...)

“La explicación más correcta de la regla de la inderogabilidad singular de los reglamentos se encuentra realmente en la construcción técnica (que se expondrá en detalle más adelante) del principio de legalidad de la Administración. Esta está sometida, como sujeto de derecho que es, a todo el ordenamiento, y por lo tanto también a sus propios reglamentos. Función capital del ordenamiento para la Administración es atribuirle potestades (con sus consiguientes limitaciones, naturalmente, pues no hay ninguna potestad ilimitada). Al estar sometida a sus reglamentos y estos no prever- por hipótesis- la posibilidad de su dispensa, la llamada derogación singular sería en rigor una infracción al reglamento mismo. Es cierto que la Administración tiene también atribuido el poder derogatorio del reglamento (que forma parte de la potestad reglamentaria), pero el mismo no puede interpretarse, sin ofensa definitiva e insalvable al principio de legalidad, en el sentido de poder desconocer u olvidarse del Reglamento en los casos concretos.”¹⁴⁰ “...”.

En conclusión, incluso a la luz del reglamento interno de la Federación -se insiste, sólo en caso de que aún estuviera vigente-, también se habrían desconocido los procesos de selección previstos en ella, porque ni siquiera se contaba, para determinar el procedimiento de selección a seguir, con el valor probable del contrato, no obstante lo cual, se sabía que el precio no debía ser muy bajo –a la postre el pago es del 5.4%, que incluye ventas brutas y gastos de promoción, cl. 12 del contrato de licenciamiento-, y que los años del contrato también serían varios –a la postre son 6 años, cl. 4 del contrato de licenciamiento-. A pesar de esto, se decidió contratar sin previo procedimiento, como si se tratara de la denominada internamente “contratación simple” de “mínima cuantía” –que va hasta 39 SMLMV, cl. 27 del contrato-.

Por tanto, sin que sea necesario profundizar en mayores detalles, era claro que el procedimiento a emplear debió ser uno sustancialmente más complejo, que demandaba un proceso más abierto y participativo, a la vez que la suscripción de un contrato escrito. Esta última exigencia tiene soporte en el art. 51 de la resolución No. 08, que prohíbe iniciar la ejecución del contrato, que deba

¹⁴⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 6 ed. Madrid. Civitas, 1993. v.1 p. 209.

celebrarse por escrito, sin que este hubiere sido suscrito por las partes¹⁴¹. Por tanto, esta disposición interna, ordenadora y organizadora de los procedimientos administrativos, fue desconocida, flagrantemente, sirviéndose de pretextos que resultan inadmisibles.

La Sala, sin embargo, afirma que según el art. 26 de la resolución 08, el contrato no debía constar por escrito, disposición que en parte alguna se refiere al tema. Por el contrario, resulta claro que el art. 51 sí establecía la obligación de documentar el contrato, desde luego, previa escogencia objetiva del contratista, es decir, previo proceso de selección.

En efecto, la resolución contempla un caso en el cual se podía ejecutar un contrato sin que constara por escrito: la urgencia –cl. 51, inciso 2-. Pero es claro que esta casual no fue utilizada para excepcionar el deber de adelantar el procedimiento de contratación correspondiente, de manera que no se puede justificar, ahora, la omisión en que se incurrió.

No obstante lo anterior, la Sala pasó por alto un tema muy importante, incluso primero en el tiempo que el de determinación de la necesidad o no de que el contrato debiera constar por escrito. Se trata de la clarísima obligación de seguir uno de los procedimientos de contratación contemplados en la resolución 08 –el que correspondiera-, lo cual claramente no hizo la Federación, pues se asignó “a dedo” así misma y a sus amigos el negocio de la tiendas de café Juan Valdés, lo cual constituía razón suficiente para que prosperara la acción popular, pero que la sentencia pasó por alto, de manera desafortunada.

2.2.1.3. Posibilidad, en manos de la Federación, de ejecutar directamente los contratos en cumplimiento de las obligaciones adquiridas con la Nación.

Los demandados alegaron en el proceso que la contratación con PROCAFECOL SA. se ajustó al contrato de administración de 1997, porque en éste se autoriza a la Federación para ejecutar “... directamente o mediante contratación...” las actividades a que se refiere el contrato –cl. 8-, de manera que no existe violación o amenaza a los derechos colectivos.

Se debió desestimar este argumento, porque si bien es verdad la Federación tiene la posibilidad de ejecutar, directamente, las obligaciones encomendadas en el contrato de administración del FNC, lo cierto es que el contrato pactado con PROCAFECOL no fue celebrado con la propia Federación, es decir, que no se trata de una “ejecución directa”, y por ende era necesario realizar un proceso de selección de contratistas, pese a que la Federación sea el

¹⁴¹ Dispone esta norma que “Art. 51.-PROHIBICION: Se prohíbe iniciar la ejecución del contrato, que deba celebrarse por escrito, sin que este hubiere sido suscrito por las partes.

“En caso de urgencia y previa autorización del Comité Ejecutivo podrá iniciarse la ejecución del contrato sin que este hubiere sido suscrito , siempre ajustado a las políticas o instrucciones que el mismo comité fije para el efecto.”

socio mayoritario de PROCAFECOL SA. Este criterio se fundamenta en dos razones:

En primer lugar, porque desconoce que una cosa es la Federación Nacional de Cafeteros y otra las sociedades de las cuales hace parte. Esta idea tiene fundamento en el Código de Comercio, el cual dispone que:

“Art. 98.-Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

“La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.”¹⁴²

En este sentido, tratándose de PROCAFECOL SA., debe tenerse en cuenta que entre sus socios también se encuentran algunos particulares, que participaron de la creación de la sociedad, y no pueden ahora verse beneficiados porque la Federación decidió ser la mayor accionista, de manera que con esa estrategia sobraba, incluso, el estatuto de contratación interno.

¹⁴² La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 13 de mayo de 1996 -CP.: Roberto Suárez Franco. Rad: 823- ha señalado sobre este artículo:

“En este orden de ideas, el artículo 98 del citado Código de Comercio define a la sociedad como un contrato mediante el cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, a fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. Constituida legalmente, “forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. (...)”

“Lo anterior quiere decir que cumplidas las formalidades propias para la constitución de una sociedad mercantil, o de una empresa unipersonal adquieren personalidad jurídica distinta de los socios individualmente considerados; de consiguiente adquieren capacidad jurídica autónoma para actuar y contratar en su propio nombre con terceros, dentro del ámbito propio de su objeto previsto en sus estatutos.

“La individualidad de la nueva persona jurídica permite calificarla y diferenciarla de sus miembros.”

De otro lado José Ignacio Narváez García en su libro “Teoría General de las Sociedades” p. 38., sobre la evolución doctrinal de la personalidad jurídica de las sociedades manifestó:

“Mas tarde se afirmó que el ente colectivo es una realidad constituida por individuos agrupados y organizados para fines especiales distintos de los de cada miembro en particular, cuya voluntad y acción unificadas se manifiestan por medio de sus órganos. En esa realidad se patentizan intereses propios, estructura autónoma, capacidad de querer y obrar como en cualquier otro sujeto de derecho. (...) Desde luego el concepto de persona jurídica, por ser un producto del derecho es valedero y se justifica en el campo de la realidad jurídica, más no en el ámbito extrajurídico. Así pues, ella es autónoma y distinta de los asociados, tienen capacidad patrimonial, la administración es desempeñada por personas físicas que actúan como simple órganos, y cuando estos adoptan y ejecutan sus decisiones con arreglo a la ley y a los estatutos se dice que manifiestan la voluntad social. Esta última construcción doctrinal ha merecido aceptación por cuanto, a diferencia de las demás, permite explicar la responsabilidad de los asociados circunscrita al monto de sus respectivas aportaciones, manteniendo sus patrimonios individuales separados o al margen del patrimonio social, arista descolante de las formas asociativas de riesgo limitado.”

De otro lado, si en gracia de discusión PROCAFECOL SA se pudiera tomar como si fuera la Federación misma, en todo caso se habría incumplido el contrato de administración de 1997, porque el inciso tercero de la cláusula 16 dispone que para hacer uso de esa posibilidad, es decir, que la Federación ejecute directamente las actividades encomendadas en el contrato, en lugar de contratar con terceros, era necesario demostrar que esa alternativa era útil y razonable para la entidad, atendiendo a varios criterios, previstos en la misma cláusula, en los siguientes términos:

“CLAUSULA DECIMA SEXTA: Normatividad aplicable: Cuando la FEDERACION opte por la Contratación externa para la ejecución de las actividades contempladas en la cláusula octava de este contrato, se sujetará a las normas del derecho privado y a la reglamentación que expida el propio Comité.

“En tales casos la escogencia de las propuestas se efectuará con base en el principio de transparencia, en cuyo desarrollo se hará una selección objetiva del contratista, aplicando para el efecto criterios de calidad-costo-beneficio, experiencia, oportunidad y otros pertinentes según el caso, que permitan la escogencia de la opción más eficiente en las condiciones del mercado.

“En los casos en que la FEDERACION asume la prestación directa del servicio, realizará un análisis de los factores de calidad, costo-beneficio, experiencia, oportunidad y otros pertinentes en las circunstancias concretas de que se trate, con miras a determinar su razonabilidad tomando en consideración las posibilidades y condiciones del mercado.” (Negrillas fuera de texto)

Esta disposición contractual no consagra la posibilidad de que la Federación asuma, sin más, y de manera inmediata, la prestación del servicio, porque contempla condiciones para hacerlo, de manera que si no concurrían no era posible hacer uso de esta alternativa.

En este sentido, dice la cláusula citada, se debe hacer un análisis de los factores de calidad, costo-beneficio, experiencia, oportunidad y otros más, de manera que sea posible definir la “razonabilidad” de esta alternativa.

Según las pruebas que obran en el proceso, e incluso admitiendo, sólo en gracia de discusión, que PROCAFECOL SA. es la misma Federación, esta evaluación tampoco se realizó, no obstante esto, se procedió a encomendar a PROCAFECOL SA. la explotación de las marcas de propiedad de la Nación. Entre otras cosas, resultaba bastante complicado acreditar la experiencia requerida en la cl. 16, teniendo en cuenta que PROCAFECOL SA. tan sólo se creó un mes antes de iniciar la explotación de las tiendas de café.

Estas mismas razones debieron servir para desestimar los argumentos de algunos demandados, principalmente la Federación, quienes apoyados en la figura del contrato consigo mismo, afirman que esta institución goza de aceptación por la doctrina jurídica mayoritaria, y que los artículos 1856, 2170 C. C. y 839,

906, 1274, 1316 y 1339 Co. de Co. lo permitían restrictivamente, destacando el artículo 839 del Co. de Co., por contener un enunciado de carácter general para la representación, de acuerdo con el cual el representante no puede hacer de contraparte del representado o contratar consigo mismo, en su propio nombre o en representación de un tercero, salvo expresa autorización del representado.

Sencillamente no se está en presencia de esta figura, porque ha quedado establecido que la Federación y Procafecol SA. no son la misma persona, de manera que se trata de un contrato entre personas distintas, y por lo mismo debieron ajustarse a los procedimientos de selección de contratistas previstos en la ley.

2.2.2. Régimen de de inhabilidad e incompatibilidad aplicables a los negocios celebrados con recursos del FNC.

Para la Sala Plena, el representante legal de la Federación de Cafeteros tampoco violó el régimen de inhabilidad e incompatibilidades, pues:

“De conformidad con el tenor literal de la prohibición invocada –se refiere al art. 113 de la ley 489 de 1998-, es evidente que el hecho imputado no se enmarca dentro del supuesto fáctico que objetivamente reprocha el legislador, pues la norma prohíbe que los representantes legales de las entidades privadas que hayan adoptado decisiones en ejercicio de funciones públicas, luego, en calidad de personas naturales, obren como contratistas para la ejecución de tales decisiones. Nótese que la norma invocada alude, exclusivamente, a la contratación como personas naturales, situación que no corresponde a la ocurrida en este caso.

“Si bien lo anterior es suficiente para entender no demostrada la violación de la norma legal invocada y, por ende, en el desconocimiento de derechos colectivos sustentado en esa infracción legal, es importante hacer una precisión adicional.

“Es indiscutible que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia ejerce, de manera simultánea, la administración de recursos de naturaleza jurídica diferente. Por un lado, de los privados que le son propios y, por otro, de los públicos que maneja por mandato de la ley y del Gobierno Nacional. Sin embargo, dada su naturaleza gremial y la destinación específica de los recursos del Fondo Nacional del Café, aspectos propios del régimen parafiscal que los cobija, los intereses que concurren no son, de ningún modo, incompatibles, como pareciera sugerirlo la demanda. Así lo ha explicado la jurisprudencia, como se indica a continuación.”

Por el contrario, desde mi punto de vista -y según lo cuestionaron los actores en el hecho 18 de la demanda-, las partes también violaron el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley 80 de 1993, el cual aplica al caso concreto, por disposición expresa del artículo 113 de la ley 489 de 1998, el cual dispone que:

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

De manera que la Sala Plena hizo una lectura equivocada de la norma, pues según ella, los particulares que desempeñan función administrativa –en particular su representante legal, o quien haga sus veces- son servidores públicos, para efectos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, de lo cual se deduce que las referencias que el artículo 8 de la ley 80 hace a éstos, comprende también a los empleados de la empresa privada que administra recursos públicos. En este orden de ideas, dispone el artículo 8, num. 2, lit d), que:

“2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: (...)

“d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y **las sociedades anónimas** que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas **en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo**, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o **desempeñe cargos de dirección o manejo.**”
(Negrillas fuera de texto)

Según esta norma, están incurso en casual de incompatibilidad las sociedades anónimas –como PROCAFECOL SA.- donde los servidores públicos del nivel directivo desempeñen cargos de dirección o manejo –entiéndase incluido el representante legal de la empresa privada que ejerce función administrativa-.

De acuerdo con lo probado en el proceso, es claro que el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros, señor Gabriel Silva Luján, quien ha ejercido claramente un cargo directivo en dicha entidad, también entró a ejercer un cargo directivo en la sociedad PROCAFECOL SA., pues desde el año 2002 integró la Junta Directiva de la misma –como miembro principal-, con lo cual quedó incurso en el régimen legal de prohibiciones.

En efecto, el literal d) citado prohíbe contratar con una entidad pública, o con una particular que ejerce función administrativa, cuando el servidor público de ésta –en el nivel directivo, entre otros- contrata con una sociedad anónima en la cual también desempeña un cargo de dirección o manejo. Este es el caso que se presentó entre la Federación y Procafecol SA.

En estas condiciones, la Sala Plena debió anular el contrato celebrado entre la Federación y PROCAFECOL SA., elevado a escrito el 6 de septiembre de 2004, pero cuya ejecución inició en diciembre de 2002. El fundamento de esta

decisión radica en el siguiente análisis, ya realizado por la Sección Tercera, frente a un caso semejante al que se estudia¹⁴³:

“La Sala encuentra que en las causales de anulación previstas en el art. 44 de la ley 80 no se contempla, expresamente, sanción alguna para casos como el que se analiza, es decir, por la omisión de los procedimientos de selección de los contratistas.

“No obstante, como se dijo, quedan incorporadas las causales de nulidad absoluta del derecho común, a la luz de las cuales, los hechos objeto de este proceso configuran un vicio que, con la mencionada categoría, afecta el negocio jurídico. Concretamente, se incurrió en la causal prevista en el art. 899.1 del Co. de Co., según la cual, el contrato es nulo cuando “... contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa.”

“Se acude, para estos efectos, al Código de Comercio, porque la ley 80 establece, en los arts. 13 y 40, que los contratos estatales se rigen por el derecho civil y el comercial¹⁴⁴, y el art. 44 prescribe que también son causales de nulidad las previstas en el derecho común. Teniendo en cuenta que una de las partes de este contrato es comerciante -CARGOPLUS LTDA.-, el estatuto que corresponde aplicar es el comercial, según lo indica el art. 8 del decreto 679 de 1994¹⁴⁵ y el art. 22 del Co. de Co.¹⁴⁶.

“En estas condiciones, el contrato está viciado de nulidad absoluta, porque el deber de realizar la licitación o concurso público está contemplado en una norma de carácter imperativo, pues, al decir de la propia ley 80:

‘Art. 24. (...)

¹⁴³ Sentencia de marzo 22 de 2007. Actor Ferrovías. Ddo. Cargoplus. Ltda. Exp. 28.010

¹⁴⁴ Dicen estas dos normas que “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley” (art. 13, inciso 1), y que “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.” (art. 40, inciso 1)

¹⁴⁵ Dice esta norma: “Art. 8. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos estatales se sujetarán a la Ley 80 de 1993 y en las materias no reguladas en dicha Ley, a las disposiciones civiles y comerciales.

“En las materias no reguladas por la Ley 80 de 1993 se aplicará la legislación comercial cuando el contrato tenga el carácter de mercantil de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio. En caso contrario se aplicará la legislación civil.”

¹⁴⁶ Dice el art. 21 del Co. de Co. que “Se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales.”. El art. 22 agrega que “Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial.”

‘1. La escogencia del contratistas se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente...’.

“Esta misma idea se expresa en el numeral 8 del mismo artículo, según el cual:

‘8. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente Estatuto.’

“Según estas normas, para las entidades públicas resulta indisponible la utilización de los procesos de selección, por lo menos cuando de emplear la licitación o concurso se trata, pues si las condiciones legales para adelantar este procedimiento se cumplen, no es posible emplear otro en su lugar.

“Esta idea también tiene soporte en el art. 16 del Código Civil, según el cual “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”

“Cosa distinta ocurriría si debiendo emplearse el procedimiento de contratación directa, la entidad opta por adelantar una licitación o concurso. En este caso, la realización de un procedimiento de contratación dotado de mayores garantías y oportunidades para los participantes no viciaría el procedimiento empleado.

“La indisponibilidad del procedimiento de licitación o concurso tiene efectos también en el derecho penal, que tiene prevista una sanción privativa de la libertad, cuando se incurre en “celebración indebida de contratos”.

“El código penal de 1980 –decreto 100 de 1980- la contempló de la siguiente manera:

‘Art. 146. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, **tramite contratos sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos...**’ (Negritas fuera de texto)

“Posteriormente, la ley 599 de 2000 la consagró en los siguientes términos:

‘ARTICULO 410. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones **tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos**, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.’
(Negrillas fuera de texto)

“Esta norma fue modificada por la ley 890 de 2004, la cual aumentó las penas, de la siguiente manera:

‘Art. 410. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones **tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos**, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.’ (Negrillas fuera de texto)

“En estos términos, resulta obvio concluir que si FERROVIAS no adelantó un concurso público para escoger al contratista, sino un procedimiento de contratación directa, propia de un contrato de prestación de servicios, entonces se incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 899.1 del Co. de Co., y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.”

Se debió reiterar esta tesis, como fundamento para anular el contrato cuestionado en esta acción popular.

Además, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades también es causa suficiente para declarar la nulidad de los contratos, según lo previsto en el artículo 44 de la ley 80, en virtud del cual:

“Art. 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

“1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

En el caso concreto, según se analizó precedentemente, la incompatibilidad se encuentra acreditada, con lo cual se violó, por razones obvias, el derecho

colectivo a la moralidad administrativa. No comprendo, por todo esto, la posición de mis compañeros, quienes no observaron una clara inhabilidad que atenta contra la moralidad administrativa.

2.3. La violación al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

En el contexto del vicio de procedimiento advertido en los puntos anteriores, así como de la configuración de una incompatibilidad para contratar, también destaco que existen otras irregularidades que violaron los derechos colectivos invocados por el actor, en particular el patrimonio público.

En *primer lugar*, resulta extraño –tal como se relata en los hechos 7 a 9 de la demanda, y en las correspondientes contestaciones a los mismos- que en el mes de noviembre de 2002 se haya creado la sociedad PROCAFECOL SA., con el objeto de explotar la marca Juan Valdez, a través de las tiendas del mismo nombre, cuando para esa fecha no se había hecho, oficialmente, un proceso de contratación que le permitiera avanzar en este sentido. De manera que, sin razón alguna, este grupo de personas se anticipó al negocio que esperaba formalizarse al poco tiempo. Esto demuestra que los socios de la empresa –la Federación y 4 personas naturales más- efectivamente contaban con información privilegiada, que les permitió anticiparse al negocio, o mejor, trabajar a la par con él, para hacerse asignar el mismo, en el inmediato futuro¹⁴⁷. Por esta razón tampoco

¹⁴⁷ También es claro, según lo probado en el proceso, que en el mes de mayo de 2002 la COMISION DE AJUSTE DE LA INSTITUCIONALIDAD CAFETERA, conformada por los señores Luis Fernando Ramírez, Gabriel Silva, Luis Carlos Valenzuela, Alvaro Villegas y Luis Carlos Villegas, a petición del Comité Nacional de Cafeteros, rindió un informe titulado “El café, Capital Social Estratégico”, formuló varias recomendaciones dirigidas a la superación de la crisis cafetera que deberían ser implementadas a mediano plazo y enfocadas hacia dos componentes principales: el ajuste de la institucionalidad y el apoyo del gobierno nacional hacia la caficultura durante el año 2002 y los siguientes 3 años, para lo cual sería necesario que el Fondo, la Federación y el Gobierno Nacional actuaran conjuntamente para apoyar al productor. Este INFORME trató sobre la caracterización del entorno externo e interno de la caficultura, la institucionalidad cafetera, la competitividad de la caficultura colombiana, la regulación de la política cafetera, los ajustes normativos requeridos, el análisis de la situación financiera del FNC y un resumen sobre las recomendaciones efectuadas en torno a la problemática advertida, de los cuales se destacan los siguientes aspectos:

- Después de reseñar la situación actual de competitividad de la producción y comercialización externa del café colombiano y su nexos con las condiciones ambientales favorables para la caficultura de alta calidad, unido a los esfuerzos de décadas efectuados por la Federación encaminados a garantizar una alta calidad para toda la producción exportable, a la confiabilidad del suministro en cualquier época del año y a la activa campaña de promoción,
- Señaló que muchas de esas características del café colombiano se debían a las actividades desarrolladas por la Federación y el FNC en el país y en el exterior, que le habían permitido obtener en los mercados externos

comparto el siguiente razonamiento de la sentencia, con el cual se desestimó el cargo que cuestionaba que los socios de PROCAFECOL SA. hicieron uso de información privilegiada para hacerse al negocio de las tiendas.

“Ahora bien, en cuanto al aprovechamiento de dicho análisis por parte de la firma Procafecol S.A. se tiene el testimonio del representante legal de esa sociedad, quien manifestó no tener conocimiento de que el estudio en cuestión haya sido utilizado en el montaje del proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez (folios 685 a 688). En el mismo sentido, el Director de Propiedad Intelectual de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia afirmó en su testimonio que *“si Procafecol se hubiese ceñido a las recomendaciones del estudio la aplicación de marca utilizada y el concepto de negocio habría sido muy diferente al que vemos actualmente”* (folios 690 a 698).

Así las cosas, los medios de prueba recaudados no permiten concluir que el estudio titulado *“Project Espresso Strategic Opportunities”*, elaborado por la firma Violy, Byorum & Partners Holdings LLC, fue efectivamente aprovechado por los socios de Procafecol S.A. y, muchos menos, que ese provecho ocasionó un detrimento al patrimonio público.

Tal deficiencia probatoria impide el examen orientado a verificar la violación de derechos colectivos que se deriva del hecho en cuestión.

Por el contrario, no comprendo como en el mundo de los negocios de este tamaño y significación, sobre todo cuando se administran bienes ajenos, que la Federación celebre un contrato con una empresa que tiene menos de un mes de constituida, para que explote un negocio y una marca que exigen mucha experiencia y capacidad acreditada de trabajo. Realmente, resulta inadmisibles contratar con inexpertos la gestión de la que hoy es una de las marcas más importantes del mundo, e incluso, sin definir el valor de la contraprestación.

una prima especial de precio para el café colombiano con relación al de otros cafés suaves, reconocida en las bolsas y mercados como el diferencial FOB, que en los últimos 20 años había significado un precio adicional promedio de US\$7.5 ctvs por libra exportada de café.

- *Encontró acordes las estrategias adoptadas por el país para posicionar el café colombiano, hasta finales de la década de los 90 “... momento en el cual se presentan nuevas condiciones en el mercado mundial que amenazan la posición de la caficultura colombiana en caso de no adoptarse los ajustes requeridos. En el mercado externo las nuevas condiciones y amenazas se refieren a una creciente sustitución entre variedades, a la disminución de las diferencias en calidades y primas de precios entre los cafés suaves y a la consolidación de un mercado muy dinámico de cafés especiales en el cual Colombia tiene una participación marginal. Internamente la mayor debilidad competitiva se encuentra en la baja capacidad empresarial de la mayoría de los productores cafeteros colombianos.*

Además, no se necesita razonar mucho para saber que la información del negocio la tenían a la mano, para predecir el futuro del tema, sobre todo porque ellos mismos iban a celebrar un contrato.

En *segundo lugar*, resulta reprochable la actitud asumida por la Federación –en los términos señalados por los actores en el hecho 12 de la demanda-, al permitir la explotación de los bienes del Fondo, sin definir el valor de la contraprestación que debía pagar el contratista. Este hecho está probado en el proceso –incluso los demandados no lo discuten, sólo se limitan a justificar sus actos-.

Esta exigencia contractual tan sólo se cumplió 2 años después –año 2004- de haberse empezado a ejecutar el contrato, de manera que en el entre tanto se hace evidente el descuido y la falta de prudencia con que se debía manejar el patrimonio público, pues raya con el deber de planeación y de cuidado, asumir un compromiso contractual sin establecer el valor de la contraprestación, cuando es perfectamente posible que surjan inconvenientes y conflictos entre las partes, que amenacen dar al traste con la relación negocial, poniendo en riesgo, de paso, los bienes públicos administrados por la Federación.

En *tercer lugar*, no se pudo dejar pasar por alto que quien iba a definir el monto de la contraprestación era el mismo administrador de los recursos públicos que se dieron para su explotación –la Federación-. Luego, esta doble condición, es decir, la de administrador del patrimonio del FNC y, a la vez, la de mayor accionista de la sociedad contratista que explotaría las marcas en las Tiendas de Café Juan Valdez, lo ponen en una situación difícil, en términos de la neutralidad y objetividad, para definir el valor de la contraprestación, pese a que se haya acudido a un tercero para que lo definiera –la empresa FUTURE BRAND-, pues, al fin y al cabo, se trataba de adelantar un trabajo para aquella persona que tenía mucho interés en la determinación del valor que, como accionista del contratista, debía a pagar a la Federación como contratante.

Para mi no es clara esa doble calidad en que se actuó en el negocio, en función de la definición del monto de la contraprestación, circunstancia que pone en evidencia una amenaza seria al patrimonio público, ante la dificultad que existe de mantener la objetividad suficiente para definir el valor del mismo. De hecho la Federación escogió al tercero que definió el valor de la contraprestación, es decir, a quien le iba a definir al mayor accionista de PROCAFECOL SA. cuánto dinero debía pagar a favor del FNC, es decir, el que ella misma administra.

No obstante la gravedad de los hechos, la Sala Plena dispuso que:

“El conjunto de pruebas relacionadas dan cuenta de que el usufructo de la marca Juan Valdez por parte de Procafecol S.A. no se autorizó a título gratuito como se sostiene en la demanda.

“De hecho, en la autorización emitida en la sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002, posteriormente modificada en la sesión del 17 de julio de 2003, se dejó expresa constancia de la naturaleza onerosa del usufructo autorizado, al exigirse a Procafecol S.A. el pago de una regalía a favor del Fondo

Nacional del Café desde el primer día de operaciones, en la cuantía que sería estimada por un tercero independiente, sin que exista prueba que infirme el avalúo contratado. Idéntica estipulación aparece en el contrato de licencia de uso de marca llevado a escrito el 6 de septiembre de 2004, según quedó transcrito en la descripción del marco fáctico de la controversia.

“Es así como Procafecol S.A, ha cancelado diferentes sumas de dinero a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con destino a éste, por conceptos de derecho inicial, regalías, contribución a publicidad e intereses, según quedó suficientemente demostrado con los comprobantes de pago y soportes contables del caso.

“En síntesis, no se demostró el usufructo gratuito de la marca Juan Valdez, pues quedó demostrado que desde el principio fue oneroso y que antes de celebrar el contrato escrito hubo acuerdo sobre la forma para determinar el precio, incluso un preacuerdo que condujo al pago de una liquidación provisional de la regalías desde diciembre de 2002.”

Este análisis es inaceptable para mí, pues deja de lado la realidad de los hechos: la explotación de un bien público –muy valioso- en condiciones irregulares, sin definición previa de su precio, y que la postre resultó ser muy bajo, pues los estudios los mandó a realizar un socio de PROCAFECOL SA., es decir la Federación.

A esto se suma que pasó un lapso considerable para adoptar la decisión – cerca de 2 años, contados desde el momento en que empezó a explotarse el proyecto de las Tiendas de Café-, y si bien se pagaron las regalías desde diciembre de 2002, más los intereses sobre dichas sumas –es decir, retroactivamente- (con lo cual se contentó la Sala), lo cierto es que el patrimonio público no se puede administrar de esa manera, dejando para un acuerdo posterior, sin saber qué conflictos podrían generarse entre las partes del contrato, uno de los aspectos más importantes de todo negocio: el valor de la contraprestación.

Si bien los demandados argumentan que en ningún momento se puso en peligro el patrimonio público, lo cual es discutible, por las razones expuestas, llamo la atención sobre el deber que tienen los particulares de administrar los recursos del Estado con tanto o más cuidado del que se emplea en la administración del patrimonio privado, precisamente, porque lo que está en juego son los dineros públicos, con los cuales se acometen las tareas estatales, de incalculable valor social y económico.

Esta posición demanda especial atención y cuidado en la gestión fiscal a cargo de los particulares, de manera que no cualquier tipo de justificación, basada en la eficiencia y la eficacia que demandan los negocios modernos, autoriza poner en peligro el patrimonio estatal, aumentando los riesgos de su adecuado recaudo y manejo. Por estas razones, se reprocha la actitud de la Federación, quien toleró,

durante un largo período, que se utilizara la marca, sin definir los términos económicos a favor de la Nación, amén de los otros tópicos ya estudiados.

Entiendo, en este sentido, que la laxitud y ligereza con la que se manejó el aspecto económico del contrato no se corresponde con la prudencia y el esmero con que se deben administrar estos recursos.

En *cuarto lugar*, también resulta amenazado el patrimonio público, porque el anterior negocio difícilmente tuvo una interventoría que verificara, con la imparcialidad y objetividad necesaria, las determinaciones económicas finales del contrato de usufructo de la marca. De manera que la falta de vigilancia técnica imparcial también puso en riesgo, el cual se mantiene, este derecho colectivo.

En *quinto lugar*, también es reprochable que la Federación haya permitido, durante un lapso considerable, la explotación de las marcas que pertenecen a la Nación, sin tener en cuenta que se trata de los símbolos de la cultura y la economía del país¹⁴⁸, es decir, de aquellas representaciones gráficas donde la sociedad colombiana se identifica y donde se refleja su *ethos* y *pathos*, allí donde se encuentra como país nacional, y en virtud de los cuales los ciudadanos unen su mayor sentimiento de fraternidad política y social.

Por su propia naturaleza, el cuidado o administración de esta clase de bienes demanda mayor atención, pues lo único que se puede decir, sobre esa época, es que la sociedad privada PROCAFECOL SA. explotó el negocio, a la espera -demasiado larga por cierto-, de que la Nación empezara a recibir la retribución que le correspondía.

Este hecho es significativo, en grado sumo, de la falta del cuidado máximo que se debe tener con los recursos públicos, y sobre todo con el símbolo de la sublimidad económica de un pueblo, aunque se trate de justificar esa actuación en la idea de que, en algún momento, se iba a definir el valor -y además a pagar retroactivamente-; cuando no se trata sólo de eso, sino de que los negocios donde el Estado es parte se celebren respetando el ordenamiento jurídico, con seguridad y transparencia¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Al respecto dice Hegel que “En el símbolo por tanto hay que distinguir al punto dos cosas: en primer lugar el significado, y luego la expresión del mismo. Aquél es una representación o un objeto, lo mismo da de qué contenido, éste es una existencia sensible o una imagen de cualquier clase.” -Lecciones sobre la estética. Ed. Akal. Madrid. 1989. pág. 225 a 226-.

¹⁴⁹ Como lo expresa Friedrich A. Hayec, palabras que aplican al particular que ejerce función administrativa, “Como administrador de la masa de recursos materiales a él confiada, el gobierno debe en todo momento, desde luego, someterse a las normas generales de recto comportamiento. Y aunque no puede limitarse a impedir que, a nivel individual, se realicen comportamientos inadecuados, en relación con los servicios por él suministrados a determinados grupos, la justificación de que su financiación se realice por vía impositiva presupone que solo de tal manera cabe repercutir el correspondiente coste sobre los beneficiarios. Por tal razón la justicia exige que lo que cada grupo reciba guarde relación con su correspondiente contribución al erario público. La mayoría, a este respecto, está en igual medida sujeta a la obligación de comportarse de acuerdo con lo que la justicia dicta que cualquier otro ente integrado en la colectividad. Confiamos la gestión de este conjunto de actividades al gobierno democráticamente elegido en la medida en que presuponemos que así se propiciará al máximo el interés general. Traicionaríamos, sin embargo, este ideal si pretendiéramos identificar simplemente el interés general con la voluntad de la mayoría.” -Derecho, legislación y libertad. Segunda edición. Unión editorial. Madrid. 1998. pág. 29-.

Incluso, también debe destacarse en este punto, con lo cual se ratifica el descuido que sobre la administración del patrimonio público ha tenido la Federación, que según los certificados del registro público de propiedad intelectual, en la actualidad las marcas “Juan Valdez” y “100% café colombiano” figuran a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros –fls. 805 y ss, cdno. ppal.-.

Para mí es claro que la Nación es la propietaria de estas marcas, como lo reconocen todas las personas que han intervenido en el proceso. Incluso, la propia Federación acepta este hecho, tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos presentados en las dos instancias del proceso.

No obstante, no tiene justificación que el “administrador” de los bienes de la Nación -según lo dicen las cláusulas primera y séptima del contrato de 1997- tenga las marcas registradas a su nombre, cuando deberían figurar a nombre de aquélla; al fin y al cabo tan sólo se trata de un administrador de bienes ajenos.

Este hecho exige que se realicen rápidamente los correctivos del caso, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, a fin de que la titularidad de estos bienes no sea puesta en duda, y para que se aclaren los títulos correspondientes.

Finalmente, y tal como lo hacen notar los actores en los hechos 12 y 13 de la demanda, se reprocha a la Federación, y también al Comité del Fondo, que permitiera que, sin las autorizaciones correspondientes, se ejecutara el contrato de usufructo de la marca -14 de diciembre de 2002-, cuando para esa fecha tampoco se había autorizado la celebración del contrato con la sociedad PROCAFECOL SA.

No obstante la gravedad de los hechos, la Sala Plena, luego de admitir su ocurrencia, se limita a señalar que:

“Es verdad, como lo plantea la demanda, que la matrícula en el registro mercantil de un establecimiento de comercio de propiedad de Procafecol S.A., denominado “Tienda Juan Valdez” y la apertura de la primera tienda tuvieron lugar días antes de que el representante del Gobierno en el Comité Nacional de Cafeteros - Ministro de Hacienda y Crédito Público- autorizara la explotación de la marca Juan Valdez por parte de dicha sociedad.

“Como la inicial autorización del Ministro y su modificación y ratificación por el Comité Nacional de Cafeteros se otorgaron el 23 de diciembre de 2002, no hay duda que el uso de la marca comenzó antes de que se autorizara esa explotación.

Desde mi punto de vista, la admisión de estos hechos, sólo podía conducir a la Sala a proteger los derechos que tales conductas reprochables vulneraron; sin

embargo, la sorpresa proviene de la justificación que a continuación se hace de los mismos:

“No obstante, la Sala llama la atención sobre lo siguiente:

“1°. En el documento de la Contraloría Delegada para el Sector Agropecuario se destacó cómo en el informe al LXII Congreso Nacional de Cafeteros se puso en conocimiento que *“en el mes de agosto de 2002 se llevó a cabo un acto con la participación del Presidente de la República y los Ministros que hacen parte del Comité Nacional de Cafeteros”*, con el fin de suscribir *“el Acuerdo de Apoyo Gubernamental a la Caficultura”*, orientado principalmente al impulso del proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez.

“2°. En el texto del resumen del acuerdo celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia el 2 de septiembre de 2002, se encuentran, entre otros compromisos, los relacionados con el proyecto para obtener mejores ingresos con el patrimonio de marcas del Fondo Nacional del Café, para actividades tendientes a la venta de café directa a los consumidores con valor agregado manteniendo la denominación de origen del café Colombia. Se trató del proyecto que desde entonces el Gobierno y la Federación denominaron Tiendas de Café Juan Valdez.

“3°. El mismo proyecto fue expuesto luego, el 9 de septiembre de 2002, ante el Comité Ejecutivo Nacional de Cafeteros, bajo el título *“Lanzamiento Tiendas Juan Valdez”*. En tal oportunidad se recordó que el acuerdo que consolidó el proyecto fue firmado en la Casa de Nariño y, posteriormente, expuesto en un Consejo de Ministros. En dicha acta también quedó claro que la apertura de las tiendas con centros pilotos tendría lugar el 15 de diciembre de ese año y que para ello sería necesario crear una empresa especializada del sector privado *“para salir a conquistar el mundo de los consumidores de café”*.

“4°. Hasta ese momento no hay duda de que el gobierno y en particular los Ministros que actuaban en el Comité Nacional de Cafeteros habían adoptado una estrategia y celebrado un acuerdo para la explotación de la marca Juan Valdez mediante el proyecto de las Tiendas de Café Juan Valdez. Luego la política y la estrategia cafetera del gobierno sobre este proyecto se acordaron desde el 2 de septiembre de 2002 por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el Gobierno Nacional.

“5°. El 19 de noviembre de 2002 se creó la sociedad Procafecol S.A. con participación en el capital del 94% de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el 6% restante, distribuido entre los señores Juan Carlos Rojas Iragorri, Claudio Arango Villamizar, Camila Pinzón Rodríguez y Guillermo Trujillo Estrada.

“6°. En el reseñado documento de la Contraloría consta que el 14 de diciembre de 2002 se abrió la primera tienda o establecimiento Juan Valdez en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá.

“7°. Días después, en reunión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002, el Ministro de Hacienda autorizó a la sociedad Procafecol S.A. o a *“cualquier otra sociedad que tenga un objeto social igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales registradas en Colombia y en el exterior que hacen parte de los activos del FNC”*. En esa oportunidad, el Ministro también autorizó al Gerente para suscribir el documento que reglamentaría la concesión del usufructo. Luego el Gerente manifestó que contrataría la firma asesora que estimaría el valor a pagar por el usufructo de las marcas.

“8°. La Directora Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia explicó en su testimonio que *“El proyecto inició con antelación a la autorización del Comité Nacional porque de haber aguardado a la fecha del 23 de diciembre, única disponible en las agendas de sus miembros se habría desperdiciado una temporada importante en términos de circulación en el aeropuerto, lo cual hubiere implicado un detrimento para el Fondo.”* (Subraya la Sala, folios 727 a 737).

“9°. Siete meses después de la mencionada autorización, el 17 de julio de 2003, el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia solicitó modificarla para que fuera el Comité Nacional de Cafeteros quien la impartiera. Informó, además, que contrató la firma Future Brand para valorar la suma que Procafecol S.A. debería reconocer al Fondo Nacional del Café por el usufructo de la marca Juan Valdez. Enseguida, el Comité Nacional de Cafeteros, con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, modificó la autorización en el sentido solicitado, advirtiendo que la contraprestación por el usufructo sería la que resultara del estudio contratado.

“En las anteriores condiciones, la apertura de la primera tienda de café Juan Valdez no fue sorpresa para el Gobierno ni para los Ministros que hacen parte del Comité Nacional de Cafeteros, pues, como quedó reseñado, la estrategia comercial correspondiente ya se había aprobado y el proyecto concreto se había acordado con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

“Este hecho, irregular para los demandantes, no tiene relevancia jurídica ni económica en orden a verificar la vulneración de los derechos colectivos de la moralidad y del patrimonio públicos, porque carece de cualquier vestigio de dolo, mala fe, propósito de causar daño u obtener un beneficio al margen de la ley, en la medida en que está demostrado el conocimiento previo por parte del Gobierno y de los Ministros que obran en el Comité Nacional de Cafeteros y que el valor del usufructo durante todo el tiempo de la explotación de la marca fue definitivamente pagado, con los intereses moratorios incluidos.”

De esta serie de argumentos, que justificaron la conducta de los demandados, los cuatro primeros no justifican nada –como lo pretende hacer ver la Sala-; en cambio constituyen la prueba, esta sí indiscutible, de que el Gobierno y la Federación, con anticipación al negocio, trabajaban sobre la necesidad de mejorar la presencia del café colombiano, y pese a ello improvisaron el manejo del tema procediendo a crear una sociedad para que explotara las tiendas de café, en lugar de iniciar un proceso objetivo de contratación.

No dejo de preguntarme -pero en el orden del razonamiento con el que se debió resolver este problema-: ¿si desde antes de iniciar la explotación del negocio se había tomado la decisión de crear las tiendas de café, por qué se asignó “a dedo” a PROCAFECOL SA. –compuesta por socios particulares- tan magnífico negocio, en lugar de hacer el proceso de contratación que las normas vigentes imponían, y así escoger la oferta más favorable? La Sala ofrece el menos afortunado de los argumentos para responder esta pregunta:

“En las anteriores condiciones, la apertura de la primera tienda de café Juan Valdez no fue sorpresa para el Gobierno ni para los Ministros que hacen parte del Comité Nacional de Cafeteros, pues, como quedó reseñado, la estrategia comercial correspondiente ya se había aprobado y el proyecto concreto se había acordado con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.”

Y agrega que “Este hecho, irregular para los demandantes, no tiene relevancia jurídica ni económica en orden a verificar la vulneración de los derechos colectivos de la moralidad y del patrimonio públicos, porque carece de cualquier vestigio de dolo, mala fe, propósito de causar daño u obtener un beneficio al margen de la ley, en la medida en que está demostrado el conocimiento previo por parte del Gobierno y de los Ministros que obran en el Comité Nacional de Cafeteros y que el valor del usufructo durante todo el tiempo de la explotación de la marca fue definitivamente pagado, con los intereses moratorios incluidos.”

Me resulta inaceptable que la Sala sostenga que el hecho no fue irregular, “... en la medida en que está demostrado el conocimiento previo por parte del Gobierno y de los Ministros que obran en el Comité Nacional de Cafeteros y que el valor del usufructo durante todo el tiempo de la explotación de la marca fue definitivamente pagado...”, pues con tal razonamiento el conocimiento previo de una irregularidad resulta ahora no constituir dolo, sino que se convierte en la causa de exculpación de la conducta. Con tal razonamiento resultará conveniente consentir las irregularidades, pues exoneran de responsabilidad.

Definitivamente, desde mi punto de vista, está acreditado que la celebración del contrato con PROCAFECOL SA., y la ejecución consiguiente del negocio, se hizo con la anuencia del Comité Nacional de Cafeteros, incluidos los ministros que lo integran y demás miembros del mismo. Esta actitud, al margen de quién debía otorgar la autorización, si el Ministro de Hacienda o si el Comité en pleno, es suficientemente reveladora de que las directivas de las distintas

instituciones que administran el tema cafetero del país no estaban dispuestas a aplicar las normas correspondientes para entregar las marcas en usufructo, poniendo en riesgo el patrimonio público.

En el fondo, el problema no era quién debía autorizar, pues el vicio de haber omitido el procedimiento contractual, previsto para estos efectos, recoge, con creces, el problema de la autorización, y alcanza a subsumirlo, construyendo, simplemente, en el universo de los problemas detectados hasta ahora, un acontecimiento más de los tantos planteados.

No obstante, no puedo dejar de reprochar, en concreto, que se haya impartido una autorización para contratar –bien sea la del 22 de diciembre de 2002, expedida por el Ministro de Hacienda, o bien la de julio de 2003, dada por el Comité-, al margen de los procedimientos legales, y después de haberse empezado a ejecutar el negocio, cuando la norma aplicable al caso concreto dispone que es necesario suscribir un contrato, previo procedimiento, para poder desarrollarlo.

La Sala, en cambio, afirma al respecto, con cierta ligereza, que “Además, importa destacar en la autorización por parte del Comité Nacional de Cafeteros que, de conformidad con el artículo 70 de la Resolución 08 de 2000 procede la convalidación cuando se omitan procedimientos siempre que no se comprometa la transparencia ni causen perjuicio al Fondo Nacional del Café.” De manera que en lugar de proteger la moralidad y el patrimonio de los colombianos, amenazado con esas conductas, se limitó a señalar que el asunto era “convalidable” porque no comprometía la transparencia; pero para mí no cabe duda que sí se comprometió, además de que el patrimonio público debe ser celosamente protegido. ¿O acaso entregar el negocio de la explotación de la marca Juan Valdez a unas cuantas personas privadas suena bien y es correcto? ¿Porqué entregarlo a ellas y no a otros, cuando existía un estatuto contractual –la ley 80 de 1993- que ordenaba adelantar un procedimiento debido?

No se olvide, además, que la omisión de los procesos de contratación – como aconteció en este caso- afecta directamente el principio de transparencia, según dispone la ley 80 de 1993, la cual regula en dicho principio –art. 24- los procesos de selección de contratistas. Creo que no es necesario insistir en un tema que no admite discusión, ni negociación, ni renuncia.

En síntesis, y en las condiciones anotadas, estimo que el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público -además de la moralidad administrativa-, estuvo seriamente amenazado, situación que no se ha modificado para esta fecha, por las razones expuestas precedentemente. Además, el derecho se amenazó, y continúa amenazado, porque el interés de la Federación, como persona privada y socio mayoritario de PROCAFECOL SA. y, de otro lado, la misma Federación, actuando como particular que administra recursos del Estado,

hace dudar, seriamente, sobre la correcta determinación del precio tasado como pago por el usufructo de la marca, de manera que también, por esta otra razón, se concederá la acción popular, en los términos que pasan a disponerse.

Pero la moralidad administrativa, sintetizando este aspecto -y según lo analizado hasta ahora-, también se vulneró, por omitirse el procedimiento de selección previsto en la ley aplicable, cuyas reglas establecen, con claridad, que se deben observar los principios constitucionales y legales de selección objetiva – adjudicar a quien presente la mejor oferta y sin favoritismos o preferencias-, y de transparencia –vista en términos del deber de respetar los procedimientos de selección-.

De otro lado, la sola configuración de una casual de inhabilidad o incompatibilidad es suficiente para que se entienda violado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, pues esta clase de norma tiene un contenido eminentemente moralizador, de manera que su vulneración necesariamente amenaza este derecho colectivo¹⁵⁰.

Igualmente, el otorgamiento irregular de las autorizaciones para celebrar el contrato de explotación de las tiendas de café, la celebración del mismo con una empresa recientemente creada, sin experiencia en el mercado, y que incluso inscribió las tiendas de café como establecimiento de comercio propio, cuando no se había hecho ningún negocio, entre otras conductas analizadas en esta providencia, son suficientemente indicativas de la violación a la moralidad administrativa, entendida en los términos vistos en la primera parte de estos considerandos.

Sobra decir que este derecho, a la fecha, continúa vulnerándose, porque PROCAFECOL SA. continúa explotando, irregularmente, las tiendas de café y las marcas de propiedad del FNC, cuando la manera como obtuvo el contrato vulneró todo el sistema de principios de la contratación, y no es posible mantener ese estado de cosas ilegales e inconstitucionales.

Finalmente, sobre el derecho a la libre competencia, invocado por el actor en la demanda, más no en los recursos de apelación, no me pronunciaré, precisamente por esa consideración, pues todo indica que el Ministerio Público y

¹⁵⁰ Sobre un caso exactamente igual, se dijo recientemente que “No existen dudas para esta Sección en que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades constituye desarrollo directo e inequívoco de la moralidad administrativa; así lo ha entendido también la Corte Constitucional. Como se dijo antes, cuando esto ocurra, es decir cuando se verifique la violación de una norma (legal) que desarrolle de manera directa el principio de moralidad administrativa, no se hace necesaria una argumentación adicional por parte del juez, como sí debe hacerse cuando no sea tan evidente la afectación a la norma legal o la relación de esta con el precepto constitucional de la moralidad administrativa como principio que orienta la función administrativa.

“Emcali violó los bienes jurídicos relacionados con el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa cuando desconoció la presencia de las inhabilidades aludidas que detentaba Internacional de seguridad Ltda y no obstante ello, adjudicó a esta sociedad comercial el contrato y comenzó a ejecutarlo.” (Sección Tercera. Sentencia de febrero 21 de 2007. Exp. AP. 549)

los actores quedaron conformes con la manera como se decidió, en la primera instancia, la surte de este derecho.

En estos términos dejo expresada mi criterio, que lamenta profundamente que se haya permitido que el país soporte uno de los más severos atentados contra la moralidad administrativa y el patrimonio público.

ENRIQUE GIL BOTERO

JUAN VALDEZ - Irregularidades en el otorgamiento de licencia de marca / TIENDAS JUAN VALDEZ - Iniciaron su actividad sin autorización legal

Las tiendas Juan Valdéz inician su actividad sin autorización legal, su origen comercial representa el favorecimiento a personas privadas sin que exista dentro del contrato de la federación con el Gobierno y el Fondo Nacional del Café un mecanismo que garantice la reposición económica de un elemento patrimonial de todos los Colombianos con lo que se habilita el quebranto por lo menos a la moralidad y patrimonio públicos, mas aun cuando el dispositivo jurídico empleado para esta comercializadora es ampliamente favorable a la posibilidad de subfranquiciar el negocio, es decir, esta abierta la posibilidad para que esta actividad económica definitivamente quede en manos privadas. Podría subrayar que el modelo comercial adoptado refleja un negocio con altas posibilidades de éxito económico que sin embargo, no beneficia al caficultor razón por la que era necesario por el juez contencioso una reflexión distinta a la consignada en el fallo del que me separo, dado el compromiso de los derechos colectivos por cuyo amparo se generó la presenta acción.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

En el presente texto de salvamento de voto para apuntar sencillamente algunas de las circunstancias de contenido material que explican mi disenso con el criterio adoptado por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el instante de decidir el proceso de la referencia:

1. Inicialmente señalo que conforme a la prueba decantada dentro el proceso es posible concluir que la inversión aplicada por la Federación de Cafeteros y el Fondo Nacional del Café, para posicionar la marca “Café Valdéz” lo alisa el valor aproximado de US\$1.300.000.000, con un promedio de US\$ 40.000.000 al año. Si bien, dentro del mercado el costo de posicionamiento de una marca no puede apreciarse por el valor invertido en su posicionamiento dado que dicha inversión no necesariamente opera dentro de una tasa de retorno proporcional, la verdad es que los valores aplicados para su posicionamiento son

un buen dato para apreciar la dimensión del esfuerzo económico que existe detrás de los valores mercantiles que soportan la marca “Café Valdéz”.

2. También es claro dentro del expediente, que la autorización para el uso de la marca fue otorgada por el comité de cafeteros conforme al acta del 23 de diciembre de 2002, este usufructo implicó un reconocimiento económico que en el momento de la autorización no se determinó, significando simplemente como pago al fondo el valor equivalente a US\$20.000 mas el 2.5% de las ventas brutas hasta el 31 de diciembre de 2003, fenómeno que supone un contrato marcario en el que es evidente la descomunal ventaja a favor de la firma Procafecol, cuyo nacimiento registrado el 19 de noviembre de 2002, virtualmente supone el aprovechamiento de una favorabilidad excepcional en razón a que el proyecto económico de la firma, además de beneficiarse de la trayectoria amplia de la marca, como contraprestación al propietario del bien solo entregará regalías por el uso marcario pero en ningún momento cancelara valor alguno por el costo de la licencia.

Estas ventajas económicas son manifiestas y se comprueban con los pagos registrados hasta el 12 de febrero de 2004 cuya discriminación puede consultarse en el proceso así:

- a.- Derecho inicial a uso \$57.295.800=
- b. Regalías para el fondo \$37.294.919=
- c. Contribución a la publicidad del fondo \$24.863.271=
- d. Las ventas entre tanto ascendieron a \$2.486.327.906=

Del análisis de estas cifras es posible deducir la demostración al planteamiento esbozado en este segmento.

3. Desde el punto de vista puramente normativo la concesión del usufructo, reglamentariamente se condicionó a la suscripción de un documento conjunto entre el Ministro de Hacienda, y el Gerente de la Federación, que finalmente no se suscribió; adicionalmente el funcionamiento de las tiendas “Juan Valdéz” no contaron con un estudio previo del Gobierno que estatutariamente debía acompañar el voto del Ministro de acuerdo a la cláusula sexta del contrato de administración suscrito entre el Gobierno y la Federación; tampoco mediaron estudios de las comisiones asesoras del comité de cafeteros previstas para la comercialización, presupuesto de inversiones conforme lo imponía la cláusula quinta del contrato. Es objetiva en consecuencia una inocultable laxitud del comité

al dejar todo en manos de la federación, cuando el posicionamiento de la marca ha demandado tiempo e inversión.

4.

En este mismo tono, es posible afirmar que la federación de cafeteros al crear "Procafecol", que representa una extraña función cuya ambigüedad finalmente beneficia a los particulares que inicialmente conforman la empresa, no proyecta ganancia real a los productores en su conjunto sino básicamente a los productores de la firma "Procafecol"; es decir, la propiedad intelectual no se aprovechó con el criterio de bien público, conforme se ordenó en el 63° congreso cafetero de diciembre de 2003.

En síntesis las tiendas Juan Valdéz inician su actividad sin autorización legal, su origen comercial representa el favorecimiento a personas privadas sin que exista dentro del contrato de la federación con el Gobierno y el Fondo Nacional del Café un mecanismo que garantice la reposición económica de un elemento patrimonial de todos los Colombianos con lo que se habilita el quebranto por lo menos a la moralidad y patrimonio públicos, mas aun cuando el dispositivo jurídico empleado para esta comercializadora es ampliamente favorable a la posibilidad de subfranquiciar el negocio, es decir, esta abierta la posibilidad para que esta actividad económica definitivamente quede en manos privadas.

Podría subrayar que el modelo comercial adoptado refleja un negocio con altas posibilidades de éxito económico que sin embargo, no beneficia al caficultor razón por la que era necesario por el juez contencioso una reflexión distinta a la consignada en el fallo del que me separo, dado el compromiso de los derechos colectivos por cuyo amparo se generó la presenta acción.

Con toda consideración,

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Consejero de Estado

ACLARACION DE VOTO

Consejera: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D. C. 13 de abril de 2009

Aun cuando comparto la decisión contenida en el fallo dictado el 24 de marzo del año en curso en el proceso de la referencia, me permito aclarar mi voto conforme a las razones que seguidamente expongo:

El Fondo Nacional del Café fue creado como cuenta especial del tesoro público, sin personería jurídica, bajo la administración de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia; los recursos del Fondo son parafiscales, por ende públicos y destinados a la reinversión del sector que tributa, esto es del gremio cafetero.

Según la Cláusula Tercera del Contrato de Administración suscrito el 12 de noviembre de 1997, el órgano de dirección para el manejo del Fondo Nacional del Café es el Comité Nacional de Cafeteros, que lo integran, en representación del Gobierno Nacional: los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura y Desarrollo Rural y de Comercio Exterior y el Director del Departamento Nacional de Planeación y en Representación del gremio cafetero, los miembros que determinen los Estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

Independientemente de que pudiera configurarse una infracción de derechos colectivos, lo cierto es que en el proceso aparece demostrado que fue el Ministro de Hacienda y Crédito Público y no el Comité Nacional de Cafeteros, del que ese funcionario hacía parte y al que no tomó en cuenta, quien otorgó autorización a la Sociedad Procafecol, para usufructuar la marca comercial Juan Valdez, la cual hace parte de los activos del Fondo Nacional del Café.

En relación con el aspecto referido, la sentencia mencionada da cuenta de los siguientes hechos:

“MARCO FACTICO

“Los hechos fundamentales objeto de controversia que se encuentran probados en legal forma son, en orden cronológico, los siguientes:

“1...

*“9. Autorización gubernamental (23 de diciembre de 2002).
En el Acta número 13 del Comité Nacional de Cafeteros, correspondiente a la sesión del día 23 de diciembre de 2002,*

se lee (certificación del Secretario General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, folios 151, 152, 317, 318, 639, 640 y 785 a 787):

“AUTORIZACION USO MARCAS COMERCIALES DE PROPIEDAD DE FNC

“El señor Gerente General estimó pertinente solicitar al señor Ministro de Hacienda su autorización para que la Sociedad Procafecol S.A., o cualquiera otra sociedad que tenga un objeto social igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales registradas en Colombia y el exterior que hacen parte de los activos del FNC.

“El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, obrando como representante del Gobierno en el Comité Nacional de Cafeteros, emitió autorización expresa a lo solicitado por la Federación, con lo cual la entidad podrá usufructuar tales marcas comerciales en la comercialización, promoción y publicidad del café colombiano alrededor del mundo.

“En consecuencia, el señor Ministro de Hacienda autorizó igualmente a la Gerencia para suscribir el documento que se anexa a la presente, el cual deberá llevar su firma y la del Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros, mediante el cual se reglamenta la autorización para dicho usufructo.

“Acto seguido, el señor Gerente General de la entidad manifestó que teniendo en cuenta lo anterior, procederá a contratar un asesor externo e independiente para que estime la suma que la Federación, como entidad de derecho privado, debe reconocer y pagar al FNC por el usufructo de dichas marcas”.

“En el expediente no obra prueba del documento que se anunció como anexo al acta de sesión transcrita. Al respecto, la Directora Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en testimonio rendido el 21 de julio de 2004, aclaró que el reglamento al cual se refiere el acta de la sesión del 23 diciembre de 2002 “finalmente no fue objeto de formalización y ello consta en otra acta en la que se modifica el contenido de la autorización, que es del día 17 de julio de 2003”.

“10. Autorización del Comité Nacional de Cafeteros (17 de julio de 2003). En el Acta número 5 del Comité Nacional de Cafeteros, correspondiente a la sesión del día 17 de julio de 2003, se lee (certificación del Secretario General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, folios 153, 154, 488, 489, 641, 642 y 788 a 791)”.

“EVALUACION ESTRATEGIA PROPIEDAD INTELECTUAL MARCAS DEL FNC

“El doctor Gabriel Silva solicitó al Comité *modificar la autorización impartida el 23 de diciembre de 2002, respecto del uso de las marcas comerciales “Juan Valdez” y el logotipo “100% Café de Colombia”, en el proyecto de las Tiendas de Café para que, quien imparta la autorización sea el Comité Nacional, con el voto expreso y favorable del Ministro de Hacienda y no únicamente el Ministro, en nombre del Gobierno, como se solicitó en la precitada sesión del 23 de diciembre/03.*

“Agregó que lo anterior, teniendo en cuenta que en estricto sentido, es el Comité Nacional el órgano que debe aprobar la cesión del uso de marcas de propiedad del Fondo Nacional del Café e indicó que, de esta manera, *cualquier decisión que se tome sobre costo de licenciamiento de esas marcas es retroactivo al funcionamiento del proyecto de las tiendas desde su inicio y que teniendo en cuenta lo anterior, ha procedido a contratar un asesor externo e independiente para que estime la suma que la Federación, como entidad de derecho privado, debe reconocer y pagar al FNC por el usufructo de dichas marcas.*

“Que fue así como la Federación procedió a contratar el estudio sobre la estrategia de propiedad intelectual para las marcas del Fondo, con Future Brand, una de las firmas más reconocidas a nivel internacional, en la evaluación, manejo y diseño de estrategias en esta materia.

“...

“El Comité, con el voto expreso y favorable del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, *modificó la autorización otorgada al señor Gerente de la Federación en la precitada sesión del 23 de diciembre de 2002, en la forma solicitada por éste, y en consecuencia le autorizó para que la Sociedad Procafecol S.A., o cualquier otra sociedad que tenga un objeto social igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales registradas en Colombia y el exterior que hacen parte de los activos del FNC, reconociendo a éste el valor de la contraprestación que resulte del estudio contratado*”.

En este orden de ideas, estimo que se debió ordenar compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación, a efecto de que investigue si la actuación del entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público, referido en párrafos precedentes, constituyó una extralimitación en el ejercicio de sus funciones, cuando, el 23 de diciembre de 2002 (Acta 13), autorizó a particulares la explotación de las marcas de propiedad del Fondo Nacional del Café (Juan Valdez), autorización que debió modificarse en reunión realizada el 17 de

julio de 2003, en razón de que quien debía impartirla era el Comité Nacional de Cafeteros y no de forma autónoma el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

JUAN VALDEZ - Marca que hace parte del patrimonio público / FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS - Ligereza en otorgamiento de licencia de marca Juan Valdéz

Se debe tener como guía, en todo momento, que lo que aquí se estaba juzgando era si las decisiones y actuaciones de los demandados, en relación con el activo más importante del Fondo Nacional del Café, las marcas "Juan Valdez", desatendían los derechos colectivos. Para ello, ha de recordarse que las marcas del Fondo Nacional del Café son parte del patrimonio público, son propiedad de la Nación, y en tal virtud se debe aplicar a ellas todo el rigor que se predica respecto de la administración de cualquier bien público. A pesar de que la administradora de las marcas, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, es una entidad privada sin ánimo de lucro, que sujeta sus contratos al derecho privado, la naturaleza pública de los bienes administrados, le impone tener unos cuidados, controles, procedimientos, etc., que no le son exigibles a los particulares en sus negocios corrientes. En tal sentido, el Contrato de Administración de 1997, celebrado entre la Nación y la Federación, imponía unos cuidados, controles y procedimientos para el manejo de los recursos que integran el Fondo Nacional del Café, entre otros: la toma de decisiones se debía hacer por parte de los órganos competentes, en el caso de las marcas, por el Comité Nacional de Cafeteros; las decisiones se debían tomar con el cumplimiento del requisito indispensable de presentar documentos e informes por parte de la Federación, donde se instruyera debidamente al Comité Nacional de Cafeteros respecto de la decisión que se iba a tomar; las decisiones debían estar precedidas de los conceptos elaborados por la Comisión de Presupuesto e Inversiones, la Comisión de Comercialización, la Comisión de Publicidad, los cuales deben ser oídos por el Comité Nacional de Cafeteros para tomar la decisión. Pero no solo estas exigencias debían ser atendidas: La Federación, en observancia de lo que ordenaba el mismo Contrato de Administración, y de manera congruente con lo que había sido la tradición de los anteriores contratos de administración de 1978 y 1988, dictó su Estatuto de Contratación con recursos parafiscales cafeteros, al cual debía someter su actividad contractual. Quiero hacer énfasis en que la licencia de una marca desde la perspectiva del derecho privado no demanda mayores exigencias, pero en el caso concreto, habida cuenta de que se trataba de la licencia sobre el uso de una marca que hace parte del patrimonio público, la operación demandaba del cumplimiento de los controles que se han advertido. No es lo mismo un contrato que tiene por objeto a un bien particular, que un contrato que tiene por objeto a un bien público administrado por un particular. Ambos pueden estar sujetos al derecho privado en cuanto a su existencia, validez y eficacia, pero el que tiene por objeto un bien público tiene otros aspectos que conciernen a los deberes de cuidado y diligencia que impone la administración de los bienes públicos.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento se adhiere el Dr. Gerardo Arenas Monsalve

SALVAMENTO DE VOTO
Consejero: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

De la manera más respetuosa, me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala.

Las razones que me conducen a salvar el voto se encuentran comprendidas en su totalidad en el proyecto que sometí a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el día 8 de abril de 2008, y que fue votado negativamente el 29 de julio del mismo año, al cual, a partir de este momento me referiré como “el proyecto”.

A continuación me permito hacer la exposición correspondiente.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Es importante recordar que el juicio que se adelantó era de naturaleza popular, y que en él se pretendía proteger derechos colectivos. El proyecto que presenté amparaba la moralidad administrativa por cuanto consideraba que ésta había sido vulnerada por la actuación de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; también protegía el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público al considerarlo amenazado por las actuaciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de Procafécol.

Se debe tener como guía, en todo momento, que lo que aquí se estaba juzgando era si las decisiones y actuaciones de los demandados, en relación con el activo más importante del Fondo Nacional del Café, las marcas “Juan Valdez”, desatendían los derechos colectivos. Para ello, ha de recordarse que las marcas del Fondo Nacional del Café son parte del patrimonio público, son propiedad de la Nación, y en tal virtud se debe aplicar a ellas todo el rigor que se predica respecto de la administración de cualquier bien público. A pesar de que la administradora de las marcas, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, es una entidad privada sin ánimo de lucro, que sujeta sus contratos al derecho privado, la naturaleza pública de los bienes administrados, le impone tener unos cuidados, controles, procedimientos, etc., que no le son exigibles a los particulares en sus negocios corrientes.

En tal sentido, el Contrato de Administración de 1997, celebrado entre la Nación y la Federación, imponía unos cuidados, controles y procedimientos para el manejo de los recursos que integran el Fondo Nacional del Café, entre otros: la toma de decisiones se debía hacer por parte de los órganos competentes, en el caso de las marcas, por el Comité Nacional de Cafeteros; las decisiones se debían tomar con el cumplimiento del requisito indispensable de presentar documentos e informes por parte de la Federación, donde se instruyera debidamente al Comité Nacional de Cafeteros respecto de la decisión que se iba a tomar; las decisiones debían estar precedidas de los conceptos elaborados por la Comisión de Presupuesto e Inversiones, la Comisión de Comercialización, la Comisión de Publicidad, los cuales deben ser oídos por el Comité Nacional de Cafeteros para tomar la decisión. Pero no solo estas exigencias debían ser atendidas: La Federación, en observancia de lo que ordenaba el mismo Contrato de Administración, y de manera congruente con lo que había sido la tradición de los

anteriores contratos de administración de 1978 y 1988, dictó su Estatuto de Contratación con recursos parafiscales cafeteros, al cual debía someter su actividad contractual.

Quiero hacer énfasis en que la licencia de una marca desde la perspectiva del derecho privado no demanda mayores exigencias, pero en el caso concreto, habida cuenta de que se trataba de la licencia sobre el uso de una marca que hace parte del patrimonio público, la operación demandaba del cumplimiento de los controles que se han advertido. No es lo mismo un contrato que tiene por objeto a un bien particular, que un contrato que tiene por objeto a un bien público administrado por un particular. Ambos pueden estar sujetos al derecho privado en cuanto a su existencia, validez y eficacia, pero el que tiene por objeto un bien público tiene otros aspectos que conciernen a los deberes de cuidado y diligencia que impone la administración de los bienes públicos.

Esto último es reconocido por el mismo Contrato de Administración cuando dice que los empleados, asesores y miembros del Comité Nacional de Cafeteros involucrados en el manejo de los recursos parafiscales están sujetos al Código Unico Disciplinario, que para efectos penales se consideran servidores públicos y que el ejercicio de la auditoria interna y el control fiscal corresponde a la Contraloría General de la Nación.

Es tan claro lo que digo, que las personas naturales o jurídicas que administran una marca de particulares, cualquiera que ella sea, por ejemplo, Coca – Cola, no están sujetos al Código Unico Disciplinario, al régimen penal como servidores públicos, ni sometidos a la Contraloría. La naturaleza jurídica de la marca como bien público marca una inmensa diferencia respecto del trato del asunto en su totalidad.

En consecuencia, considero que el estudio del asunto no se podía restringir a si era válida la licencia de una marca con el simple acuerdo de las partes, es decir, si era meramente consensual, ni tampoco a si los contactos que se dieron entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros, antes de diciembre de 2002, constituyeron “preacuerdos” o “acuerdos” que posibilitaban la apertura de las tiendas Juan Valdez, sin contar con la autorización para ello del Comité Nacional de Cafeteros.

Todos estos temas son importantes para la solución del asunto, y por ello exigían de un análisis detenido y riguroso en el derecho civil y comercial, como se hizo dentro del proyecto que presenté, pero más importante que eso es analizar la forma como los demandados actuaron respecto de un bien público, y si con su actuar vulneraron o amenazaron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público al desatender el contrato de administración, el Estatuto de Contratación de la Federación con recursos del Fondo y las demás normas que se le relacionan. Es ahí donde está el punto de relevancia en el estudio de este caso.

II. ANALISIS GENERAL DEL ASUNTO

1. Causas y objetos jurídicos de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos de acuerdo con los actores populares

En el proyecto se dijo que de conformidad con los actores populares los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y a la

libre competencia económica habían sido amenazados o vulnerados, como consecuencia de las siguientes causas:

- *“El otorgamiento de las autorizaciones por parte de la Nación a Procafecol, o a cualquier otra sociedad que tuviera el mismo objeto social y que contara con la participación de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en la composición accionaria, para usar las marcas comerciales del Fondo Nacional del Café registradas en Colombia y en el exterior;*
- *El aprovechamiento de un préstamo de seis mil millones de pesos, otorgado por el Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A., Bancoldex, para el desarrollo del proyecto;*
- *La apropiación del informe hecho por “Violy McAusland en asocio con el señor Rudolf Hommes”, el cual fue pagado con recursos públicos, para el desarrollo del proyecto de las tiendas de café;*
- *La incompatibilidad en la que incurrió el Gerente de la Federación, de conformidad con el artículo 113 de la ley 489 de 1998, al actuar en el otorgamiento de licencia de uso de las marcas, de una parte, en ejercicio de sus funciones como representante del Fondo, y de la otra, con ánimo de lucro, como representante de la Federación, en condición de accionista de Procafecol;”*

Se dijo también que estas imputaciones tenían como elementos fundamentales, como desencadenantes de la supuesta amenaza o vulneración a los intereses colectivos, dos objetos jurídicos, a saber:

- *“las autorizaciones dadas por el Comité Nacional de Cafeteros para el uso de las marcas del Fondo Nacional del Café, en desarrollo del “Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café”¹⁵¹ celebrado en 1997 entre la Federación y la Nación;*
- *el Contrato de Licencia de Uso de Marca;”*

2. Marco conceptual, legal y contractual de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, del Fondo Nacional del Café y del Comité Nacional de Cafeteros

Con posterioridad, el proyecto, con la finalidad de ubicar conceptual, legal y contractualmente a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, al Fondo Nacional del Café y al Comité Nacional de Cafeteros, estudió lo que al respecto disponían las leyes, contratos y jurisprudencia nacionales.

“Federación Nacional de Cafeteros de Colombia

Los Estatutos la definen en los siguientes términos:

“ARTICULO 1º. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es una institución de carácter gremial, integrada por los productores de café del país que acrediten dicha condición con la cédula cafetera y cumplan las formalidades que determinen el Congreso Nacional de Cafeteros, el Comité Directivo y los presentes Estatutos; tiene por objeto orientar, organizar, fomentar y regular la caficultura colombiana procurando el bienestar del

¹⁵¹ Cuaderno 25, folios 812 – 821

caficultor a través de mecanismos de colaboración, participación y fomento de carácter económico, científico, tecnológico, industrial y comercial, buscando mantener el carácter de capital social estratégico de la caficultura colombiana.”

ARTICULO 3º. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es una persona jurídica de derecho privado, apolítica, sin ánimo de lucro, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. Su término de duración, prorrogable, será de cien (100) años contados a partir del 1º. de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).”¹⁵²

El Consejo de Estado, respecto de la naturaleza jurídica de la Federación, ha dicho:

“Es sabido que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es una entidad de carácter privado, gremial, que por virtud de leyes y contratos vigentes entre ella y el Gobierno Nacional, cumple el servicio público de defensa de la industria cafetera en todos los órdenes, para lo cual utiliza fondos de origen oficial, unos que le han sido entregados a manera de compensación por los servicios y otros a título de administración para el mejor cumplimiento de los mismos. Entre las entidades que ejecutan la política de comercio exterior y señalan sus pautas, figura la Federación Nacional de Cafeteros como elemento básico en la celebración de acuerdos cafeteros y en la fijación de los tipos de café excelso de exportación por parte de los particulares.”¹⁵³

La Federación desempeña la función de administradora del Fondo Nacional del Café de acuerdo con los diferentes contratos de administración que se han celebrado desde 1940, de entre los cuales resulta de gran relevancia el que fue celebrado el 12 de noviembre de 1997, dado que era el vigente al momento de presentarse los hechos de que conoce la jurisdicción en el presente caso, y constituye, tal y como se expondrá más adelante, una de las últimas cuentas de la relación de colaboración entre la Nación y la Federación.

Fondo Nacional del Café

El Fondo Nacional del Café tiene una importancia central en este asunto debido a que ha sido con base en sus recursos que se han creado, promocionado, publicitado, registrado y protegido las marcas cuya licencia de uso se discute en el sub judice, y a que las decisiones que con ellas se relacionan, como se demostrará posteriormente, son de su competencia.

El Decreto 2078 de 1940 creó el Fondo Nacional del Café, en los siguientes términos:

“Artículo 8º El producto de los impuestos establecidos en los artículos anteriores se llevará por la Tesorería General de la República en una cuenta especial bajo el nombre de “Fondo Nacional del Café,” con destino exclusivo a los fines previstos en el presente Decreto.”

¹⁵² Folio 491, Cuaderno 26

¹⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 28 de noviembre de 1989, Radicación 993. Actor: Jesús García Buitrago C.P. Samuel Buitrago

Los impuestos a los cuales hizo referencia la norma estaban referidos al gravamen a los giros sobre el exterior (artículo 1º) y al impuesto sobre los giros provenientes de la exportación de café o sobre el producto de las exportaciones (artículo 6º). El fin al que se habrían de destinar tales recursos en aquellos años, de manera exclusiva, era la adquisición de café para dar cumplimiento al Convenio de Cuotas Cafeteras (también llamado “Convención de Cuotas Cafeteras”, “Pacto Interamericano del Café”, “Pacto de Cuotas”), el cual tenía como misión regular la oferta de café en el mercado de los Estados Unidos de América.

Más adelante, en los contratos celebrados entre la Federación y la Nación para la administración del Fondo, éste último ha sido definido en los siguientes términos:

Contrato del 20 de diciembre de 1978:

“Cláusula primera. El Fondo Nacional del Café es una cuenta destinada permanentemente a la defensa, protección y fomento de la industria cafetera colombiana, y su administración corresponde a la Federación por virtud de disposiciones legales y contractuales; su vigilancia y control fiscal competen a la Contraloría General de la República.”¹⁵⁴

Contrato del 22 de diciembre de 1988:

*“Cláusula primera. **Naturaleza jurídica.** El Fondo Nacional del Café es una cuenta del tesoro público destinada permanentemente a la defensa, protección y fomento de la industria cafetera colombiana, cuya administración el Gobierno contrata con la Federación en los términos del presente instrumento, de conformidad con las normas legales existentes para ese propósito. La vigilancia fiscal del Fondo Nacional del Café corresponde a la Contraloría General de la República.”*

Contrato del 12 de noviembre de 1997:

“CLAUSULA 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.”

Naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Café

Como se puede observar, desde su creación hasta hoy, el Fondo es definido como una cuenta de naturaleza pública a la cual ingresan recursos, también públicos, para satisfacer las necesidades de los caficultores respecto de la promoción, venta, protección y defensa del café colombiano.

El Fondo no constituye una persona jurídica por cuanto ninguna norma o convención le atribuye esa condición¹⁵⁵. En la teoría clásica, constituyen sujetos

¹⁵⁴ Diario Oficial, Año CXV No. 35225, p. 810 – 812

¹⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C – 499 de 9 de julio de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, “*El Fondo no es pues una persona jurídica y es por ello que el Gobierno ha venido contratando su manejo con la Federación Nacional de Cafeteros. El Fondo es un sistema de manejo de recursos a través de una cuenta.*”

titulares de derechos y obligaciones las personas naturales y las jurídicas¹⁵⁶, las cuales están facultadas para actuar en el mundo de lo jurídico por sí mismas, o por medio de sus representantes, y de obtener el reconocimiento y los efectos que de sus actos se derivan.

La naturaleza jurídica del Fondo corresponde más bien a la noción doctrinaria y jurisprudencial de patrimonio de afectación en la medida en que está dispuesto especialmente para una finalidad de la cual no se puede desligar¹⁵⁷ y, en tal condición, constituye un centro de imputación jurídica, de derechos y obligaciones, cuyo titular es la Nación, a pesar de que se encuentra por fuera del presupuesto nacional¹⁵⁸.

En la actualidad, la norma que con mayor precisión define al Fondo, en función de la naturaleza de las contribuciones que recibe, es la ley 101 de 1993, la cual dispone al respecto:

“Artículo 32, Fondos parafiscales agropecuarios o pesqueros. Los recursos provenientes de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras y los patrimonios formados por éstos, constituirán Fondos especiales en las entidades administradoras, las cuales estarán obligadas a manejarlos en cuentas separadas, de modo que no se confundan con los recursos y patrimonio propios de dichas entidades.”

De acuerdo con la exposición anterior, el Fondo es el continente y los recursos que lo componen, a los que la Sala se referirá a continuación, son el contenido.

Naturaleza jurídica de los recursos que integran el Fondo

Por lo general, cuando se habla de los recursos que hacen parte del Fondo se piensa en las contribuciones parafiscales que constituyen su fuente principal de ingresos.

Los rasgos característicos de las contribuciones parafiscales:

- “1a. Son obligatorias, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado;*
- “2a. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico;*
- “3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa;*

¹⁵⁶ Código Civil:

“Artículo 73.- Las personas son naturales o jurídicas

De la personalidad jurídica y de las reglas especiales relativas a ella se trata en el título final de este libro.”

“Artículo 74.- Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.”

“Artículo 633.- Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derecho y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.”

¹⁵⁷ Corte Constitucional, C-308/1994, 7 de julio de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell

¹⁵⁸ Corte Constitucional, C-308/1994, 7 de julio de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell *“Hay que dejar en claro que, en razón de ser recursos públicos, provenientes de contribuciones parafiscales, los bienes que integran el Fondo Nacional del Café, no hacen parte del erario, es decir, del Tesoro de la Nación. Y por esta razón, en ningún caso, mientras esté vigente el contrato con la Federación, podrá dárseles destinación diferente a la prevista en las leyes que establecen las fuentes de financiación del referido Fondo. Las contribuciones parafiscales, se repite, son recursos públicos, pero no son ingresos corrientes de la Nación.”*

- “4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa.
 “5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o ‘por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación, como lo prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto’.
 “6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, corresponde a la Contraloría General de la República, por mandato expreso del artículo 267 de la Constitución, inciso primero.
 “7a. Son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer "excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley".¹⁵⁹

De acuerdo con los elementos que definen la figura, se ha concluido¹⁶⁰ que el primer evento de parafiscalidad en Colombia tuvo lugar con la ley 76 de 1927 (la primera norma a la que se hará alusión en la relación de fuentes normativas del tema cafetero)¹⁶¹, que estableció un gravamen que cumplía con las condiciones para la configuración respectiva. En efecto:

- *El tributo se impuso mediante el ejercicio del poder del Estado;*
- *El sector gravado era el cafetero:*
 “Artículo 1º. Establécese un gravamen sobre el café que se exporte, de diez centavos por cada saco de sesenta kilogramos”;
- *El beneficiario del gravamen era el mismo sector cafetero, en cuanto los recursos se destinaban a:*
 “Artículo 1º...
 (...)
 - a) Organizar y sostener una activa propaganda científica a favor del café colombiano
 - b) Tomar las medidas necesarias para implantar en el país los mejores sistemas para el cultivo de la planta...
 - c) Establecer, por cuenta de la Federación, almacenes generales de depósito...

¹⁵⁹ Corte Constitucional, C-152/1997, 19 de marzo de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía. En el mismo pronunciamiento judicial, respecto de la destinación exclusiva se hace la siguiente aclaración: “La destinación exclusiva en favor del grupo, gremio o sector que tributa los recursos parafiscales, no impide que se beneficien personas que no pertenecen a él. Sería absurdo y odioso, y a veces imposible, impedir que personas no contribuyentes se beneficiaran de obras como carreteras, redes eléctricas, puestos de salud, escuelas, etc. Sin embargo, esto no desvirtúa el principio de la destinación en beneficio de los productores de café: de una parte, ellos mismos se favorecen con esas inversiones; de la otra, en la medida en que se logra el equilibrio social y económico de las zonas cafeteras, se garantiza la paz y se mantiene un clima que permite el trabajo ordenado y fructífero de los cultivadores del grano, y contribuye a su bienestar. Todo esto, siguiendo un criterio de solidaridad social.”; en el mismo sentido, Corte Constitucional, C-308/1994, 7 de julio de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell: “En nuestro ordenamiento jurídico la figura de la parafiscalidad constituye un instrumento para la generación de ingresos públicos, caracterizado como una forma de gravamen que se maneja por fuera del presupuesto -aunque en ocasiones se registre en él- afecto a una destinación especial de carácter económico, gremial o de previsión social, en beneficio del propio grupo gravado, bajo la administración, según razones de conveniencia legal, de un organismo autónomo, oficial o privado.”

¹⁶⁰ Corte Constitucional, C-152/1997, 19 de marzo de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía

¹⁶¹ Leyes expedidas por el Congreso Nacional en su legislatura del año 1927, Edición oficial, Imprenta Nacional, Bogotá, 1927, p. 336 – 339

- d) Enviar comisiones de expertos a distintos países productores y consumidores de café...
- e) Fomentar el establecimiento de tostadoras de café colombiano...
- f) Editar revista u órgano de publicidad para información del gremio
- g) Llevar estadística del ramo y mantener informados a los interesados en este comercio....
- h) Encauzar las corrientes de exportación de café hacia los distintos mercados....”

- *La destinación de los recursos era exclusiva para los propósitos de la ley:*
“Artículo 6º... los valores acumulados ... deben quedar vinculados a los establecimientos creados ... junto con los dineros que hubiere en caja, y no podrán distraerse en ningún tiempo a objeto distinto del fomento y protección de la industria cafetera...”

En la actualidad, la ley 101 de 1993, al referirse de manera general a las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras señala:

“Artículo 29. Noción Para los efectos de esta ley, son contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras las que en casos y condiciones especiales, por razones de interés general, impone la ley a un subsector agropecuario o pesquero determinado para beneficio del mismo. Los ingresos parafiscales agropecuarios y pesqueros no hacen parte del Presupuesto General de la Nación.”

Finalmente, el artículo 2 de la ley 225 de 1995 prescribe:

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

En observancia de lo expuesto, es más que claro que los recursos que ingresan al Fondo Nacional del Café son públicos y de naturaleza parafiscal.

La Nación como titular del Fondo Nacional del Café (contribuciones y activos)

De conformidad con lo anterior, la Nación es la titular del derecho de dominio sobre los recursos que ingresan al Fondo y sobre los activos hacen parte del mismo, de suerte que cuando en adelante se haga referencia al Fondo Nacional del Café, a las contribuciones que lo integran y, especialmente, a sus marcas y demás bienes de propiedad industrial, se deberá entender que se trata de recursos o activos, de naturaleza pública, de propiedad de la Nación, que están sujetos a las limitaciones que les impone el carácter parafiscal, propias de su creación y destinación.

Comité Nacional de Cafeteros

Este órgano encuentra consagración dentro de los Estatutos de la Federación¹⁶², así:

“ARTICULO 14. El Comité Nacional de Cafeteros se compondrá de los miembros acreditados por el Gobierno Nacional en virtud del contrato de administración del Fondo Nacional del Café, y de un representante de cada uno de los departamentos de mayor producción cafetera nacional, según el censo cafetero vigente, elegidos todos ellos por el Congreso Nacional de Cafeteros.

ARTICULO 15. El Ministro de Hacienda y Crédito Público tendrá tantos votos cuantos sean necesarios para equilibrar el poder de voto entre el Gobierno y los representantes cafeteros. Cuando ocurran empates al votarse una medida, los dirimirá el señor Presidente de la República.”

En el mismo sentido, el Contrato de Administración de 1997¹⁶³ indica que el Comité Nacional de Cafeteros es el órgano de dirección para el manejo del Fondo, en los siguientes términos:

“CLAUSULA TERCERA.- Comité Nacional de Cafeteros: El órgano de dirección para el manejo del Fondo Nacional del Café es el Comité Nacional de Cafeteros, el que para efectos del presente contrato, estará integrado por Representantes del GOBIERNO y Representantes del Gremio Cafetero, así: a) En representación del GOBIERNO son miembros suyos los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Agricultura y Desarrollo Rural, cuya participación no será delegable; el Ministro de Comercio Exterior...; y el Director del Departamento Nacional de Planeación... Los Ministros de Relaciones Exteriores y del Medio Ambiente serán invitados a las sesiones en las cuales se traten temas relacionados con las funciones de sus respectivos despachos. b) En representación del Gremio Cafetero forman parte del Comité los miembros que establezcan los Estatutos de la FEDERACION.

La representación gremial en el Comité no podrá tener un poder de voto superior a la representación del GOBIERNO. El Ministro de Hacienda y Crédito Público tendrá tantos votos como sean necesarios para equilibrar el voto entre el GOBIERNO y los representantes cafeteros. Cuando se presenten empates al votarse una medida, serán dirimidos por el señor Presidente de la República.”

Como se puede observar claramente, el poder de decisión respecto de las materias que se discuten en el seno del Comité está del lado de la Nación, debido a que el voto del Ministro de Hacienda es suficiente para equilibrar el voto de los representantes cafeteros, y en caso de empate, quien decide es el Presidente de la República. Lo anterior ha llevado al Consejo de Estado a afirmar que “el manejo del Fondo Nacional del Café no corresponde a la Federación de Cafeteros sino al Gobierno Nacional”, en tanto que la actividad de la Federación “...se limita a la administración del Fondo”.¹⁶⁴

¹⁶² Cuaderno 26, folio 491

¹⁶³ Cuaderno 25, folios 812 – 821

¹⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Sentencia del 5 de mayo de 2005, Radicación Nº 11001-03-25-000-2000-00073-00(810-00). C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

(De la misma forma, los contratos de 1988¹⁶⁵ y de 1978¹⁶⁶ dispusieron acerca de la preponderancia de la Nación en las decisiones; en sentido contrario, en el primer contrato celebrado, en 1928, se señalaba que en caso de desacuerdo entre la Federación y la Nación, quien debía resolver era un tribunal de árbitros¹⁶⁷.)”

3. Resumen de la cuestión fáctica del presente proceso y de las fuentes jurídicas que ilustran la relación entre la Federación y la Nación

Con posterioridad, con el propósito de enmarcar el Contrato de Licencia de Uso de las marcas de propiedad del Fondo dentro de la historia de las relaciones sostenidas entre la Nación y la Federación, y de establecer cuáles habían sido los hechos probados en el proceso, el proyecto hizo la siguiente exposición:

- *“1927: Se constituyó la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, con personería jurídica reconocida mediante Resolución Ejecutiva No. 33 del 2 de septiembre de 1927, publicada en el diario oficial No. 20.890;*
- *1927: El 16 de noviembre se promulgó la ley 76 de 1927, mediante la cual se estableció un gravamen sobre las exportaciones de café. La ley dispuso que para hacer efectivo el impuesto se debía suscribir previamente un contrato con la Federación para la prestación de diferentes servicios relacionados con la promoción del café.¹⁶⁸*
- *1928: El 16 de abril se suscribió un contrato entre la Nación y la Federación para que ésta última tuviera a su cargo la prestación de los servicios consistentes en la administración, recaudo e inversión de los recursos obtenidos con la ley 76 de 1927¹⁶⁹;*
- *1935: Por medio de la ley 21 de 1935 se estableció un impuesto sobre la venta de giros procedentes de la exportación o sobre el producto de las exportaciones; de la suma recaudada por tal concepto, el Gobierno podía destinar un 10% para la protección de la industria del café. También se autorizó al Gobierno la celebración de un nuevo contrato con la Federación para dar manejo a estos recursos¹⁷⁰.*
- *1937: Se expidió la ley 41 mediante la cual se impuso un nuevo tributo a favor de la industria cafetera;*
- *1938: El 29 de enero se celebró un contrato entre el Gobierno Nacional y la Federación para la prestación de servicios;*

¹⁶⁵ “Cláusula trigésimoprimerá. Comité Nacional de Cafeteros...El Ministro de Hacienda tendrá tantos votos como sean necesarios para equilibrar el poder de voto entre el Gobierno y los representantes cafeteros. Cuando ocurran empates al votarse una medida, los dirimirá el señor Presidente de la República.”

¹⁶⁶ “Cláusula decimasexta. El número de representantes privados al Comité Nacional de Cafeteros elegidos por el gremio cafetero no podrá ser superior a la representación del Gobierno Nacional en tal organismo. Cuando ocurran empates al votarse una medida, los decidirá el señor Presidente de la República.”

¹⁶⁷ “Diario Oficial, Año LXIV, No. 20929, p. 230, cláusula sexta

¹⁶⁸ Leyes expedidas por el Congreso Nacional en su legislatura del año 1927, Edición oficial, Imprenta Nacional, Bogotá, 1927, p. 336 – 339

¹⁶⁹ Diario Oficial, Año LXIV No. 20929, p. 228 – 230

¹⁷⁰ Leyes expedidas por el Congreso Nacional en las sesiones ordinarias de 1935, y extraordinarias de noviembre y diciembre del mismo año, Edición oficial, Imprenta Nacional, Bogotá, 1936, p. 29 – 30

- 1940: El 21 de noviembre se expidió la ley 45 de 1940 mediante la cual se investió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para tomar las medidas conducentes a la aplicación de la Convención sobre cuotas cafeteras¹⁷¹, la cual tenía como misión regular la oferta de café en el mercado de los Estados Unidos de América;
- 1940: El 22 de noviembre, por medio del Decreto 2078 de 1940, se creó el Fondo Nacional del Café, y se autorizó a la Nación la celebración de un contrato con la Federación para administrar los dineros que ingresaran al Fondo¹⁷²;
- 1940: El 28 de noviembre se firmó en Washington el Pacto de Cuotas Cafeteras;
- 1940: El 11 de diciembre se firmó el contrato que permitió la estructuración del Fondo Nacional del Café como una cuenta manejada por la Federación, cuyo objetivo era la adquisición y almacenamiento de café para atender las obligaciones adquiridas por el Pacto de Cuotas de 1940¹⁷³;
- 1942: El 31 de diciembre se expidió la ley 66 de 1942 para la protección de la industria cafetera, en la cual se facultó a la Nación para la suscripción de un contrato con la Federación para atender las necesidades del cumplimiento del Pacto antes referido¹⁷⁴;
- 1943: El 4 de marzo se firmó un contrato entre la Nación y la Federación para la administración del Fondo Nacional del Café, el cual incorporó los contratos de 22 de febrero, 17 de abril y 21 de agosto de 1941 que adicionaron y aclararon el del 11 de diciembre de 1940¹⁷⁵. En este contrato se dispuso que el Fondo seguiría vigente hasta liquidar las existencias del café adquirido;
- 1947: El 27 de noviembre se celebró un convenio entre la Nación y la Federación por medio del cual se modificó y prorrogó el contrato celebrado el 29 de enero de 1938¹⁷⁶;
- 1948: Expiró el Pacto Interamericano del Café o Pacto de Cuotas¹⁷⁷;
- 1951: Se expidió el Decreto Legislativo 637 mediante el cual se le dieron recursos adicionales al Fondo y le señalaron nuevos objetivos¹⁷⁸;
- 1957: Se expidió el Decreto Legislativo 107 mediante el cual se le dieron recursos adicionales al Fondo y le señalaron nuevos objetivos¹⁷⁹;

¹⁷¹ Diario oficial, Año LXXVI – número 24520, p. 514

¹⁷² Diario Oficial, Año LXXVI – Número 24520, p. 515 – 516

¹⁷³ R. Junguito y D. Pizano, *Instituciones e instrumentos de política cafetera en Colombia (1927 – 1997)*, Fedesarrollo, Fondo Cultural Cafetero, Bogotá, 1997, p. 33

¹⁷⁴ Leyes expedidas por el Congreso Nacional, sesiones ordinarias y extraordinarias de julio a diciembre de 1942, Imprenta Nacional, Bogotá, 1943

¹⁷⁵ R. Junguito y D. Pizano, *Instituciones e instrumentos de política cafetera en Colombia (1927 – 1997)*, Fedesarrollo, Fondo Cultural Cafetero, Bogotá, 1997, p. 33

¹⁷⁶ El Diario Oficial, Año CXIV No. 35000, p. 265 – 266, da cuenta de la existencia del convenio

¹⁷⁷ El Diario Oficial, Año CXV No. 35225, p. 811, da cuenta de ello

¹⁷⁸ El Diario Oficial, Año CXV No. 35225, p. 811, da cuenta de ello

¹⁷⁹ El Diario Oficial, Año CXV No. 35225, p. 811, da cuenta de ello

- 1958: Se expidió el Decreto Legislativo 080 mediante el cual se le dieron recursos adicionales al Fondo y le señalaron nuevos objetivos¹⁸⁰;
- 1958: El 7 de enero se celebró un convenio entre el Gobierno Nacional y la Federación por medio del cual se modificó y prorrogó el contrato celebrado el 29 de enero de 1938¹⁸¹;
- 1959: Se expidió la Ley 1 de 1959, por medio de la cual se le dieron recursos adicionales al Fondo y le señalaron nuevos objetivos¹⁸²;
- 1967: El 16 de diciembre se celebró un convenio entre la Nación y la Federación, por medio del cual se modificó y prorrogó el contrato celebrado el 29 de enero de 1938¹⁸³;
- 1967: Se expidió el Decreto – Ley 444 mediante el cual se le dieron recursos adicionales al Fondo y le señalaron nuevos objetivos¹⁸⁴;
- 1972: Se expidió la ley 11 de 1972, que autorizó al gobierno nacional para la celebración de contratos con la Federación para impulsar y defender la industria del café, y se derogaron algunos de los impuestos con que se gravaba la exportación al café;
- 1978: El 11 de enero se celebró un convenio entre la Nación y la Federación por medio del cual se modificó y prorrogó el contrato celebrado el 29 de enero de 1938 hasta el 31 de diciembre de 1978¹⁸⁵;
- 1978: El 20 de diciembre de 1978 se firmó un nuevo acuerdo bajo la denominación de “Contrato con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia”¹⁸⁶, conocido como “contrato marco”, por medio del cual se fusionaron los dos modelos que con anterioridad existían: “Manejo y Administración del Fondo Nacional del Café” y “Prestación de Servicios”. El contrato comprendía dentro de la parte considerativa dos numerales: 1. Sobre los contratos de prestación de servicios y 2. Sobre los contratos del Fondo Nacional del Café, y dentro del clausulado correspondiente desarrollaba prestaciones correspondientes a las dos figuras, a saber: en relación con la administración del Fondo, la cláusula cuarta señalaba las operaciones que debía cumplir la Federación con cargo a los recursos del mismo, “...las cuales se consideran inherentes a su manejo y administración...”; y respecto de la prestación de servicios, la cláusula novena indicaba que “...en adición a las obligaciones anteriores, la Federación se obliga a prestar, a su costa, los siguientes servicios...”, para luego relacionar las labores referidas a investigación, educación, diversificación, promoción, fomento, vigilancia, entre otras, para favorecer a la industria cafetera¹⁸⁷;

¹⁸⁰ El Diario Oficial, Año CXV No. 35225, p. 811, da cuenta de ello

¹⁸¹ El Diario Oficial, Año CXIV No. 35000, p. 265 – 266, da cuenta de la existencia del convenio

¹⁸² El Diario Oficial, Año CXV No. 35225, p. 811, da cuenta de ello

¹⁸³ El Diario Oficial, Año CXIV No. 35000, p. 265 – 266, da cuenta de la existencia del convenio

¹⁸⁴ El Diario Oficial, Año CXV No. 35225, p. 811, da cuenta de ello

¹⁸⁵ Diario Oficial, Año CXIV No. 35000, p. 265 – 266

¹⁸⁶ Diario Oficial, Año CXV No. 35225, p. 810 – 812

¹⁸⁷ R. Junguito y D. Pizano, *Instituciones e instrumentos de política cafetera en Colombia (1927 – 1997)*, Fedesarrollo, Fondo Cultural Cafetero, Bogotá, 1997, p. 33

- 1988: El 22 de diciembre de 1988 se suscribió el Contrato de Administración correspondiente a esa década, donde se comprendía un primer capítulo denominado “De la administración del Fondo Nacional del Café” y un segundo capítulo de nombre “De la prestación de servicios”; éste último incluía servicios “De beneficio gremial” y “De beneficio social y económico para la población de las zonas cafeteras”, en los cuales se daba cuenta de la prestación de servicios similares a los del contrato de 1978, apenas anotados.
- 1991: La ley 9 de 1991 unificó el apoyo al Fondo Nacional del Café mediante la llamada “contribución cafetera”;
- 1991: El Decreto Reglamentario 1173 de 1991 atribuyó a la Federación, en calidad de administradora del Fondo, la facultad de efectuar la liquidación necesaria para el pago de la contribución cafetera y de señalar el procedimiento para su cancelación;
- 1991: En julio de 1991 se promulgó la Constitución Política de Colombia, en la cual se incluyó el concepto de parafiscalidad;
- 1993: Se expidió la ley 101 de 1993 en la cual se dio tratamiento a las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras y a los Fondos respectivos;
- 1994: La Corte Constitucional, mediante la sentencia C 308 del 7 de julio, definió, lo que en términos de la Nación y de la Federación son los rasgos específicos de su relación, y sobre los cuales se fundamentó el contrato de 1997;
- 1997: El 12 de noviembre se celebró el “Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café”, que vinculaba a la Federación y a la Nación durante el lapso en el cual tuvieron ocurrencia los hechos del presente proceso;
- 1998: El 30 de diciembre entró en vigencia la Ley 489 de 1998, la cual constituye una de las modalidades de regulación del ejercicio de funciones administrativas por particulares;
- 2002: En el mes de mayo, la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera integrada por un grupo de colombianos¹⁸⁸ con el propósito de analizar la situación del sector cafetero y de ofrecer “una nueva visión sobre el futuro de la caficultura”¹⁸⁹, en su Informe Final, planteó nuevas estrategias alrededor de los cafés y marcas de Colombia, entre las cuales se encontraba el establecimiento de una cadena de cafeterías de cafés especiales¹⁹⁰.
- 2002: El 9 de septiembre, tal como se acredita en el Acta No. 22¹⁹¹, el Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros¹⁹², una vez

¹⁸⁸ Luis Fernando Ramírez, Gabriel Silva, Luis Carlos Valenzuela, Alvaro Villegas, Luis Carlos Villegas

¹⁸⁹ Folio 326, Cuaderno 26

¹⁹⁰ Folio 375, Cuaderno 26

¹⁹¹ Folio 78, Cuaderno 26

¹⁹² La Sala advierte que este órgano es diferente al Comité Nacional de Cafeteros al cual se hará referencia, ampliamente, con posterioridad.

analizado el estudio hecho por “...la firma de Violy MC’Ausland con asocio del señor Rudolf Hommes...” emitió concepto favorable a la Gerencia para llevar a cabo el proyecto de tiendas de café, el cual comprendía, de acuerdo con lo dispuesto en el Acta, lo siguiente:

“...la idea es que la Federación lleve a cabo la iniciativa de abrir inicialmente cuatro tiendas a manera de centros pilotos, con diferentes formatos y modelos, en Bogotá, Medellín, Cartagena y Miami (U.S.A.) que se inaugurarían el 15 de diciembre próximo.

Que vez (sic) se hayan iniciado operaciones en las tiendas piloto y se pueda establecer qué tipo de modelo de tienda resulta más eficaz y productivo, éste proyecto se convertirá en una realidad empresarial en la que podrán participar todos los colombianos residentes en el país o en el exterior.

(...)

...en principio se ha pensado en utilizar, con tal fin, las instalaciones que la Federación tiene en arrendamiento en el Aeropuerto Eldorado (sic) y en el Puente Aéreo de esta ciudad, y la Casa que ocupa la Federación en Cartagena, que se adecuarían para convertirlas en una especie de “Plaza del Café”

- 2002: El 19 de noviembre, se constituyó, mediante escritura pública 5559 de la Notaría Sexta de Bogotá, la sociedad comercial Promotora de Café Colombia S.A. Procafecol S.A.¹⁹³, cuyo objeto social está referido a:

“ARTICULO 5º. La sociedad tiene como objeto principal el comercializar Café Colombiano en todas sus formas, Crear Tiendas de Café para administración directa o a través de terceros, Otorgar franquicias de las tiendas de café, Vender bebida de café, café tostado, molido y en grano, en distintas presentaciones y distintos puntos de venta, a nivel Nacional y a nivel Internacional, Vender artículos de mercadeo relacionados con el café y/o con las marcas comerciales utilizadas por la Sociedad.”

La composición accionaria era la siguiente:

Accionista	% Capital	Acciones
Federación Nacional de Cafeteros d Colombia	9	47
Juan Carlos Rojas Iragorri	0.2	
Claudio Arango	0.2	
Camila Pinzón	0.2	
Guillermo Trujillo Estrada	5.	2

La Junta Directiva de la entidad estaba constituida por los siguientes miembros:

Principales	Suplentes
Gabriel Silva Luján	Bernardo Saiz Martínez
Guillermo Trujillo Estrada	Verónica Arango Martínez
Catalina Crane	Hernando Galindo Mayne

¹⁹³ Folios 64 – 77, y 223 – 225, Cuaderno 26

La gerencia de la empresa correspondía a: Gerente, Luis Genaro Muñoz Ortega; Primer Suplente del Gerente, Cynthia C. Mercer Castillo; Segundo Suplente del Gerente, Roberto Vélez Vallejo. Con posterioridad, el 13 de diciembre de 2002, fue nombrado como Gerente Juan Fernando Ocampo¹⁹⁴.

(Los nombres relacionados son de especial importancia habida cuenta de que tales personas ocupan cargos como empleados o asesores de la Federación, asunto que genera inquietudes en los demandantes respecto de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades en la celebración del contrato de licencia de uso de marca)

- 2002: El 29 de noviembre Procafecol se inscribió en la Cámara de Comercio de Bogotá¹⁹⁵;
- 2002: El 10 de diciembre, Procafecol inscribió como suyo ante la Cámara de Comercio de Bogotá un establecimiento de comercio, con el nombre comercial de “Tienda de Café Juan Valdez”¹⁹⁶, ubicado en el aeropuerto El Dorado, local 2368. En el expediente obra prueba de que posteriormente, en el año 2003, en la misma condición de propietario, Procafecol registró otros 4 establecimientos de comercio con el nombre comercial de Juan Valdez¹⁹⁷;
- 2002: El 14 de diciembre, se inauguró la primera “Tienda de Café Juan Valdez” en el aeropuerto El Dorado, de Bogotá, D.C.¹⁹⁸;
- 2002: El 23 de diciembre, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, en desarrollo de una reunión del Comité Nacional Cafetero¹⁹⁹, ante la solicitud del Gerente General de la Federación, autorizó la utilización de “...las marcas comerciales registradas en Colombia y el exterior que hacen parte de los activos del FNC...”, por parte de “...Procafecol S.A., o cualquier otra sociedad que tenga un objeto social igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista...”. En relación con el valor de la licencia de uso, se dijo que el Gerente General de la Federación procedería “...a contratar un asesor externo e independiente para que estime la suma que la Federación, como entidad de derecho privado, debe reconocer y pagar al FNC por el usufructo de dichas marcas.”
- 2002: El 27 de diciembre se promulgó la ley 788 de 2002, modificatoria de la contribución cafetera;
- 2003: El 17 de febrero, Pedro De Narváez, representante legal de Café Don Pedro, y actor popular dentro de la presente acción, dirigió una carta al Gerente General de la Federación expresando su inconformidad por la forma como se habían implementado las tiendas Juan Valdez. Copia de esta comunicación fue enviada a la Presidencia de la República, desde

¹⁹⁴ Folio 224, Cuaderno 26

¹⁹⁵ Folios 223 – 225, Cuaderno 26

¹⁹⁶ Folio 80, Cuaderno 26

¹⁹⁷ Folios 79, 81 – 83, Cuaderno 26

¹⁹⁸ Folios 238, Cuaderno 26

¹⁹⁹ Folios 151 – 152, Cuaderno 26

donde se hizo radicar en la Superintendencia de Industria y Comercio para que adelantara la investigación correspondiente²⁰⁰;

- 2003: El 7 de marzo, la Federación envió una carta a Café Don Pedro ordenándole abstenerse de utilizar las marcas comerciales del Fondo, consistentes en "...la imagen y expresión JUAN VALDEZ; y el diseño conocido como LOGOTIPO FEDERACION con leyenda "The Richest Coffee in the World"²⁰¹;
- 2003: El 17 de julio, el Comité Nacional Cafetero en pleno²⁰², y con el voto expreso y favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, respecto de las "...marcas comerciales registradas en Colombia y el exterior que hacen parte de los activos del FNC...", autorizó su utilización a "Procafecol, o cualquier otra sociedad que tenga un objeto social igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista". Dentro del acta se dijo que quien debía autorizar la utilización de las mismas "en estricto sentido" era el Comité, razón por la cual se modificó la autorización que había sido dada exclusivamente por el Ministro de Hacienda y Crédito Público en la reunión del 23 de diciembre de 2002²⁰³. Con referencia a la estimación de la suma que se debía pagar al Fondo por la utilización de sus marcas, se dijo que para tal efecto ya se había contratado a Future Brand, "una de las firmas más reconocidas a nivel internacional, en la evaluación, manejo y diseño de estrategias en esta materia."
- 2003: El 4 de septiembre, Guillermo Trujillo Estrada, consultor de la Gerencia General de la Federación, cedió sus acciones en Procafecol a la Fundación Manuel Mejía²⁰⁴;
- 2003: El 29 de septiembre, la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante auto No. 2255, Radicación No. 03041342"A", archivó la investigación que se inició en contra de la Federación como consecuencia de la carta que le envió Café Don Pedro a la Federación. Ahí se dijo que la apertura de las Tiendas de Café Juan Valdez no había causado afectación en el mercado, que no vendían sus productos con precios por debajo de costos, ni que había discriminación por parte de la Federación al no vender café excelso a Café Don Pedro²⁰⁵;
- 2003: El 3 de octubre, Pedro de Narváez envió carta de protesta a la Presidencia de la República por el manejo dado a la licencia de uso de las marcas del Fondo, en los cuales se presenta, según él, abuso de la posición dominante y competencia desleal por parte de la Federación²⁰⁶;
- 2003: El 6 de noviembre, los Asesores del Gobierno en Asuntos Cafeteros respondieron que la Superintendencia de Industria y Comercio ya se había pronunciado acerca de la falta de mérito para iniciar investigación contra la Federación por los hechos denunciados por el Señor de Narváez, y que no

²⁰⁰ Folio 162, Cuaderno 26

²⁰¹ Folio 101, Cuaderno 26

²⁰² Folios 153 – 154, Cuaderno 26

²⁰³ Folios 153 – 154, Cuaderno 26

²⁰⁴ Folios 214 – 216, Cuaderno 26

²⁰⁵ Folios 198 – 203, Cuaderno 26

²⁰⁶ Folios 84 – 92, Cuaderno 26

había aprovechamiento indebido de las marcas, en cuanto que la utilización de la misma había sido autorizada por el Comité Nacional Cafetero²⁰⁷;

- 2003: El 5 de diciembre, Pedro de Narváez dirigió una nueva comunicación solicitando que se explicara en qué consistía la autorización dada por el Comité Nacional Cafetero para la utilización de la marca²⁰⁸;
- 2003: El 31 de diciembre, los Asesores del Gobierno en Asuntos Cafeteros enviaron copia a Pedro de Narváez del acta del 23 de diciembre de 2002 del Comité Nacional de Cafeteros²⁰⁹;
- 2004: El 16 de enero, la Federación, a través de su Gerente Financiera, envió una carta a Procafecol²¹⁰, a través de la cual solicitó, mientras que el experto contratado para avaluar las marcas del Fondo terminaba su trabajo, lo siguiente:

“En la medida en que Procafecol ha utilizado esa familia de marcas desde Diciembre del año 2002 en sus diferentes establecimientos en Colombia, hemos considerado pertinente que esta compañía cancele al Fondo, a manera de adelanto pendiente de liquidación final, una suma equivalente a US\$20,000 más el 2.5% sobre el valor de sus ventas brutas hasta el 31 de Diciembre de 2003 como compensación por el uso de las marcas en cuestión, que son propiedad del Fondo.”

- 2004: El 12 de febrero, Procafecol envió la Federación una carta con tres cheques²¹¹, por medio de los cuales pagaba:
 - \$57.295.800 (equivalente a US\$20.000), por concepto de “derecho inicial a usos de marcas de propiedad del Fondo Nacional del Café por Procafecol”;
 - \$37.294.919, referidos a “Regalías para el Fondo Nacional del Café correspondientes al 1.5% del valor de las ventas de Procafecol S.A. por uso de marcas durante el período (Diciembre 14 de 2002 – Diciembre 31 de 2003)”;
 - \$24.863.279, por concepto de “Contribución a la publicidad del Fondo Nacional del Café correspondiente al 1% del valor de las ventas”;
- 2004: En marzo, la Auditoría General de la República, en un documento titulado “Control Fiscal a la Auditoría realizada por la Contraloría General de la República a los recursos de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café”, conceptuó que para usar la marca Juan Valdez, se debía cumplir con lo siguiente: la expedición de una regulación especial; la valoración comercial del activo; los procedimientos legales que garantizaran una actuación prudente del administrador de la marca; extender los documentos donde se haga constar el valor de la marca, derechos, limitaciones, etc.; control financiero sobre su explotación²¹²;

²⁰⁷ Folios 93 – 94, Cuaderno 26

²⁰⁸ Folios 95 – 97, Cuaderno 26

²⁰⁹ Folios 98 – 99, Cuaderno 26

²¹⁰ Folio 187, Cuaderno 26

²¹¹ Folios 188 – 197, Cuaderno 26

²¹² Folios 1127 – 1133, Cuaderno 25

- 2004: El 2 de abril, en ejercicio de la acción popular, se presentó la demanda que dio lugar al presente proceso²¹³;
- 2004: El 14 de abril se profirió el auto admisorio de la demanda²¹⁴;
- 2004: El 9 de julio, la firma Future Brand entregó la metodología para calcular el valor de la marca, y en la misma fecha se aprobó por parte del Comité Nacional de Cafeteros;
- 2004: En el mes de julio, la Contraloría General del República dijo: que la decisión de licenciar el uso de la marca se había tomado sin los estudios previos de las comisiones asesoras y sin el concepto previo de los asesores del gobierno; que no se suscribió documento que reglamentara el uso de las marcas; que el primer pago a favor del Fondo por el uso de las marcas se hizo 14 meses después de la apertura de la primera “Tienda Juan Valdez”; que Procafecol, licenciataria de la marca, se había constituido legalmente con un mes de anterioridad a la apertura de las tiendas, y que estaba recibiendo la totalidad de los beneficios que deberían corresponder a toda la comunidad cafetera, en tanto que es ésta última quien ha puesto los recursos para la promoción de la marca; que en los registros de propiedad industrial aparece como titular de los mismos la Federación, omitiéndose el nombre del Fondo²¹⁵;
- 2004: El 2 de agosto, mediante memorando, la firma Future Brand expuso los resultados de la Fase 1 del trabajo, e indicó los porcentajes que inicialmente se debían reconocer al fondo por el uso de la marca, con la salvedad de que después se podrían ajustar como consecuencia de la profundización en el análisis²¹⁶;
- 2004: El 3 de agosto, se aprobó por parte del Comité Nacional de Cafeteros²¹⁷ el pago de las regalías recomendadas por Future Brand, en los siguientes términos:
 - “1. Tiendas para los Estados Unidos 2.3% del precio final de Venta (un pago para apoyar el mercadeo de la marca en ese país de 3% en los años 1 a 4 y 1% de ahí en adelante).
 2. Ventas de Extracto en los Estados Unidos Tasa de regalías 1.8% precio mayorista en Bolsa (más un gasto de mercado de 1.5% anual).
 - 3 Ventas de Extracto en Gran Bretaña Tasa de regalías 1.2% precio mayorista en Bolsa (más gastos de mercado de 1.5% anual)
 4. Venta de Extracto en Japón Tasa de regalías 1.4% precio mayorista en Bolsa (más gastos de mercadeo de 1.5% anual)
 5. Tiendas en Colombia Recomienda una tasa de regalía de 3.4% de las ventas totales en Colombia (más gastos de mercadeo de 2% durante los años 1 a 4 y 1% de ahí en adelante).
- 2004: El 3 de agosto, el Comité de Marcas y Patentes aprobó las tarifas concluidas por el estudio de Future Brand, y ordenó que se hiciera el cobro

²¹³ Folios 1 – 33, Cuaderno 26

²¹⁴ Folios 115 – 116, Cuaderno 26

²¹⁵ Folios 1118 – 1125, Cuaderno 25

²¹⁶ Folios 1007 – 1008, Cuaderno 25

²¹⁷ Folios 1009 – 1010, Cuaderno 25

de las sumas faltantes a Procafecol, visto que la tasa establecida por el experto sobre las ventas brutas (5.4%) era superior a lo que se venía cobrando (2.5%). Tal suma se debía actualizar a una tasa del DTF más cuatro (4) puntos. Se instruyó a la División Jurídica para que elaborara el contrato de licencia de uso de marca²¹⁸;

- 2004: El 6 de septiembre, se suscribió el Contrato de Licencia de Uso de Marca entre la Federación, como administradora del Fondo, y Procafecol²¹⁹;
- 2004: En el mes de diciembre se llevó a cabo el Congreso Nacional de Cafeteros número 64 en el cual se respaldó en pleno el proyecto de tiendas Juan Valdez²²⁰. Luego los Comités Departamentales y Municipales hicieron lo propio²²¹;
- 2005: El 16 de febrero, se profirió sentencia por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desestimando las pretensiones de la demanda²²²;

4. Obligaciones y Actividades de la Federación como administradora del Fondo. Naturaleza jurídica y legislación aplicable

Una vez expuestas las fuentes jurídicas e históricas de la relación entre la Nación y la Federación, y los hechos probados en el proceso, el proyecto, con el propósito de establecer la normatividad aplicable al Contrato de Administración (fundamento de las autorizaciones dadas para la utilización de las marcas), y al Contrato de Licencia de Uso de Marca, examinó las funciones que cumple la Federación a favor del Fondo, así:

“El Contrato de Administración de 1997 dispone, puntualmente:

“CLAUSULA SEPTIMA: Obligaciones de la FEDERACION como administradora del Fondo Nacional del Café: La FEDERACION, como administradora del Fondo Nacional del Café, tendrá las siguientes obligaciones:

- 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.
- b) Realizar las actividades de cálculo, liquidación, certificación, inspección y demás labores necesarias para el cobro y recaudo de la contribución cafetera.
- c) Elaborar el proyecto anual del presupuesto del Fondo Nacional del Café.
- 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 seguridad y adecuada rentabilidad, cobrar sus acreencias y gestionar y atender sus

²¹⁸ Folios 1011 – 1012, Cuaderno 25

²¹⁹ Folios 203 –213, Cuaderno 23

²²⁰ Folios 490 – 492, Cuaderno 27

²²¹ Cuaderno 24

²²² Folios 215 – 272, Cuaderno 27

compromisos.

e) Administrar el servicio de la deuda del Fondo Nacional del Café.

f) Mantener la separación presupuestal, patrimonial y contable entre los bienes y recursos del Fondo Nacional del Café y los de la FEDERACION.

g) Indicar en forma expresa el nombre del Fondo Nacional del Café cuando se realice cualquier actividad que sea financiada con sus recursos.

h) Vigilar el cumplimiento de las medidas que se dicten en materia de calidad de café.

i) Pagar los gravámenes en los cuales el Fondo Nacional del Café sea sujeto pasivo.

j) Desarrollar, con base en la información contable, indicadores que permitan medir la eficiencia del gasto de los recursos del Fondo Nacional del Café, los cuales deberán ser utilizados para la presentación de informes semestrales al Comité Nacional de Cafeteros para su evaluación.

k) Sufragar, con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, el costo de los servicios que para el cumplimiento de los objetivos de éste y con arreglo a la cláusula octava realice directamente la FEDERACION, y remunerarlos cuando se contraten con terceros

l) Contratar el personal necesario para el cumplimiento de sus obligaciones, correspondiendo exclusivamente a la FEDERACION el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales de dicho personal, salvo lo previsto en la cláusula sexta.

m) Recomendar al Comité Nacional de Cafeteros el mejor uso y destinación de los recursos del Fondo Nacional del Café, teniendo en cuenta informes periódicos sobre el mercado mundial del café y sus proyecciones.

n) Suministrar al GOBIERNO la información que solicite sobre el manejo y el estado de los bienes y recursos del Fondo Nacional del Café.

ñ) Entregar al GOBIERNO dentro de los quince primeros días de cada mes, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la ejecución del flujo de caja correspondiente al mes inmediatamente anterior y las proyecciones actualizadas del flujo de caja y de los estados financieros al cierre de los respectivos años calendarios y cafetero.

o) Entregar al GOBIERNO durante el primer trimestre de cada año el balance consolidado a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior; así mismo, una vez éste sea auditado por la Contraloría General de la República, publicarlo en dos diarios de amplia circulación nacional.

p) 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.”

“CLAUSULA 8o. ACTIVIDADES CON CARGO A LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DEL CAFE. Las actividades que podrá ejecutar la FEDERACION con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, directamente o mediante contratación, son:

o) Compra, almacenamiento, trilla, transformación, transporte, venta y demás actividades relacionadas con la comercialización del café en el interior del país y en el exterior.

- p) Programas dirigidos a fomentar e incentivar el logro de una caficultura eficiente, sostenible y mundialmente competitiva.
- q) Programas de reestructuración económica de explotaciones cafeteras no competitivas que incentiven su diversificación.
- r) Programas de investigación, experimentación científica, transferencia de tecnología, extensión, capacitación, diversificación y asistencia técnica.
- s) Contribuir mediante la utilización de sus recursos al cumplimiento de los acuerdos y compromisos internacionales que en materia de café adquiera Colombia.
- t) Actividades de promoción y publicidad del Café Colombiano.
- u) Programas orientados a promover nuevos mercados, nuevos productos y nuevas formas de comercialización de café y a afianzar los mercados existentes.
- v) Operaciones en bolsas de café para realizar coberturas en mercados de futuros y utilización de otros instrumentos que faciliten la comercialización del grano.
- w) Apoyar la prevención y represión del contrabando de café.
- x) Efectuar inversiones en títulos de reconocida seguridad y adecuada rentabilidad.
- y) 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.
- z) Promover y financiar el desarrollo del cooperativismo caficultor, como instrumento para una eficiente comercialización y medio para el mejoramiento social de la comunidad cafetera.
- aa) Apoyar programas que contribuyan al desarrollo y el equilibrio social y económico de la población radicada en zonas cafeteras.
- bb) Construcción de obras de infraestructura económica y social en zonas cafeteras.
- ñ) Realizar todos los actos y negocios jurídicos autorizados por leyes nacionales e internacionales, conducentes al logro de los objetivos y políticas del Fondo y al desarrollo de sus actividades y servicios, de conformidad con las autorizaciones correspondientes.

Como se puede advertir claramente de los textos transcritos, la Federación se encuentra investida de las más amplias facultades para llevar a cabo la administración del Fondo, sujeta a las limitaciones que le imponen el propio contrato y la ley.”

Al respecto, el proyecto consideró que una presentación apropiada de lo que significan para el derecho las diferentes actividades desarrolladas al amparo del Contrato de Administración, debía comenzar por advertir que los términos “administración”, “administrativa” y demás afines incorporados dentro del texto contractual, eran utilizados ahí en el sentido natural y obvio de los términos²²³, pero no en su acepción jurídica de atribución de funciones administrativas a

²²³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, 2001, p. 47. “administrativo, va. (Del lat. administrativus). Adj. Perteneciente o relativo a la administración...” “administración. (Del lat. administratio, -onis). f. Acción y efecto de administrar...” “administrar. (Del lat. administrare). Tr. Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan. 2. Dirigir una institución. 3. Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes. 4. Desempeñar o ejercer un cargo, oficio o dignidad. 5. Suministrar, proporcionar o distribuir algo...”

particulares. Esto, habida cuenta de que la mayoría de las actividades que realiza la Federación como administradora del Fondo, de acuerdo con el Contrato de Administración de 1997, correspondían al tipo de las mercantiles y civiles, y sólo la menor parte de ellas a las funciones administrativas, jurídicamente entendidas.

En tal sentido, cuando se hablaba de la administración del Fondo, no se podía entender como atribución de funciones administrativas a particulares, sino simplemente como el desarrollo del objeto del Contrato de Administración, el cual comprendía, se reitera, actividades comerciales y civiles, y actividades que constituían una propia atribución de funciones administrativas.

El Consejo de Estado ha entendido que la atribución de funciones administrativas a los particulares constituye un evento en el cual se le confiere a estos últimos la posibilidad de actuar investidos de aquellas prerrogativas o facultades propias del Estado²²⁴; así, cuando la Federación, como administradora del Fondo, actúa en ejercicio de tales prerrogativas o potestades se puede hablar de una atribución de funciones administrativas por parte de la Nación a favor de la Federación, pero cuando ésta cumple actos simplemente mercantiles o civiles no se puede decir que para esos efectos esté cumpliendo con funciones administrativas.

El proyecto, con base en las cláusulas de contrato referidas, hizo la explicación correspondiente, en los siguientes términos:

“Actividades comerciales y civiles

En las cláusulas transcritas aparecen actividades evidentemente mercantiles, como por ejemplo: comprar, almacenar, trillar, transformar, transportar, vender y demás actividades relacionadas con la comercialización del café en el interior del país y en el exterior; invertir los recursos del Fondo (en títulos o efectuar inversiones permanentes); manejar la liquidez del Fondo con entidades financieras de reconocida seguridad y adecuada rentabilidad; recomendar al Comité Nacional de Cafeteros el mejor uso y destinación de los recursos del Fondo Nacional del Café; implementar programas dirigidos a fomentar e incentivar el logro de una caficultura eficiente, sostenible y mundialmente competitiva; realizar actividades de promoción y publicidad del café; adelantar programas orientados a promover nuevos mercados, nuevos productos y nuevas formas de comercialización de café y a afianzar los mercados existentes; realizar operaciones en bolsas de café para realizar coberturas en mercados de futuros y utilizar otros instrumentos que faciliten la comercialización del grano.

El ordenamiento mercantil colombiano prescribe su campo de aplicación al decir, en el artículo 1º, que: “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial...” (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 20 del mismo cuerpo legal precisa cuáles son los actos, operaciones y empresas que se consideran mercantiles para todos los efectos, dentro de los cuales resulta pertinente, en la medida en que cobijan las obligaciones y las actividades acordadas en el Contrato de Administración, señalar los siguientes:

²²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, diecisiete (17) de febrero de dos mil cinco (2005) Expediente número: 27673, Radicación número: 500012331000200300277 01, Actor: Rodrigo Villamil Virgüez, Demandado: Nación - Ministerio de Comunicaciones y Otros, Consejero ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de mayo de 2007, radicación N° 4100123310002004 (AP00369) 01. Actor: Diego Omar Pérez Salas. Demandado: Municipio de Neiva y Consocial Consultores Ltda. C.P. Ramiro Saavedra Becerra

“1. La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;

(...)

5. La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionados con los mismos;

6. El giro, otorgamiento, aceptación o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos;

7. Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;

13. Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros;

16. Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;

17 Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes.”

Existen también otras obligaciones y actividades que a pesar de pertenecer al ámbito privado, escapan al carácter mercantil de las anteriores, entre otras, las siguientes: apoyar programas que contribuyan al desarrollo y el equilibrio social y económico de la población radicada en zonas cafeteras; promover y financiar el desarrollo del cooperativismo caficultor; construir obras de infraestructura económica y social en zonas cafeteras; contratar el personal necesario para el cumplimiento de sus obligaciones; adelantar programas de investigación, experimentación científica, capacitación, diversificación y asistencia técnica.

Al lado de estas actividades comerciales y civiles cumplidas por la Federación como administradora del Fondo, existen otras que constituyen una atribución de funciones administrativas a particulares por parte del Estado.

Actividades que constituyen una atribución de funciones administrativas a particulares

En la cláusula séptima del Contrato de Administración, como una más de las obligaciones a cargo de la Federación, en su condición de administradora del Fondo, se encuentra la de: “Realizar las actividades de cálculo, liquidación, certificación, inspección y demás labores necesarias para el cobro y recaudo de la contribución cafetera.”

El sustento jurídico para tal disposición contractual se encuentra principalmente en la Ley 9 de 1991, el Decreto 1173 de 1991 y la Ley 788 de 2002.

De acuerdo con el criterio de la Sala, la anterior cláusula comprende una atribución de funciones administrativas a particulares en la medida en que hace referencia a actividades propias de la administración pública, prerrogativas o potestades, como son las de recaudo y administración de los tributos. En efecto, el numeral 20 del artículo 189 de la Constitución Política prescribe, con claridad, que corresponde al Presidente de la República, “Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes.”

En observancia de lo anterior, dado que la Federación cumple, a favor del Fondo, con las funciones de recaudo y administración de las contribuciones cafeteras, se puede concluir que la asunción de tales actividades obedece a una atribución de funciones administrativas a particulares.

En relación con la atribución de funciones administrativas a particulares, la primera fuente jurídica que se debe consultar es la Constitución Política de 1991, la cual dispone, puntualmente, en el inciso 2 del Artículo 210, que: “Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”, y en el inciso 3 del artículo 123: “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

El contenido material de estos artículos constitucionales había encontrado concreción en algunas leyes especiales con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991; posteriormente, bajo el imperio de ésta última se han expedido normas especiales y generales que desarrollan lo ordenado en los artículos referidos, razón por la cual es posible concluir que podrán atribuirse funciones administrativas a los particulares en diferentes eventos:

- *La expedición de normas legales especiales (Ley 9 de 1991, el Decreto 1173 de 1991 y la Ley 788 de 2002), como es el caso apenas expuesto del recaudo y administración de las contribuciones cafeteras por parte de la Federación, en condición de administradora del Fondo Nacional del Café;*
- *La “...previsión legal, por vía general de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas Jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas”²²⁵, esto es, la ley 489 de 1998”.*

5. Normatividad aplicable a la Federación en condición de administradora del Fondo

De acuerdo con lo anterior, el proyecto concluyó que la normatividad que se debía aplicar a la Federación como administradora del Fondo estaba en función del tipo de actividades que desempeñara, de suerte que si éstas tenían carácter mercantil y civil, como es el caso del manejo de la propiedad intelectual del Fondo, serían aplicables las normas del Código de Comercio, Código Civil y demás pertinentes, mientras que si se trataba de actividades que significaban la asunción de funciones administrativas, se aplicarían las normas legales específicas en materia cafetera.

Ahora bien, lo dicho anteriormente debe entenderse respecto de dos escenarios diferentes: en primer lugar, la normatividad aplicable al Contrato de Administración propiamente dicho, es decir, a las obligaciones y derechos que habían contraído la Federación y el Gobierno Nacional recíprocamente, y que para el caso concreto concernía a las normas pertinentes para definir la validez de las autorizaciones dadas para licencia de la marca; y, en segundo lugar, la normatividad aplicable a los negocios que celebrara la Federación con terceros en condición de administradora del Fondo, esto es en el *sub judice*, el Contrato de Licencia de Uso de las marcas del Fondo.

²²⁵ Corte Constitucional, C-543/2001, sentencia 23 de mayo de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis; este pronunciamiento no tiene una aproximación restrictiva respecto de las posibilidades jurídicas para que los particulares adelanten funciones administrativas, todo lo contrario abre la puerta para que diferentes fuentes legales las asignen debidamente de conformidad con la interpretación de los artículos constitucionales. La sentencia, además de los dos eventos referidos, comprende un tercero constituido por “...la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y éstas. Se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta...”

6. Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café del 12 de noviembre de 1997

El proyecto analizó jurídicamente el contrato, así:

“Fuentes legales

El contrato referido es de la especie de los contratos estatales²²⁶, debido a que una de sus partes, la Nación, es una entidad estatal, y está sujeto a las disposiciones legales comerciales y civiles pertinentes, con excepción de las materias tratadas puntualmente por la ley 80 de 1993²²⁷.

El sistema de fuentes legales que sirvió de fundamento en 1997 para la celebración del contrato está constituido por las siguientes:

Ley 11 de 1972:

“Artículo 2o. Autorízase al Gobierno Nacional para celebrar con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia contratos tendientes a impulsar y defender la Industria del Café. Los contratos que el Gobierno celebre en desarrollo del presente artículo, tendrán una duración de diez años y serán prorrogables por períodos de igual duración.”

Ley 9 de 1991:

“Artículo 33. Autorizaciones contractuales y presupuestales. Autorízase al Gobierno Nacional para celebrar los contratos y efectuar las apropiaciones y demás operaciones presupuestales que se requieran para dar cumplimiento a lo previsto en esta Ley y en las disposiciones que para su efectividad se dicten.

(...)

Las adiciones, prórrogas o modificaciones que se introduzcan al contrato de administración del Fondo Nacional del Café y de servicios que suscriba la Federación Nacional de Cafeteros con el Gobierno Nacional continuarán sujetos a la revisión del Consejo de Estado, del Congreso de la República y a la publicación en el Diario Oficial.”²²⁸

Ley 101 de 1993:

“Artículo 30. Administración y recaudo. La administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas.

Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a

²²⁶ “Ley 80 de 1993, artículo 32.- Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”

²²⁷ “Ley 80 de 1993, artículo 13.- Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”

²²⁸ El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-449 de 1992.

través de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno Nacional; este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración.”

Contenido del Contrato de 1997

De acuerdo con lo expuesto en un título anterior acerca de las fuentes normativas que sirven de base para la relación entre la Nación y la Federación, el 20 de diciembre de 1978 constituyó una fecha especial para la historia de los contratos entre las partes, debido a que ese día se suscribió el “Contrato con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia”²²⁹, conocido como “contrato marco”, por medio del cual se fusionaron los dos modelos que con anterioridad existían: “Manejo y Administración del Fondo Nacional del Café” y “Prestación de Servicios”²³⁰. Posteriormente, el 22 de diciembre de 1988, se celebró el contrato correspondiente a esa década, donde se comprendía un primer capítulo denominado “De la administración del Fondo Nacional del Café” y un segundo capítulo de nombre “De la prestación de servicios”.

En el Contrato de Administración de 1997 se denota la preeminencia absoluta de las obligaciones referidas a la administración del Fondo sobre cualesquiera otras prestaciones, y las cláusulas, a diferencia de lo que ocurría en los contratos anteriores, no distinguen las actividades que comprenden el manejo del Fondo y la prestación de servicios.

Así se define desde el principio del contrato, al decirse:

“CAPITULO I

DEL OBJETO DEL CONTRATO

CLAUSULA 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 le compete a la FEDERACION por la vocación que le reconocen las leyes en su calidad de entidad nacional representativa del Gremio Caficultor.”

En el mismo sentido, los capítulos siguientes están dedicados a desarrollar el cometido del contrato, esto es, la administración del fondo:

- *Capítulo II De los objetivos del Fondo Nacional del Café;*
- *Capítulo III De las instancias de dirección, apoyo y asesoría;*
- *Capítulo IV De la administración y operación del Fondo Nacional del Café;*
- *Capítulo V Del régimen presupuestal;*
- *Capítulo VI Del régimen contractual;*
- *Capítulo VII Del régimen disciplinario;*
- *Capítulo VIII De los mecanismos de control;*
- *Capítulo IX De otras disposiciones contractuales;*

En relación con lo que antes correspondía a la denominación convencional de prestación de servicios, en la cláusula octava “Actividades con cargos a los recursos del Fondo Nacional del Café” se consagran como obligaciones de la Federación algunas actividades que guardan semejanza con las prestaciones de los contratos de 1978 y 1988, como las relacionadas con la investigación,

²²⁹ Diario Oficial, Año CXV No. 35225, p. 810 – 812

²³⁰ R. Janguito y D. Pizano, *Instituciones e instrumentos de política cafetera en Colombia (1927 – 1997)*, Fedesarrollo, Fondo Cultural Cafetero, Bogotá, 1997, p. 33

experimentación científica, capacitación, diversificación, asistencia técnica, apoyo al desarrollo y equilibrio social es de las zonas cafeteras, entre otras.

Contraprestación a favor de la Federación

Las obligaciones y actividades mercantiles, civiles y administrativas que cumple la Federación la hacen acreedora a una contraprestación, en los términos dispuestos en el mismo contrato:

“CLAUSULA NOVENA.- Contraprestación: Por concepto de la Administración del Fondo Nacional del Café, la FEDERACION recibirá el valor de los costos derivados de dicha administración correspondiente a los siguientes rubros del Presupuesto: Operación comercial en el país y en el exterior; dirección general; servicios de informática y cómputo; administración financiera; administración programas de inversión; administración de otros territorios cafeteros y coordinación servicios de comercialización y apoyo al movimiento cooperativo caficultor.

El Comité Nacional de Cafeteros apropiará anualmente en el Presupuesto del Fondo la suma necesaria, cuyo monto no podrá exceder del equivalente a dos y medio centavos de dólar por libra (US\$0,025/libra americana) del total de exportaciones de café del país. Este parámetro se ajustará con la inflación de los Estados Unidos de América.”

Características del Contrato de Administración de 1997

De conformidad con lo anterior, para la Sala resulta claro que el “Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café” del 12 de noviembre de 1997:

- *Está sujeto, principalmente, a las normas comerciales y civiles, debido a que las actividades y obligaciones que comprende el contrato, en su inmensa mayoría, corresponden a tal tipificación, y no tienen el alcance de atribución de funciones administrativas a particulares;*
- *Tiene origen en el ejercicio de la autonomía contractual de las partes, en virtud del cual se pueden configurar libremente figuras negociales diferentes de las prescritas por la ley;*
- *Es innominado y atípico: Lo primero, porque no está incorporado, ni siquiera mencionado, dentro de la legislación estatal, civil y comercial; lo segundo, porque no cuenta con una regulación legal propia, a la manera de los contratos de compraventa, agencia comercial, mutuo, etc.,²³¹*

²³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiuno (21) de abril de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 73001-23-31-000-1996-04165-01(14651), Actor: Distribuidora Regional de Helados La Palma Limitada -Dirhel Ltda, Demandado: Municipio de Melgar (Tolima), señaló que la doctrina ha reconocido de tiempo atrás la existencia y validez de los contratos estatales innominados y atípicos al citar a M. A. BERCAITZ, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 2ª ed., 1980. p. 252. quien dijo al respecto: “Los innominados son aquellos que presentan caracteres atípicos resultantes de la reunión en un contrato de diversos elementos constitutivos de los contratos típicos, como también aquellos otros que, dentro del marco de la legalidad, pueden ser celebrados por los órganos del Estado dentro de la esfera de su propia competencia. Fiorini sostiene que el contrato innominado se desconoce en el derecho administrativo. Consideramos equivocada esta afirmación. Como expresa Rivero: ‘Fuera de esos contratos (que deja enumerados renglones más arriba) que corresponden a un tipo determinado, como los *contratos especiales* del derecho civil, la administración utiliza el

- Es oneroso, dado que existe una contraprestación a favor de la Federación por las actividades cumplidas;

Disposiciones de derecho público referidas expresamente por el Contrato de Administración

No obstante que el contenido jurídico preponderante es de derecho privado, de conformidad con lo dispuesto en el mismo contrato, resultan aplicables algunas disposiciones de derecho público, como:

- La Nación tiene la facultad de declarar la caducidad del contrato y proceder con su liquidación, de conformidad con lo ordenado al respecto por la Ley 80 de 1993²³²;
- La institución de la parafiscalidad concerniente a la contribución cafetera, para cuyos efectos habrán de observarse la ley 9 de 1991, la ley 101 de 1993 y la ley 225 de 1995²³³;
- los empleados, asesores y miembros de los Comités, involucrados con el manejo del Fondo, están sujetos al régimen comprendido en el Código Unico Disciplinario (era la ley 200 de 1995 en el momento de suscripción del Contrato de Administración, pero a partir de febrero de 2002, es la ley

procedimiento contractual a los fines y según las combinaciones más diversas: son los contratos *innominados* de derecho administrativo. Todo esto pone en relieve la expansión que conoce actualmente el contrato administrativo y la renovación que resulta en su teoría general'. También *Escola rechaza la posición negativa de Fiorini*: 'Es cierto que los más importantes contratos administrativos están nominados y regidos por la ley. Pero no es sostenible en cambio que la administración pública, en el curso de esa gestión, no puede celebrar sino esos contratos, y solamente éstos'. 'Al contrario, si el interés público lo exige, si la actividad administrativa lo impone, no puede negarse a la administración la posibilidad de celebrar otros tipos o clases de contratos, y aun la de crear nuevas figuras contractuales'. *Coincide Marienhoff*. *En el derecho administrativo -salvo excepciones- la mayoría de los contratos no están disciplinados normativamente, de donde, implicando figuras que no constituyen contratos pertenecientes a una categoría predeterminada, carecen de una denominación especial. Hacemos nuestros esos conceptos y agregamos que, además, como se ha dicho, aun cuando siempre rija la máxima 'plus est in re quam in nomine', esta clasificación de contratos nominados e innominados presenta interés para conocer cuál ha sido el propósito de las partes al celebrarlos, y cuáles son las reglas a que pueden estar sometidos, principalmente si se trata de un contrato disciplinado por normas legales*".

²³² "CLAUSULA VIGESIMA QUINTA.- *Caducidad*: El GOBIERNO, mediante resolución motivada, podrá declarar la caducidad del presente contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18° de la Ley 80 de 1993. En la resolución que declare la caducidad se expresarán las causales que dieron lugar a ella y se ordenará hacer efectivo el valor de la cláusula penal pecuniaria. La resolución de que trata la presente cláusula se notificará en los términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo. Contra dicha providencia se podrá interponer únicamente el recurso de reposición. Ejecutoriada la resolución de caducidad el contrato se entenderá terminado y se procederá a su liquidación, en los términos previstos en los artículos 60° y 61° de la Ley 80 de 1993."

²³³ "1) Las partes encuentran necesario registrar en la regulación de sus relaciones la concepción de la institución de la parafiscalidad plasmada en la Constitución Política, con las consecuencias que de ella se desprenden en el orden presupuestal y administrativo con arreglo a las leyes 101 de 1993 y 225 de 1995 2) La contribución cafetera establecida en la Ley 9a de 1991 tiene inequívocamente naturaleza parafiscal, con arreglo a las normas jurídicas de rango constitucional y legal que definen esta institución con los rasgos que específicamente predica a su respecto la Corte Constitucional en su Sentencia C – 308 de julio 7 de 1994.

734 de 2002), y, para efectos penales, se los considera servidores públicos²³⁴;

- el ejercicio de la auditoría interna y del control fiscal sobre el Fondo cuenta con normas de carácter público²³⁵, en virtud de las cuales corresponderá a la Contraloría General de la República controlar todo lo concerniente a los recursos parafiscales;

En virtud de lo anterior, el proyecto concluyó que cuando se presentara un conflicto respecto del Contrato de Administración del tipo de los eventos apenas relacionados, se aplicarían para la correspondiente decisión las normas referidas, pero cuando estuviera referido a otro tipo de obligaciones o actividades, como en el caso de las autorizaciones para la concesión de licencia de uso de las marcas del Fondo, el intérprete judicial habría de recurrir al derecho común de los contratos generales, esto es, al derecho privado, en su tradicional bifurcación, civil y comercial.

7. Contrato de Licencia de Uso de Marca

A continuación, el proyecto expuso desde la perspectiva de la teoría general de los contratos los rasgos y elementos que caracterizan al tipo denominado contrato de licencia de uso de marca, e hizo énfasis en aquellos puntos que consideró relevantes para el caso concreto:

“Nominado y atípico. Definición

En primer término, el contrato de licencia de marca es nominado y atípico dentro de nuestro ordenamiento jurídico privado. Es atípico debido a que tal negocio, a pesar de tener una amplia tipicidad social, no cuenta con una regulación jurídica detallada; y es nominado en cuanto el contrato se halla comprendido dentro de nuestro ordenamiento jurídico mercantil y dentro del subregional andino, así:

Código de Comercio, Artículo 594:

“El contrato de licencia contendrá estipulaciones que aseguren la calidad de los productos o servicios producidos o prestados por el beneficiario de la licencia. El titular de la marca ejercerá control efectivo sobre dicha calidad y será solidariamente responsable frente a terceros por los perjuicios causados.

²³⁴ “CLAUSULA DECIMA OCTAVA.- Normatividad aplicable: Los empleados y asesores permanentes de la FEDERACION que desempeñen funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, relacionadas con las administración y manejo de los recursos parafiscales del Fondo Nacional del Café, así como los Miembros de los Comités de Cafeteros, son sujetos a la normatividad disciplinaria contenida en el Código Unico Disciplinario (Ley 200/95), en virtud de lo preceptuado en el artículo 20° ídídem. Igualmente, para efectos de la ley penal, son servidores públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18° del Estatuto Anticorrupción (Ley 190/95)”

²³⁵ “CLAUSULA VIGESIMA.- Auditoría Interna: La FEDERACION, de conformidad con lo dispuesto en los artículos primero y siguientes del Decreto 2025 de 1996, efectuará a través de la auditoría interna, el seguimiento sobre la administración, manejo, inversión y contabilización de los recursos parafiscales del Fondo Nacional del Café y la verificación de la correcta liquidación, debido pago, recaudo y consignación de la contribución parafiscal cafetera.

CLAUSULA VIGESIMA 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.”

A petición de cualquier persona o de oficio, la oficina encargada del control de normas y calidades tomará las medidas adecuadas para garantizar dicha calidad e impondrá las sanciones que fueren del caso.”

Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina, Artículo 162:

“El titular de una marca registrada o en trámite de registro podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la marca respectiva. Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda licencia de uso de la marca. La falta de registro ocasionará que la licencia no surta efectos frente a terceros.

A efectos del registro, la licencia deberá constar por escrito.

Cualquier persona interesada podrá solicitar el registro de una licencia.”

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su condición de órgano subregional andino, ha esbozado los rasgos generales del contrato de licencia, en procesos en los cuales ha hecho las interpretaciones judiciales requeridas por el Consejo de Estado y por la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“La "licencia" implica un mecanismo contractual, aplicable por igual a patentes y marcas, que suele beneficiar principalmente al titular de la patente o marca, o sea al "licenciante", ya que le permite incrementar su producción de bienes o servicios y ampliar su distribución a nuevos mercados a los que de otro modo no tendría acceso.”²³⁶

“...la licencia hace posible que el derecho exclusivo de explotación de la patente o de la marca pueda ser ejercido por una persona distinta de su titular, limitándose por su intermedio el ejercicio del ius prohibendi del licenciante frente al licenciatario, en los términos y condiciones fijados por el contrato.”²³⁷

“En forma general, en los contratos de licencia se especifican cláusulas tales como la duración del contrato, la vigilancia o inspección o control del licenciante sobre la calidad de los productos fabricados por el licenciatario, el reconocimiento a la propiedad exclusiva de la marca por parte del licenciante y la facultad o poder para que el licenciatario pueda enfrentar los litigios que se presente respecto a la marca.”²³⁸

La doctrina nacional y extranjera coincide al definir el contrato de licencia de marca como el negocio jurídico en virtud del cual el licenciante, en su condición de titular del registro de una marca o de la solicitud de registro, autoriza al licenciatario, en los términos que ordenan las normas respectivas y de

²³⁶ Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 20 de septiembre de 1990, Proceso 2 – IP – 90, solicitud de interpretación prejudicial del Artículo 27 del Acuerdo de Cartagena y de normas comunitarias que lo desarrollen, en cuanto al contrato de licencia de marca con pago de regalías formulada por la corte suprema de justicia de la República de Colombia por intermedio del Magistrado de la Sala Constitucional de dicha Corte, Dr. Fabio Morón Díaz

²³⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 14 de julio de 2004, Proceso 43 – IP – 2004, solicitud de interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en los artículos 6, 56, 57, 105, 153, 161 y 162 de la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianetta

²³⁸ Tribunal de Justicia de La Comunidad Andina, Quito, 8 de mayo de 1998, Proceso 30 – IP – 1997, solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 113 literal c), numeral 1 y el artículo 102 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Libardo Rodríguez

conformidad con el correspondiente acuerdo particular y concreto, para explotar comercialmente el signo distintivo respectivo.²³⁹

Consensual

La mayoría de la doctrina internacional reconoce el contrato como uno de aquellos que se perfeccionan con el solo consentimiento²⁴⁰.

En Colombia, el artículo 1501 del Código Civil, desde la perspectiva de las exigencias para el perfeccionamiento del contrato, clasifica los contratos en tres modalidades: real, solemne y consensual²⁴¹.

En el derecho civil, desde antes del movimiento codificador decimonónico, y como fundamento del mismo, las obras de Domat²⁴² y Pothier²⁴³ establecieron el principio de la consensualidad (*solus consensus obligat*), de suerte que la condición de real o formal de un contrato debe estar expresamente establecida en la ley, por cuanto de no ser así el contrato será consensual para todos los efectos²⁴⁴. (Esto último sin perjuicio de la capacidad que tienen las partes para acordar formalidades convencionales, a lo cual la Sala se referirá posteriormente.)

Por su parte, el derecho comercial colombiano, de imperiosa atención respecto del contrato de licencia de marca, tanto por su objeto como por la naturaleza mercantil de una de las partes contratantes involucradas en este caso, incluye lo propio en el artículo 824, al decir:

“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad.”

²³⁹ A. RONCERO, *El Contrato de Licencia de Marca*, Civitas, Madrid, 1999. p. 64; M. A. VELILLA, *Introducción al derecho de los negocios*, El Navegante, Bogotá, 2002, p. 211; M. ALEMÁN, *Marcas Normatividad subregional sobre marcas de productos y servicios*, Top Management, Bogotá, s.d., p. 130

²⁴⁰ L.E. BERTONE Y G. CABANELLAS, *Derecho de Marcas*, Tomo II, Heliasta, Buenos Aires, 1989, p. 377 “Los contratos de licencia de marca son consensuales, las obligaciones emergentes de los mismos tienen plena vigencia como resultado del mero consentimiento de las partes”; A. RONCERO, *El Contrato de Licencia de Marca*, Civitas, Madrid, 1999, p. 179, “...en relación con las marcas y en concreto con el contrato de licencia de marcas, en general no se exige forma alguna...”; V. COÑAT EDO, *Los contratos sobre la marca comunitaria en Marca y Diseño Comunitarios*, (Coord. A. Bercovitz), Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 158 “...en el caso de la licencia su eficacia no está sometida a ningún tipo de formalidad...”

²⁴¹ “Artículo 1500.- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

²⁴² M. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus*. (tome premier), Paris 1771, p. 26: el autor señala que todas las convenciones, sea que tengan nombre propio o no, siempre tienen su efecto, y obligan a aquello que se ha convenido;

²⁴³ R.J. POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, t.1. trad. S.M.S., Madrid-Barcelona [s.d.], p 5-8 y 16: “3. Un contrato es una especie de convención. [...] “Una convención o pacto (puesto que dichos términos son sinónimos) es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente o para modificarlo: *Duorum vel plurium in ide placitum consensus*. La especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama contrato”

²⁴⁴ H. SALAMANCA, *Derecho Civil Curso cuarto Contratos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988, “Se llama contrato consensual el que se perfecciona por el solo consentimiento. Este es el tipo general de contrato pues el solemne y el real son la excepción.”

Con base en lo anterior, la Sala concluye que el contrato de licencia de uso de marca en Colombia es consensual en la medida en que no hay norma alguna que ordene la solemnidad de la escritura pública o privada, ni el registro correspondiente, para la existencia o validez del mismo.

No obstante, es necesario señalar que el artículo 162 de la Decisión 486 de 2000, copiado atrás, en sus incisos segundo y tercero, señala que el contrato de licencia se debe registrar; que para tal efecto debe constar por escrito; y que la sanción por la falta de registro consiste en que no surte efectos frente a terceros; esto es, en términos del artículo 901 del Código de Comercio²⁴⁵, que el acto se hace inoponible.

Como se puede evidenciar en el texto referido, la norma incorpora unos requisitos de publicidad en relación con el contrato y al mismo tiempo la sanción por su incumplimiento, pero, en ningún momento se ordena como presupuesto de existencia o de validez del contrato que éste deba ser hecho por escrito, ni que se deba registrar, así como tampoco se sancionan tales faltas con modalidad alguna de inexistencia o invalidez del contrato, ni de ineficacia respecto de las partes.

En el mismo sentido, el Tribunal Andino de Justicia niega el carácter formal del contrato y reconoce la consensualidad del mismo, al decir:

“Las disposiciones citadas (artículos 57 y 163 de la Decisión 486 de 2000) establecen además, en los casos de la patente ya concedida y del signo distintivo ya registrado como marca, el requisito del registro del contrato de licencia que el titular celebre con el tercero para la explotación de la invención o de la marca, a fin de que tal licencia, cuyo contrato deberá constar por escrito y cuyos datos esenciales constituirán objeto del registro que cualquier persona interesada podrá solicitar ante la oficina nacional competente, surta efectos frente a terceros. En caso contrario, el contrato será válido, pero sólo surtirá efectos entre las partes” (subrayado fuera de texto)²⁴⁶

En observancia de lo anterior, utilizar la primera parte del inciso segundo del artículo 162 de la Decisión 486 de 2000 (“Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda licencia de uso de la marca”) para concluir que el contrato es formal, como lo entienden algunos autores nacionales²⁴⁷, es desatender el canon de interpretación denominado sistemático, en virtud del cual las partes de una ley deben ser entendidas unas por otras, para que del conjunto del objeto surja su verdadero sentido²⁴⁸.

Por tales razones, la Sala reafirma su conclusión sobre la consensualidad del contrato de licencia de uso de marca, y recuerda que el intérprete legal en

²⁴⁵ “Será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exige.”

²⁴⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 14 de julio de 2004, Proceso 43 – IP – 2004, solicitud de interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en los artículos 6, 56, 57, 105, 153, 161 y 162 de la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianetta

²⁴⁷ M. ALEMÁN, *Marcas Normatividad subregional sobre marcas de productos y servicios*, cit. p. 130: “El contrato de licencia deberá constar en documento escrito, lo que lo hace un contrato solemne...”; P. CÁRDENAS, *Comentarios sobre propiedad intelectual*, Pablo Emilio Cárdenas Pérez, Bogotá, 2003, p. 294: “La licencia de uso es contrato solemne en cuanto se exige que conste por escrito.”

²⁴⁸ Código Civil, artículo 30.- “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.”

materia de solemnidades para la creación de los actos jurídicos y de sanciones de nulidad o ineficacia no puede ir más allá de lo que la norma legal indica, arrojándose facultades que desbordan su competencia.

Oneroso o gratuito

En relación con la onerosidad o gratuidad del contrato²⁴⁹, dada la atipicidad legal del mismo no resulta posible recurrir a las normas para concluir si el pago de un precio (entrance fee, royalties) es un elemento esencial del contrato, como para que su no incorporación dentro del acuerdo convencional dé lugar a la ineficacia del contrato o a la degeneración en otro negocio, tal como lo ordena el artículo 1501 del Código Civil²⁵⁰.

En los contratos que adolecen de la falta de tipicidad legal, el camino que se debe seguir para determinar sus elementos esenciales y naturales, empieza con una investigación sobre la naturaleza jurídica del contrato, respecto de la cual el Consejo de Estado ha dicho:

“La naturaleza jurídica de un contrato puede definirse como el cauce sobre el cual transcurre la corriente de las disposiciones contractuales, las cuales tienen como afluentes a las normas jurídicas, la común intención de las partes, la buena fe, la costumbre y la equidad natural. Al nacimiento de esa corriente concurre la causa, en el recorrido de la misma y en su desembocadura están presentes los efectos, y hacen las veces de dique, para impedir su desbordamiento, las normas imperativas. El cauce ha sido construido sobre bases prácticas primero, y dogmáticas después, para, posteriormente, ser consagrado positivamente en diferentes períodos de la evolución jurídica, y moldeado en función de las necesidades materiales de los particulares y del Estado.”²⁵¹

En consecuencia, la Sala debe investigar los factores extralegales que confluyen a la naturaleza jurídica del contrato de licencia de uso de marca para definir si la condición que tiene el precio dentro del contrato es la de un elemento esencial o no. Habrá entonces de analizarse qué indican los factores objetivos, como la costumbre y la buena fe, en relación con el caso concreto, respecto del precio o contraprestación que hace del contrato uno oneroso, para con posterioridad atender a la común intención de los contratantes.

En tal escenario, la doctrina internacional²⁵² informa que existe un sinnúmero de contratos de licencia de marca gratuitos, como también onerosos, motivo por el

²⁴⁹ Código Civil, artículo 1497.- “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”

²⁵⁰ “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que no esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

²⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia de 17 de mayo de 2007, radicación N° 4100123310002004 (AP00369) 01. Actor: Diego Omar Pérez Salas. Demandado: Municipio de Neiva y Consocial Consultores Ltda. C.P. Ramiro Saavedra Becerra

²⁵² A. BLANCO WHITE, *Kerly's Law of Trademarks and Tradenames* (12 ed.) Sweet & Maxwell, London, 1986, p. 275, 377; L.E. BERTONE Y G. CABANELLAS, *Derecho de Marcas*, cit. p. 380; A. RONCERO, *El Contrato de Licencia de Marca*, cit. p. 70, el autor señala que: “... un sector de la doctrina considera que

cual, desde la perspectiva de la práctica internacional, de la costumbre, no se puede hablar de la configuración del precio como elemento esencial del contrato. Lo anterior, debido a que existen contratos en los cuales se autoriza el uso de la marca gratuitamente (por ejemplo, para efectos de promoción o publicidad del bien o servicio que la marca individualiza, lo cual significa en sí un provecho para el mismo licenciante, o en los casos denominados como open source, en los cuales el licenciario, además de recibir gratuitamente la explotación de intangible correspondiente, generalmente software, se benefician también de la marca), y otros donde es oneroso (porque se está concediendo un bien intangible, cuya creación ha costado esfuerzos importantes para el titular, a favor de alguien que habrá de explotarlo para su beneficio propio).

Desde la óptica de la buena fe como principio objetivo de interpretación e integración del contrato, que indica aquello en lo que las partes comúnmente confían en observancia de lo que es usual en el mercado, la onerosidad o gratuidad dependerá del tipo de licencia de marca que comprenda el negocio analizado; es decir, si se trata de una de aquellas negociaciones en las cuales usualmente se incluye un precio por el uso del signo, entonces será oneroso, pero si se está hablando de una de las licencias por las que generalmente no se exige contraprestación, entonces será gratuita.

Como se puede advertir, los criterios referidos no aportan mayores soluciones para fijar una teoría general sobre la onerosidad o gratuidad del contrato de licencia de uso de marca, lo cual nos obliga a investigar las condiciones particulares y concretas del negocio para determinar el alcance del precio dentro del contrato.

Al respecto, la Sala se limita a anunciar que de acuerdo con lo que se expondrá con posterioridad, un contrato como el que se encuentra en el sub judice necesariamente debe ser considerado como oneroso, por cuanto las particularidades de la licencia de uso de las marcas del Fondo concedidas por la Federación a favor de Procafecol, obligan concluir que la onerosidad es un elemento esencial de ese contrato.

Intuitu personae

La doctrina nacional²⁵³ e internacional²⁵⁴ coincide al calificar el contrato de licencia de uso de marca como intuitus personae.

El Consejo de Estado²⁵⁵ ha dicho, respecto de la significación de estos contratos, desde una perspectiva civilista, lo siguiente:

“La expresión latina intuitu personae, traduce

también constituiría prestación esencial del contrato y, por tanto, elemento definidor de éste, la obligación de pago de una retribución o precio que generalmente asume el licenciario, lo cual impediría considerar a la denominada licencia gratuita como auténtica modalidad del contrato de licencia. Frente a esta opinión, la mayor parte de la doctrina interpreta que la retribución es únicamente un elemento natural y no esencial del contrato de licencia, por lo que junto al otorgamiento de licencias retribuidas resulta también admisible el otorgamiento de una licencia gratuita.”

²⁵³ M. A. VELILLA, *Introducción al derecho de los negocios*, cit. p. 213

²⁵⁴ A. RONCERO, *El Contrato de Licencia de Marca*, cit. p. 70

²⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia de 7 de febrero de 2002, Radicación número: 11001-03-26-000-2001-0062-01(21845). Actor: Pedro José Bautista Moller. Demandado: INVIAS. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

“En consideración a la persona. Personal”²⁵⁶
El artículo 1630 del C.C., dispone que:

“Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor.

Pero si la obligación es de hacer, y **si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor.** (Se resalta)

A propósito de lo dispuesto en la norma transcrita, la doctrina se ha pronunciado diciendo que²⁵⁷:

“El pago de la obligación de hacer que sea específica en cuanto al sujeto ejecutor, esto es, contraída intuitu personae debitoris, en consideración del talento o aptitud de este para la realización de la obra, caso en el cual solo puede pagar válidamente el propio deudor, salvo que el acreedor consienta en que otro la ejecute...”

El profesor Guillermo Ospina Fernández, por su parte, señala lo siguiente²⁵⁸:

“...por lo común son intrasmisibles las obligaciones de hacer cuando, por su naturaleza o por pacto, solo deba cumplirlas el deudor mismo, v.gr. cuando se toman en cuenta sus calidades o talentos particulares, como las obligaciones profesionales del médico, del abogado y las del mandatario o del artífice, etc.”

Finalmente, otro autor expresa que²⁵⁹:

“Se denominan contratos intuitu personae aquellos que se celebran teniendo en cuenta las calidades o condiciones muy especiales de una de las partes, como el parentesco, el de agradecimiento, el ser un artista, etc...”

Como se puede observar, la aproximación que hace el derecho civil sobre la condición intuitu personae de un contrato es enteramente subjetiva, en cuanto que lo que importa es la persona con quien se contrata. En términos sencillos, el punto de relevancia para la celebración y ejecución del contrato de mandato entre Pedro Pérez Prieto y Mariano Marín Mariño es que cada uno sea quien es, dado que existe entre ellos una preferencia en función de las destrezas, habilidades, experiencia, conocimiento, prestigio o cualesquiera otras variables, que a los ojos de los contratantes los hace vincularse. Es posible que haya otro mandatario con mayor aptitud o idoneidad, u otro mandante que retribuya mejor los servicios, pero el contrato se celebra entre ellos, se reitera, porque son ellos. Esa es la libertad contractual del derecho civil.

²⁵⁶ N. NICOLIELLO, *Diccionario del Latín Jurídico*. (1ª ed.) J. M. Bosch Editor. Barcelona. 1999. p.147

²⁵⁷ R. URIBE HOLGUÍN, *De las obligaciones y del contrato en general*. (2ª ed.) Editorial Temis. Bogotá. p. 145.

²⁵⁸ G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen General de las Obligaciones*. 5ª edición. Editorial TEMIS. Bogotá.1994. Pág. 288.

²⁵⁹ G. ESCOBAR SANÍN, *Negocios Civiles y Comerciales. Tomo II. Teoría General de los Contratos*. (1ª ed.) Biblioteca Jurídica DIKE. Bogotá. 1994. p. 737.

Con una interpretación diferente, el Consejo de Estado ha entendido la afirmación comprendida en el inciso 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993²⁶⁰, consistente en que los contratos estatales son intuitu personae, desde una óptica objetiva. Para ello, ha hecho referencia a la exigencia legal de que la selección del contratista no puede tener consideraciones subjetivas, como lo ordena el artículo 29 de la Ley 80 de 1993²⁶¹, y ha concluido:

“...el contrato estatal se celebra intuitu personae en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan, para lo cual resulta válido, por ejemplo, condicionar la cesión del contrato a que el cedente, contratista originario, cuente con su previa autorización...”

Es decir, la connotación intuitu personae que tienen los contratos celebrados en observancia de la Ley 80 de 1993 significa que el adjudicatario debe ser quien ofrezca las mejores condiciones para la entidad estatal contratante, y, por tal razón, la cesión del contrato sólo será procedente en virtud de la autorización previa y escrita que conceda la entidad para que el contratista cesionario, en las mismas condiciones objetivas propias del cedente, dé cumplimiento al contrato. La infracción de la entidad a la obligación de hacer una selección objetiva del mejor contratista tiene consecuencias que afectan la eficacia del negocio.

Ahora bien, en el derecho comercial, en el artículo 887 del código respectivo²⁶², se reconoce expresamente la existencia de la categoría de contratos intuitu personae al precisar que los mismos sólo son susceptibles de cesión mediante la aceptación del contratante cedido, en contra de la regla general mercantil que no la exige.

Esto último, dada la pertenencia del derecho civil y del derecho comercial al mismo campo, el derecho privado, hace recordar la preponderancia del factor subjetivo en el derecho civil, al cual se refirió la Sala en un principio, pero con los matices propios de las relaciones comerciales (esto es, solidaridad, consensualidad, buena fe objetiva, onerosidad), en virtud de las cuales se debe partir del principio de que los comerciantes negocian con personas idóneas y aptas para el desarrollo del negocio y para la consecución de sus propósitos, entre ellos, el lucro mercantil. En las relaciones comerciales es indiscutible que los agentes del mercado contratan con quienes más garantías ofrezcan para la satisfacción de las obligaciones, lo que induce a concluir que en este escenario, como en el de la contratación estatal, se habrá de contratar con quienes mejores

²⁶⁰ “Los contratos estatales son intuitu personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.”

²⁶¹ “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”

²⁶² “En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados *intuitu personae*, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.”

condiciones presenten, y no, como en el civil, con quien arbitrariamente se decida.

Pero, a pesar de la aparente objetividad de esto último, en materia mercantil, dada la naturaleza privada de los intereses en juego, la desatención a factores objetivos en cuanto a la selección de la contraparte en un contrato, si bien puede llegar a afectar a los contratantes por los riesgos propios de establecer vínculos con alguien no apto, no tiene sanción alguna por parte del derecho en cuanto a su eficacia, dado que en el derecho mercantil la autonomía contractual permite decidir libremente a los particulares con quién se contrata y respecto de qué lo hacen.”

8. Conclusión sobre la normatividad aplicable a las autorizaciones dadas para el uso de las marcas del Fondo (de acuerdo con el Contrato de Administración) y al Contrato de Licencia de Uso de las marcas

Habida consideración del carácter eminentemente mercantil de las autorizaciones para la concesión de la licencia de uso de las marcas del Fondo, otorgadas dentro del marco del Contrato de Administración, el proyecto concluyó que la legislación aplicable para determinar la validez de tales objetos jurídicos era el derecho privado. Respecto del Contrato de Licencia de Uso de las marcas del Fondo, teniendo en cuenta que el negocio celebrado entre la Federación, como administradora del Fondo, y Procafecol constituía un contrato de naturaleza mercantil, se concluyó que la legislación aplicable era también el derecho privado.

Más aún se confirmó esta conclusión al advertir que los Contratos de Administración suscritos entre la Nación y la Federación para la administración del Fondo, con fundamento en la ley 11 de 1972, la ley 9 de 1991 y la ley 101 de 1993, han dispuesto que la normatividad aplicable a los contratos que celebre la Federación es el derecho privado, como a continuación se demuestra:

Contrato de 22 de diciembre de 1988:

“Cláusula trigesimocuarta. Régimen de adquisiciones y contratación civil. Antes del 30 de junio de 1989 el Comité Nacional de Cafeteros fijará un régimen de adquisiciones y contratación civil y comercial para las operaciones que realice la Federación con el propósito de dar cumplimiento a este contrato”

Contrato de 12 de noviembre de 1997:

“Cláusula Décima Sexta: Normatividad aplicable: Cuando la FEDERACION opte por la contratación externa para la ejecución de las actividades contempladas en la cláusula octava de este contrato, se sujetará a las normas del derecho privado y a la reglamentación que expida el propio Comité.”

No obstante, debe observarse que las actuaciones de aquellos órganos que representan al Estado, en virtud de los intereses que amparan, tienen una connotación especial que no es posible soslayar, y, en tal virtud, el incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales respectivas tendrá como consecuencia que el ordenamiento jurídico sancione sus comportamientos y manifestaciones de voluntad con las medidas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos, en este caso, de los derechos colectivos.

III. ANALISIS DEL CASO CONCRETO

Una vez cumplido el estudio de general del asunto, frente al análisis del caso concreto el proyecto advirtió que los juicios que se harían sobre el particular comprendían dos ámbitos que se entrecruzaban:

- de una parte, la validez y eficacia de las autorizaciones dadas para el uso de las marcas del Fondo en desarrollo del Contrato de Administración y la legalidad del Contrato de Licencia de Uso de Marca;
- de otra parte, la amenaza o vulneración de los derechos colectivos como consecuencia de las actuaciones que rodearon las autorizaciones y la celebración del Contrato de Licencia de Uso de Marca.

Por tal razón, se consideró que el juicio sobre las autorizaciones y el contrato no agotaba la materia de estudio del presente caso debido a que la amenaza o vulneración de los derechos colectivos se debía analizar desde la perspectiva de su protección, lo que incorporaba automáticamente el juicio sobre el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de las entidades involucradas en el manejo y la administración de los bienes del Fondo.

El desarrollo comprendió:

1. Marcas del Fondo Nacional del Café

“La propiedad intelectual, entendida como el señorío sobre las emanaciones del intelecto humano y el consiguiente monopolio de explotación a favor de su titular con exclusión de los terceros, se encuentra dividida en dos especies: derechos de autor y propiedad industrial.

Esta última comprende la propiedad intelectual que tiene aplicación en la industria y se clasifica a su vez en creaciones y signos distintivos. Los primeros son susceptibles de protección mediante la expedición de las correspondientes patentes de invención o de modelo de utilidad, mientras que los segundos lo son en virtud del dominio que el Estado otorga sobre las marcas, nombres y enseñas comerciales y lemas comerciales.

Para el presente caso resultan importantes las marcas y el nombre comercial.

Definición de marcas y de nombre comercial (enseña comercial)

Las marcas encuentran su definición legal en el primer inciso del artículo 134 de la Decisión 486 de 2000:

“A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica...”

El derecho sobre la marca no se obtiene en virtud del uso que el titular haga de él, sino con el registro de la misma ante las autoridades correspondientes, en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Signos

Distintivos, razón por la cual el registro es atributivo o constitutivo de dominio (artículo 154 de la Decisión 486 de 2000²⁶³.

Por su parte, el nombre comercial es definido por la Decisión 486 de 2000, en el artículo 190, así:

“Se entenderá por nombre comercial cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil. Una empresa o establecimiento podrá tener más de un nombre comercial. Puede constituir nombre comercial de una empresa o establecimiento, entre otros, su denominación social, razón social u otra designación inscrita en un registro de personas o sociedades mercantiles. Los nombres comerciales son independientes de las denominaciones o razones sociales de las personas jurídicas, pudiendo ambas coexistir.

Contrario a lo que sucede con las marcas, la titularidad sobre un nombre comercial se obtiene gracias a su utilización en los términos del artículo 191²⁶⁴ de la Decisión 486 y del artículo 603 del Código de Comercio²⁶⁵; por tal motivo, de acuerdo con el artículo 605 del Código de Comercio, “el depósito o la mención de depósito anterior no constituyen derecho sobre el nombre”, lo que significa que el registro de un nombre comercial ante la Superintendencia de Industria y Comercio no es atributivo de dominio sino simplemente probatorio.

Es importante señalar que la noción de nombre comercial tiene dos connotaciones: Una primera subjetiva que corresponde a: “Aquella especial denominación bajo la cual un empresario individual o social ejerce la incesante actividad económica en que estriba la dimensión dinámica de la empresa”²⁶⁶. Esta acepción de nombre comercial hace referencia al sujeto o centro de imputación jurídica correspondiente, es decir, al empresario o establecimiento de comercio.

La segunda connotación de nombre comercial es objetiva, y se llama generalmente enseña comercial; está comprendida por “el signo o medio para la individualización de una persona en el ejercicio de su actividad empresarial”; en tal sentido, se trata generalmente del símbolo o gráfico que aparece físicamente en el establecimiento de comercio, o en la papelería, publicidad, etc., del comerciante, con el cual éste se presenta ante los consumidores, la competencia y el Estado.

Respecto de la enseña comercial, se predicen las mismas características del nombre comercial, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 200 de la Decisión 486 de 2000²⁶⁷ y por el artículo 611 del Código de Comercio²⁶⁸.

²⁶³ “El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente”

²⁶⁴ “El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso en el comercio y termina cuando cesa el uso del nombre o cesan las actividades de la empresa o del establecimiento que lo usa.”

²⁶⁵ “Los derechos sobre el nombre comercial se adquieren por el primer uso sin necesidad de registro. No obstante, puede solicitarse su depósito. Si la solicitud reúne los requisitos de forma establecidos para el registro de las marcas, se ordenará la concesión del certificado de depósito y se publicará.”

²⁶⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 13 de febrero de 1998, Proceso 20 – IP – 97, interpretación prejudicial de los artículos 71, 72, literales a) y h) y 73 literales b), d) y e) de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

²⁶⁷ “La protección y depósito de los rótulos o enseñas se regirá por las disposiciones relativas al nombre comercial, conforme a las normas nacionales de cada país miembro.”

²⁶⁸ “Son aplicables a la enseña las disposiciones sobre nombres comerciales”

Marcas del Fondo Nacional del Café. Enseña Comercial

El personaje “JUAN VALDEZ”, creado en 1959²⁶⁹, es el activo más conocido del Fondo Nacional de Café y, en concepto de la Sala, el más importante de todos, no sólo por el valor que significa en cuanto a las inversiones que se han hecho para registrarlo, vigilarlo, renovarlo y defenderlo ante las diferentes autoridades de propiedad industrial del mundo, sino por lo que representa como garantía de calidad para el producto.

La prima cafetera, entendida como el pago de un valor adicional para los caficultores gracias a las características especiales del café colombiano, ha beneficiado al sector cafetero nacional como resultado de los inmensos esfuerzos, económicos e institucionales, hechos para la promoción y publicidad de la marca.

Pero más que eso, “JUAN VALDEZ” tiene una trascendencia emblemática del sector cafetero colombiano; además de que concurre a su origen mediante las contribuciones parafiscales que recibe el Fondo Nacional del Café, y se constituye en el beneficiario de los esfuerzos de éste último para estabilizar y mejorar sus ingresos, la figura de un campesino cafetero colombiano con sombrero de paja (aguadeño), bigote, poncho, machete, carriel, alpargatas y delantal, acompañado de una mula, es un icono de la identidad colombiana que demanda de mucho cuidado en su manejo y de celo en las decisiones que respecto de su utilización se tomen.

Las marcas que se encuentran registradas en Colombia, de conformidad con la certificación entregada por la Superintendencia de Industria y Comercio, de fecha 5 de diciembre de 2006²⁷⁰, y con las copias auténticas de los certificados de registro correspondientes²⁷¹, son:

MARCA	TIPO	CERTIFI CADO No.	FECHA REGISTR O	CLASE, PRODUCTOS O SERVICIOS
JUAN VALDEZ	Nominativa	91285	31 Mar 1978	35. <u>Productos</u> : relacionados con la industria y el comercio del café
JUAN VALDEZ	Nominativa	49.721	13 Oct 1961	23. <u>Productos</u> : no medicinales, no alcohólicos
JUAN VALDEZ	Nominativa	269216	27 jun 2003	34. <u>Productos</u> : tabaco, artículos para fumadores y cerillas
JUAN VALDEZ	Nominativa	269217	27 jun 2003	14. <u>Productos</u> : metales preciosos y sus aleaciones y artículos de estas materias o de chapado no comprendidos en otras clases; joyería bisutería, piedras preciosas; relojería e instrumentos cronométricos
JUAN VALDEZ	Nominativa	269218	27 jun 2003	18. <u>Productos</u> : cuero e imitaciones de cuero, productos de estas materias no comprendidos en otras clases; pieles y animales; baúles y

²⁶⁹ <http://www.juanvaldezcafe.com/procafecol/quienesiv/default.asp>, última consulta 9 de diciembre de 2007

²⁷⁰ Cuaderno 28, folios 1072 – 1073

²⁷¹ Cuaderno 28, folios 1074 – 1128

				maletas; paraguas, sombrillas y bastones; fustas y guarnicionería
JUAN VALDEZ	Nominativa	269219	27 jun 2003	11. <u>Productos:</u> aparatos de alumbrado, de calefacción, de producción de vapor, de cocción, de refrigeración, de secado, de ventilación de distribución de agua e instalaciones sanitarias
JUAN VALDEZ	Nominativa	269220	27 jun 2003	7. <u>Productos:</u> Maquinarias y máquinas herramientas; motores (excepto motores para vehículos terrestres); acoplamientos y órganos de transmisión (excepto aquellos para vehículos terrestres); instrumentos agrícolas que no sean manuales; incubadoras de huevos
JUAN VALDEZ	Nominativa	269221	27 jun 2003	21. <u>Productos:</u> utensilios y recipientes para el menaje (sic) y la cocina (que no sea de metales preciosos ni chapados); peines y esponjas; cepillos; material de limpieza; viruta de hierro; vidrio en bruto o semielaborado (interna de construcción); cristalería, porcelana y loza no comprendidos en otras clases
JUAN VALDEZ	Nominativa	269223	27 jun 2003	24. <u>Productos:</u> tejidos y productos textiles no comprendidos en otras clases; ropa de cama y de mesa
JUAN VALDEZ	Nominativa	269224	27 jun 2003	25. <u>Productos:</u> vestidos, calzados, sombrerería
JUAN VALDEZ	Nominativa	269225	Junio 27 de 2003	43. <u>Productos:</u> servicios de restauración (alimentación); hospedaje temporal
JUAN VALDEZ	Nominativa	269226	27 jun 2003	16. <u>Productos:</u> papel, cartón y artículos de estas materias, comprendidos en otras clases; productos de imprenta; artículos de encuadernación; fotografías; papelería; adhesivos (pegamentos) para la papelería o la casa; material para artistas; pinceles; máquinas de escribir y artículos de oficina (excepto muebles) material de instrucción o de enseñanza (excepto aparatos); materias plásticas para embalaje (no comprendidos en otras clases); caracteres de imprenta; clichés
JUAN VALDEZ	Nominativa	269227	27 jun 2003	28. <u>Productos:</u> juegos; juguetes; artículos de gimnasia y deporte no comprendidos en otras clases; decoraciones para árboles de navidad
JUAN	Mixta	271001	31 julio	16. <u>Productos:</u> papel, cartón y

VALDEZ 100% CAFE DE COLOMBIA (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA IRA COMO EXPLICATIV A)			2003	artículos de estas materias no comprendidos en otras clases; productos de imprenta; artículos de encuadernación, fotografías; papelería; adhesivos; (pegamentos) para papelería o la casa; material para artistas; pinceles; material de instrucción o de enseñanza (excepto aparatos); artículos de oficinas; materias plásticas para embalaje (no comprendidos en otras clases); naipes; caracteres de imprenta; clichés
JUAN VALDEZ (100% CAFE DE COLOMBIA IRA COMO EXPLICATIV A)	Mixta	271203	24 julio 2003	18. <u>Productos:</u> cuero e imitaciones de cuero, productos de estas materias no comprendidos en otras clases; pieles de animales; baúles y maletas; estuches para llaves (marroquinería); paraguas; sombrillas y bastones; fustas y guarnicionería
JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA IRA COMO EXPLICATIV A)	Mixta	273213	26 Sep 2003	43. <u>Productos:</u> servicios de restauración (alimentación); hospedaje temporal preparación y procuración de alimentos y debidas para consumo humano
JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA IRA COMO EXPLICATIV A)	Mixta	273214	26 Sep 2003	34. <u>Productos:</u> tabaco; artículos para fumadores; cerillas
JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA IRA COMO EXPLICATIV A)	Mixta	273215	26 Sep 2003	33. <u>Productos:</u> bebidas alcohólicas (excepto cervezas)
JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA VA COMO	Mixta	273216	26 Sep 2003	32. <u>Productos:</u> cervezas, aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas, bebidas y zumos de frutas; siropes y otras preparaciones para hacer bebidas

EXPLICATIV A)				
JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA VA COMO EXPLICATIV A)	Mixta	273217	26 Sep 2003	31. <u>Productos:</u> agrícolas , hortícolas, forestales y granos no comprendidos en otras clases; animales vivos; frutas y legumbres frescas; semillas, plantas y flores naturales; alimentos para animales, malta
JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA VA COMO EXPLICATIV A)	Mixta	273218	26 Sep 2003	30. <u>Productos:</u> café, te, cacao, azúcar, arroz, tapioca, sagu, sucedáneos del café; harinas y preparaciones hechas de cereales, pan, pastelería y confitería, helados comestibles; miel, jarbe de melaza; levadura, polvos para esponjar; sal, mostaza; vinagre, salsas (condimentos); especias, hielo. Bebidas a base de café, caco o chocolate
JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA VA COMO EXPLICATIV A)	Mixta	273219	26 Sep 2003	29. <u>Productos:</u> carne, pescado, aves y caza; extractos de carne; frutas y legumbres en conserva, secas y cocidas; jaleas, mermeladas, compotas; huevos, leche y productos lácteos; aceites y grasas comestibles
JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA VA COMO EXPLICATIV A)	Mixta	273220	26 Sep 2003	28. <u>Productos:</u> juegos, juguetes; balones de juego; artículos de pesca; artículos para gimnasia, deporte y juegos diversos no comprendidos en otras clases; decoraciones para árboles de navidad
JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA VA COMO EXPLICATIV A)	Mixta	273221	26 Sep 2003	27. <u>Productos:</u> alfombras, felpudos, esteras, linoleum y otros revestimientos de suelo; tapicerías murales que no sean de madera textiles
JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA	Mixta	273222	26 Sep 2003	25. <u>Productos:</u> vestidos, calzados, sombrerería, camisas, camisetas, calcetines, ponchos

VA COMO EXPLICATIVO A)				
JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA IRA COMO EXPLICATIVO A)	Mixta	273223	30 Sep 2003	35. <u>Productos:</u> publicidad; gestión de negocios comerciales; administración comercial; trabajos de oficina
JUAN VALDEZ (LA EXPRESION 100% CAFE DE COLOMBIA IRA COMO EXPLICATIVO A)	Mixta	274946	31 oct 2003	26. <u>Productos:</u> puntillas y bordados, cintas y lazos; botones, corchetes y ojetes, alfileres y agujas; flore artificiales
JUAN VALDEZ (100% CAFE DE COLOMBIA IRA COMO EXPLICATIVO A)	Mixta	277614	15 dic 2003	21. <u>Productos:</u> utensilios y recipientes para el menaje y la cocina (que no sean de metales preciosos ni chapados), por ejemplo baterías de cocina, cubos, pequeños aparatos para picar, moler, exprimir, accionados manualmente; peines y esponjas; cepillos (con excepción de los pinceles); materias para fabricación de cepillos; material de limpieza; cristalería, artículos de porcelana y loza no comprendidos en otras clases; salvamanteles, posavasos
JUAN VALDEZ	Mixta	307801	22 dic 2005	43. <u>Productos:</u> servicios de restauración (alimentación); cafeterías, restaurantes, hospedaje temporal, preparación y procuración de alimentos y bebidas para el consumo humano
JUAN VALDEZ	Mixta	307808	26 dic 2005	25. <u>Productos:</u> vestidos, calzados y sombrerería
JUAN VALDEZ DOUBLEKICK	Mixta	313763	14 oct 2005	32. <u>Productos:</u> cervezas, aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas; bebidas y zumos de frutas; siropes y otras preparaciones para hacer bebidas
JUAN VALDEZ PODS	Mixta	315358	30 mar 2006	30. <u>Productos:</u> café, te, cacao, azúcar, arroz, tapioca, sagú, sucedáneos del café; harinas y preparaciones hechas de cereales, pan, pastelería y confitería, helados comestibles; miel, jarabe de melaza; levadura,

				polvos para esponjar; sal, mostaza; vinagre, salsas (condimentos); especias; hielo, bebidas a base de café, cacao o chocolate
JUAN VALDEZ CAFEREAL E	Mixta	295986	22 abril 2005	30. <u>Productos:</u> café, te, cacao, azúcar, arroz, tapioca, sagú, sucedáneos del café; harinas y preparaciones hechas de cereales, pan, pastelería y confitería, helados comestibles; miel, jarabe de melaza; levadura, polvos para esponjar; sal, mostaza; vinagre, salsas (condimentos); especias; hielo, bebidas a base de café, cacao o chocolate
JUAN VALDEZ	Mixta	323942	31 ago 2006	30. <u>Productos:</u> café, te, cacao, azúcar, arroz, tapioca, sagú, sucedáneos del café; harinas y preparaciones hechas de cereales, pan, pastelería y confitería, helados comestibles; miel, jarabe de melaza; levadura, polvos para esponjar; sal, mostaza; vinagre, salsas (condimentos); especias; hielo, bebidas a base de café, cacao o chocolate

Además de lo anterior, en el expediente obran las pruebas de trámites de registro de marcas y vigilancia de las mismas en Suecia, Bélgica, Portugal, Kuwait, Puerto Rico, Perú, Noruega, Arabia Saudita, Italia, Turquía, Venezuela, Emiratos Arabes Unidos, Uruguay, Rusia, Francia, Siria, Argentina, Dinamarca, Reino Unido, entre otros muchos países²⁷².

En relación con los nombres comerciales (enseña) existe evidencia en el expediente²⁷³ de que la Federación hizo el depósito de la enseña comercial siguiente:

“Enseña mixta: Juan Valdez – 100% CAFE DE COLOMBIA
Clasificación: Productos comprendidos en la clase 16 de la Edición Número 8 de la clasificación Internacional de Niza.
SERVICIOS DE RESTAURACION (ALIMENTACION); HOSPEDAJE TEMPORAL PREPARACION Y PROCURACION DE ALIMENTOS Y BEBIDAS APRA EL CONSUMO HUMANO, PUBLICIDAD, GESTION DE NEGOCIOS COMERCIALES; ADMINISTRACION COMERCIAL, TRABAJOS DE OFOCINA, NEGOCIOS FINANCIEROS, SERVICIOS CIENTIFICOS, TECNOLOGICOS Y DE INVESTIGACION RELACIONADOS CON EL CULTIVO E INDUSTRIALIZACION DEL CAFE PARA SU MEJOR APROVECHAMIENTO; EDUCACION Y ESPARCIMIENTO; SERVICIOS DE SALUD Y AGRICULTURA, PRODUCCION, DISTRIBUCION, COMPRA, VENTA, COMERCIALIZACION, IMPORTACIONY EXPORTACION DE ARTICULOS

²⁷² Cuadernos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12

²⁷³ Folios 1116 – 1117, Cuaderno 28

TALES COMO: TABACO, ARTICULOS PARA FUMADORES, CERILLAS BEBIDAS ALCOHOLOCAS, CERVEZAS, AGUAS MINERALES Y GASEOSAS Y OTRAS BEBIDAS NO ALCOHOLICAS, BEBIDAS Y ZUMOS DE FRUTAS, SIROPES Y OTRAS PREPARACIONES PARA HACER BEBIDAS, PRODUCTOS AGRICOLAS Y GRANOS; SEMILLAS, PLANTASY FLORES NATURALES; CAFE, TE, CACAO, AZUCAR, SUCEDANEOS DEL CAFE; HARINAS Y PREPARACIONES HECHAS DE CEREALES, PAN, PASTELERIA Y CONFITERIA, HELADOS COMESTIBLES, SALSAS (CONDIMENTOS), BEBIDAS A BASE DE CAFE, CACAO O CHOCOLATE; JALEAS, MERMELADAS, COMPOTAS, LECHE Y PRODUCTOS LACTEOS JUGUETES, BALONES DE JUEGO, ARTICULOS DE PESCA, APARATOS PARA LA GIMNASIA, DEPORTE Y JUEGOS DIVERSOS, DECORACIONES PARA ARBOLES DE NAVIDAD; ALFOMBRAS, FELPUDOS, ESTERAS, LINOLEUM; TAPICERIAS MURALES QUE NO SEAN DE MATERIAS TEXTILES; VESTIDOS, CALZADO, SOMBRETERIA, CAMISAS, CAMISETAS, CALCETINES, PINCHOS; UTENSILIOS Y RECIPIENTES PARA EL MENAJE Y LA COCINA (QUE NO SEAN DE METALES PRECIOSOS NI CHAPADOS); BATERIAS DE COCINA, CUBOS PEQUEÑOS, ACCIONADOS MANUELAMENTE, PEINES Y ESPONJAS, CEPILLOS CRISTALERIA, ARTICULOS DE PORCELANA Y LOZA, SALVAMANTELES, POSAVASOS; CUERO E IMITACIONES DE CUERO, BAULES Y MALETAS, ESTUCHES PARA LLAVES (MARROQUINERIA), PARAGUAS, SOMBRILLAS Y BASTONES, FUSTAS Y GUARNICIONERIA; PAPEL, CARTON, PRODUCTOS DE IMPRENTA, ARTICULOS DE ENCUADERNACION, FOTOGRAFIAS, PAPELERIA, ADHESIVOS, MATERIAL PARA ARTISTAS, PINCELES, MATERIAL DE INSTRUCCION O ENSEÑANZA, ARTICULOS DE OFICINA, PLASTICAS PARA EMBALAJE, NAIPES, CARACTERES DE IMPRENTA, CLICHES, Y TODOS LOS SERVICIOS RELACIONADOS EN SU OBJETO SOCIAL, COMPRENDIDOS EN LAS CLASES 16, 18, 21, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 41, 43 Y 44 DE LA CLASIFICACION INTERNACIONAL DE NIZA.

Vigencia: Desde 28 de febrero de 2003 Hasta 28 de febrero de 2013.

Titular: FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA.

Domicilio: CHINCHINA CALDAS

COLOMBIA

Cra. 4 Cll. 16

Resolución Concesión N. 2450 de 31 de Enero de 2003.”

Como se explicó antes, el derecho sobre un nombre comercial (enseña comercial) no se obtiene con base en el depósito del mismo ante la Superintendencia de Industria y Comercio, sino con fundamento en su uso, razón por la cual, a pesar de que se haya hecho el depósito a nombre de la Federación, el uso de la misma ha estado a cargo de Procafecol, quien ha inscrito los establecimientos de comercio bajo el nombre comercial “Tienda Juan Valdez” o “Tienda de Café de Juan Valdez” ante la Cámara de Comercio desde diciembre de 2002. Esto último si bien no radica en su cabeza la propiedad del nombre comercial (enseña), si constituye una prueba del uso del signo por parte de Procafecol, anterior a cualquier autorización concedida por el Comité Nacional de Cafeteros. Más adelante se explicarán las consecuencias que esto tiene en términos de amenaza a la propiedad intelectual del Fondo.

2. Conclusión en relación con las marcas

El proyecto concluyó, con base en lo acreditado por las pruebas, que el titular de los registros de marca en todos los casos era la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. En ningún Certificado de Registro se hacía constar que la titularidad de los registros marcarios recaiga sobre el Fondo Nacional del Café o sobre la Nación.

Esto último se debe mirar con suma atención, por cuanto que de las normas subregionales andinas y nacionales, a las cuales el proyecto hizo referencia con anterioridad, se concluye que el Certificado de Registro de marca es el título de propiedad o dominio sobre el signo distintivo, razón por la cual a los ojos del ordenamiento jurídico nacional quien detenta tal condición respecto de las marcas relacionadas es la Federación y no el Fondo.

A pesar de que en el presente proceso no obraban, es posible que, como lo asegura la Federación²⁷⁴, dentro de los archivos de las solicitudes de registro presentadas ante la Superintendencia de Industria y Comercio aparezcan los poderes, contratos certificaciones de que los recursos con los cuales se pagan los trámites de registro y renovación de las marcas son del Fondo, entre otros documentos que demuestren que la actuación de la Federación en el trámite marcario, se surte como administradora del Fondo.

No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Administración de 1997, la Federación debía cumplir con la obligación de dar completa claridad respecto de lo que son las actividades y bienes del Fondo, y respecto de los correspondientes de la Federación, cosa que no se cumple en los Certificado de Registro analizados. En efecto, los literales f) y g) de la cláusula séptima del Contrato de Administración prescriben como obligaciones de la Federación como administradora del Fondo:

“f) Mantener la separación presupuestal, patrimonial y contable entre los bienes y recursos del Fondo Nacional del Café y los de la FEDERACION.

g) Indicar en forma expresa el nombre del Fondo Nacional del Café cuando se realice cualquier actividad que sea financiada con sus recursos.”

La Federación había dicho, para justificar el hecho de que todas las marcas estuvieran registradas a nombre suyo, que la falta de personería jurídica del Fondo hacía imposible que se registraran a su nombre.

En mi concepto los argumentos de la Federación no son aceptables, dado que en todas las oportunidades ha podido utilizarse, para denominar al titular de la marca en el Certificado de Registro respectivo, alguna de las siguientes expresiones:

- *“Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, actuando como administradora del Fondo Nacional del Café”;*

²⁷⁴ Folios 881 – 885, Cuaderno 28

- *“Federación Nacional de Cafeteros de Colombia – Fondo Nacional del Café”*
- *“Nación – Fondo Nacional del Café”*

Por todo lo anterior, el proyecto ordenaba, con el propósito de proteger el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, hacer el cambio correspondiente en todos los registros de marcas del Fondo Nacional del Café en los cuales apareciera como titular la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

Finalmente, el proyecto concluyó respecto de las marcas, en vista de su calidad de activos del Fondo, que eran susceptibles de constituir el objeto de un contrato de licencia de uso de marca, siempre que tuviera como propósito el beneficio del gremio o sector cafetero.

3. Competencia y requisitos para disponer sobre la utilización de las marcas del Fondo Nacional del Café

La importancia fundamental que representaba para el *sub judice* el análisis del Contrato de Administración estaba constituida por la forma como se concedieron las autorizaciones para que la Federación, en condición de administradora del Fondo, licenciara el uso de las marcas a favor de Procafecol.

En consecuencia, el proyecto estudió si el procedimiento del Comité Nacional de Cafeteros y de la Federación fue el prescrito en las cláusulas contractuales y en las normas aplicables, para concluir sobre la validez o invalidez de las autorizaciones, el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de los representantes del Gobierno y de los miembros de la Federación, y la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Al respecto, inició con el problema de la competencia:

“En el proceso se han presentado dos tesis acerca de quién tiene la competencia o facultad para disponer sobre la utilización de las marcas del Fondo. Se ha dicho, de un lado, que la decisión respectiva debe ser tomada por el Comité Nacional de Cafeteros, y de otro, que la Federación se encuentra plenamente autorizada para hacerlo, sin intervención del Comité Nacional de Cafeteros, en virtud del “Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café”.

Con la intención de dar solución a esta importante inquietud, es necesario transcribir las funciones del Comité Nacional de Cafeteros que mayor relevancia tienen para efectos de autorizar la concesión de la licencia de uso de las marcas del Fondo Nacional del Café.

El Contrato de Administración precisa:

“CLAUSULA CUARTA.- Funciones del Comité Nacional de Cafeteros: El Comité Nacional de Cafeteros es el órgano de concertación de la política cafetera del país. Actuará de conformidad con la política económica y social que establezcan el Gobierno Nacional y demás autoridades competentes y cumplirá con las siguientes funciones:

a) Adoptar programas orientados a mejorar la competitividad de la caficultura nacional...

b) Diseñar la política para la comercialización interna y externa del café colombiano fijando con el voto expreso y favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, directrices y procedimientos relacionados con las materias que a continuación se enuncian...:

1. Impulsar el desarrollo de nuevos canales de comercialización externa y nuevas formas de consumo...

(...)

d) Adoptar estrategias de promoción del café colombiano, dirigidas al mantenimiento y la ampliación de mercados y a la diversificación de calidades.

e) Asignar, con competencia exclusiva, los recursos del Fondo y señalar los criterios de distribución de los mismos.

(...)

PARAGRAFO PRIMERO: Para la adopción de las decisiones que deba tomar este Comité, en desarrollo de las funciones de que trata la presente cláusula, será requisito indispensable la lectura y discusión de las respectivas sesiones, de un documento escrito que para estos efectos elabore la FEDERACION. Cuando alguno de los miembros del Comité lo considere pertinente, también deberá leerse el correspondiente concepto emitido por los Asesores del Gobierno en Asuntos Cafeteros." (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, los Estatutos de la Federación, ordenan:

"ARTICULO 20. Son funciones del Comité Nacional de Cafeteros:

(...)

n) Reglamentar, de acuerdo con las normas vigentes todo lo concerniente a tipos, marcas y calidades del café y determinar cuáles son la calidades que pueden ser exportadas y de cuáles de ellos puede limitarse o prohibirse el comercio en el país." (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, la toma de las decisiones mencionadas, de acuerdo con el Contrato de Administración de 1997, debe atender el concepto de las Comisiones Asesoras y de los Asesores del Gobierno. El Contrato ordena:

"CLAUSULA QUINTA.- Comisiones Asesoras: Como instancias de apoyo del Comité Nacional de Cafeteros funcionarán las Comisiones de Comercialización, de Presupuesto e Inversiones y de Publicidad. El concepto de tales Comisiones deberá ser oído por el Comité Nacional de Cafeteros, antes de adoptar las decisiones respectivas. Cuando circunstancias extraordinarias lo aconsejen, el Comité Nacional de Cafeteros, con consentimiento del Ministro de Hacienda y Crédito Público, podrá ocuparse directamente de decidir sobre las materias pertinentes sin el concepto previo de dichas comisiones.

(...)

"Corresponde a la Comisión de Comercialización asesorar al Comité en materia de políticas de comercialización externa e interna del café colombiano, incluyendo los temas relacionados con: a) Los Programas de

Comercialización del país; b) La prima del café colombiano; ... e) La compra y venta de café y selección de compradores; ... j) Las coberturas en bolsas de café y otros instrumentos que faciliten la comercialización del grano y la promoción del café colombiano...

Son funciones de la Comisión de Presupuesto e Inversiones asesorar al Comité en: a) El análisis y discusión del proyecto de presupuesto del Fondo Nacional del Café y sus modificaciones; b) La asignación de los recursos del Fondo Nacional del Café y las fuentes de financiación de sus gastos...Adicionalmente, la Comisión asesorará a la FEDERACION en el señalamiento de criterios para la determinación de servicios que podrán contratarse con terceros.

Es competencia de la Comisión de Publicidad, asesorar al Comité en a) Las áreas, montos y actividades en las que el Fondo Nacional del Café deba tener una participación activa para la promoción del café colombiano en el interior del país y en el exterior; b) La utilización de la publicidad para la consecución de nuevos mercados, la implantación de nuevos productos y la preservación de mercados existentes; c) Los mecanismos que se deban adoptar sobre el seguimiento de los proyectos de publicidad y la evaluación del impacto que generen tales inversiones sobre el consumo del café colombiano.”

PARAGRAFO PRIMERO: Las deliberaciones y recomendaciones de las comisiones deberán constar en Actas y se realizarán con base en los documentos que para este efecto sometan a su consideración la Administración del Fondo o los Asesores del Gobierno.

(...)

“CLAUSULA SEXTA.- Asesores del Gobierno: La FEDERACION contratará los servicios profesionales de dos Asesores del Gobierno en Asuntos Cafeteros, con cargos a los recursos del Fondo Nacional del Café, quienes ejercerán las funciones establecidas en el presente contrato y aquellas que sean asignadas por los miembros del GOBIERNO en el Comité Nacional, relacionadas con el objeto del mismo. Serán expertos en materias macroeconómicas, financieras, cafeteras y de comercio exterior, con amplia preparación académica y reconocida experiencia en las mismas.

(...)

Deberán someterse al estudio de los Asesores del Gobierno, en lo posible con antelación no menor de una semana, los asuntos que requieran el voto favorable del ministro de Hacienda y Crédito Público, antes de ser debatidos por el Comité Nacional de Cafeteros. Sobre los mismos, los Asesores deberán producir un concepto escrito para ser distribuido oportunamente entre los representantes del GOBIERNO en dicho Comité.”
(Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, el Comité Nacional de Cafeteros es el órgano de dirección para el manejo del Fondo, y las decisiones que tome tal instancia deben contar con la asistencia de las Comisiones Asesoras y de los Asesores del Gobierno.

Los demandados han dicho que la Federación estaba plenamente facultada para licenciar el uso de la marca²⁷⁵ sin necesidad de autorización del Comité Nacional de Cafeteros, para lo cual han tomado como base principal el literal ñ) de la cláusula octava del Contrato de Administración, que a la letra dice:

“CLAUSULA OCTAVA: Actividades con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café: Las actividades que podrá ejecutar la FEDERACION con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, directamente o mediante contratación, son:

(...)

ñ). Realizar todos los actos y negocios jurídicos autorizados por leyes nacionales e internacionales conducentes al logro de los objetivos y políticas del Fondo y al desarrollo de sus actividades y servicios, de conformidad con las autorizaciones correspondientes.

... (hay) dos argumentos principales para contradecir lo dicho por los demandados, y para concluir que sólo el Comité Nacional de Cafeteros podía autorizar la utilización de la marca:

En primer lugar, el criterio de interpretación de acuerdo con la común intención manifestada en el texto permite radicar en el Comité Nacional de Cafeteros la competencia para conceder la autorización en comento, en atención a las siguientes cláusulas:

- En el literal e) de la cláusula cuarta del Contrato de Administración se radica, de manera exclusiva, en el Comité Nacional de Cafeteros la asignación de los recursos del Fondo, y las marcas constituyen el recurso o activo más importante del Fondo;
- En el literal n) del artículo 20 de los Estatutos de la Federación se atribuye al Comité Nacional de Cafeteros la reglamentación, de acuerdo con las normas vigentes, de todo lo concerniente a las marcas del café.
- En el literal ñ) de la cláusula octava, se condiciona, expresamente, la realización de los actos y contratos por parte de la Federación a la obtención de “las autorizaciones correspondientes”. En este caso, como se ha venido diciendo, era indispensable contar con la autorización del Comité Nacional de Cafeteros.

En segundo lugar, respecto de la aparente autorización general que concede la primera parte del literal ñ) de la cláusula octava es necesario recordar que “...el alcance de una cláusula contractual debe llegar hasta el límite del que ella es capaz de acuerdo con la razón”²⁷⁶, y en tal sentido el significado relevante se podrá restringir o ampliar. Para hacer ello, se debe analizar la intención común de las partes, la naturaleza del contrato, el objeto del mismo, su texto íntegro, y las circunstancias dentro de las cuales el contrato se celebra y ejecuta.”

De acuerdo con lo anterior, el proyecto consideró, dada la imprescindible e importante connotación de las marcas como activo central del Fondo desde la perspectiva económica y emblemática del gremio cafetero, que bajo ninguna circunstancia podía entenderse el literal ñ) de la cláusula octava como una

²⁷⁵ Folio 1246, Cuaderno 28, entre otros

²⁷⁶F. MESSINEO (Trad. R. FONTANARROSA y otros), *Doctrina General del Contrato*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p.109

atribución general de competencia que incluyera la disposición sobre el uso de la marca a favor de terceros, sino que debía haber una interpretación restrictiva de la cláusula.

Jamás podría arrogarse tal derecho la Federación, por cuanto el verdadero alcance de la cláusula ha de interpretarse de conformidad con las demás disposiciones contractuales, en aplicación del criterio de la totalidad o coherencia hermenéutica²⁷⁷, y está claro, que la posibilidad de disponer sobre los activos del Fondo competía exclusivamente al Comité Nacional de Cafeteros. Un entendimiento diferente al que estamos presentando, en el que la Federación pudiera tomar decisiones de esta trascendencia autónomamente, tornaría en inane y fútil el conjunto de cláusulas que radican en el Comité Nacional de Cafeteros la dirección del manejo del Fondo, y las que están referidas a la participación de las Comisiones, los Comités y los Asesores en estas decisiones.

4. “Autorizaciones” del Comité Nacional de Cafeteros en el caso concreto

Con posterioridad, una vez establecido que quien tenía la competencia para dar la autorización sobre la licencia de las marcas del Fondo era el Comité Nacional de Cafeteros, se analizaron las “autorizaciones” dadas en el caso concreto:

El día 23 de diciembre de 2002, de conformidad con el Acta No. 13, sesionó el Comité Nacional de Cafeteros, y dentro de su seno se dijo:

“AUTORIZACION USO MARCAS COMERCIALES DE PROPIEDAD DEL FNC

El señor Gerente General estimó pertinente solicitar al señor Ministro de Hacienda su autorización para que la Sociedad Procafecol S.A., o cualquier otra sociedad que tenga un objeto social igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales registradas en Colombia y el exterior que hacen parte de los activos del FNC.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, obrando como representante del Gobierno en el Comité Nacional de Cafeteros, emitió autorización expresa a lo solicitado por la Federación, con lo cual la entidad podrá usufructuar tales marcas comerciales en la comercialización, promoción y publicidad del café colombiano alrededor del mundo.

En consecuencia, el señor Ministro de Hacienda autorizó igualmente a la Gerencia para suscribir el documento que se anexa a la presente, el cual deberá llevar su firma y la del Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros, mediante el cual se reglamenta la autorización para dicho usufructo.

Acto seguido, el Señor Gerente General de la entidad manifestó que teniendo en cuenta lo anterior, procederá a contratar un asesor externo e independiente para que estime la suma que la Federación, como entidad de derecho privado debe reconocer y pagar al FNC por el usufructo de dichas marcas” (Subrayado fuera de texto)²⁷⁸

²⁷⁷ Código Civil, artículo 1622.- “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.”

²⁷⁸ Cuaderno 26, folios 151 – 152; Cuaderno 25, folios 785 – 787

El día 17 de julio de 2003, de conformidad con el Acta No. 5, sesionó el Comité Nacional de Cafeteros. La decisión adoptada fue:

“EVALUACION ESTRATEGIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL MARCAS DEL FNC

El doctor Gabriel Silva solicitó al Comité modificar la autorización impartida el 23 de diciembre de 2002, respecto del uso de las marcas comerciales “Juan Valdez” y el logotipo “100% Café de Colombia”, en el proyecto de las Tiendas de Café, para que, quien imparta la autorización sea el Comité Nacional, con el voto expreso y favorable del Ministro de Hacienda y no únicamente el Ministro, en nombre del Gobierno, como se solicitó en la precitada sesión del 23 de diciembre/03

Agregó que lo anterior, teniendo en cuenta que en estricto sentido, es el Comité Nacional el órgano que debe aprobar la cesión del uso de marcas de propiedad del Fondo Nacional del Café e indicó que, de esta manera, cualquier decisión que se tome sobre costo de licenciamiento de esas marcas es retroactivo al funcionamiento del proyecto de las tiendas desde su inicio y que teniendo en cuenta lo anterior, ha procedido a contratar un asesor externo e independiente para que estime la suma que la Federación, como entidad de derecho privado, debe reconocer y pagar al FNC por el usufructo de dichas marcas.

Que fue así como la Federación procedió a contratar el estudio sobre la estrategia de propiedad intelectual para las marcas del Fondo, con Future Brand, una de las firmas más reconocidas a nivel internacional, en la evaluación, manejo y diseño de estrategias en esta materia.

(...)

El Comité, con el voto expreso y favorable del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, modificó la autorización otorgada al señor Gerente de la Federación en la precitada sesión del 23 de diciembre de 2002, en la forma solicitada por éste, y en consecuencia le autorizó para que la Sociedad Procafecol S.A., o cualquier otra sociedad que tenga un objeto igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales registradas en Colombia y el exterior que hacen parte de los activos del FNC, reconociendo a éste el valor de la contraprestación que resulte del estudio contratado.” (Subrayado fuera de texto)²⁷⁹

5. Confrontación de las obligaciones impuestas por el Contrato de Administración y las autorizaciones concedidas en el seno del Comité Nacional de Cafeteros, para la utilización de la marca por parte de Procafecol

En observancia del comportamiento de los agentes involucrados en el asunto, de las cláusulas del contrato transcritas y de las autorizaciones concedidas para el

²⁷⁹ Cuaderno 26, folios 153 – 154; Cuaderno 25, folios 788 – 791

otorgamiento de la licencia de uso de marcas del Fondo Nacional del Café, el proyecto concluyó lo siguiente:

- *“El organismo encargado de autorizar la licencia de uso de las marcas es el Comité Nacional de Cafeteros, cuestión que ocurrió solamente en la sesión del 17 de julio de 2003;*
- *el Ministro de Hacienda y Crédito Público debía dar su voto favorable y expreso para la concesión de la licencia dentro del seno del Comité Nacional de Cafeteros, como en efecto lo hizo en las reuniones del 23 de diciembre de 2002 y del 17 de julio de 2003, pero no podía, autónomamente, conceder la “autorización” de la forma en que procedió en la primera de las sesiones mencionadas;*
- *constituía un “requisito indispensable” para tomar la decisión por parte del Comité Nacional de Cafeteros la lectura y discusión de un “documento escrito”, elaborado para tal efecto por la Federación, como se ordena en el párrafo primero de la cláusula cuarta; a pesar de ello no obra prueba de que tal documento se hubiera presentado en la sesión del 23 de septiembre de 2002, ni en la del 17 de julio de 2003;*
- *el Comité Nacional de Cafeteros ha debido oír el concepto de la Comisión de Comercialización, de la Comisión de Presupuesto e Inversiones y el de la Comisión de Publicidad antes de tomar su decisión, pero dentro del expediente no se acredita que ello haya sido así; tales conceptos debían constar por escrito en las actas de sus sesiones, cosa que tampoco se probó;*
- *los Asesores del Gobierno, visto que la decisión requería del voto favorable del Ministro de Hacienda, han debido emitir un concepto escrito para los miembros del Gobierno en el Comité Nacional de Cafeteros, lo que no aparece documentado en el proceso;*
- *El documento que se habían obligado a suscribir el Ministro de Hacienda y el Gerente General de la Federación en la sesión del 23 de diciembre de 2002, para reglamentar el “usufructo” de las marcas, no se vertió jamás por escrito ni fue firmado por las partes.”*

6. Consecuencias jurídicas del incumplimiento de los trámites prescritos en el Contrato de Administración

De acuerdo con lo señalado en anteriormente, el proyecto concluyó que el Ministro de Hacienda, en su condición de representante de la Nación en el Comité Nacional de Cafeteros, y la Federación, desatendieron las obligaciones incorporadas en las cláusulas del Contrato de Administración, cuando concedieron las autorizaciones para la licencia de uso de las marcas del Fondo sin observar el lleno de los requisitos establecidos por las mismas partes en el contrato referido.

El Contrato de Administración comprende un negocio jurídico sujeto a las normas del derecho privado en la inmensa mayoría de sus temas, dentro de los cuales se incluyen los requisitos que se deben cumplir para tomar una decisión en el Comité Nacional de Cafeteros. De conformidad con lo anterior, la inquietud primordial que se presentaba estaba relacionada con las consecuencias que tenía

el incumplimiento contractual frente a la validez de las autorizaciones referidas, para lo cual se estudiaron cada una de las situaciones irregulares advertidas:

“La cláusula cuarta fue vulnerada por cuanto no se cumplió con el “requisito indispensable” de presentar ante el Comité Nacional de Cafeteros un “documento escrito”, elaborado por la Federación, para la toma de la decisión

Sin duda alguna, el “requisito indispensable” del “documento escrito” constituye una modalidad de las formalidades convencionales²⁸⁰ que las partes se imponen, con fundamento en el ejercicio de la autonomía contractual, para asegurar que el objeto del contrato sea protegido en la fase de constitución o de ejecución.

Para empezar con el desarrollo del tema, el Consejo de Estado ha sido claro respecto de la imposibilidad de que una autoridad administrativa imponga condiciones adicionales a las que traen las diferentes normas de derecho civil y comercial para reconocer la validez y eficacia de un contrato sometido al derecho privado²⁸¹. Si bien el sub iudice no comprende una hipótesis similar debido a que la Nación no impuso unilateralmente la solemnidad referida, sino que la dispuso de acuerdo mutuo con la Federación, la providencia referida deja ver una tendencia hacia el reconocimiento de la ley como patrón determinante para la fijación de solemnidades respecto de algún acto.

No obstante, las formalidades convencionales tienen reconocimiento por parte de la jurisprudencia y de la doctrina nacional. Esta última logra condensar la teoría respectiva en los siguientes términos:

“...los actos jurídicos consensuales pueden quedar elevados a la categoría de actos solemnes, porque los agentes resuelvan someter el perfeccionamiento de ellos a la observancia de ciertos requisitos de forma v. gr., el otorgamiento de una escritura pública o privada, con la intención clara de que no produzcan efectos mientras tales requisitos no sean cumplidos. El Código Civil reconoce expresamente estos actos voluntariamente formales al disponer en sus arts. 1858 y 1979 que si los contratantes estipularen que la compraventa o el arrendamiento no se reputen perfectos hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, cualquier de aquellos podrá retractarse hasta que así se haga o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa vendida o arrendada, respectivamente.

Mas la precitada regla es de aplicación general en todo el campo de los actos jurídicos y no solamente en los contratos de compraventa y arrendamiento, porque la ley autoriza a los particulares para subordinar los efectos de sus manifestaciones de voluntad a cualesquiera condiciones lícitas y posibles, caracteres que reúne la condición que consiste en el otorgamiento de una escritura o en el cumplimiento de otra formalidad

²⁸⁰ A. VON TUHR, *Derecho Civil, Vol. II2 Los Hechos Jurídicos El Negocio Jurídico* (trad. Tito Ravá) Depalma, Buenos Aires, 1947, “La forma puede ser impuesta por ley y también por negocio jurídico; en este segundo caso se habla de forma voluntaria, y los interesados pueden configurarla libremente como escritura, documento auténtico, instrumento público, declaración oral ante testigos, etc.” (210)

²⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de octubre de 2006, radicación N° 11001-03-27-000-2003-00058-01 (14030). Actor: Fabio Londoño Gutiérrez. Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público. C.P. Héctor J. Romero Díaz, “...no puede un acto administrativo convertir en solemne un contrato que legalmente es consensual, pues estaría excediendo el ámbito de la ley. Tampoco puede exigir que un contrato que es consensual por mandato de la ley, sea solemne para efectos de acreditar su existencia, pues ello equivale a crear una tarifa legal de prueba en asuntos en los que legalmente existe libertad probatoria.”

semejante. Sin embargo, es claro que en presencia de una estipulación de esta clase se hace indispensable determinar si realmente se trata de una verdadera condición suspensiva de la eficacia del acto respectivo, porque también puede suceder que los agentes solamente hayan querido procurarse una prueba de su celebración o alcanzar otra finalidad indiferente a la existencia misma del acto. Entonces, la sola formación del consentimiento bastará para dar vida jurídica a dicho acto.” (Subrayado fuera de texto)²⁸²

La inquietud que se presenta sobre la entidad y alcance de lo exigido en la cláusula cuarta es de suma trascendencia en el presente negocio por cuanto las consecuencias que de ello se derivan acarrear la eficacia o ineficacia de las autorizaciones. Es decir, será completamente diferente el resultado si la formalidad convencional comprendida en la cláusula cuarta tiene una connotación ad solemnitatem o ad probationem; en virtud de la primera el acto de la autorización no es eficaz si no se ha cumplido con la exigencia del “documento escrito”, mientras que de acuerdo con la segunda, el acto es eficaz por cuanto sólo se exigía el “documento escrito” como cuestión probatoria.

Al respecto, la Sala advierte que la significación ad solemnitatem del documento escrito podría concluirse, con una apreciación eminentemente literal, de la calificación del mismo como “requisito indispensable”, contenida en la misma cláusula.

Sin embargo, para que la formalidad convencional sea ad solemnitatem, de conformidad con la doctrina nacional y extranjera, es indispensable que además de la consagración de la misma no haya duda sobre su alcance, motivo por el cual es necesario que dentro del contrato se incluya expresamente la sanción de ineficacia o invalidez ante el incumplimiento de la formalidad. En sentido contrario, si solamente se incluye en el texto contractual la exigencia de la forma, pero no la sanción, se deberá entender, en principio, que se trata de un requisito ad probationem y no ad solemnitatem.

La doctrina chilena precisa:

“Esta duda da lugar a una cuestión de hecho; y como a veces las circunstancias particulares dan poca luz para interpretar la voluntad de las partes, se ha tratado de buscar una regla general que sirva de guía. Las opiniones de los antiguos escritores estuvieron divididas: algunos fundándose en la conocida constitución de Justinianus, pensaron que las partes requieren la escritura como solemnidad siempre que, después de ponerse de acuerdo en las estipulaciones del contrato, conviniesen en la redacción del documento, sin que para este efecto fuera necesaria la declaración expresa de que de otro modo no se tuviese por celebrado el contrato...; otros han creído que no bastaba requerir el instrumento y que debía mediar la declaración expresa de que no valiese el contrato de otro modo... opinión ésta más comúnmente seguida y con arreglo a ella, en la duda..., debía considerarse exigida la escritura ad probationem potius quam ad validitatem actus.”

²⁸² G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, Temis, (3ª Edición), Bogotá, 1987, p. 240 – 241

Esta es también la opinión que prevalece en el derecho moderno...²⁸³
(Subrayado fuera de texto)

En el mismo sentido, la doctrina civil francesa:

“Con bastante frecuencia se pacta que (el contrato o acto) habrá que hacerlo en determinada forma; notarial, por ejemplo. Pero, también en este supuesto la finalidad que con ello se persigue puede ser simplemente la creación de una prueba segura o la imposición de una verdadera solemnidad, lícita por otra parte, que será la condición misma de la existencia del contrato.

El código alemán (párrs. 125 y 154) y el suizo de las Obligaciones (art. 16) presumen, en caso de dudas, que el contrato no se tendrá por perfeccionado mientras no se haya redactado el escrito. Pero, en Francia, a falta de texto legal en ese sentido, tal presunción sería arbitraria. Por ello, la jurisprudencia admite que, en principio, el contrato (o acto) es definitivo y no se halla supeditado a la redacción de un escrito o al otorgamiento de un acto notarial, salvo que circunstancias especiales determinen lo contrario, a juicio libre de los tribunales de instancia.”²⁸⁴

Se apartan de la tendencia referida la doctrina alemana²⁸⁵ y la italiana²⁸⁶, donde, ante la duda sobre los efectos de la formalidad convencional se considera que ésta es ad solemnitatem, de suerte que el acto jurídico no es eficaz o válido hasta que aquella no se cumple. Pero el fundamento para tal posición está dado por las disposiciones legales de tales ordenamientos jurídicos en las que se dispone lo propio²⁸⁷.

De acuerdo con lo anterior, en Colombia, como en Chile y en Francia, y a diferencia de Alemania e Italia, no existe disposición legal que sancione con ineficacia o invalidez el incumplimiento de una formalidad convencional, motivo por el cual, para que fuere posible declarar la ineficacia o invalidez del acto como consecuencia del incumplimiento debería existir una consagración inequívoca sobre el alcance de la formalidad convencional dentro del mismo contrato.

²⁸³ L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo Undécimo, De las Obligaciones, II, Imprenta Nascimento, Santiago de Chile, 1937, p. 111 – 112

²⁸⁴ M. PLANIOL Y G. RIPERT, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo Sexto, Las Obligaciones (primera parte)*, (trad. Mario Díaz Cruz), Cultural, S.A., Habana, 1936, p. 146 – 147

²⁸⁵ A. VON TUHR, *Derecho Civil*, cit. p. 212: “La forma voluntaria puede tener varios sentidos: puede ser requisito de validez, de suerte que únicamente con la observación de esa forma las partes queden obligadas, o puede servir de prueba al negocio que es válido aun sin ella; en este último caso, si no se observó la forma en el momento de la celebración, existe la obligación de realizarla después... De acuerdo con el artículo 154 II, en caso de duda la forma voluntaria debe interpretarse como requisito de validez. Cuando la escritura del contrato no formal se conviene después de la celebración, por lo regular, el propósito de las partes es sólo fijar el contenido y asegurarle la prueba, y no, en cambio, hacer depender de la forma la validez del contrato ya celebrado.”

²⁸⁶ F. MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, (trad. S. Sentis), Tomo IV *Derecho de las Obligaciones Parte General*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1955, p. 444: “La ley interpreta que la forma solemne en cuestión se debe considerar (salvo prueba en contrario) como querida para la validez (y no para la mera prueba) del contrato.”; M. BIANCA, *Diritto Civile, Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 304 ss;

²⁸⁷ El Código Civil alemán ordena en el inciso 2 del parágrafo 154: “Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist”, por su parte, el Código Civil italiano dispone: Art. 1352. *Forme convenzionali.*- *Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo*”;

De vuelta al caso concreto, en el Contrato de Administración no se advierte cláusula alguna que sancione con ineficacia ni invalidez la decisión tomada por el Comité Nacional de Cafeteros que no haya contado con el “documento escrito” elaborado por la Federación para tal efecto. Para redundar en argumentos se debe recordar que el principio del consensualismo integra todo el ordenamiento jurídico nacional, y que, de conformidad con él, para que un acto sea solemne debe ser exigido legalmente, o por la expresión común e inequívoca de la partes, cuestión que, como se ha explicado, no ocurre en el presente caso.

De acuerdo con lo anterior, ...es evidente que la ausencia de un “documento escrito”, elaborado por la Federación, para ser presentado ante el Comité Nacional de Cafeteros, no vicia ni deja sin efectos la autorización dada a Procafecol para el “usufructo” de las marcas comerciales del Fondo.

La calificación del mismo como “requisito indispensable” es algo que obliga a los representantes de la Nación y de la Federación respecto del cuidado que deben tener para fundamentar debidamente la toma de decisiones sobre información relevante y suficiente, pero tal condición de “requisito indispensable” no alcanza a constituir una solemnidad convencional para la validez de la autorización en el presente caso.

La cláusula quinta fue vulnerada por cuanto no hay constancia de que la Comisión de Comercialización, Comisión de Presupuesto e Inversiones y la Comisión de Publicidad hayan sido oídas para tomar la decisión

De acuerdo con lo explicado en el numeral anterior, el incumplimiento de este requisito no puede originar la nulidad o ineficacia de la autorización, teniendo en consideración dos razones principales:

- *En parte alguna del Contrato se indica que la sanción por tal incumplimiento sea la invalidez o la ineficacia de la decisión tomada por el Comité Nacional de Cafeteros (ni siquiera se la relaciona como “requisito indispensable”);*
- *La misma cláusula quinta en su parte final, señala que en ciertas ocasiones, “...el Comité Nacional de Cafeteros, con consentimiento del Ministro de Hacienda y Crédito Público, podrá ocuparse directamente de decidir sobre las materias pertinentes sin el concepto previo de dichas comisiones.”*

La cláusula sexta fue vulnerada por cuanto no hay constancia de que los Asesores del Gobierno hayan rendido un concepto sobre el asunto

La autorización para la licencia de uso de las marcas del Fondo requería claramente del voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con el numeral 1 literal b) de la cláusula cuarta, motivo por el que, en observancia de la cláusula sexta, los Asesores del Gobierno han debido entregar un concepto escrito a los representantes del Gobierno en el Comité Nacional de Cafeteros.

Dentro de las actas del Comité Nacional de Cafeteros no se hace constar que los Asesores hayan entregado sus conceptos escritos, pero la falta de una referencia a tales documentos no hace concluir que haya un incumplimiento al respecto.

A diferencia del caso del documento escrito que debía presentarse por parte de la Federación y de los conceptos de las Comisiones de Comercialización y de Publicidad, que tenían como destinatario al Comité Nacional de Cafeteros, y que por tal motivo, debían de constar en las actas correspondientes, el informe de los Asesores del Gobierno debían estar dirigidos a los representantes del Gobierno en el Comité, razón por la cual es posible que se hayan entregado a éstos, pero que no se haya hecho mención al respecto en las actas del Comité.

Es decir, no se encuentra probado que se haya incumplido la cláusula sexta, pero, en todo caso, de conformidad con lo dicho en los dos numerales anteriores, una vulneración de la cláusula sexta no podría dar lugar a la pérdida de efectos de la autorización.

El Comité Nacional de Cafeteros autorizó la licencia de las marcas en la sesión del 17 de julio de 2003, por cuanto en la sesión del 23 de diciembre de 2002 sólo dio la autorización el Ministro de Hacienda y Crédito Público

El Contrato de Administración es claro al prescribir en la cláusula tercera que la toma de decisiones respecto de los asuntos que competen al Comité Nacional de Cafeteros es competencia de este órgano en su conjunto, y no solamente de los representantes de la Nación que ahí tienen asiento. También lo son los Estatutos de la Federación al ordenar lo propio en el Capítulo V.

... constituye un error afirmar que en la sesión del 23 de diciembre de 2002 fue el Comité Nacional de Cafeteros quien impartió la autorización, por las siguientes razones:

- *el texto del Acta del 23 de diciembre de 2002 es claro al expresar que el Gerente General pidió autorización solamente al Ministro de Hacienda y Crédito Público para “usufructuar” las marcas comerciales del Fondo, y que éste último concedió la autorización;*
- *el texto del Acta del 17 de julio de 2003 corrobora lo dicho por el acta anterior al reiterar que el 23 de diciembre de 2002 la única persona que autorizó la utilización de las marcas fue el Ministro de Hacienda, y que el órgano que lo debía haber hecho “en estricto sentido” era el Comité Nacional de Cafeteros, de suerte que en la sesión del 17 de julio de 2003, para enmendar el incumplimiento, la autorización la impartió el mencionado órgano;*
- *esto significa que el mismo Comité Nacional de Cafeteros, en una interpretación auténtica de sus decisiones, el 17 de julio de 2003, confirmó que en la sesión del 23 de diciembre de 2002 se había faltado a lo ordenado por el Contrato de Administración.*

De conformidad con lo anterior, la fecha en la cual el Comité Nacional de Cafeteros, en su condición de órgano competente, concedió la autorización para que el licenciataria usara las marcas del Fondo fue el 17 de julio de 2003. Esto quiere decir que por un período superior a siete meses el licenciataria estuvo utilizando las marcas del Fondo sin contar con autorización para ello, lo cual genera consecuencias respecto de la existencia del Contrato de Licencia de Uso de Marca, como más adelante se explicará.

En la sesión del 23 de diciembre de 2002 el Gerente General de la Federación y el Ministro de Hacienda y Crédito Público se obligaron a suscribir un documento

El documento que tenía como finalidad reglamentar el “usufructo” de las marcas, y al cual se hizo referencia en la reunión del 23 de diciembre de 2002, no se vertió jamás por escrito ni fue firmado por las partes.

...tal incumplimiento es irrelevante en cuanto hace referencia a los efectos jurídicos sobre la autorización dada por el Comité Nacional de Cafeteros a Procafecol para la utilización de la marca, no solo por lo dicho en los apartes anteriores susceptible de ser reproducido aquí, sino porque la autorización válida es la del 17 de julio de 2003 en la cual nada se dice respecto de documentos adicionales que deban ser suscritos por las partes.

En observancia de lo expuesto, el proyecto concluyó que el incumplimiento de las obligaciones contractuales concernientes a los trámites y procedimientos prescritos por el Contrato de Administración, los cuales debían ser seguidos para autorizar a la Federación a licenciar el uso de las marcas, no invalidaban, ni dejaban sin eficacia, las decisiones tomadas por el Comité Nacional de Cafeteros. En tal sentido, la autorización dada el 17 de julio de 2003 era válida y eficaz para comprometer las marcas del Fondo.

Lo anterior no significa que los derechos colectivos no hayan sido vulnerados o amenazados con tal proceder, como se explicará más adelante.

7. Contrato de Licencia de Uso de Marca celebrado entre la Federación, como administradora del Fondo, y Procafecol. La normatividad aplicable es el derecho privado y el Estatuto de Contratación de la Federación con recursos del Fondo

En relación con el contrato celebrado para la explotación comercial de las marcas del Fondo, el análisis hecho en el proyecto comprendió:

“En primer lugar, se debe recordar que el manejo de las marcas del Fondo por parte de la Federación corresponde a una gestión de índole comercial... y, por tal razón, la legislación aplicable es la del derecho privado.

En tal sentido, el Contrato de Administración de 1997 precisa, respectivamente, las actividades relacionadas con el manejo de la propiedad industrial y el régimen de contratación que para tal efecto se deberá seguir, así:

“CLAUSULA OCTAVA: Actividades con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café: Las actividades que podrá ejecutar la FEDERACION con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, directamente o mediante contratación, son:

(...)

f). Actividades de promoción y publicidad del café colombiano.

g). Programas orientados a promover nuevos mercados, nuevos productos y nuevas formas de comercialización de café y a afianzar los mercados existentes.

(...)

PARAGRAFO PRIMERO: Los programas de publicidad y promoción del café ... deberán estar justificados con un análisis económico de su cobertura, su rentabilidad, su relevancia para la industria cafetera y los efectos financieros y sociales de los distintos gastos, según sea del caso.

PARAGRAFO SEGUNDO: La selección de las propuestas para ejecutar algunas de las actividades mencionadas en la presente cláusula, cuando la FEDERACION opte por contratarlas con terceros, se sujetará a lo establecido en la cláusula décima sexta de este contrato.

“CLAUSULA DECIMA SEXTA: Normatividad aplicable: Cuando la FEDERACION opte por la contratación externa para la ejecución de las actividades contempladas en la cláusula octava de este contrato, se sujetará a las normas del derecho privado y a la reglamentación que expida el propio Comité.

En tales casos la escogencia de las propuestas se efectuará con base en el principio de transparencia, en cuyo desarrollo se hará una selección objetiva del contratista, aplicando para el efecto criterios de calidad, costo – beneficio, experiencia, oportunidad y otros pertinentes para según el caso, que permitan la escogencia de la opción más eficiente en las condiciones de mercado.

En los casos en que la FEDERACION asume la prestación directa del servicio realizará un análisis de los factores de calidad, costo – beneficio, experiencia, oportunidad y otros pertinentes en las circunstancias concretas de que se trate, con miras a determinar su razonabilidad tomando en consideración las posibilidades y condiciones del mercado.”

Además del derecho privado, existe otro cuerpo normativo aplicable a los contratos que celebra la Federación como administradora del Fondo.

“La Federación, en desarrollo de las cláusulas décimo sexta y octava, apenas transcritas, expidió la “Resolución Número 08 de 2000, octubre 30, por el cual se adopta el Estatuto de Contratación de la Federación Nacional de Cafeteros con recursos parafiscales cafeteros”²⁸⁸, la cual habrá de regular el proceso de contratación con terceros.

La Resolución dispone, entre otras cosas, las siguientes:

- *Cuando la Federación contrate con recursos parafiscales cafeteros aplicará las normas legales y estatutarias, el Contrato de Administración y las órdenes del Comité Nacional de Cafeteros²⁸⁹;*
- *La Resolución es un reglamento de contratación interno para los empleados de la Federación, de suerte que no otorga derecho a favor de terceros²⁹⁰;*

²⁸⁸ Cuaderno 26, folios 445 – 475

²⁸⁹ **“ARTICULOS 1º.- DEL CAMPO DE APLICACION.** *La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su Oficina Central, en sus Comités Departamentales de Cafeteros y demás Dependencias en el país o en el exterior, se sujetará para la contratación con recursos parafiscales cafeteros, a lo que se establece en esta Resolución, en concordancia con las normas legales y estatutarias, en particular con las establecidas en el Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café suscrito el 12 de noviembre de 1997 y con las que para el efecto expida el Comité Nacional de Cafeteros.”*

²⁹⁰ **“ARTICULOS 3º ALCANCE DEL ESTATUTO.** *El presente Estatuto es un reglamento interno de contratación que establece obligaciones para los empleados de la Federación Nacional de Cafeteros.*

- El Comité de marcas y de patentes deberá autorizar los actos y contratos relacionados con la propiedad marcaría del Fondo²⁹¹;
- El sistema de contratación que se aplicará a un determinado negocio está dado en función de la cuantía del mismo, la cual podrá ser máxima, mayor, media, menor o mínima²⁹²;
- Los trámites o requisitos exigidos por el Estatuto podrán no cumplirse cuando quiera que la Gerencia Administrativa o la Dirección Ejecutiva lo autorice con ocasión de la ocurrencia de una circunstancia imprevista²⁹³;
- La contratación se hará, de acuerdo con la cuantía del contrato, por alguna de las siguientes modalidades²⁹⁴: contratación simple²⁹⁵; contratación sin convocatoria a proponer²⁹⁶; contratación con convocatoria privada a proponer²⁹⁷; contratación con convocatoria abierta a proponer²⁹⁸; y concurso de méritos;

Este Estatuto no consagra derechos a favor de los proponentes o contratistas distintos a los que se puedan derivar de los pliegos de condiciones, de los contratos o de sus actas de liquidación.”

²⁹¹ **“ARTICULO 14° COMITE DE MARCAS Y DE PATENTES.** *Corresponde a los Comités de Marcas y Patentes, cuya integración será determinada por la Gerencia General de la Federación, autorizar los actos y contratos necesarios para la gestión de la propiedad intelectual comercial, marcaría o de innovación tecnológica o del aprovechamiento de las invenciones en la Federación.”*

²⁹² **“ARTICULO 20° DE LAS CUANTIAS.** *Para efectos de establecer el sistema de contratación y la instancia a la que le corresponde autorizar la convocatoria a contratar o el contrato, se señalan las siguientes clases de cuantía, fijadas en sumas equivalentes al número de salarios mínimos mensuales legales vigentes para la contratación en el país: En s.m.l.m.v. Máxima cuantía: Más de 3.845 Mayor cuantía: Desde 1.540 hasta 3.845 Cuantía media: Desde 770 hasta 1.540 Menor cuantía: Desde 39 hasta 770 Mínima cuantía: Hasta 39.”*

²⁹³ **“ARTICULO 24° DE LA URGENCIA.** *Cuando se presentare una circunstancia imprevista, no generada en la voluntad o en los hechos de las partes que fueren a contratar y que impusieren la necesidad de la ejecución inmediata de un contrato, la Gerencia Administrativa o la Dirección Ejecutiva podrá autorizarlo sin cumplir con alguno o algunos de los trámites o requisitos que se exigen en esta Resolución.”*

²⁹⁴ **“ARTICULO 26° DE LOS SISTEMAS DE SELECCION DEL CONTRATISTA.** *La selección del contratista se hará según el sistema de contratación que corresponde al tipo o cuantía del contrato.*

La invitación a presentar propuesta o cotizaciones se hará siempre procurando una adecuada variedad de alternativas, y una equilibrada distribución de oportunidades. (...)

La selección del contratista se realizará a través de alguno de los siguientes sistemas: de contratación simple, contratación sin convocatoria a proponer; contratación con convocatoria privada a proponer; contratación con convocatoria abierta a proponer; y concurso de méritos.”

²⁹⁵ **ARTICULO 27° CONTRATACION SIMPLE.** *En sistema de contratación simple no se requiere cumplir con trámites o requisitos para la escogencia del contratista o para la elaboración o celebración del contrato; bastará con dejar memoria escrita sobre la identificación del contratista, el objeto del contrato, su plazo y valor. La contratación simple podrá seguirse cuando se trate de contratos de mínima cuantía.*

Deberán celebrarse por escrito todos los contratos, cualquiera que fuere su cuantía, cuyo objeto sea el de disposición o gravamen de inmuebles, fiducia, suministro, prestación de servicios y de consultoría.

²⁹⁶ **“ARTICULO 28° CONTRATACION SIN CONVOCATORIA A PROPONER.** *En los contratos de cuantía media y menor cuantía la contratación no requerirá de convocatoria a proponer, pero la elección del contratista se hará al menos entre tres cotizantes, cuando la cuantía sea media, o al menos entre dos cotizantes, cuando la cuantía sea menor.”*

La solicitud de cotizaciones deberá formularse indicando su carácter meramente informativo.

²⁹⁷ **“ARTICULO 29° CONTRATACION CON CONVOCATORIA PRIVADA A PROPONER:** *En los contratos de mayor cuantía la selección del contratista se hará entre quienes hubieren respondido formalmente invitación a proponer formulada de manera, personal y directa, por escrito acompañado*

- La convocatoria a la presentación de propuestas, abierta o privada, o de participar en concurso de méritos, se hará con base en un Pliego de Condiciones que contendrá las exigencias del caso²⁹⁹;
- Se seleccionará como contratista a quien haya presentado la mejor propuesta en los términos del pliego de condiciones correspondiente³⁰⁰;
- Existen excepciones a la exigencia de contratar por medio del sistema de oferta o convocatoria a proponer, entre ellas, la de los contratos de prestación de servicios intuitu personae y la de los contratos que se realizan bajo condiciones de urgencia manifiesta³⁰¹;
- La División Jurídica deberá dar el visto bueno a los documentos que integran el contrato³⁰²;

de los pliegos de condiciones. La invitación deberá formularse por lo menos a tres de los proponentes registrados.”

²⁹⁸ **“ARTICULO 30º CONTRATACION CON CONVOCATORIA ABIERTA A PROPONER:**

En los contratos de máxima cuantía la selección del contratista se hará entre quienes hubieren respondido formalmente invitación abierta a proponer, formulada en medios de amplia circulación nacional y regional en la que se fuere a ejecutar el contrato, por los menos con dos avisos en semanas diferentes, en un lapso que no puede ser mayor a veinte días. Los avisos contendrán los elementos principales del pliego de condiciones.

Excepcionalmente, el Comité Ejecutivo podrá optar por una convocatoria privada cuanto se tratare de un contrato de máxima cuantía, previa solicitud motivada del Comité de Contratación respectivo.

²⁹⁹ **“ARTICULO 32º DE LA CONVOCATORIA A PROPONER O CONCURSAR** La convocatoria a la presentación de propuestas, abierta o privada, o de participar en concurso de méritos, se hará con base en un Pliego de Condiciones en el que se determinen los requisitos que han de cumplir los proponentes, los plazos para su presentación, los criterios de selección de la más favorable, el número mínimo de propuestas válidas para no declarar desierta la convocatoria, y demás circunstancias para esta decisión. Con relación al contrato se especificará su objeto, plazo, garantías, y demás condiciones técnicas, jurídicas, comerciales y económicas relevantes para la convocatoria a proponer y para el contrato.

Entre los criterios de selección deberá tenerse en cuenta la calidad y oportunidad del bien o de la prestación del servicio, la experiencia del proponente, el costo – beneficio de la propuesta.”

³⁰⁰ **“ARTICULO 33º DE LA SELECCION DEL CONTRATISTA:** Quien esté facultado para autorizar el contrato, seleccionará como contratista a quien hubiere presentado la propuesta más favorable de conformidad con los criterios señalados en el respectivo pliego de condiciones, si lo hubiere, o teniendo en cuenta los criterios de calidad, la relación costo beneficio, experiencia y oportunidad de la propuesta o cotización.”

³⁰¹ **ARTICULO 37º DE LAS EXCEPCIONES PARA LA OFERTA O CONVOCATORIA A PROPONER.** No se requerirá de convocatoria a proponer, o de concurso de méritos, o de cotizaciones, cuando se tratare de contratos de:

- 1) Compraventa o arrendamiento de inmuebles
- 2) Prestación de servicios o de consultoría, con un único oferente, o que deban celebrarse teniendo en cuenta las calidades personales del contratista.
- 3) Los de seguros, de fiducia o de encargo fiduciario
- 4) De empréstito o de mutuo
- 5) Adquisición de bienes muebles con único oferente; o cuando se trate de obras especializadas, científicas técnicas o artísticas.
- 6) Cuando las adquisiciones lo sean en el extranjero, o en desarrollo de convenios internacionales para la promoción del comercio exterior, particularmente del café.
- 7) Cuando el contrato fue objeto de convocatoria declarada desierta
- 8) Cuando se debiere contratar bajo condiciones de urgencia manifiesta.”

³⁰² **“ARTICULO 39º DE LA REVISION JURIDICA:** Los pliegos de condiciones de las convocatorias a contratar, los contratos y las actas de liquidación de los contratos deberán contar con el visto bueno de la División Jurídica de la Oficina Central, o del área que haga sus veces en los Comités Departamentales, o en las Oficinas en el Exterior. La autorización podrá impartirse sobre formatos de pliegos de condiciones, contratos o de actas de liquidación.”

- *La celebración del contrato debe cumplir con un procedimiento que incluye la suscripción del texto respectivo, el otorgamiento de pólizas de cumplimiento³⁰³ y la definición de un término fijo de duración³⁰⁴;*
- *Los contratos que se deban celebrar por escrito no podrán ejecutarse hasta que el documento donde se haga constar sea suscrito por las partes³⁰⁵;*
- *No obstante las exigencias referidas, en el evento en que no se cumpla con algunas de ellas, y tal incumplimiento no implique una vulneración de la transparencia o de la selección objetiva, ni se perjudique al Fondo, el contrato podrá ser convalidado³⁰⁶;*

8. Aplicación del Estatuto de Contratación de la Federación al Contrato de Licencia de Uso de Marca

En el proyecto se dijo que el contrato de licencia de uso de marca constaba de muchas particularidades que lo apartaban del cumplimiento de las exigencias del Estatuto de Contratación. Para analizar el asunto se dijo, en primer lugar, que el Estatuto de Contratación, como su mismo artículo quinto lo expresaba, constituía fundamentalmente un reglamento interno con destino a los empleados de la Federación, razón por la cual no tenía la trascendencia de una fuente de derechos cuyo incumplimiento diera origen a sancionar con invalidez o ineficacia los negocios jurídicos que se celebraran sin atenderlo.

No obstante, dada la calidad de recursos públicos parafiscales que ostentan los activos del Fondo, el incumplimiento de las obligaciones que se incorporan al Estatuto por parte de los empleados de la Federación está íntimamente ligado con el incumplimiento de la Federación en el manejo de los recursos parafiscales.

En relación con el presente caso, los incumplimientos de las prescripciones contenidas en el Estatuto están justificados en algunos casos, pero en otros no, como se demostró en el análisis hecho en el proyecto:

“Contratación directa con Procafecol

³⁰³ **“ARTICULO 41º DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO:** *Se hará de acuerdo con el siguiente procedimiento:*

- 1) *El documento revisado se enviará a quien le competa, para su firma*
- 2) *El contrato firmado se entregará al contratista para su firma, autenticación, constitución de pólizas, pago de impuesto. Se establecerá un plazo para este trámite, y la sanción en el evento de su incumplimiento*
- 3) *El original del contrato quedará en el Area Jurídica, o en la que señale la Dirección Ejecutiva en los Comités Departamentales, y el de las pólizas y de todo documento en el que esté incorporado un crédito se entregará a la Dependencia que cumpla funciones de Tesorería, para su custodia.”*

³⁰⁴ **“ARTICULO 47º DEL PLAZO:** *El plazo de los contratos será a término definido.”*

³⁰⁵ **“ARTICULO 51º PROHIBICION:** *Se prohíbe iniciar la ejecución del contrato, que deba celebrarse por escrito, sin que este hubiere sido suscrito por las partes”*

³⁰⁶ **“ARTICULO 70º CONVALIDACION:** *La no observancia de los procedimientos o requisitos contemplados en este Estatuto, que no comprometieren los principios de transparencia, o de selección objetiva y con lo que no se hubiere erogado perjuicio al Fondo Nacional del Café podrán ser convalidados por el Comité Ejecutivo, por el Comité General de Contratación, o por el Comité Departamental de Cafeteros según su competencia.”*

En la reunión del 17 de julio de 2003, el Comité Nacional de Cafeteros autorizó, inequívocamente, a la Federación para conceder la licencia de uso de las marcas del Fondo a Procafecol, o cualquier compañía de objeto igual o similar a la anterior, en la que la Federación tuviera participación accionaria;

En tal sentido, el Comité Nacional de Cafeteros autorizó la contratación directa, e hizo a un lado las modalidades de contratación simple, contratación sin convocatoria a proponer, contratación con convocatoria privada a proponer, contratación con convocatoria abierta a proponer o concurso de méritos, que están comprendidas en los artículos 26 a 30 del Estatuto. Es decir, el Comité en pleno determinó que para el caso concreto no se aplicaban los sistemas de selección del contratista previstos en los Estatuto, quizás, en observancia de la naturaleza del bien cuyo uso se estaba licenciando.

... (se) considera conforme a derecho que en este evento se haya dado una contratación directa, no sólo porque lo autorizó claramente el órgano de dirección para el manejo del Fondo, sino porque uno de los rasgos característicos del contrato de licencia de uso de marca es el de ser intuitu personae, como se explicó anteriormente.

Las consecuencias que tiene tal calificación respecto de la contratación mercantil comprende dos aspectos: la subjetividad, que consiste en que se elige libremente con quien se contrata en función de sus condiciones particulares; y la objetividad, que hace referencia a que la contraparte debe tener la capacidad para cumplir con el propósito mercantil del contrato.

Los propósitos que perseguían la Nación y la Federación con la implementación de este sistema de comercialización del café, hacían que fuera conveniente, y en cierto modo necesario, la elección libre del contratista:

“A través de estas tiendas se pretende incrementar los ingresos de los cafeteros colombianos de tres maneras, primero mediante los ingresos que generen directamente las tiendas por un mayor precio del café colombiano, por mayores ventas en volumen de café colombiano y por las utilidades mismas que generen las tiendas, segundo a través de nuevos productos de valor agregado que las tiendas permitan promocionar los cuales puedan ser vendidos por otros canales diferentes a las mismas tiendas, y tercero y tal vez el más importante a través de la mayor demanda que se genere mundialmente por el café colombiano que debe traducirse en una mayor prima de éste.”³⁰⁷

“La manera como se benefician los productores colombianos tiene que ver primero con el mayor valor que significa el proyecto para los cafés gourmet directamente para los productores y campesinos cafeteros, en segundo lugar porque implica un ingreso para el fondo por el pago de la regalía y en tercer lugar porque tal como consta en las actas del Congreso Cafetero de diciembre de 2002 la Sociedad PROCAFECOL fue constituida como sociedad anónima para sus acciones fueran enajenadas directamente a los productores de café en un modelo de democratización de acciones”³⁰⁸

En este caso, Procafecol, habida cuenta de su condición de filial de la Federación, constituía una persona jurídica de condiciones particulares que la

³⁰⁷ Folio 686, Cuaderno 25, Testimonio de Juan Fernando Ocampo

³⁰⁸ Folio 729, Cuaderno 25, Testimonio de Sandra Morelli

hacían confiable y especial para el Comité Nacional de Cafeteros y para la Federación, además de que contaba con las posibilidades de lograr el lucro mercantil querido en la operación.

Finalmente, se debe recordar que dentro del cuerpo mismo del Estatuto, en el artículo 37, se abre la posibilidad de que respecto de los contratos intuitu personae no haya convocatoria a proponer, ni concurso de méritos, debido a que en el literal b) se exceptúan del régimen general del Estatuto los contratos de prestación de servicios o consultoría en los cuales se deban tener en cuenta las condiciones personales del contratista. Si bien no se refiere expresamente la hipótesis del contrato de licencia de uso, se hace claridad sobre la forma como las condiciones personales del contratista y las características especiales de un negocio pueden llevar a la contratación directa.

Incumplimiento de otros trámites comprendidos en el Estatuto

“Sin perjuicio de lo apenas dicho..., de acuerdo con el análisis probatorio hecho, (se) encuentra que otros artículos del Estatuto fueron incumplidos por parte de la Federación, y que no existía una autorización del Comité Nacional de Cafeteros para que la Federación se apartara del Estatuto en estos puntos. Los artículos son:

- El artículo catorce señala que los Comités de Marcas y Patentes deben autorizar los contratos relacionados con la propiedad intelectual;*
- El artículo cuarenta y uno dispone que para la celebración del contrato se deberá suscribir el texto correspondiente por las partes; que la firma del contratista se deberá autenticar; que se constituirán las pólizas respectivas; y que se pagará el impuesto a que haya lugar;*
- El artículo cuarenta y siete ordena que los contratos se celebrarán a término definido;*
- El artículo treinta y nueve prescribe que la División Jurídica de la Oficina Central deberá dar el visto bueno al texto contractual;*
- El artículo cincuenta y uno prohíbe la ejecución de contratos que se deban celebrar por escrito hasta que el documento donde se haga constar sea suscrito por las partes;*

El Estatuto permite que los empleados de la Federación se aparten de él cuando quiera que haya una circunstancia imprevista que dé lugar a una contratación de urgencia, para lo cual habrá de contarse con una autorización de la Gerencia Administrativa o de la Dirección Ejecutiva, de acuerdo con el artículo veinticuatro. No obstante, en el sub judice ese evento no se dio por cuanto no hubo circunstancias imprevistas, ni autorizaciones de contratación de urgencia.

El Estatuto, de conformidad con el artículo setenta, también permite convalidar aquellos trámites o exigencias no cumplidas, siempre que no se comprometieren el principio de transparencia y el de selección objetiva, ni se causare perjuicio al Fondo Nacional del Café. En el sub judice, visto que se compromete el principio de transparencia, como se explicará en detalle más adelante, no se pueden subsanar las faltas.

Como conclusión de este punto, la Sala tiene más que claro que la Federación incumplió con sus obligaciones respecto del Estatuto y que tal comportamiento, junto con otros elementos irregulares advertidos a lo largo de la providencia, serán analizados desde la perspectiva de los derechos colectivos en un numeral posterior.”

9. Explotación de las marcas del Fondo por parte de Procafecol. Celebración y ejecución del Contrato de Licencia de Uso de Marca

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el Contrato de Licencia de Uso es consensual, razón por la cual se perfecciona con el simple acuerdo de las partes, sin que sea necesario que se incorpore en un documento escrito y que se registre ante las autoridades administrativas correspondientes.

El proyecto consideró que la explotación de las marcas del Fondo por parte de Procafecol había experimentado tres etapas que debía ser vistas con detenimiento:

- la explotación sin autorización ni consentimiento del Comité Nacional de Cafeteros;
- el contrato meramente consensual y el cruce de cartas con el valor de la remuneración por el uso de las marcas;
- el contrato escrito.

El proyecto enfatizó una y otra vez que el reconocimiento de los efectos del contrato no significaba jamás que el comportamiento y la actividad de la Nación y de la Federación hubiera sido el debido, motivo por el cual el análisis que sigue comprende solo la perspectiva del derecho privado, en los diferentes momentos que tuvo la relación:

9.1. Inexistencia de contrato entre el 14 de diciembre de 2002 y el 16 de julio de 2003

“De acuerdo con lo acreditado a lo largo del proceso... no hubo consentimiento por parte del Comité Nacional de Cafeteros, en su condición de órgano de dirección del Fondo Nacional de Café, para licenciar el uso de las marcas a favor de Procafecol en el período comprendido entre el 14 de diciembre de 2002 y el 16 de julio de 2003.

En efecto, la autorización del Comité Nacional de Cafeteros a la Federación para la celebración del Contrato de Licencia de Marca con Procafecol constituía el consentimiento del Fondo Nacional del Café para la celebración del Contrato.

Es cierto que el Fondo no tiene personería jurídica, es cierto que quien lo representa es la Federación, también es cierto que el Fondo no es parte desde el punto de vista formal en los contratos que celebra la Federación en su nombre, pero en este evento, visto que la facultad para disponer de las marcas radicaba exclusivamente en el Comité, el consentimiento de mayor relevancia para la celebración del Contrato de Licencia era el de tal órgano de dirección y no el de la Federación, por cuanto éste último sólo se constituía válidamente frente al

negocio celebrado con Procafecol, cuando se hubiera verificado la autorización precedente del Comité.

... es inequívoco que la autorización del Comité significa el consentimiento indispensable para la configuración del Contrato de Licencia de Uso de Marca, puesto que el consentimiento de la Federación para la celebración del contrato constituye solamente un instrumento para la exteriorización de la voluntad de quien tiene la competencia para disponer sobre las marcas del Fondo, esto es, el Comité Nacional de Cafeteros.

En vista de la falta de consentimiento mencionada, el Contrato de Licencia de Uso de Marca, en el período comprendido entre el 14 de diciembre de 2002 y el 16 de julio de 2003 es inexistente.

En la doctrina civil colombiana, se ha dicho tradicionalmente que "...El acto es inexistente cuando en su parte interna o externa le faltan de manifiesto elementos esenciales para que tenga vida legal."³⁰⁹

Sobre la figura de la inexistencia, el Consejo de Estado ha dicho:

"El contrato que le falta un elemento o requisito esencial se le resta cualquier eficacia jurídica, porque es inexistente y, por ende, ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal y como se puede colegir de los artículos 1501 del Código Civil, 897 y 898 del Código de Comercio"³¹⁰

La falta de consentimiento ha sido entendida por parte de la doctrina nacional como causal de inexistencia, al señalar:

"... la voluntad o consentimiento y el objeto son requisitos esenciales, cuya falta no constituye un vicio, sino una causal de inexistencia, contemplada, se repite por los arts. 1501 y concordantes"

"...sin la voluntad o consentimiento, o sin la declaración de este por el cauce autorizado o prescrito por la ley para que pueda ser tenida en cuenta, o sin un objeto jurídico a que se enderece en ejercicio de la función reguladora de las relaciones sociales, no hay ningún acto jurídico; la esencia de este no se realiza; el derecho le niega el ingreso a esta categoría ontológico-jurídica."

"La falta de los elementos esenciales en todo acto jurídico, voluntad o consentimiento legítimamente declarado, u objetivo regulador de las relaciones sociales, no permite que el hecho, si es que existe, se repute como un acto de tal categoría jurídico – ontológica, ni que se le pueda atribuir la eficacia que a dicha categoría le asigna la ley dentro del marco de la autonomía de la voluntad privada."³¹¹

En el mismo sentido, Aubry y Rau, citados por Planiol y Ripert, señalan que:

³⁰⁹ F. VÉLEZ, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo VI, (2ª Ed.), Imprenta París – América, p. 374

³¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007), Radicado: 20001-23-31-000-2999-01 (15.052), Actor: CARBONES DE LOS ANDES S.A. "CARBOANDES", Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE CARBON LTDA. "ECOCARBON C.P. Ruth Stella Correa

³¹¹ G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen General de las Obligaciones*, cit. p. 444 – 446

“Por acto inexistente hay que entender el acto que no reúne los elementos de hecho que suponen su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia. Así no es concebible un contrato sin el consentimiento de las dos partes, o una venta sin cosa vendida o sin precio.”³¹²

A pesar de que no es pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia la discusión acerca de la inexistencia como uno de los supuestos de ineficacia del negocio jurídico, el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio colombiano la consagró expresamente:

“Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.”
(Subrayado fuera de texto)

Tal disposición legal ha hecho concluir:

“Se inclinó el legislador mercantil por incluir la inexistencia como sanción al negocio jurídico, señalando como eventos de la misma los que venía señalando la doctrina partidaria de la identificación de esta categoría: falta de solemnidades exigidas por la ley para su formación (solemnidades legales) y falta de algunos de los elementos esenciales (artículo 1502 del código civil³¹³). Ante esta decisión legislativa, quedan por fuera en materia mercantil, las discusiones sobre la procedencia de la figura, la cual adquiere en el derecho mercantil perfil propio, con unas circunstancias propias para su identificación.”³¹⁴

Teniendo en cuenta el carácter mercantil del Contrato de Licencia de Uso de Marca, la Sala afirma, como consecuencia de la falta de consentimiento del Comité Nacional de Cafeteros, en su condición de elemento esencial, que el mencionado contrato no existió para la vida jurídica durante ese lapso, y que solo se presentaron “...meros simulacros de negocio...”, que no permitían calificar el hecho como una especie jurídica, así hubieran provocado en la Federación y Procafecol la impresión de haber celebrado un negocio³¹⁵.

Esto último, habida cuenta de que la expresión de la voluntad del Fondo Nacional del Café es un evento estricto, que exige del pronunciamiento del Comité Nacional de Cafeteros en su integridad, con la presencia y la anuencia de los representantes de la Federación y de los de la Nación en tal órgano.

No podría pensarse en este caso que hay un consentimiento tácito desde el momento de la apertura de la primera “Tienda de Café Juan Valdez” en el aeropuerto El Dorado de Bogotá, por cuanto el Contrato de Administración de 1997 y los Estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia son diáfanos al radicar en la cabeza del Comité Nacional de Cafeteros la competencia

³¹² PLANIOL, G. RIPERT, Tratado *Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo Sexto (trad. M. Díaz Cruz), Cultural S.A., Habana, 1936, p. 396

³¹³ “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita.”

³¹⁴ J. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles*, Tomo I, (7ª Edición) Dike, Medellín, 1995, p. 164

³¹⁵ L. BIGLIAZZI, U. BRECCIA, F. BUSNELLI, U. NATOLI, *Derecho Civil Hechos y Actos Jurídicos* Tomo I Volumen 2, (Trad. Fernando Hniestrosa), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 1028

para decidir sobre las marcas, y tratándose de las competencias para el manejo de los recursos públicos la interpretación restrictiva es la que ha de imperar. Si bien hubo el consentimiento de la Federación desde el primer momento, ha de recordarse que no es ella quien tiene a su cargo la asignación de los recursos del Fondo.

En efecto, las leyes que autorizan a la Nación para la celebración de los contratos de administración con las entidades que tienen a su cargo los recursos parafiscales son claras al conferir al contrato correspondiente la regulación íntegra del asunto³¹⁶, y el Contrato de Administración de 1997, en su cláusula cuarta, señala como competente para decidir sobre los recursos del Fondo al Comité Nacional de Cafeteros, y en la cláusula tercera, ordena que la composición y funcionamiento de este órgano de dirección precisa de los representantes de la Nación y de los de la Federación.

Por tal motivo, si bien las cláusulas contractuales no tienen el rango de disposición legal, ha sido la ley quien le ha encargado al contrato de administración la regulación del asunto, y ese contrato no puede ser desatendido, ni las competencias modificadas con base en comportamientos. En ese sentido, la competencia para decidir sobre la asignación de los activos del Fondo, entre ellos, de sus marcas, no puede ser interpretada de una manera flexible, ni su contenido se puede modificar con base en la ejecución que se haga del Contrato de Administración.

Se debe tener siempre presente que el Contrato de Administración es estatal y, especialmente, que se halla integrado por las disposiciones legales pertinentes, entre ellas, la ley 9 de 1991³¹⁷, que en el inciso segundo del artículo 33 indica que cualquier modificación del mismo está sujeta a una serie de requisitos especiales, como la publicación en el Diario Oficial. Esto último implica que para la existencia y validez de cualquier modificación, como sería la de establecer un consentimiento tácito respecto de las decisiones generales o específicas del Comité Nacional de Cafeteros, en primer término, se debe verter el acuerdo correspondiente al escrito.

En consecuencia, mal podría interpretarse que el comportamiento complaciente de los representantes de la Nación y de la Federación, respecto de la apertura de las “Tiendas de Café Juan Valdez” pueda constituir un consentimiento tácito que tenga efectos jurídicos para considerar válida la autorización del uso de la marca desde el 14 de diciembre de 2002, y por ello, existente el Contrato de Licencia de Uso desde tal fecha. Tal cosa constituiría una modificación del Contrato de

³¹⁶ Ley 11 de 1972: “Artículo 2o. Autorízase al Gobierno Nacional para celebrar con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia contratos tendientes a impulsar y defender la Industria del Café. Los contratos que el Gobierno celebre en desarrollo del presente artículo, tendrán una duración de diez años y serán prorrogables por períodos de igual duración.”; Ley 101 de 1993: “Artículo 30. Administración y recaudo. La administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas.

³¹⁷ Ley 9 de 1991: “Artículo 33. Autorizaciones contractuales y presupuestales. Autorízase al Gobierno Nacional para celebrar los contratos y efectuar las apropiaciones y demás operaciones presupuestales que se requieran para dar cumplimiento a lo previsto en esta Ley y en las disposiciones que para su efectividad se dicten. (...) Las adiciones, prórrogas o modificaciones que se introduzcan al contrato de administración del Fondo Nacional del Café y de servicios que suscriba la Federación Nacional de Cafeteros con el Gobierno Nacional continuarán sujetos a la revisión del Consejo de Estado, del Congreso de la República y a la publicación en el Diario Oficial.”

Administración que no ha sido hecha de la forma ordenada por la ley 9 de 1991 y que no tiene efecto alguno.

Menos aún se puede hablar de consentimiento tácito cuando se comparan los siguientes eventos:

- *las cláusulas del Contrato de Administración y los Estatutos de la Federación disponen que el Comité Nacional de Cafeteros tiene la competencia exclusiva para decidir sobre las marcas del Fondo;*
- *la Federación permitió la utilización de las marcas por parte de Procafecol sin que se hubiera dado una autorización por parte del Comité Nacional de Cafeteros;*
- *los representantes de la Nación y de la Federación en el Comité Nacional de Cafeteros, reconocieron, en la sesión del 17 de julio de 2003, que quien tenía la atribución de autorizar el uso de la marca “en estricto sentido” era el Comité, aceptando el incumplimiento del Contrato de Administración y la irregularidad de la concesión de la licencia, para luego enmendar la situación mediante la extensión de la autorización en la debida forma;*

De acuerdo con lo expuesto, no existió contrato de licencia de uso de las marcas del Fondo en el período comprendido entre el 14 de diciembre de 2002 y el 16 de julio de 2003. Las consecuencias respectivas serán analizadas con posterioridad.

9.2. Contrato meramente consensual y cruce de cartas con el valor de la remuneración por el uso de las marcas

“Los contratos consensuales se perfeccionan con el acuerdo de las partes, el cual se constituye, desde el punto de vista fenomenológico, en el encuentro objetivo de las intenciones de los contratantes respecto de un contenido contractual.

Con base en lo expuesto hasta el momento... (se) concluye que el contrato de licencia de uso de marca se perfeccionó el día 17 de julio de 2003.

En esa fecha se encontraron la autorización del Comité Nacional de Cafeteros, que facultaba a la Federación para la celebración del contrato, y el comportamiento inequívoco de ejecución del mismo por parte de Procafecol, consistente en el funcionamiento efectivo de las “Tiendas de Café Juan Valdez”, las cuales venían operando desde el día 14 de diciembre de 2002.

De tal forma, el Contrato de Licencia de Uso de Marca estaba configurado por un número mínimo de prestaciones y obligaciones, que no obstante su precariedad, resultaban suficientes para que el mismo naciera a la vida jurídica. Las partes habían fijado:

- *el objeto del contrato, consistente en la licencia para la utilización por parte de Procafecol de las marcas de propiedad del Fondo, registradas en Colombia y en el exterior;*
- *el carácter oneroso del contrato;*
- *la designación de un tercero, la firma Future Brand, para definir, una vez hecha la evaluación correspondiente, cuál era el valor que Procafecol debía pagar al Fondo como contraprestación por el uso de las marcas.*

El 16 de enero de 2004, la Federación envió una carta a Procafecol, por medio de la cual solicitó el pago de US\$20.000 y de una regalía del 2.5% sobre el valor de las ventas brutas desde que inició la operación de las Tiendas Juan Valdez hasta el día 31 de diciembre de 2003, como una medida provisional, mientras que el experto contratado para avaluar la marca, Future Brand terminaba su trabajo.

El 12 de febrero de 2004, Procafecol envió a la Federación una carta en la cual aceptaba las peticiones de la Federación, y adjuntaba tres cheques: uno pagaba los US\$20.000 correspondiente a “derecho inicial a usos de marcas”; otro pagaba las regalías en los términos solicitados por la Federación; y el último pagaba un 1% de las ventas netas para publicidad.

Las anteriores comunicaciones constituyeron el primer intento de las partes por poner al día las obligaciones relacionadas con el pago de la remuneración a que tenía derecho el Fondo por la licencia de uso de sus marcas.

9.3. Contrato escrito

“El día 6 de septiembre de 2004, la Federación y Procafecol suscribieron el documento denominado “Contrato de Licencia de Uso de Marca”³¹⁸, por medio del cual establecieron “...las estipulaciones con sujeción a las cuales se continuará ejecutando la relación existente entre la FEDERACION, como administradora del Fondo Nacional de Café, por una parte, y EL LICENCIATARIO, por la otra...”

El clausulado comprende, en términos generales, las disposiciones que a continuación se resumen:

- *Objeto del contrato, en el cual se indica que las marcas del Fondo deberán utilizarse por parte de Procafecol y de sus subsidiarias (sociedades controladas por Procafecol, directamente o con el concurso de la Federación), en los establecimientos de comercio y en los productos, que operen el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez, en Colombia y en los Estados Unidos de América³¹⁹;*
- *No se consagró exclusividad respecto del uso de las marcas a favor de Procafecol³²⁰;*
- *Se determinó la creación de una Comisión para la Implementación de Negocios con Terceros (integrada por dos miembros de la Federación y uno de Procafecol), con la misión de aprobar la celebración de contratos con terceros para la utilización de las marcas del Fondo (mediante franquicia, joint venture u otras modalidades)³²¹;*
- *El contrato tiene una duración de seis años, prorrogables, contados a partir de la fecha de la apertura de la primera “Tienda Juan Valdez”, esto es, 14 de diciembre de 2002³²²;*

³¹⁸ Cuaderno 23, folios 203 – 213

³¹⁹ Cláusula “1. OBJETO”.

³²⁰ Cláusula “2. NO EXCLUSIVIDAD Y AUTORIZACIONES ADICIONALES DE UTILIZACION”.

³²¹ Cláusula “3. INTERVENCION DE DE TERCEROS EN EL ESTABLECIMIENTO O MANEJO DE TIENDAS JUAN VALDEZ”

³²² Cláusula “4. VIGENCIA”

- La utilización de las marcas del Fondo por parte de Procafecol y sus subsidiarias acatará las regulaciones previstas por la Federación³²³;
- Procafecol deberá adquirir el “café verde especial 100% colombiano” a la Federación, y ésta podrá auditar la calidad del producto que Procafecol vende al público consumidor³²⁴;
- Procafecol deberá informar trimestralmente a la Federación el volumen total de ventas, el cual se toma como base para la liquidación de la contraprestación correspondiente a favor de la última por el período respectivo³²⁵;
- La Federación hará un control de calidad sobre los productos que vende Procafecol, los calificará, y cuando los resultados no sean satisfactorios, ordenará los correctivos necesarios³²⁶;
- El uso de las marcas licenciadas está sujeto al cumplimiento del “Manual de Estándares para el uso de Marcas Objeto de Licencia” en cuanto hace referencia a las especificaciones y al etiquetado de los productos³²⁷;
- Procafecol utilizará en las marcas licenciadas la leyenda “Marca Registrada por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia – Fondo Nacional del Café”, y limitará el uso de las mismas al contexto del proyecto de las Tiendas de Café Juan Valdez; no podrá utilizar marcas que no hayan sido expresamente licenciadas³²⁸;
- Procafecol reconoce a la Federación, en su condición de administradora del Fondo, como la titular de los derechos sobre las marcas licenciadas, y se obliga a no registrar como suyas ninguna marca igual o similar a las licenciadas³²⁹;
- Procafecol, sus subsidiarias, y los terceros que operen Tiendas de Café Juan Valdez pagará a la Federación, a título de contraprestación por la licencia de la marca, una suma fija de US\$20.000, y una suma variable en función de los ingresos brutos que provengan del Proyecto de las Tiendas de Café Juan Valdez, así:

“a) Para las ventas en el territorio de la República de Colombia, el 3.4.% del valor bruto de las ventas totales de PRODUCTOS y demás bienes o servicios que se realicen en dichos establecimientos o en conexión con el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez, desde el primer día en que comenzó a operar el LICENCIATARIO su concepto de negocios, y ; b) Para ventas en el Territorio de la República de Colombia, como gastos de promoción, el 2% sobre el valor bruto de las ventas totales de PRODUCTOS y demás bienes o servicios que se lleven a cabo en cada uno de dichos establecimientos, en los años 1º a 4º, contados desde el primer día de operación y, después del cuarto año de operación en ese

³²³ Cláusula “5. USOS DE MARCAS APROBADOS”

³²⁴ Cláusula “6. ORIGEN Y CALIDAD DEL CAFE”

³²⁵ Cláusula “7. VOLUMEN DE VENTAS”

³²⁶ Cláusula “8. CONTROL DE CALIDAD”

³²⁷ Cláusula “9. USO DE LAS MARCAS OBJETO DE LICENCIA”

³²⁸ Cláusula “10. TITULARIDAD DE LAS MARCAS”

³²⁹ Cláusula “11. PROPIEDAD DE LAS MARCAS”

territorio, el porcentaje se reducirá al 1%. Tratándose de las otras ventas que se realicen en conexión con el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez el porcentaje del 2% se reconocerá sobre el valor bruto de tales ventas en los años 1º a 4º, contados desde que comenzó a operar el LICENCIATARIO su concepto de negocio y, después del cuarto año el porcentaje se reducirá al 1%; c) Para las ventas en el territorio de los Estados Unidos de América, el 2.3% del valor bruto de las ventas totales de PRODUCTOS y demás bienes o servicios que se realicen en cada uno de dichos establecimientos desde el primer día en que comiencen a operar las Tiendas de Café Juan Valdez e igual porcentaje se reconocerá sobre las otras ventas que se realicen en conexión con el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez, desde el primer día en que se inicien ventas en dicho país; d) Para las ventas en el territorio de los Estados Unidos de América como gastos de promoción, el 3% sobre el valor bruto de las ventas totales de PRODUCTOS y demás bienes o servicios que se lleven a cabo en cada uno de dichos establecimientos, en los años 1º a 4º, contados desde el primer día de operación y, después del cuarto año de operación en ese territorio, el porcentaje se reducirá al 1%. Tratándose de las otras ventas que se realicen en conexión con el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez el porcentaje del 3% se reconocerá sobre el valor bruto de tales ventas en los años 1º a 4º, contados desde que comenzó a operar el LICENCIATARIO su concepto de negocio en los Estados Unidos de América y, después del cuarto año el porcentaje se reducirá al 1%; e) Para ventas en el territorio de los otros países distintos de Colombia y de los Estados Unidos de América se reconocerá por el LICENCIATARIO un porcentaje que fijará la FEDERACION con base en el estudio de un tercero independiente contratado por ésta y que tenga reconocida experiencia en este campo, la cual se liquidará, para cada país o región determinado y en relación con cada Tienda de Café Juan Valdez, sobre el valor bruto de las ventas totales de PRODUCTOS..."³³⁰

- *Los valores a reconocer se ajustarán de acuerdo con el resultado final de la profundización que Future Brand está haciendo de su investigación sobre el valor debido de la remuneración, el cual se habrá de entregar a más tardar el 31 de diciembre de 2004*³³¹;
- *Las tarifas provisionales que habían sido liquidadas serán ajustadas de acuerdo con los porcentajes incluidos en el contrato, y se pagarán intereses retroactivos a la tasa efectiva del DTF más 4 puntos*³³²;
- *Procafecol deberá avisar a la Federación respecto de cualquier infracción marcaría, tan pronto como tenga conocimiento de ella, y cooperará con las acciones legales correspondientes, reconociendo en todo caso que quien tiene la titularidad de la acción es la Federación*³³³;
- *Procafecol asume las consecuencias jurídicas y económicas respecto de cualquier reclamación que eventualmente sea presentada por terceros en*

³³⁰ Cláusula "12. Derechos por el uso de las marcas o tarifas de regalía"

³³¹ Cláusula "12. Derechos por el uso de las marcas o tarifas de regalía"

³³² Cláusula "13. AJUSTE A LAS TARIFAS ESTABLECIDAS"

³³³ Cláusula "14. INFRACCIONES"

relación con los productos que utilizan las marcas licenciadas; Procafecol no es agente ni representante de la Federación³³⁴;

- *La Federación podrá terminar unilateralmente el contrato, antes de su vencimiento, cuando quiera que Procafecol incumpla con sus obligaciones contractuales; en tal caso, Procafecol y sus subsidiarias se abstendrán de utilizar las marcas licenciadas en uso³³⁵;*
- *Procafecol asume en su integridad los riesgos y los gastos del proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez, y los riesgos asociados a los contratos que celebre para permitir a terceros establecerlas u operarlas³³⁶;*
- *El precio de compra del café que adquiere Procafecol a la Federación está dado en función de obtener el mayor beneficio ingreso posible a los caficultores³³⁷;*
- *Cualquier disputa que surja entre las partes se intentará resolver amigablemente entre ellas, si no se logra entonces será decidida por un amigable componedor o un tribunal de arbitramento³³⁸;*
- *El domicilio contractual es la ciudad de Bogotá, D.C., y la direcciones para notificaciones y avisos las que aparecen en el contrato³³⁹;*
- *El contrato se podrá ceder por la Federación y por Procafecol, pero en relación con éste último, sólo será posible cuando exista autorización previa y escrita de la Federación³⁴⁰;*
- *El impuesto de timbre se pagará por partes iguales por los contratantes³⁴¹;*
- *Las cláusulas relacionadas con el reconocimiento de la propiedad de las marcas y con su protección seguirán obligando a las partes aun después de la terminación del contrato³⁴².*

Como se puede observar, el clausulado viene a regular situaciones que generalmente son incorporadas en esta clase de contratos, y da claridad respecto de las obligaciones y prestaciones de las partes, las cuales habían quedado en una atmósfera de indeterminación preocupante antes de que se suscribiera el contrato escrito.

No obstante, incluso en este texto contractual existen puntos que merecen rechazo... como se entrará a explicar a continuación.”

IV. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LA NACION Y DE LA FEDERACION, Y AMENAZA O VULNERACION DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

³³⁴ Cláusula “15. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL”

³³⁵ Cláusula “16. TERMINACION UNILATERAL”

³³⁶ Cláusula “17. ASUNCION DE GASTOS Y RIESGOS POR EL LICENCIATARIO”

³³⁷ Cláusula “18. PRECIO DE COMPRA DEL CAFE”

³³⁸ Cláusula “19. CLAUSULA COMPROMISORIA”

³³⁹ Cláusula “20. DOMICILIO CONTRACTUAL”

³⁴⁰ Cláusula “21. CESION”

³⁴¹ Cláusula “22. TIMBRE”

³⁴² Cláusula “23. VIGENCIA ULTRACTIVA DE ALGUNAS ESTIPULACIONES”

En vista de lo expuesto hasta el momento, el proyecto consideró, desde la perspectiva de la diligencia con la cual deben actuar las personas que conceden el uso de una marca, que era más que evidente la ligereza con la cual se celebró el contrato de licencia de uso de las marcas del Fondo.

1. Relación de los incumplimientos del Gobierno Nacional y de la Federación acreditados en el proceso

El proyecto relacionó las actuaciones y omisiones que integraban el conjunto de violaciones a las obligaciones legales y contractuales a las que estaban sujetas la Federación y la Nación, así como las consecuencias respectivas:

1.1. Falta de autorización para el uso de las marcas entre el 14 de diciembre de 2002 y el 16 de julio de 2003

“El establecimiento de comercio denominado “Tienda de Café Juan Valdez” fue registrado ante la Cámara de Comercio de Bogotá como propiedad de Procafecol el 10 de diciembre de 2002, y abrió sus puertas al público consumidor el 14 de diciembre de 2002 en las instalaciones del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá, D.C.

Para entonces el Comité Nacional de Cafeteros no había concedido ninguna autorización para la utilización de la marca, en los términos en que el Contrato de Administración de 1997 lo exige, dado que ésta sólo se vino a dar el día 17 de julio de 2003.

La explotación de las marcas del Fondo por espacio de siete meses sin la existencia de una autorización que respaldara la operación comercial es, sin lugar a dudas, un hecho que demuestra vehementemente el descuido en el manejo y gestión del Fondo por parte de los órganos encargados de tal misión, y que representa, en términos de amparo a los derechos colectivos, una vulneración a la moralidad administrativa y una amenaza al patrimonio público, como se explicará más adelante.”

1.2. Nombre comercial del establecimiento de comercio de Procafecol

“Desde el punto de vista de la propiedad industrial, el uso personal, público, pacífico, ostensible y continuo del nombre comercial del establecimiento “Tienda de café Juan Valdez” por parte de Procafecol (desde el 14 de diciembre de 2002), así como la inscripción del mismo ante la Cámara de Comercio (10 de diciembre de 2002), ambos con anterioridad a la autorización del Comité Nacional de Cafeteros para la utilización de la marca “JUAN VALDEZ” (17 de julio de 2003), entraña un problema de titularidad jurídica del nombre comercial (enseña) frente al Fondo.

Esto último debido a que, tal y como (se) ha explicado..., los derechos de propiedad industrial sobre el nombre comercial de un establecimiento de comercio se adquieren como consecuencia del uso y no del registro o depósito ante las autoridades competentes, y en este caso el uso lo cumplió Procafecol antes de que recibiera la autorización del Comité Nacional de Cafeteros. Si bien es cierto que se depositó la enseña comercial “Juan Valdez – 100% Café de Colombia”, a nombre de la Federación, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, con vigencia desde el 28 de febrero de 2003, también lo es que para ese momento Procafecol ya la había usado.

No obstante que existe el reconocimiento por parte de Procafecol de la titularidad jurídica del Fondo Nacional del Café sobre las marcas "JUAN VALDEZ", el proceder de los representantes de la Federación y de la Nación en la concesión de la licencia de uso dejó vacíos riesgosos para el patrimonio público, debido a que en un escenario jurídicamente posible, Procafecol, en su condición de entidad que utilizó el nombre comercial (enseña) para identificar sus establecimientos de comercio, habría podido reivindicar derechos sobre tales signos.

1.3. Fijación de la contraprestación a favor del Fondo

"La historia del valor que debía pagar Procafecol al Fondo por la utilización de las marcas tiene al menos cuatro momentos:

- *El 23 de diciembre de 2002, fecha de la "autorización" dada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, se estableció que el Fondo recibiría una suma de dinero por el otorgamiento de la licencia de uso de las marcas, y, con tal propósito, había de contratarse a un tercero independiente que fijara el valor correspondiente;*
- *El 17 de julio de 2003, fecha de la autorización dada por el Comité Nacional de Cafeteros, se dijo de nuevo que tal avalúo debía ser hecho, y en esta oportunidad se mencionó a la firma encargada de ello, Future Brand.*
- *En vista de que Future Brand no había terminado su trabajo y que el contrato continuaba en ejecución sin que el Fondo recibiera contraprestación alguna, la Federación dirigió a Procafecol, con fecha 16 de enero de 2004, una solicitud de pago, con corte al 31 de diciembre de 2003, la cual fue respondida positivamente por ésta última mediante el pago provisional hecho el 12 de febrero de 2004;*
- *Finalmente, el 6 de septiembre de 2004, se suscribió el Contrato de Licencia de Uso de Marca en el cual se dispuso claramente el valor que se debía pagar al Fondo como contraprestación con base en el estudio de Future Brand. No obstante, dentro del mismo contrato se indicó que habría lugar a una profundización, que debía ser terminada a más tardar el 31 de diciembre de 2004, con base en la cual se podían ajustar los valores que ya habían sido determinados. El cumplimiento de tal profundización no se acredita en el expediente.*

... es indiscutible que el manejo dado a la remuneración por la licencia de las marcas ha sido completamente ineficiente. Hemos dicho que las marcas del Fondo representan su activo más importante, y adelantar un negocio sin que exista claridad acerca de lo que recibirá el Fondo por la licencia de uso de tal activo no es algo que soporte el más laxo de los exámenes de diligencia en los negocios.

No se compadece con las inversiones y gastos que significan para el Fondo la presencia de la marca en el mercado (investigación, ideación, publicidad, promoción, etc.) y la existencia legal de la misma (gastos legales y honorarios de registro, vigilancia, defensa, etc.), la constatación de que en el presente caso el Fondo no haya recibido contraprestación económica alguna durante los primeros

catorce meses, y que cuando finalmente recibió algo, no haya sido claro, ni fluido, el procedimiento para su determinación.

Menos aun se entiende que el Fondo se embarque en una aventura comercial de estas dimensiones sin aproximar de antemano lo que ha de recibir por su aporte, y que el administrador, esto es, la Federación, no haya actuado con la responsabilidad que el Contrato de Administración le impone, a pesar de que en este evento, dada su condición doble de administrador del Fondo y de accionista mayoritario de Procafecol se exigía incluso más transparencia en su actuación.

En efecto, afecta contra el principio de transparencia lo que ha sucedido en este caso donde una entidad, la Federación, contrata a un tercero, Future Brand, para que fije el valor que ha de pagar el licenciataria de las marcas del Fondo, Procafecol, cuyo accionista mayoritario es la misma Federación.

Una actuación de este tipo debe estar rodeada de las más amplias garantías para el patrimonio público, representado por las marcas del Fondo, las cuales comprenden el cumplimiento de las disposiciones legales y contractuales, así como también exigen un manejo que no dé lugar a dudas respecto de la transparencia con que se adelanta el proceso.

1.4. La autorización del Comité Nacional de Cafeteros respecto de las sociedades que podían usar las marcas del Fondo es muy amplia

“El 17 de julio de 2003, el Comité Nacional Cafetero concedió autorización para que quien utilizara la marca fuera la firma Procafecol, o cualesquiera otras compañías en las que la Federación fuera accionista y que tuvieran del mismo objeto social de la licenciataria.

En el sub judice la explotación del negocio se hizo por intermedio de un tercero, la sociedad comercial Procafecol, la cual, no obstante tener una composición accionaria donde la mayoría de las acciones (94%) eran de propiedad de la Federación, se considera como un tercero respecto de ésta. En efecto, la Federación y Procafecol constituyen personas jurídicas independientes en términos de personalidad jurídica y de los intereses que representan y protegen.

Habida consideración de que el tipo societario de ésta última es el de sociedad anónima, las acciones correspondientes a la Federación podían ser transferidas, como en efecto se ha hecho, a favor de terceros, de suerte que se podría perder incluso el vínculo, existente al momento de la constitución, de compañías pertenecientes a un mismo grupo empresarial, donde la Federación era la matriz o controlante y Procafecol la subordinada o controlada, en la modalidad de filial³⁴³.

Como se puede observar, la autorización dada por el Comité Nacional de Cafeteros es sumamente amplia, por cuanto no se establecen limitaciones o restricciones que aseguren el respeto de las marcas del Fondo, en cuanto a que no se condiciona que la persona que se haga acreedora al derecho de utilizarlas, deba estar bajo la influencia decisoria del Fondo Nacional del Café o de la

³⁴³ Ley 222, 1995, artículo 26.- “Subordinación. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filiar o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”

Federación, de suerte que se garantice que sean los intereses del gremio los que primen en las decisiones de la entidad.

Al respecto, dejan muchas inquietudes a la Sala las facturas de ventas de Cafescol Tiendas, S.L. de España³⁴⁴ y las certificaciones de las ventas hechas por NFCGC Investments, Inc, de los Estados Unidos de América³⁴⁵, en la medida en que acreditan la existencia de una relación de explotación de las marcas del Fondo por parte de estas entidades, sin que sea claro si tales encuadraban en la autorización concedida por el Comité Nacional de Cafeteros. Menos aun se tiene conocimiento respecto de su conformación accionaria, ni de los controles que acerca de su desempeño comercial y de respeto a la marca, se siguen.

Si bien es cierto que luego, el 6 de septiembre de 2004, en el contrato escrito se estableció una restricción consistente en que las compañías en cuyo capital participe la Federación como accionista deberán ser controladas societariamente por parte de Procafecol de manera directa, o con el concurso de la Federación, cosa que pone límites importantes a la laxitud de la autorización originaria, no se logra borrar de un tajo la evidencia indiscutible de que por un período de casi dos años el patrimonio público estuvo expuesto a que las marcas del Fondo cayeran bajo el manejo arbitrario de terceros.

A esta conclusión se podría oponer el argumento de que los contratos de licencia de uso de las marcas limitan efectivamente el ejercicio de las atribuciones de un licenciatario respecto de una marca, y que para proteger las marcas licenciadas no es necesario tener el control político de la compañía licenciataria. Pero este argumento se cae sin ninguna posibilidad de rescate cuando se advierte que en el expediente no obran pruebas de tales cuidados y, en cambio, se observa la forma negligente como ha procedido la Federación en la celebración del contrato de licencia originario; todo hace concluir que la protección del patrimonio público, consistente en las marcas del Fondo, no ha sido el adecuado.

1.5. Consecuencias de la situación de control de la Federación respecto de Procafecol

“Tal como se acaba de advertir, la composición accionaria de Procafecol al momento de constitución de la compañía y de la apertura de la primera “Tienda Juan Valdez”, demuestra claramente la existencia de una situación de control, en virtud de la cual la Federación sometía el poder de decisión de su filial Procafecol³⁴⁶.

Esta circunstancia no es de suyo indebida, incluso es deseable para efectos de proteger efectivamente las marcas como lo señalaba la Sala en el numeral anterior, pero si se suma a las circunstancias irregulares de celebración del contrato, a las cuales se ha hecho referencia ampliamente, es evidente que se puso la operación en el riesgo de una investigación, y eventual sanción, por parte de la Superintendencia de Sociedades, debido a que las condiciones de la

³⁴⁴ Folios 1781, 1782, Cuaderno 13

³⁴⁵ Folios 1783, 1789, Cuaderno 13

³⁴⁶ Ley 222, 1995, artículo 26.- “Presunciones de subordinación. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos: 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas.”

*celebración del contrato resultaban considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio de los intereses del Estado*³⁴⁷.

1.6. Incumplimiento del Contrato de Administración de 1997

“La Nación y la Federación incumplieron con algunas de las obligaciones comprendidas en el Contrato de Administración, a las cuales ya se ha hecho referencia antes, entre ellas, no se acreditó que hubiera sido oído el concepto de la Comisión de Comercialización, de la de Presupuesto e Inversiones, de la de Publicidad, ni de los Asesores del Gobierno, previamente a la toma de la decisión de licenciar el uso de la marca.

Pero quizás la obligación que más flagrantemente se vio vulnerada fue la de respetar y aplicar el principio de transparencia. Para la Sala, un procedimiento de contratación hecho sobre la base de entendidos a medias, de justificaciones e interpretaciones forzadas para explicar cada error o incumplimiento, de aplicación de la política irresponsable de ir arreglando las cosas sobre la marcha, sin claridad frente a los intereses que representa, no es otra cosa que el paradigma de lo que no debe ser la administración del patrimonio público colombiano.

La transparencia, entendida en su más básica acepción, consiste en actuar como si se estuviera expuesto a la vista de todos, como en una vitrina a la que quien quiera pueda observar, una y otra vez.

Pero esta transparencia tiene una connotación objetiva que halla expresión con la consagración de procedimientos, trámites, que condicionan la actuación de las personas y, especialmente, de los particulares cuando gestionan recursos públicos. No fueron transparentes la Nación y la Federación cuando incumplieron el Contrato de Administración, el Estatuto de Contratación, las normas legales de protección de la propiedad industrial, los usos honestos y las prácticas comerciales generalizadas del mundo de los negocios, los deberes del buen padre de familia y del buen empresario.

1.7. Incumplimiento del “Estatuto de Contratación de la Federación Nacional de Cafeteros con recursos parafiscales cafeteros” (Resolución 008 de 2000)

“En el análisis preciso que se hizo sobre el Estatuto de Contratación y sobre la inobservancia del mismo por parte de la Federación, se concluyó que en el caso concreto se habían presentado los siguientes incumplimientos: el Comité de Marcas y Patentes no autorizó la celebración del contrato de licencia (artículo 14); el contrato, durante los primeros dos años, no se suscribió (artículo 41); ni en el contrato meramente consensual, ni en el escrito se hizo referencia a la constitución de las pólizas de seguro que en cualquier negocio serio debe haber (artículo 41); en el contrato meramente consensual no se fijó un término de duración del mismo (artículo 47), ni hubo un visto bueno de la División Jurídica de la Oficina Central (artículo 39); el contrato se empezó a ejecutar sin que se hubiera suscrito (artículo 51).

³⁴⁷ Ley 222, 1995, artículo 31.- *“Comprobación de operaciones de sociedades subordinadas. Los respectivos organismos de inspección, vigilancia o control, podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la irrealidad de tales consideraciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros, impondrán multas y si lo consideran necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones”*

La expedición de la Resolución 008 de 2000 obedece a lo ordenado por el Contrato de Administración y tiene como propósito garantizar que los empleados de la Federación, en el aspecto concreto de la contratación con terceros, con recursos del Fondo, gestionen debidamente los recursos públicos encomendados a la Federación, razón por la cual el incumplimiento de la Resolución genera efectos sobre la Federación, en el sentido en que el incumplimiento de sus empleados significa el incumplimiento de ella misma como entidad responsable de cumplir y hacer cumplir los límites impuestos para su actividad como administradora del Fondo.

1.8. Falta de reglamentación en el contrato meramente consensual de obligaciones que las personas diligentes incluyen en los contratos de licencia de marca

“La práctica comercial, a fuerza de constancia y homogeneidad va haciendo norma. No intentará la Sala en este espacio señalar que de acuerdo con lo que usualmente ocurre (id quod plerumque accidit) en materia de licencia de uso de marcas, existe una tipicidad legal sobre el contenido mínimo del contrato, ni invocará a la costumbre como la fuente para tal aseveración. Pero sí dirá, enfáticamente, con base en la tipicidad social, que una persona diligente que administra, a título oneroso, una marca comercial de propiedad de otro, debe incluir dentro del contrato de licencia, al menos lo siguiente:

- *Una debida discriminación de las marcas licenciadas;*
- *en caso de licencia onerosa, la remuneración a favor del licenciante (entrance fee y royalties);*
- *manual de uso de marca;*
- *duración de la licencia;*
- *diferenciación de la propiedad intelectual del licenciante y del licenciario;*
- *gastos de publicidad y promoción a cargo del licenciante y del licenciario;*
- *procedimientos para defender la marca ante terceros;*
- *posibilidad de conceder a su vez licencias o franquicias a favor de terceros;*
- *exclusividad y confidencialidad;*
- *territorios concedidos.*

La Federación, por su calidad de administradora de recursos públicos, ha debido tener estos cuidados mínimos desde el comienzo de la operación comercial de Procafecol el 14 de diciembre de 2002, o al menos desde la fecha de perfeccionamiento del contrato de licencia de uso de marca, el 17 de julio de 2003, y no a partir del 6 de septiembre de 2004, fecha en la cual se suscribió el contrato respectivo y se incluyeron los temas referidos.

Por tal motivo, la Federación fue negligente en la protección de los intereses del Fondo durante un período de casi dos años, en los cuales no hubo precisión ni certeza respecto de los temas que usualmente ocupan la atención de las personas involucradas en los negocios de licencia de uso de una marca.”

1.9. Exposición del Fondo a responsabilidad civil extracontractual frente a terceros por la licencia de uso de marca

“El artículo 594 del Código de Comercio colombiano es claro al ordenar que dentro del contenido del contrato de licencia se incluirán disposiciones que garanticen la calidad de los productos marcados con el signo distintivo licenciado; que el titular de la marca deberá controlar la calidad de los productos; y que el

licenciante será solidariamente responsable frente a terceros por los daños que se ocasionen.

La inexistencia del contrato entre el 14 de diciembre de 2002 y el 16 de julio de 2003, y la falta de una disposición contractual a este respecto entre el 17 de julio de 2003 y el 5 de septiembre de 2004, generó riesgos para el patrimonio público colombiano, en tanto que el Fondo Nacional del Café quedó expuesto, con base en la responsabilidad civil extracontractual, a los eventuales perjuicios que se pudieran ocasionar a los consumidores de los productos de Procafecol.

Posteriormente, en el contrato escrito, el 6 de septiembre de 2004, se dispuso en la cláusula 15 que Procafecol asumía la responsabilidad exclusiva respecto de sus productos frente a terceros, pero esta declaración no logra satisfacer el estándar de lo que es un amparo debido a la propiedad pública, en cuanto que solo se consagró después de casi dos años de vigencia del contrato.”

1.10. Exposición del Fondo a las reclamaciones por la configuración de un contrato de agencia mercantil

“Teniendo en cuenta la condición de contrato atípico de la licencia de uso de marca, y la ausencia de un clausulado durante los primeros dos años de contrato que hiciera las veces de exteriorización de la común intención de los contratantes, la Sala afirma que el Fondo estuvo expuesto al riesgo de que la relación contractual con Procafecol pudiera ser calificada como agencia comercial, con los efectos que tal tipo contractual entrañan para el patrimonio del empresario al momento de la terminación del contrato³⁴⁸.

Este riesgo se habría evitado si hubiera existido desde el comienzo de la relación jurídica un contenido contractual claro y definido que no dejara dudas acerca de la tipificación del contrato como licencia de uso de marca, y de la desestimación de cualquier posibilidad de configurar ahí una agencia mercantil.

El contrato escrito, con su clausulado propio de licencia de uso y con la declaración en el cláusula 15 de que Procafecol no es agente, deja por fuera ese riesgo, pero es evidente que existió, y que es imputable a la indebida actuación de la Federación y de la Nación, ésta última como miembro del Comité Nacional de Cafeteros.

1.11. Contrato escrito de Licencia de Uso de Marca

“En primer lugar, la Sala debe decir que este contrato vino a poner claridad respecto de muchas de las indeterminaciones que han sido advertidas hasta el momento.

¿El contrato escrito convalida la relación anterior a la suscripción del mismo?

La afirmación comprendida en el considerando 20 del contrato pretende tener ese efecto al decir:

“20. Que con fundamento en las consideraciones precedentemente formuladas a continuación se establecen las estipulaciones con sujeción a las cuales se continuará ejecutando la relación existente entre la

³⁴⁸ Código de Comercio, artículo 1324.

FEDERACION, como administradora del Fondo Nacional del Café, por una parte, y El LICENCIATARIO, por la otra...” (Subrayado fuera de texto)

A pesar de ello, el contrato no se puede convertir en el instrumento que convalide la actuación negligente de la Federación. Si bien es cierto que desde el punto de vista civil y comercial este intento podría llegar a tener éxito al presentar como existentes desde el inicio de la relación contractual, es decir, a partir del 17 de julio de 2003, las obligaciones y derechos que ahí se comprenden expresamente, en la medida en que estos ordenamientos no exigen que se exteriorice por escrito el entramado contractual, desde la perspectiva del cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de la Nación y de la Federación, respecto de los bienes parafiscales del Fondo no hay tal.

La transparencia, el apego a las formas como garantía de cumplimiento, los trámites que garantizan que cada decisión respecto de los bienes del Fondo sea debidamente analizada, el concepto de los expertos sobre los temas referidos a las marcas, no son simples requisitos que se puedan vulnerar por parte de la Federación sin que haya una consecuencia para ello. Son exigencias legales y contractuales para que éstos administren en la forma debida los recursos del Fondo, el patrimonio público.

La Federación y Procafecol podrán otorgar derechos de explotación de la marca a terceros

En la cláusula tercera del contrato escrito se ordenó la creación de una Comisión para la Implementación de Negocios con Terceros, integrada por dos miembros de la Federación y uno de Procafecol, la cual tendrá la misión de aprobar la celebración de contratos con terceros, mediante franquicia, joint venture u otras modalidades, para que éstos utilicen las marcas del Fondo³⁴⁹.

La Sala considera que la Federación y Procafecol no se pueden arrogar tal competencia, ni el Comité la puede delegar en ellos, en consideración a los argumentos expuestos antes, y que ahora se permite reiterar:

- *El literal e) de la cláusula cuarta del Contrato de Administración señala que la competencia exclusiva para asignar los recursos del Fondo está radicada en el Comité Nacional de Cafeteros;*
- *El artículo 20 de los Estatutos de la Federación le concede al Comité Nacional de Cafeteros la competencia para decidir respecto de las marcas del café;*
- *Las marca “JUAN VALDEZ” tiene una connotación emblemática que hace necesario que haya un celo y cuidado extremo respecto de su administración y protección;*
- *La Federación y Procafecol han demostrado claramente con sus actuaciones y omisiones, acreditadas a lo largo de este proceso, que no son entidades suficientemente cuidadosas en el manejo del tema marcario;*

Por tales motivaciones, la Sala afirma que las autorizaciones para la utilización de las marcas del Fondo por parte de nuevos licenciatarios deben ser concedidas de

³⁴⁹ Cláusula “3. INTERVENCION DE DE TERCEROS EN EL ESTABLECIMIENTO O MANEJO DE TIENDAS JUAN VALDEZ”

manera previa, expresa y particular, en cada evento, por parte del Comité Nacional de Cafeteros, con el lleno de los requisitos legales y contractuales.”

2. Vulneración o amenaza de los derechos colectivos como consecuencia de los incumplimientos del Gobierno Nacional y de la Federación

El proyecto procedió después a concatenar las infracciones advertidas con la protección de los derechos colectivos comprendidos en la demanda, esto es, la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la libre competencia económica.

2.1. Moralidad administrativa

“Contenido del derecho colectivo

En relación con la moralidad administrativa, cabe decir que tal derecho colectivo ha seguido una evolución en los pronunciamientos judiciales de la corporación en virtud de la cual se ha considerado como amenazada o vulnerada, entre otros, en los siguientes eventos:

- *cuando se transgrede la legalidad en razón a finalidades de carácter particular³⁵⁰, noción que la aproxima a la desviación de poder³⁵¹;*
- *cuando existen irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas³⁵²;*
- *cuando se va en contra de los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes³⁵³, evento que resulta más exigente que el mero desconocimiento de los parámetros éticos y morales aceptados por los asociados³⁵⁴.*

³⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia de 4 de noviembre de 2004, radicación N° 2500023240002003 (AP-2305) 01. Actor: William Reini Farias Pedraza. Demandado: DIAN. C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase sentencia del 6 de octubre de 2005, radicación N° 0800123310002002 (AP-2214) 01. Actor: Jairo Torres Moreno y otros. Demandado: Distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla. C.P.: Dra. Ruth Stella Correa.

³⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 31 de octubre de 2002, radicación N° 5200123310002000105901 (AP-518). Actor: Jesús Orlando Mejía Yepes. Demandado: Empresa de Licores de Nariño y otros. C.P. Ricardo Hoyos Duque

³⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil seis (2006), Radicación: 190012331000200301594 01, Referencia: Acción popular, Actor: Gerardo Aníbal Paz Gómez y otros, Demandado: Municipio de Popayán y otros, C. P. Germán Rodríguez Villamizar

³⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 2 de junio de 2005, radicación N° 2500023270002003 (AP-00720) 02. Actor: Fundación Un sueño por Colombia. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones. C.P. Dra. Ruth Stella Correa. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación N° 7600123310002004 (AP-01645) 01. Actor: Andrés Alberto Gómez Orozco. Demandado: Municipio de Santiago de Cali. C. P. Mauricio Fajardo Gómez

³⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 21 de febrero de 2007, radicación N° 4100123310002004 (AP-00690) 01. Actor: María Nubia Zamora. Demandando: Empresas Públicas de Garzón “EMPUGAR”. C. P. Enrique Gil Botero.

- cuando se interpretan y aplican normas legales en un sentido que se aparta de forma protuberante o contraevidente del correcto entendimiento de las mismas³⁵⁵.

Los eventos apenas referidos como causantes de la vulneración o amenaza de la moralidad administrativa no son excluyentes, ni constituyen entre sí supuestos para dejar de aplicar las posiciones que los anteceden; es claro que tratándose de conceptos generales y abstractos que acusan la falta de concreción (buena fe, equidad, corrección, etc.) las nociones que acompañan su aplicación han de estar referidas al caso concreto³⁵⁶.

En consecuencia, habida cuenta de que la Constitución Política y las leyes no han definido la moralidad administrativa, y que la naturaleza de la misma como principio involucra elementos subjetivos y objetivos para su interpretación y aplicación, los cuales representan una obra del buen entendimiento y de la experiencia, la Sala concluye que sus esfuerzos por darle definición, contenido y alcance no limitan ni restringen a la moralidad administrativa sino que la explican para que sea aplicada al caso concreto en consonancia con los valores y principios que la inspiran.

Vulneración o amenaza en el caso concreto

Ha dicho el Consejo de Estado que la interpretación y aplicación de las normas legales en un sentido que se aparte de forma protuberante, grosera o contraevidente de lo que ellas indican claramente, constituye en sí una vulneración de la moralidad administrativa.

En el mismo sentido, ... es indiscutible que cuando una autoridad administrativa, o un particular que administra activos que tienen la naturaleza de recursos públicos, actúa con la negligencia que se evidencia en el sub judice, dejando de aplicar de manera flagrante y sistemática las normas legales, estipulaciones contractuales, el reglamento de contratación con recursos parafiscales, los deberes de diligencia y cuidado que emergen de las normas aplicables al contrato de licencia de uso de marca y demás normas que conforman la estructura jurídica de las relaciones entre la Nación y la Federación respecto de las marcas del Fondo, se configura la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

³⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 22 de agosto de 2007, radicación N° 6800123150002003 022801 (AP-0228) 01. Actor: Linnette Andrea Gutiérrez y Otro. Demandando: Municipio de Bucaramanga. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 17 de mayo de 2007, radicación N° 5400123310002004 (AP 01353-01). Actor: Carlos Luis Dávila Rojas. Demandando: E.I.S. Cúcuta E.S.P. – Corponor. C. P. Ramiro Saavedra Becerra, donde se afirma: “Por ello, para la Sala las situaciones particulares en las cuales se analiza si existió o no vulneración o amenaza de la moralidad administrativa serán las que den lugar a la utilización de uno u otro concepto Para dar aún mayor fundamento a lo anterior, en relación con el análisis de la moralidad administrativa desde la perspectiva de principio de la administración pública, la Sala considera que la pretensión de definir con una acepción única, o de dar contenido o alcance exactos y precisos a la moralidad administrativa no es jurídicamente correcto, incluso, constituye un error. Lo anterior, por cuanto si tal cosa se hiciera, al momento de determinar si existe vulneración o amenaza a la moralidad administrativa en una situación concreta, el análisis se tendría que someter al sistema propio de la aplicación de las reglas jurídicas, es decir, a la subsunción del caso particular a la norma respectiva, al método clásico del silogismo, donde la premisa mayor sería la noción o concepto único, exacto y preciso de vulneración o amenaza de la moralidad administrativa, y la premisa menor el caso concreto que se habría de encuadrar en aquella. En tal evento, el principio se estaría desnaturalizando.”

Además de lo anterior, resulta también diáfano que la manera como se adelantó el negocio desconoció los valores y principios sobre los cuales se fundamenta el Contrato de Administración de 1997, la ley 11 de 1972 y todo el extenso número de fuentes legales y contractuales que han constituido desde 1927³⁵⁷ la base jurídica para la protección de los caficultores colombianos, y del interés que esta industria significa para toda la Nación.

2.2. Defensa del patrimonio público

“Contenido del derecho colectivo

El concepto de patrimonio público que ha dado la jurisprudencia asume como punto de partida la relativa claridad conceptual que tiene la noción de patrimonio³⁵⁸. En tal dirección, se dijo por el Consejo de Estado en un primer momento, que se trataba de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva³⁵⁹.

No obstante lo anterior, en un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, se amplió este contenido involucrando bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población. En esta oportunidad se expresó esta Sección de la siguiente forma³⁶⁰:

“Aprovecha la Sala esta oportunidad para señalar que el alcance de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4 de la Ley 472, naturalmente incluye los bienes inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es el ‘sujeto’ llamado -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos.

³⁵⁷ Entre otras, Ley 76 de 1927; Contrato del 16 de abril de 1928; Ley 21 de 1935; Ley 41 de 1937; Contrato del 29 de enero de 1938; Decreto 2078 de 1940; Contrato del 11 de diciembre de 1940; Ley 66 de 1942; Contrato de 4 de marzo de 1943; Convenio de 27 de noviembre de 1947; Decreto Legislativo 637 de 1951; Decreto Legislativo 107 de 1957; Decreto Legislativo 080 de 1958; Convenio del 7 de enero de 1958; Ley 1 de 1959; Convenio del 16 de diciembre de 1967; Decreto – Ley 444 de 1967; Ley 11 de 1972; Convenio del 11 de enero de 1978; Contrato del 20 de diciembre de 1978; Contrato del 22 de diciembre de 1988; Ley 9 de 1991; Ley 101 de 1993; Decreto Reglamentario 1173 de 1991; Contrato del 12 de noviembre de 1997; Ley 788 de 2002

³⁵⁸ La Real Academia de la Lengua define la palabra “patrimonio” en el sentido de la ciencia del Derecho, como el “conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”; se puede decir que es una tesis más o menos aceptada en su generalidad, pero criticada en sus elementos específicos, como por ejemplo, ya que se critica el hecho de que sea necesario que pertenezca a una persona, por la existencia de patrimonios autónomos; o si puede contener además de bienes, derechos, etc.

³⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. 1999-9001 (AP-300), actor: Contraloría General de la República, Consejera Ponente: Ligia López Díaz.

³⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. AP 2004-00413, actor: José Omar Cortés Quijano, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

“Tal es el caso del territorio nacional -del cual forman parte, entre otros, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geostacionaria-, respecto del cual en la doctrina del Derecho Internacional se ha admitido la titularidad de un ‘dominio eminente’ por parte del Estado, sin que dicha noción corresponda o pueda confundirse con la de propiedad. (subrayado fuera del texto)

“Igual criterio puede adoptarse en relación con el patrimonio histórico o cultural de la Nación colombiana a cuyo goce tiene derecho la colectividad y que, por tratarse de un derecho general que hace parte del patrimonio de la comunidad, puede ser susceptible de protección mediante las acciones populares, sin que necesariamente, respecto de los mismos, pueda consolidarse propiedad alguna por parte del Estado o de sus diversas entidades.”

En síntesis, este nuevo concepto de patrimonio, abarca todos los bienes materiales e inmateriales³⁶¹ que se encuentran en cabeza del Estado como su titular (bienes de uso público, bienes fiscales y el conjunto de derechos y obligaciones que contraiga³⁶²) y aquellas que lo constituyen (es decir todo aquello que se entiende incluido en la definición de Estado como territorio).

Ahora bien, la consagración del patrimonio público como derecho colectivo, tiene por objeto indiscutible, su protección³⁶³, lo que implica una doble finalidad: la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva. Cualquier incumplimiento de estas dos finalidades, implica la potencial exigencia de la efectividad de tal derecho colectivo por parte de cualquier miembro de la colectividad.

Vulneración o amenaza en el caso concreto

El patrimonio público, consistente en las marcas del Fondo, fue administrado de manera ineficiente por la Federación y por la Nación, por la forma como se amenazó su integridad al desconocerse el conjunto de disposiciones contractuales y reglamentarias que procuraban su protección y amparo.

Pero mucho más que eso, resulta expuesto el patrimonio público cuando se recuerda el análisis hecho con detenimiento... respecto de temas como: la

³⁶¹ Artículo 653 del Código Civil. *Los bienes consisten en cosas corporales e incorpóreas. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa un libro. Incorpóreas, las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.*” Este artículo es criticado por algunos autores, en virtud de que trata los derechos como bienes, siendo clara la diferenciación doctrinaria entre estos dos conceptos, sin embargo, lo importante de esta definición es que permite ver la palabra “cosa” como un concepto mucho más grande que involucra todo aquello que existe, sentido que se quiere expresar en la definición anterior de patrimonio.

³⁶² ob cit. *“Es por ello que al concepto de patrimonio público, en cuanto integrador de un derecho cuya titularidad corresponde a la colectividad, debe reconocérsele el alcance amplio que legalmente le corresponde, sin limitación alguna, incorporando en él tanto los bienes, derechos e intereses de los cuales sea titular el Estado o las entidades que lo conforman, como el conjunto de bienes, derechos e intereses de los cuales es titular la colectividad en general, lo cual no significa, en modo alguno, que los derechos que tienen identidad propia y que como tales constituyen objeto de tutela jurídica vayan a perder su individualidad y su posibilidad de ser protegidos de manera autónoma, por la sola consideración de formar parte integrante de aquél.”*

³⁶³ De allí su consagración expresa en el literal e) y f) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, como derecho a la “defensa del patrimonio público” y “defensa del patrimonio cultural de la Nación”.

responsabilidad extracontractual frente a terceros por los productos que venta el licenciataria; la eventual responsabilidad por la configuración de tipos contractuales diferentes; la falta de la constitución de pólizas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los licenciarios; la indefinición respecto de un término de duración del contrato, entre otras.

Especialmente sensible es el tema de la remuneración que debía recibir el Fondo por la utilización de la marca.

... resulta insatisfactorio que a título de pago inicial (entrance fee) por el conjunto de marcas del Fondo registradas en Colombia y en el exterior, Procafecol haya pagado un valor de US\$ 20.000.

De acuerdo con la cláusula 12 del Contrato de Licencia de Uso de Marca suscrito el 6 de septiembre de 2004 ese valor se pagó una sola vez el 31 de diciembre de 2002, y de su texto se puede concluir que no varía en función del número de "Tiendas Juan Valdez" que abra Procafecol, es decir, Procafecol tuvo que pagar exclusivamente a título de suma fija la cifra de US\$ 20.000, independientemente de que fuera a abrir una sola tienda o cien de ellas, y en consecuencia el beneficio que recibe el Fondo Nacional del Café por ese concepto (entrance fee) se halla limitado a los mismos US\$ 20.000.

Aun cuando no existe una relación de proporcionalidad entre uno y otro factor, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso³⁶⁴, esta suma resulta inferior a lo que paga el Fondo a los abogados que se encargan de la protección de la propiedad industrial en un mes (por ejemplo en julio de 2004 se pagó a Triana, Uribe & Michelsen Ltda., la suma de \$50.908.122.00³⁶⁵).

Incluso en la reciente publicación de 2007 "Juan Valdez La estrategia detrás de la marca", en la cual aparecen como autores el Gerente General y el Director de Propiedad Intelectual de la Federación, se afirma que los países productores de café ofrecieron a la Federación, en el año de 1975, la suma de 9,5 millones de dólares por el personaje o signo "JUAN VALDEZ"³⁶⁶, y que el presupuesto para campañas de propaganda y publicidad en el exterior superaba los 20 millones de dólares anuales en las décadas de los ochenta y los noventa, es decir, que en veinte años el Fondo invirtió en estos rubros más de 400 millones de dólares³⁶⁷.

... (existen) diferentes inquietudes frente al dictamen dado por Future Brand, habida cuenta de lo siguiente:

- *que la Federación tiene la doble condición de administradora del Fondo y de accionista mayoritaria de la licenciataria, Procafecol, cuestión que la pone en ambos lados de la balanza;*
- *que fue la Federación quien propuso y contrató a la firma Future Brand para que hiciera el dictamen correspondiente;*

³⁶⁴ Cuadernos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12

³⁶⁵ Folios 338 – 392, Cuaderno 6

³⁶⁶ M. REINA, G, SILVA, L. SAMPER, M. FERNÁNDEZ, *Juan Valdez La estrategia detrás de la marca*, Ediciones B, s.d. p. 160 -161

³⁶⁷ M. REINA, G, SILVA, L. SAMPER, M. FERNÁNDEZ, *Juan Valdez La estrategia detrás de la marca*, cit p. 235

- que existe un gran número de irregularidades en todo el proceso de licenciamiento de las marcas;
- que el Fondo ha hecho inmensos esfuerzos económicos en publicidad, promoción, posicionamiento y amparo jurídico de las marcas;
- que sólo después de un año de iniciada la explotación de la marca, el Fondo recibió, con carácter provisional, los primeros pagos;
- que el valor de la contraprestación por la utilización de la marca se vino a fijar solamente un año y medio después del inicio de su comercialización.

...

Adicionalmente, la facultad que ahora detentan la Federación y Procafecol, de acuerdo con el Contrato de Licencia de Marca suscrito el 6 de septiembre de 2004, para conceder nuevas licencias de uso de las marcas a terceros, sin intervención del Comité Nacional de Cafeteros, constituye la última cuenta de los elementos que comportan amenaza al patrimonio público.”

2.3. Libre competencia económica

“Contenido del derecho colectivo

Finalmente, respecto del derecho a la libre competencia económica, el Consejo de Estado lo ha definido en diferentes pronunciamientos desde una perspectiva particular, como una atribución propia del agente económico que participa en el mercado, y desde una perspectiva pública, como el derecho que propugna por la defensa del mercado, de la libertad de oferta y demanda en sí, con los límites y restricciones correspondientes a la iniciativa particular. En el primer sentido, ha dicho:

“La libre competencia económica es la posibilidad que tiene cualquier persona de participar en determinada actividad económica como oferente o demandante, con libertad de decidir cuándo entrar y salir de un mercado sin que exista nadie que pueda imponer, individual o conjuntamente, condiciones en las relaciones de intercambio.”³⁶⁸

“...la libre competencia económica es la capacidad de desenvolverse en términos pacíficos en un mercado evitando alteraciones provenientes de conductas de los agentes económicos competidores.”³⁶⁹

Desde una óptica pública, se ha afirmado:

“La libre competencia económica ha de entenderse no en un sentido absoluto o total sino atemperado o enmarcado dentro de los límites del bien

³⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Bogotá, D.C., 24 de agosto de 2001, Radicación: 54001-23-31-000-2000-1749-01(AP-124), Actor: Orlando Rueda Vera; demandado: Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta y otros, C.P. Dario Quiñónez Pinilla

³⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D.C., 21 de febrero de 2007, Radicación: 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP), Actor: Alpha Seguridad Privada Ltda.; demandado: Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P., C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

común, de la prevalencia del interés colectivo o general, y de los principios de proporcionalidad y racionalidad”³⁷⁰

“La libre competencia económica, si bien es un derecho de todos a la luz del mismo precepto, supone responsabilidades, por lo cual la ley delimita el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social.”³⁷¹

Respecto de la protección que le puede ser dada a este derecho mediante las acciones colectivas, se exige a las autoridades judiciales que en el momento de descender al caso concreto la afectación trascienda del ámbito individual al colectivo.

“...para que resulte procedente una acción popular por violación o puesta en peligro del derecho a la libre competencia económica, se hace necesario evidenciar la dimensión colectiva de este. Como consecuencia de ello no basta la demostración de la afectación que de este derecho le haga un agente económico a otro, sino que se hace necesario demostrar y evidenciar una afectación a una colectividad indeterminada o determinable. Los derechos de los consumidores de las actividades económicas por una parte, y por la otra, el orden y corrección del mercado en sí mismo considerado, constituyen entonces los bienes jurídicos protegidos con el derecho colectivo a la libre competencia económica”³⁷²

Vulneración o amenaza en el caso concreto

A diferencia de los anteriores derechos colectivos... (se) considera, en relación con los argumentos de los demandantes sobre la vulneración al derecho a la libre competencia económica, que no ha habido vulneración ni amenaza del mismo con ocasión de la celebración o ejecución del contrato de licencia de marca.

Como se ha explicado ampliamente, la contratación de la Federación con recursos del Fondo está sujeta al derecho privado y a la reglamentación que expida el propio Comité de acuerdo con la cláusula décima sexta del Contrato de Administración del Fondo, razón por la cual no son aplicables al contrato las normas de selección de contratistas propias de la contratación estatal.

No obstante, debe analizarse con cuidado el inciso segundo de esa cláusula en la cual se indica que:

“CLAUSULA DECIMA SEXTA: Normatividad aplicable: Cuando la FEDERACION opte por la contratación externa para la ejecución de las actividades contempladas en la cláusula octava de este contrato, se sujetará a las normas del derecho privado y a la reglamentación que expida el propio Comité.

³⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Bogotá, D.C., 22 de septiembre de 2005, Radicación: 66001-23-31-000-2003-00452-01(AP), Actor: Asociación de Empresas de Transporte Urbano – Asemu y otros; C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

³⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Bogotá, D.C., 24 de agosto de 2001, Radicación: 54001-23-31-000-2000-1749-01(AP-124), Actor: Orlando Rueda Vera; demandado: Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta y otros, C.P. Dario Quiñónez Pinilla

³⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D.C., 21 de febrero de 2007, Radicación: 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP), Actor: Alpha Seguridad Privada Ltda.; demandado: Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P., C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

En tales casos la escogencia de las propuestas se efectuará con base en el principio de transparencia, en cuyo desarrollo se hará una selección objetiva del contratista, aplicando para el efecto criterios de calidad, costo – beneficio, experiencia, oportunidad y otros pertinentes para según el caso, que permitan la escogencia de la opción más eficiente en las condiciones de mercado.

Aparentemente el inciso segundo de esta disposición estaría obligando a que en el proceso de selección de contratistas fuera convocada una pluralidad de oferentes, pero... (se) considera que en el caso de la contratación con Procafecol no es así, con base en los siguientes argumentos:

- *el inciso primero de la misma cláusula dice que ésta se aplicará cuando la Federación opte por la contratación con terceros, y en este caso no fue la Federación quien autónomamente optó por la contratación con terceros, sino que fue el Comité Nacional de Cafeteros quien lo dispuso;*
- *el mismo inciso dice que la contratación se sujetará a "...la reglamentación que expida el propio Comité", y en el sub judice el Comité Nacional Cafetero emitió una directriz específica acerca de que el contrato se debía celebrar con Procafecol, lo cual ha sido entendido por la Sala, desde la perspectiva de elección del contratista, como la reglamentación expedida por el Comité para el caso concreto;*
- *el contrato de licencia de marca es un contrato mercantil, de naturaleza intuitu personae, en el cual es de suma importancia la persona del licenciataria, quien puede ser elegido directamente por el licenciante en función de sus condiciones especiales;*
- *el objeto de la licencia es un bien público, una marca de titularidad de un Fondo parafiscal y agropecuario, que además de su inmenso valor patrimonial, tiene una connotación emblemática para el gremio cafetero, razones más que justas para permitir que los contratos que dispongan sobre su uso se celebren bajo la modalidad de la contratación directa, en atención a la relación de confianza que debe existir entre el licenciante, es decir, el Fondo Nacional del Café, quien se expresa por medio del órgano de dirección correspondiente, el Comité Nacional de Cafeteros, y el licenciataria, en este caso, Procafecol, compañía filial de la Federación;*
- *El Estatuto de Contratación de la Federación con recursos del Fondo, en el artículo 37, abre la posibilidad de que respecto de los contratos intuitu personae no haya convocatoria a proponer, ni concurso de méritos, debido a que en el literal b) se exceptúan del régimen general del Estatuto los contratos de prestación de servicios o consultoría en los cuales se deban tener en cuenta las condiciones personales del contratista. Si bien no se refiere expresamente la hipótesis del contrato de licencia de uso, se hace claridad sobre la forma como las condiciones personales del contratista y las características especiales de un negocio pueden llevar a la contratación directa*

En observancia de lo anterior, la contratación podía hacerse de manera directa, con un licenciataria determinado por el Comité Nacional de Cafeteros, por lo que la Sala no duda en afirmar que no se afectó el derecho colectivo a la libre competencia económica."

3. Participación de los demandados frente a la amenaza o vulneración de los derechos colectivos

Visto lo anterior, concluyó el proyecto sobre la responsabilidad de los demandados así:

“Federación Nacional de Cafeteros de Colombia

La Federación, entidad representada legalmente por Gabriel Silva Luján y que cobija dentro de su organización a las diferentes secciones o departamentos involucrados en este proceso, como la Comisión de Comercialización, Comisión de Publicidad, Comisión de Presupuesto e Inversiones, Comité de Marcas y Patentes, Departamento Jurídico, en las cuales desempeñan sus labores los empleados y asesores de la misma, pasó por alto las normas legales, estatutarias y contractuales a las cuales se hallaba obligada, así como también desatendió los más elementales principios de diligencia y cuidado en el manejo de las cosas públicas, como se ha explicado suficientemente a lo largo de esta providencia.

Algunos de los hechos en los que se hace constar la vulneración de los derechos colectivos por parte de la Federación son los siguientes:

- *Incumplimiento del Contrato de Administración: Consistió en: la cláusula cuarta fue vulnerada por cuanto no se cumplió con el “requisito indispensable” de presentar ante el Comité Nacional de Cafeteros un “documento escrito”, elaborado por la Federación, para la toma de la decisión; la cláusula quinta fue vulnerada por cuanto no hay constancia de que la Comisión de Comercialización y la Comisión de Publicidad hayan sido oídas para tomar la decisión; el Comité Nacional de Cafeteros autorizó la licencia de las marcas sólo en la sesión del 17 de julio de 2003, siete meses después de haber iniciado la operación de las tiendas de café “Juan Valdez; en la sesión del 23 de diciembre de 2002 el Gerente General de la Federación y el Ministro de Hacienda y Crédito Público se obligaron a suscribir un documento para reglamentar el uso de la marca, que finalmente no se firmó;*
- *Incumplimiento del Estatuto de Contratación de la Federación con recursos parafiscales cafeteros”: Se evidencia en las siguientes faltas, cometidas al momento en que Procafecol comenzó a usar las marcas en diciembre de 2002: el artículo catorce se incumplió porque los Comités de Marcas y Patentes no autorizaron el contrato de licencia de uso de marca; el artículo cuarenta y uno se incumplió porque no se suscribió el texto contractual que se exige para la celebración del contrato, la firma del contratista no se autenticó, las pólizas de seguro respectivas no se constituyeron, ni se pagó impuesto alguno; el artículo cuarenta y siete se incumplió porque no se celebró el contrato a término definido; el artículo treinta y nueve se incumplió porque la División Jurídica de la Oficina Central no dio el visto bueno al texto contractual; el artículo cincuenta y uno se incumplió porque el contrato se ejecutó sin que hubiera texto contractual firmado por las partes.*
- *Incumplimiento de los deberes de diligencia y eficiencia a los cuales se encuentra obligada toda persona que tenga bajo su responsabilidad recursos públicos, y que además están comprendidos en el Código Único*

Disciplinario³⁷³, aplicable a los empleados del demandado por remisión del mismo Contrato de Administración en la cláusula décima octava³⁷⁴, y respecto de los cuales la Federación estaba obligada a velar por su cumplimiento. Están referidos a: falta de fijación oportuna y transparente de la contraprestación que debía recibir el Fondo por la licencia de uso de las marcas; manejo negligente del nombre comercial (enseña comercial) y de las marcas; exposición al riesgo de responsabilidad extracontractual por parte de los consumidores de los productos identificados con las marcas licenciadas; falta de reglamentación del contrato con las condiciones que usualmente una persona diligente incorpora dentro de una licencia de uso; amplitud e indeterminación de la autorización para la explotación de las marcas del Fondo.

De conformidad con lo anterior, la Federación vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa por la forma sistemática como violó las disposiciones legales, contractuales y estatutarias que constituyen el marco de su operación en condición de administradora del Fondo Nacional del Café.

En relación con el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, ... en observancia del manejo que ésta hizo de las marcas, (se) concluye que la Federación lo amenazó, especialmente, por la falta de cuidado y transparencia en la fijación y en el pago de la contraprestación que había de recibir el Fondo por la explotación de las mismas.”

Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su condición de titular de uno de los puestos en el Comité Nacional de Cafeteros como representante de la Nación vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa, al haber autorizado unilateralmente, en desatención de lo comprendido en el Contrato de Administración, la utilización de las marcas del Fondo en la sesión del 23 de diciembre de 2002. La misma entidad estatal, vulneró el derecho colectivo a la

³⁷³ Código Unico Disciplinario, Ley 734 de 2002:

“ARTICULO 34. DEBERES. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código.

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

ARTICULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.”

³⁷⁴ “CLAUSULA DECIMA OCTAVA.- Normatividad aplicable: Los empleados y asesores permanentes de la FEDERACION que desempeñen funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, relacionadas con las administración y manejo de los recursos parafiscales del Fondo Nacional del Café, así como los Miembros de los Comités de Cafeteros, son sujetos a la normatividad disciplinaria contenida en el Código Unico Disciplinario (Ley 200/95), en virtud de lo preceptuado en el artículo 20° idídem. Igualmente, para efectos de la ley penal, son servidores públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18° del Estatuto Anticorrupción (Ley 190/95)”

moralidad administrativa, también lo hizo por la forma amplia e imprecisa en que dio la misma autorización en la sesión de 17 de julio de 2003.

En el mismo sentido, se amenazó el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público al haber dejado en la indeterminación por espacio de casi dos años el tema de la contraprestación que habría de recibir el Fondo por la licencia de uso de sus marcas, y al no haber echado de menos el incumplimiento de las obligaciones comprendidas en el Contrato de Administración a las cuales la Sala ha hecho referencia copiosamente.

Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no es susceptible de responsabilidades en el presente caso habida cuenta de que no participó de las reuniones en las cuales se concedió la licencia de uso de las marcas.

A pesar de que el Contrato de Administración señala que su participación en el Comité Nacional de Cafeteros es indelegable, tal afirmación no se puede entender como que sea obligatoria o inexcusable en la medida en que los Estatutos de la Federación y el Contrato de Administración no dicen tal cosa, sino que por el contrario indican claramente que el órgano puede deliberar y decidir sin la concurrencia de este funcionario. En efecto, el poder que se da al Ministro de Hacienda y Crédito Público para representar íntegramente los puestos que le corresponden al Gobierno Nacional en el Comité, al decir que su solo voto es suficiente para equilibrar el de los miembros representantes de la Federación en el mismo órgano, es una muestra fehaciente de que la presencia del Ministro de Agricultura no es indispensable para la toma de las decisiones.

Procafecol S.A.

... esta entidad no ha vulnerado ni amenazado el derecho colectivo a la moralidad administrativa en la medida en que está desempeñando una actividad meramente mercantil, y que no se acreditó en el proceso que le resultare imputable la serie de incumplimientos a las normas legales y contractuales en los que incurrió la Federación y el Gobierno.

En relación con el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, ... (se) encuentra que hubo una amenaza de parte suya, visto que utilizó durante mucho tiempo las marcas sin contar con las autorizaciones debidas, y sin pagar suma alguna a título de remuneración o contraprestación por la explotación de las mismas.

Procafecol, cuya Gerencia y Junta Directiva estaban compuestas, casi en su totalidad, por empleados y asesores permanentes de la Federación (como se mostrará con posterioridad), actuó a sabiendas de que en el proceso de concesión de licencia de las marcas se habían desconocido los procedimientos debidos para ello, y no intentó una debida regularización de las cosas. En tal sentido, su comportamiento omisivo entrañó una amenaza al patrimonio público representado por las marcas del Fondo.

Juan Carlos Rojas Iragorri, Claudio Arango Villamizar, Camila Pinzón Rodríguez, Fundación Manuel Mejía, en condición de accionistas de Procafecol

Estas personas, en su condición de accionistas de la compañía Procafecol no han vulnerado los derechos colectivos demandados. Las actuaciones que se

acreditan en el proceso se han limitado a la suscripción de la escritura pública de constitución de la sociedad y a la posterior transferencia de las acciones.

No existe de parte suya una conducta que escape a la actividad mercantil corriente de un grupo de personas que hacen parte de una sociedad comercial en condición de accionistas. No se ha probado que hayan ejercido administración alguna de los activos del Fondo debido a que no participaron de las decisiones correspondientes, en la medida en que no hacían parte de los órganos de dirección de la misma.

Además de lo anterior, de conformidad con la tesis comúnmente aceptada de la conformación de una sociedad comercial como una persona autónoma e independiente jurídica y económicamente de sus accionistas, el derecho de explotación de la marca le fue concedido a Procafecol y no a ellos como personas naturales.

Guillermo Trujillo Estrada

En esta persona concurrían tres calidades: consultor de la Gerencia General de la Federación; accionista de Procafecol; y miembro de la Junta Directiva de Procafecol.

Lo anterior constituye un indicio de que Guillermo Trujillo estaba al tanto de las condiciones irregulares bajo las cuales se hizo la operación de licencia de uso de las marcas, por cuanto se encontraba en los dos extremos de la relación negocial. Pero más que eso, la persona referida, en condición de consultor de la Gerencia General de la Federación, asistió a la reunión del 17 de julio de 2003 del Comité Nacional de Cafeteros, razón por la cual se puede concluir que conocía lo que ahí se dispuso.

No obstante lo anterior, no se acreditó en el proceso que el demandado tuviera participación en el manejo de los recursos públicos del Fondo, en su condición de consultor de la Gerencia General de la Federación, ni que hubiera participado de las decisiones de Junta Directiva de Procafecol relacionadas con la contratación con la Federación para la exploración de las marcas. En relación con su condición de accionista de Procafecol, se puede decir lo mismo que de los otros accionistas, salvo respecto de las inhabilidades e incompatibilidades a las cuales la Sala se referirá más adelante.

De acuerdo con lo expuesto, no se probó que hubiera habido amenaza o vulneración de derechos colectivos por parte del demandado.

V. OTROS ASUNTOS RELACIONADOS CON EL CASO CONCRETO

Dado que en el presente proceso judicial se ventilaron otros hechos como fundamento de la acción, el proyecto los analizaba en los siguientes términos:

1. Préstamo de Bancoldex para el desarrollo de las Tiendas Juan Valdez

“De acuerdo con lo afirmado por los actores populares en el hecho 16 de la demanda, y a lo largo del proceso, el Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. Bancoldex prestó seis mil millones de pesos para el desarrollo de las Tiendas Juan Valdez a los particulares demandados, cuestión que, de acuerdo con la demanda, constituye un aprovechamiento del patrimonio público.

En el expediente se observa que en el Acta No. 22 del Comité Ejecutivo de la Federación, correspondiente a la sesión del 9 de septiembre de 2002³⁷⁵, se hizo constar que:

“...se ha venido trabajando en el lanzamiento de un proyecto de promoción al “café 100% colombiano”, basada en la apertura de tiendas para la atención directa al consumidor final, para el cual, el Gobierno ha ofrecido a la Federación un crédito a través de Bancoldex, en cuantía de \$6.000 millones, con bajos intereses y plazo largo, con destino a desarrollar dicho proyecto promocional.”

La contestación de la demanda por parte de la Federación³⁷⁶ y el testimonio de Juan Fernando Ocampo³⁷⁷, representante legal de Procafecol, niegan que tal empréstito haya tenido lugar.

Por su parte, el Secretario General de Bancoldex, José Alberto Garzón Gaitán, mediante certificación escrita del día 28 de julio de 2004³⁷⁸, expresó al respecto:

“...de conformidad con los registros de BANCOLDEX, el Banco no ha desembolsado créditos a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, durante los años 2002, 2003 y 2004, para la implementación, lanzamiento y desarrollo del programa de apertura de tiendas de café.”

Con posterioridad, el mismo funcionario, mediante certificación del 9 de agosto de 2006³⁷⁹ afirmó:

“...me permito informarle que en los registros contables de Bancóldex para los años 2002 a 2005, inclusive, no se encuentra registrado el otorgamiento de créditos directos o de redescuento a la Federación Nacional de Cafeteros, Procafecol S.A., Guillermo Trujillo Estrada, Claudio Arango Villamizar o Camila Pinzón Rodríguez.

No obstante lo anterior, es preciso anotar que en el período en cuestión se otorgaron a Leasing del Valle S.A. – Compañía de Financiamiento Comercial los siguientes créditos directos para que dicha entidad a su vez financiara operaciones de leasing a la Federación Nacional de Cafeteros:

1. Crédito del 22 de octubre de 2003, por la suma de cuarenta y tres millones trescientos treinta y cuatro mil setecientos sesenta pesos (\$43.334.760.00). Esta operación fue cancelada el 22 de abril de 2005.
2. Crédito del 12 de abril de 2004, por la suma de cuarenta y dos millones trescientos noventa y dos mil pesos (\$42.392.000.00). Esta operación fue cancelada el 12 de abril de 2006.

Teniendo en cuenta que los anteriores créditos se otorgaron directamente a Leasing del Valle S.A. – Compañía de Financiamiento Comercial, no es posible identificar el destino que dio la Federación Nacional de Cafeteros a

³⁷⁵ Folio 78, Cuaderno 26

³⁷⁶ Folio 267, Cuaderno 26

³⁷⁷ Folio 687, Cuaderno 25

³⁷⁸ Folio 751, Cuaderno 25

³⁷⁹ Folio 910, Cuaderno 28

los recursos entregados a la Compañía de Financiamiento Comercial, ni las condiciones de la operación”

De conformidad con las certificaciones transcritas, a pesar de que el dinero haya podido llegar a la Federación a través de los créditos concedidos a Leasing del Valle S.A. por parte de Bancoldex, se puede concluir que no hubo un empréstito directo por parte de Bancoldex a favor de los demandados.

Pero más importante que lo anterior, y lo que interesa fundamentalmente al caso, es que no se probó que el eventual otorgamiento de un préstamo a favor de los demandados por parte de Bancoldex pudiera constituir una amenaza o vulneración de los derechos colectivos que la demanda pretende amparar. Los actores populares se limitaron a aportar la prueba documental de lo dispuesto por el Comité Ejecutivo de la Federación, en el acta transcrita, y a afirmar que con tal empréstito se vulneraba el patrimonio público, pero nunca dijeron en qué forma se afectaba tal derecho colectivo.

... el simple otorgamiento de un crédito “con bajos intereses y plazo largo” no puede constituir una motivación suficiente para que se declare la vulneración del patrimonio público, menos aún cuando el otorgamiento de tal crédito no se probó dentro del proceso.

Por tales razones, los argumentos de los demandantes sobre este punto son desestimado...”

2. Aprovechamiento por parte de Procafecol del estudio realizado por Violy McAusland, en asocio con Rudolf Hommes, para el Fondo

“Los actores populares en el hecho 17 de la demanda acusan a los demandados de haberse apropiado del estudio hecho por “Violy McAusland, en asocio con Rudolf Hommes”, para su propio beneficio, a pesar de que el mismo fue sufragado con los recursos del Fondo.

Con referencia a este asunto, los testimonios de Juan Fernando Ocampo³⁸⁰, representante legal de Procafecol, y de Luis Fernando Samper³⁸¹, empleado de la Federación, señalan que tal estudio no comprendía el desarrollo concreto de las tiendas de café, sino una presentación de las diferentes alternativas que se podían adelantar para optimizar el uso de la marca. Los referidos testigos desconocen si Procafecol tuvo acceso al estudio, pero concluyen que su utilidad era completamente marginal.

Dentro del expediente se encuentra el documento denominado “Project Espresso Strategic Opportunities”³⁸², elaborado en febrero de 2002 por la firma Violy, Byorum & Partners Holdings LLC, el cual, en términos de los demandantes, corresponde al “...estudio adelantado por la firma Violy McAusland en asocio con el señor Rudolf Hommes, contentivo de la viabilidad de tiendas como las montadas por ellos”. La Sala observa que este documento no puede ser considerado como prueba en el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el

³⁸⁰ Folio 687, Cuaderno 25

³⁸¹ Folio 696 – 698, Cuaderno 25

³⁸² Folios 848 – 945, Cuaderno 25

Código de Procedimiento Civil³⁸³, debido a que se encuentra en lengua inglesa, sin traducción oficial.

No obstante, la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera, en su Informe Final³⁸⁴, incorporó las conclusiones del estudio de la firma Violy, Byorum & Partners, las cuales comprenden el examen de cuatro diferentes estrategias que se pueden adelantar alrededor de los cafés y marcas de Colombia, a saber:

“...la distribución de cafés especialmente diferenciados a través de una cadena de comida rápida, la asociación con una compañía productora de alimentos que quiera entrar en la distribución minorista de café, el establecimiento de una cadena de cafeterías de cafés especiales como Starbucks, y el desarrollo de productos lácteos o de otro tipo que contengan café colombiano...”.

En tal sentido, para la Sala representa un indicio importante lo dicho en el Informe Final de la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera acerca del contenido del estudio de Violy, Byorum & Partners, el cual debe ser visto como un diagnóstico general de las diferentes alternativas que podía utilizar la Federación, en condición de administradora del Fondo, para optimizar la explotación de sus activos marcarios.

A pesar de que lo anterior no es suficiente para concluir si el estudio referido era sustancial para la implementación y desarrollo específico de las Tiendas Juan Valdez, ... (se) considera que difícilmente un análisis general de alternativas de negocios puede constituir un programa puntual para adelantar uno de ellos.

Pero más que las conclusiones anteriores, lo que lleva... a desestimar los argumentos del actor popular en este punto radica en que no se probó por parte del mismo que Procafecol hubiera utilizado el estudio elaborado por Violy, Byorum & Partners, ni menos aún se probó que la eventual utilización del mismo amenazara o vulnerara los derechos colectivos a la moralidad administrativa o a la defensa del patrimonio público.

3. Inhabilidades e incompatibilidades para contratar de los funcionarios de la Federación

Respecto de las inhabilidades e incompatibilidades en las cuales se encontró incurso, de acuerdo con la demanda, el Gerente de la Federación, y los demás integrantes de la Federación, el proyecto analizó lo propio:

“Violación del artículo 113 de la ley 489 de 1998

Los actores populares señalaron que hubo incompatibilidad por parte del Gerente General de la Federación en el otorgamiento de la licencia de uso de las marcas, debido a que actuó, de una parte, como representante del Fondo, y, de la otra, como representante de la Federación, en condición de accionista de Procafecol.

³⁸³ “Artículo 260.- Documentos en idioma extranjero. Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obran en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente.”

³⁸⁴ Folio 375, Cuaderno 26

Con base en tal hecho, acusaron al Gerente General de la Federación de haber infringido el artículo 113 de la ley 489 de 1998, que a la letra dice:

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

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

(se) ...considera que la norma transcrita no es aplicable al caso concreto por diferentes razones:

En primer lugar, de conformidad con lo dicho en el numeral 1. Obligaciones y actividades de la Federación como administradora del Fondo. Naturaleza jurídica y legislación aplicable del título III Análisis general del asunto, la ley 489 de 1998, en sus artículos 110 y siguientes, no es aplicable al presente caso porque las actividades relacionadas con la licencia de una marca no entrañan el ejercicio por parte de particulares de prerrogativas o potestades exclusivas de la autoridades, debido a que la naturaleza de las mismas es mercantil. En consecuencia, no constituyen una atribución de funciones administrativas a particulares que deba ser regulada o complementada por los artículos 110 y siguientes de la ley 489 de 1998.

En segundo lugar, el supuesto normativo comprendido en el inciso 2º del artículo 113 no haya concreción en el elemento fáctico, por cuanto la prohibición dispuesta está referida a la celebración de contratos con las personas naturales que, en calidad de representantes legales o de miembros de las juntas directivas u órganos de decisión, tomaron parte en la decisión correspondiente; en el caso concreto, el contrato se celebró con una sociedad comercial, Procafecol, y no con las personas naturales que tomaron la decisión de conceder el uso de la marca.

Finalmente, y sólo como argumento residual puesto que en el presente caso, se reitera que no se trata de atribución de funciones administrativas, la ley 489 de 1998 constituye la norma general de atribución de funciones administrativas a particulares, y en tal condición es solo una de las modalidades que pueden ser utilizadas para investir al particular en tal sentido. Otra modalidad para atribuir funciones administrativas a los particulares está representada por las leyes especiales, la cual, con referencia a las relaciones entre la Nación y la Federación cuenta con una estructura sólida de más de ochenta años³⁸⁵ que, dada su especificidad, escapa a las prescripciones de la ley 489 de 1998.

³⁸⁵ Entre otras, Ley 76 de 1927; Contrato del 16 de abril de 1928; Ley 21 de 1935; Ley 41 de 1937; Contrato del 29 de enero de 1938; Decreto 2078 de 1940; Contrato del 11 de diciembre de 1940; Ley 66 de 1942; Contrato de 4 de marzo de 1943; Convenio de 27 de noviembre de 1947; Decreto Legislativo 637 de 1951; Decreto Legislativo 107 de 1957; Decreto Legislativo 080 de 1958; Convenio del 7 de enero de 1958; Ley 1 de 1959; Convenio del 16 de diciembre de 1967; Decreto – Ley 444 de 1967; Ley 11 de 1972; Convenio del 11 de enero de 1978; Contrato del 20 de diciembre de 1978; Contrato del 22 de diciembre de 1988; Ley 9 de 1991; Ley 101 de 1993; Decreto Reglamentario 1173 de 1991; Contrato del 12 de noviembre de 1997; Ley 788 de 2002

Sin perjuicio de todo lo anterior, una revisión material de los dos incisos del artículo 113 lleva a... concluir que tales contenidos normativos se encuentran comprendidos dentro de las propias cláusulas del Contrato de Administración de 1997, así:

- Tal como lo ordena el inciso primero del artículo 113, el Gerente General de la Federación se encuentra sometido a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, debido a la remisión que hace la cláusula décima octava del Contrato de Administración de 1997 al Código Unico Disciplinario;
- En el mismo sentido que lo hace el inciso segundo del artículo 113, la cláusula décima séptima del Contrato de Administración, en sus numerales 2 y 3, señala que la Federación, como administradora del Fondo, no podrá contratar con los miembros de los Comités de Cafeteros, ni con los empleados o asesores permanentes de la Federación, mientras permanezcan en sus cargos, y dentro del año siguiente a la fecha en que pierdan tal condición³⁸⁶.

Ahora bien, la imposibilidad de aplicar al *sub judice* el artículo 113 de la ley 489 de 1998 no significó para el proyecto que presenté que no hubiera lugar a investigar en las cláusulas del Contrato de Administración de 1997 si hubo inhabilidades o incompatibilidades en la contratación:

“Inhabilidades e incompatibilidades en el Contrato de Administración. Caso concreto

Para efectos de determinar si existe alguna inhabilidad o incompatibilidad en la celebración del Contrato de Licencia de Uso de Marcas entre la Federación, en condición de administradora del Fondo, y Procafecol, ... (se) examinará, en primer lugar, los nombres de las personas que desempeñaban cargos en la gerencia de ésta última, en su junta directiva, y los de los accionistas de la misma, a la fecha de la constitución de Procafecol, y relacionará tales nombres con los que ocupaban en la Federación, de conformidad con lo que se acredita en el proceso³⁸⁷:

Nombre	Cargo en la Federación	Cargo en Procafecol
Gabriel Silva Luján	Gerente General	Miembro Principal Junta
Guillermo Trujillo Estrada	Consultor de Gerencia General	Miembro Principal Junta accionista con más del 10% del capital social
Catalina Crane	Gerente Financiera	Miembro Principal Junta
Hernando Galindo	Secretario General	Miembro Suplente Junta

³⁸⁶ “CLAUSULA DECIMA SEPTIMA.- Inhabilidades e incompatibilidades para contratar: No podrán celebrar contratos con LA FEDERACION, en cuanto ésta actúe como administradora del Fondo Nacional del Café, por sí o por interpuesta persona:
(...)

2. Los Miembros de los Comités de Cafeteros y los empleados o asesores permanentes de la FEDERACION. Estas personas tampoco podrán contratar con aquellas personas jurídicas en las cuales la FEDERACION tenga, con recursos del Fondo Nacional del Café, más del 20% del capital.
3. Quienes hayan tenido el carácter de Miembro de Comité de Cafeteros o de empleado o asesor permanente de la FEDERACION, dentro del año siguiente a la fecha en la que pierdan dicha condición.”

³⁸⁷ Folios 75 y 224, Cuaderno 26; folios 785 y 788, Cuaderno 25

Mayne

Luis Genaro Muñoz O. Gerente Administrativo Gerente

Cynthia Mercer Castillo Asistente de Gerencia 1er Suplente del Gerente

Roberto Vélez Vallejo Gerente Comercial 2º Suplente del Gerente

Además de los nombres anteriores, aparecen en Procafecol, como Gerente, a partir de abril de 2004, Juan Fernando Ocampo, y como miembros suplentes de la Junta Directiva, desde la constitución de la misma, Bernardo Saiz Martínez y Verónica Arango Martínez; respecto de tales personas se desconoce si están vinculados como funcionarios o asesores de la Federación, pero de llegar a acreditarse tal relación, se predicará de ellos lo mismo que lo de los otros.

Habida cuenta de que el Contrato de Licencia de Uso de Marca se considera celebrado el día 17 de julio de 2003, todos los nombres que se refirieron al principio desempeñaban funciones en las dos entidades simultáneamente al momento de la celebración del contrato.

El Contrato de Administración del Fondo de 1997, respecto de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, dispone:

“CLAUSULA DECIMA SEPTIMA.- Inhabilidades e incompatibilidades para contratar: No podrán celebrar contratos con LA FEDERACION, en cuanto ésta actúe como administradora del Fondo Nacional del Café, por sí o por interpuesta persona:

(...)

5. Las personas jurídicas en cuyo capital algún Miembro de Comité de Cafeteros, o algún empleado o asesor permanente de la FEDERACION, o varios de ellos conjuntamente, tengan un porcentaje igual o superior al 1%, o en cuyos órganos cualquiera de ellos desempeñe cargo de dirección o manejo, salvo que lo hagan en razón de las funciones que cumple en LA FEDERACION.”

(...)

PARAGRAFO CUARTO: El Comité Nacional de Cafeteros, por mayoría y con el voto expreso favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, podrá autorizar excepciones a las inhabilidades previstas en los numerales 3, 4, 5 y 6 de esta cláusula cuando las circunstancias concretas lo recomienden y justifiquen, siempre y cuando no se contraríe disposición imperativa de la ley y las estipulaciones del contrato reflejen las condiciones del mercado.”

... la confrontación entre los hechos y la norma lleva a las siguientes conclusiones:

- *Procafecol contaba dentro de sus accionistas con un asesor permanente de la Federación (“consultor de la Gerencia General”), y tanto la gerencia como la Junta Directiva estaban integradas por empleados de la Federación, cuestión que definitivamente hace encuadrar el Contrato de Licencia de Uso de Marca celebrado con Procafecol dentro de las inhabilidades e incompatibilidad contractuales;*

- *La cláusula transcrita señala que no se podrán celebrar contratos con personas jurídicas en las cuales ocurra lo que aquí se evidencia, con excepción de aquellos casos donde los asesores permanentes y los empleados de la Federación detenten las calidades de accionistas o directivos de la compañía contratista "...en razón de las funciones que cumplen en la FEDERACION";*
- *Dentro de los Estatutos Sociales de Procafecol no aparece cláusula alguna en la cual se establezca que las dignidades de miembros de Junta Directiva, o de quienes desempeñen las funciones en la Gerencia de la compañía, deban ser ocupadas por el Gerente General, Gerente Administrativo, Gerente Financiero, Gerente Comercial, Secretario General, etc., de la Federación, lo que significa que la participación de Gabriel Silva, Luis Genaro Muñoz, Catalina Crane, Roberto Vélez, Hernando Galindo, dentro de los cuadros directivos de Procafecol se hizo a título personal y no institucional. Corrobora lo anterior la certeza de que en el evento en que alguna de estas personas pierda su condición de empleado de la Federación, no dejará de ser automáticamente director o gerente de Procafecol, por cuanto sus nominaciones dentro de los Estatutos Sociales de Procafecol no se hicieron función de sus calidades como directivos de la Federación.*
- *Tan clara como la incompatibilidad e inhabilidad de las personas apenas referidas es la del consultor de la Gerencia General de la Federación, o asesor permanente de la misma, en su condición de accionista de más del uno por ciento (1%) del capital social de Procafecol;*

Sólo como complemento de lo anterior, (se) observa... que el párrafo cuarto de la cláusula transcrita dispone que el Comité Nacional de Cafeteros podrá autorizar excepciones a las inhabilidades referidas, cuando quiera que las circunstancias lo recomienden y que el contrato refleje las condiciones del mercado. A este respecto se debe recordar que tal órgano, en su reunión del 17 de julio de 2003, concedió autorización a la Federación para la celebración de los contratos de licencia de uso de marca con Procafecol, o con las sociedades que tuvieran el mismo objeto social de ésta y que contaran con participación accionaria de la Federación.

No obstante, en la mencionada reunión no se autorizó la contratación con Procafecol como una excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Contrato de Administración, ni en ninguna otra reunión que aparezca acreditada en el expediente; menos aún se puede hablar de excepción al régimen cuando se recuerda que el Contrato de Licencia de Marca celebrado no reflejó las condiciones del mercado en cuanto a los trámites y procedimientos de contratación, ni respecto de la fijación de la remuneración por la licencia de la marca.

Con fundamento en las razones expuestas, la Sala concluye que a pesar de que la validez del Contrato de Licencia de Marca no se encuentra en entredicho por la violación de la cláusula de inhabilidades e incompatibilidades para contratar, se vulneró por parte de la Federación el derecho colectivo a la moralidad administrativa al haber ido en contra, de manera evidente y ostensible, del régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Contrato de Administración.

VI. EFECTOS DE LA VULNERACION DE LOS DERECHOS COLECTIVOS RESPECTO DE LA UTILIZACION DE LAS MARCAS DEL FONDO POR PARTE DE PROCAFECOL

Al respecto indicó el proyecto:

“El Consejo de Estado ha expresado, acerca de la posibilidad de enjuiciar los contratos estatales en sede de acción popular, lo siguiente:

“Vale la pena recalcar que si bien la acción popular procede frente a contratos estatales, bien por su celebración (vgr. porque están incursos en una causal de nulidad absoluta) o por su ejecución, inejecución o mala o defectuosa ejecución, queda siempre a cargo del actor la prueba de la ilegalidad -de una parte- y de la amenaza o vulneración del derecho colectivo -de otra-, pues sólo de la concurrencia de las dos surge la procedencia de esta acción constitucional” (Subrayado fuera de texto)³⁸⁸

De acuerdo con este criterio, para que sea posible declarar la ineficacia de un contrato por medio de una acción popular como la medida idónea para proteger los derechos colectivos, es necesario que se haya logrado acreditar en el proceso, concurrentemente, la violación de la legalidad y la amenaza o vulneración del derecho colectivo.

En el caso concreto se presentan dos períodos en los cuales Procafecol ha utilizado las marcas del Fondo, y el análisis de cada uno de ellos arroja conclusiones especiales.

Explotación de las marcas entre el 14 de diciembre de 2002 y el 16 de julio de 2003

En primer lugar, (se) ...reitera lo dicho en el numeral 3.3.1. Inexistencia de contrato entre el 14 de diciembre de 2002 y el 16 de julio de 2003 del título IV Análisis del Caso Concreto, en el sentido de que en el período mencionado no existió contrato alguno que respaldara tal explotación comercial. Jurídicamente, los pasos que llevan a la Sala a afirmar lo anterior son:

- la falta de autorización del Comité Nacional de Cafeteros en el lapso referido para que Procafecol utilizara las marcas se traduce en la ausencia de su consentimiento para que la Federación entregara el uso de sus marcas a Procafecol;*
- la falta de consentimiento del Comité Nacional de Cafeteros, en su condición de órgano de dirección de los activos del Fondo, tiene como consecuencia sobre el Contrato de Licencia de Uso de Marca, la ausencia de uno de los elementos esenciales de los contratos, dado que su consentimiento era el relevante para la legítima concesión del uso de las marcas;*

³⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de febrero de 2007, Radicación 41001-23-31-000-2004-00726-01(AP). Actor: María Nubia Zamora Vargas, Demandados: Empresa de Servicios Públicos del Municipio de La Plata y otros, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

- *la falta del consentimiento como elemento esencial del contrato tiene como sanción la ineficacia jurídica, en la modalidad de la inexistencia comprendida en el artículo 898 Código de Comercio colombiano;*
- *la Federación, en su condición de administradora del Fondo, asume la calidad de parte en el Contrato de Licencia de Uso de Marca como instrumento o medio para la exteriorización del consentimiento del Comité Nacional de Cafeteros, razón por la cual ante la falta de consentimiento de éste último en el período indicado, no puede el consentimiento tácito o expreso de la Federación dar existencia y validez al contrato que celebra en condición de administradora de los bienes marcarios del Fondo.*

Ante la evidencia de que no había autorización, consentimiento, ni contrato que sirviera de base jurídica para la explotación comercial de la marca, se puede concluir que se violó la legalidad durante este lapso por cuanto se infringieron los derechos de propiedad industrial del Fondo comprendidos en la Decisión 486 de 2000³⁸⁹ y demás normas concordantes y pertinentes, cuestión que, en conjunto con la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la amenaza al derecho a la defensa del patrimonio público, obliga a la Sala a fijar los efectos correspondientes.

Para ello, habrá de decirse que no se advierten disposiciones legales específicas aplicables al caso en materia de derechos colectivos, pero sí aparecen con referencia a la infracción de los derechos de propiedad industrial. Si bien la acción popular no tiene naturaleza indemnizatoria, la Sala, con el propósito de amparar los derechos colectivos vulnerados analizará el artículo 243 de la Decisión 486 de 2000, que precisa, respecto de la violación de la propiedad industrial, lo siguiente:

- “Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes:
- a) El daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción;
 - b) El monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o,
 - c) El precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.”

En relación con lo dispuesto en el literal c) del artículo transcrito, existen algunos elementos en el proceso que demuestran un acuerdo para el pago de la licencia contractual desde la fecha en que comenzaron a operar las “Tiendas de Café Juan Valdez”, el 14 de diciembre de 2002, a saber:

- *En la sesión del 17 de julio de 2003, el Gerente General de la Federación, al solicitar la autorización para licenciar las marcas, señaló que “...cualquier decisión que se tome sobre costo de*

³⁸⁹ “Artículo 155.- El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar sin su consentimiento, los siguientes actos: a) Aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre los productos para los cuales se ha registrado la marca...c) Fabricar etiquetas, envases, envolturas, embalajes u otros materiales que reproduzcan o contengan la marca...”

licenciamiento de esas marcas es retroactivo al funcionamiento del proyecto de las tiendas desde su inicio...”

- *La carta enviada por la Federación a Procafecol el 16 de enero de 2004 y la respuesta de ésta última del 12 de febrero del mismo año, estuvieron referidas a pagos debidos al Fondo Nacional del Café por la explotación de las marcas desde la fecha de inicio de la operación, el 14 de diciembre de 2002;*
- *el Contrato de Licencia de Uso de Marca suscrito el día 6 de septiembre de 2004 entre la Federación, como administradora del Fondo, y Procafecol, pretende que las relaciones entre las partes iniciadas el 14 de diciembre de 2002 se sujeten a lo dispuesto en el texto contractual, como si el contrato existiera y fuera válido desde esa época.*
- *Los cobros correspondientes a este período fueron hechos por parte de la Federación, en condición de administradora del Fondo, a Procafecol, tal y como aparece acreditado en el acervo probatorio³⁹⁰.*

Con referencia a lo anterior, la Sala tiene por cierto que la fuente jurídica de los pagos correspondientes a las contraprestaciones por el uso de las marcas entre el 14 de diciembre de 2002 y el 16 de julio de 2003, no es el Contrato de Licencia de Marca que se considera existente y válido solo a partir del 17 de julio de 2003, sino el acuerdo posterior de reconocer que durante esa época hubo una explotación de la propiedad industrial del Fondo por la cual debe existir un reconocimiento pecuniario.

En observancia de que la acción popular no es indemnizatoria por naturaleza y de que el tercer criterio comprendido en la norma transcrita resulta aplicable como parámetro para determinar los efectos de la utilización de las marcas sin el consentimiento de su titular, la Sala concluye que el acuerdo de pago hecho por las partes respecto del período en que el contrato no existió es suficiente para amparar los derechos colectivos vulnerados y amenazados, siempre y cuando tal suma corresponda a su valor comercial, por lo cual habrá de comprobarse lo propio, en los términos que se indicarán en la parte resolutive del presente fallo.

Explotación de las marcas del Fondo a partir del 17 de julio de 2003

En relación con la utilización de las marcas del Fondo a partir del 17 de julio de 2003, a pesar de las irregularidades que han sido evidenciadas en el proceso y que han merecido el análisis minucioso de la Sala, no se configuraron causales que hicieran posible la declaración de nulidad o ineficacia del Contrato de Licencia de Uso de Marca celebrado, consensualmente, el 17 de julio de 2003 entre la Federación, como administradora del Fondo, y Procafecol.

Por tal razón, la vulneración o amenaza de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público no puede tener como medida para su protección una que afecte la existencia, validez o eficacia del contrato de licencia de uso de marca.

³⁹⁰ Cuaderno 13

No obstante, en el fallo, se ordenarán las medidas que la Sala considera necesarias para el amparo de los derechos colectivos.

VII. MEDIDAS COMPRENDIDAS EN LA PARTE RESOLUTIVA DEL PROYECTO

Como consecuencia de las consideraciones expuestas, el proyecto revocaba la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda C, del 16 de febrero de 2005; ordenaba compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República, para que se investigara el proceder de las diferentes personas involucradas en las decisiones tomadas en relación con el presente asunto; y tomaba las siguientes medidas para el amparo de los derechos colectivos vulnerados:

“Protéjense los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, a cuyo efecto se ordena:

- *Que con recursos propios de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se contrate, mediante concurso público, una firma internacional especializada, ajena e independiente de Future Brand, Weber Shandwick, Violy, Byorum & Partners y de las demás entidades que hasta la fecha hayan sido asesoras o consultoras de la Federación en la materia, para que determine el valor de las licencias de las marcas del Fondo. El informe deberá detallar la remuneración a favor del Fondo Nacional del Café, a título de pago inicial (entrance fee), regalías (royalties), gastos de publicidad y cualquier otro concepto que considere aplicable. En el evento en que las modalidades de licencia de uso de las marcas sean diferentes, el estudio deberá atender las particularidades correspondientes a cada una de ellas, para determinar los valores debidos. De acuerdo con el informe final, siempre y cuando el resultado sea más beneficioso económicamente para el Fondo que el presentado con anterioridad por Future Brand, se ajustarán los valores, y los licenciarios deberán pagar la suma que haga falta para igualar el valor dispuesto por la nueva firma internacional especializada en marcas, más los intereses comerciales respectivos; en consecuencia, el dictamen será retroactivo hasta la fecha de iniciación de la operación de las “Tiendas Juan Valdez” por parte de cada licenciario;*
- *Que la contratación referida se haga en un término máximo de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, y que el resultado final correspondiente se entregue dentro de un término máximo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de la presente sentencia;*
- *Que el Comité Nacional de Cafeteros dirija todo lo relativo a la contratación y ejecución del estudio relacionado en el aparte anterior, mediante su intervención en la escogencia de los contratistas, el seguimiento de sus labores, la recepción de los resultados correspondientes y todo lo que sea necesario para que el contratista experto en la materia determine debidamente el valor de las licencias*

de uso de las marcas; las Comisiones y los Asesores del Gobierno podrán participar para dar apoyo al Comité Nacional de Cafeteros;

- *Que la Contraloría General de la República estudie la totalidad de los contratos celebrados y de las autorizaciones concedidas hasta la fecha para la utilización de las marcas del Fondo en Colombia y en el extranjero, así como también todas las compañías licenciatarias, con el propósito de determinar si se han cumplido las normas legales y contractuales respectivas; el análisis comprenderá los aspectos jurídicos, tributarios y contables de la operación. Los resultados de este estudio serán utilizados para adelantar los correctivos necesarios;*
- *Que la Contraloría General de la República investigue la separación efectiva de cuentas y activos entre los patrimonios de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como entidad sin ánimo de lucro, de naturaleza privada, y el Fondo Nacional del Café, en su condición de patrimonio de afectación de propiedad de la Nación, en relación con el proyecto de “Tiendas de Café Juan Valdez”, con el propósito de constatar que los recursos invertidos por la Federación, Procafecol y demás licenciatarias sean de sus propias arcas.*
- *Que se haga, por cuenta de la Federación, el cambio de nombre del titular en los registros de marca concedidos y en trámite ante las autoridades de propiedad industrial nacionales y extranjeras, para que en adelante aparezca como titular de los derechos exclusivos sobre las marcas: “Federación Nacional de Cafeteros de Colombia – Fondo Nacional del Café” o “Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, actuando como administradora del Fondo Nacional del Café” o en últimas “Nación – Fondo Nacional del Café”;*
- *Que se registre ante las diferentes autoridades nacionales y extranjeras de propiedad industrial las licencias de uso de las marcas, enseñas comerciales y demás signos distintivos del Fondo;*
- *Que sea el Comité Nacional de Cafeteros quien autorice, en su condición de máximo órgano para el manejo del Fondo Nacional del Café, de manera previa, expresa y particular, cada una de las licencias de uso de las marcas del Fondo que se concedan, para lo cual le deberá ser entregada por parte de la Federación información completa, precisa y veraz sobre el licenciatario, el modelo de negocio, el valor correspondiente y las marcas licenciadas. En tal sentido, la Comisión para la Implementación de Negocios con Terceros (integrada por dos miembros de la Federación y uno de Procafecol) a la cual hace referencia la cláusula 3 del Contrato de Licencia de Uso de Marca suscrito el 6 de septiembre de 2004, deberá contar con la autorización previa, expresa y particular del Comité Nacional de Cafeteros respecto de cualquier persona a quien eventualmente se le vaya a permitir el establecimiento o manejo de las “Tiendas de Café Juan Valdez”;*
- *Que todas aquellas personas que en la actualidad están utilizando las marcas del Fondo sin haber recibido la autorización del Comité Nacional de Cafeteros, presenten la información correspondiente ante este órgano de dirección del Fondo, dentro del mes siguiente a la*

fecha de ejecutoria de la sentencia, para obtener la aprobación correspondiente;

- *Que se constituyan las pólizas de seguro que garanticen el cumplimiento de las obligaciones de los licenciarios, o de quienes utilicen las marcas bajo otra modalidad contractual;*
- *Que se ordene la composición de una Comisión de integrada por un representante del Ministerio Público, un representante de la Contraloría, y un miembro del Comité Nacional de Cafeteros, o su delegado, para que verifiquen el cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia.”*

En los anteriores términos dejo expuestas mis razones.

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

FRANQUICIA - Concepto

La franquicia es una decisión estratégica que reúne varios contratos, en la que se van agregando a medida que se van consolidando mejores y más sofisticados elementos, y en la que en particular, el Know How, está en permanente construcción. En efecto, el contrato de franquicia, que es quizás la figura contractual más característica del denominado derecho de los negocios (especie del género derecho económico aplicado a la microeconomía) presenta grandes posibilidades para la transmisión de diferentes clases de conocimiento, ya que es una estrategia e instrumento de gestión que permite agenciar el desarrollo y aproximarse a través de su estructura logística a la solución sistémica de problemas que hasta ahora solo insinuaban respuestas parciales y fragmentadas en los sectores industrial, agrícola y artesanal.

BIENES INMATERIALES - Noción / ACTIVOS INTANGIBLES - Ejemplos. Características. Cálculo de su valor

Lo inmaterial es un conjunto compuesto de elementos variados y dispares. Como los bienes inmateriales no son visibles en conjunto, son difíciles para determinar, es decir, para definir. Nuestros problemas para entender lo inmaterial provienen de su naturaleza misma; se trata de realidades no físicas, lo que paraliza nuestra capacidad de análisis y de acción, lo que en el mundo de los negocios puede resultar fatal. (...) En materia de activos intangibles juegan papel importante los basados en contratos, como las licencias, y acuerdos por regalías; contratos de suministro o servicios; permisos de construcción; contratos de empleados; derechos de uso (agua, perforación, servidumbres, etc.); los relacionados con clientes: como listados de clientes, contratos con clientes, relaciones no contractuales con clientes, órdenes de producción y pedidos; los relacionados con marketing: Marcas, enseñas, nombres, lemas y denominaciones comerciales, logos, dominios de Internet, acuerdos de no competencia; los basados en Tecnología patentada y no patentada; secretos comerciales, bases de datos, Software; los artísticos: Libros, revistas; trabajos musicales (composiciones, letras, etc.); video y material audiovisual, obras. Los activos intangibles se caracterizan

porque no son activos rivales y pueden desplegarse en forma simultánea en múltiples aplicaciones. Se caracterizan también porque conllevan altas inversiones iniciales; importantes costos fijos; bajos costos marginales: alta inversión en su desarrollo, costo bajo de venta y distribución; economía de retornos crecientes; se benefician de las estructuras de red; y se caracterizan además por la dificultad que existe para proteger y asegurar su propiedad. En general, para la persona que determina el valor de los activos intangibles, calcular el valor de dichos activos no representa una tarea difícil cuando estos se encuentran protegidos por la propiedad intelectual, trátase de signos distintivos, nuevas creaciones o derechos de autor. Sin embargo, tratándose de conocimientos técnicos (entre los cuales figuran el talento, las habilidades y la preparación del personal), los sistemas y métodos de formación, los procesos técnicos, las listas de clientes, las redes de distribución; es mucho más difícil identificar en estos activos, los beneficios y las utilidades que generan.

JUAN VALDEZ - Antecedentes de la marca

Respecto a los antecedentes en la construcción de la marca hay que advertir que el personaje Juan Valdez fue creado como un instrumento para promover la comercialización del café colombiano. Si bien se encuentran dos antecedentes marcarios sobre la marca nominativa Juan Valdez, el primero del 13 de octubre de 1961 y el segundo del 31 de marzo de 1978, la marca Juan Valdez se consolida como mixta solo hacia julio de 2003 cuando se reúne la figura del campesino que se había utilizado para promocionar el café colombiano en general, con el contenido nominativo Juan Valdez. La nueva expresión fue concebida y creada por la Federación de Cafeteros, para ser utilizada en la iniciativa de generarle nuevos usos e ingresos a la propiedad intelectual del Fondo Nacional del Café y dentro de la estrategia de capturar más valor agregado para los caficultores de Colombia. Es a partir de este preciso momento, cuando la Federación de Cafeteros advierte la potencialidad que tiene para desarrollar una estrategia marcaria, y comienza a gestionar un portafolio marcario. Es solo a partir de la creación de las Tiendas Juan Valdez y de la nueva aplicación marcaria que lo acompañó, cuando el Fondo Nacional del Café recibe regalías por uso de sus activos intangibles. Hasta la implantación de este nuevo modelo de negocio ningún licenciataria, incluyendo las grandes multinacionales y los tostadores nacionales o extranjeros, había pagado regalías o reconocimiento específico alguno por la utilización del logo 100 % Café de Colombia o del personaje Juan Valdez.

PRINCIPIO DE ALTERALIDAD - Concepto

Según el principio de alteralidad que fue construido por la doctrina privatista para buscar un cierto equilibrio entre los intereses que generalmente se entienden como opuestos, se afirma que expresar el consentimiento en un contrato, es coincidir en el consentimiento con otra persona. De tal manera que el contrato exige un encuentro de voluntades, y para que exista ese encuentro de voluntades, se exige que se trate de dos personas distintas. Sin embargo, el principio de alteralidad no se aplica a todos los actos jurídicos. Hay que precisar por ejemplo que el contrato consigo mismo, que es una excepción al principio de alteralidad, existe indiscutiblemente en el derecho privado. (...) La condición de la alteralidad se cumple incluso si se considera que la dimensión de la alteralidad concierne más que a las personas en presencia, los patrimonios y los intereses en causa. En síntesis, lo importante en el contrato consigo mismo es que los intereses en presencia sean salvaguardados.

CONTRATO DEFINITIVO - Actos preparatorios / ACTOS PREPARATORIOS DE CONTRATOS - Ejemplos

Anteriormente, solo el pacto de Preferencia y la Promesa de contrato, se celebraban antes de un contrato definitivo. En la actualidad existen numerosos actos preparatorios antes de un contrato definitivo, incluyendo cartas de intención (fija los elementos de la negociación del contrato), acuerdos de principio, negociación de contratos marco, de acuerdos de confidencialidad, contratos de opción, que son usuales en esta clase de contratación, y que pueden dar lugar a responsabilidad contractual. Se habla también de avant-contrats, que son Promesas de contratos, contratos preliminares, contratos preparatorios o contratos de reservación según la doctrina alemana, y que se refieren a realidades diversas, que por ejemplo tienen como elementos comunes la preparación de un contrato definitivo, o se refieren a las soluciones que se tienen para lograr concluir un contrato (contratos provisionales).

ACLARACION DE VOTO

Consejero: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil nueve (2009)

La decisión de segunda instancia confirmó la de primer grado que había denegado las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio de la acción popular contra el Ministro de Hacienda y Crédito Público, como miembro del Comité Nacional de Cafeteros de Colombia; el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, en su misma condición de miembro del citado Comité; el Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, los socios de la sociedad Promotora Café Colombia PROCAFECOL, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural y de Hacienda y Crédito Público.

Después de tener el expediente en rotación, quiero reconocer que la ponencia aprobada por la mayoría de la Sala Plena del Consejo de Estado, realizó un considerable esfuerzo para exponer en forma perfectamente organizada las pretensiones que los demandantes habían presentado mediante esta Acción

Popular con demasiada habilidad y desproporción en su alcance³⁹¹; para seguidamente, pasar a analizar en forma precisa como se hicieron numerosas afirmaciones en el libelo de demanda que no fueron probadas; y después llegar a concluir, que no se había incurrido por parte de la Federación de Cafeteros ni de los diferentes funcionarios que participaron en la estructura y lanzamiento de dicha estrategia competitiva, en un detrimento del patrimonio público, ni en ninguna infracción al derecho colectivo de la moralidad administrativa.

³⁹¹ Se pretendía por los demandantes además de una suma de 150 salarios mínimos mensuales y en subsidio la que se señalara por el Consejo de Estado en virtud del artículo 39 de la Ley 472 de 1998, que se tasara además un 15% de la suma total tomando como base la que determinarían los peritos que se había invertido en publicidad de la marca Juan Valdez. Pero también que se decidiera que la Federación Nacional de Cafeteros, es decir el gremio cafetero, quedara impedido o inhabilitado para usar o explotar la marca Juan Valdez hacia el futuro, o que el Gerente General de la Federación entre otras pretensiones. En la demanda, numeral 6, se afirma que la Federación Nacional de Cafeteros ha invertido en los últimos 49 años más de 1300 millones de dólares en posicionamiento de la marca a nivel mundial y que ésta según los expertos vale más de 150 millones de dólares; amén de que con recursos del Fondo Nacional del Café se invierten más de 90 millones de dólares al año. En el numeral 15 se afirma que la marca está avaluada en más de 1300 millones de dólares. (Empero, la Federación no ha gastado los recursos del Fondo Nacional del Café para posicionar la marca, sino para promocionar el café de Colombia y para ello ha utilizado el logo de Juan Valdez, la expresión café de Colombia, otras marcas como Buendía, Bogotá, etc., así como otras muchas estrategias en las que no se utilizan símbolos ni marcas, lo que no puede considerarse como inversión en promoción y publicidad de una marca sino en el café)

Aún cuando comparto plenamente la parte resolutive de la sentencia proferida en el expediente de la referencia, resulta necesario efectuar algunas precisiones de orden técnico-jurídico que fueron objeto de discusión pero que no fueron incluidas en la ponencia final, dada la incidencia que puede tener esta decisión jurisprudencial como una primera orientación en la construcción de un marco que brinde una mínima certeza jurídica a varios centenares de empresas que comienzan a desarrollar redes de contratos de franquicia³⁹², así como de otros contratos diferentes de cooperación entre empresas, como contratos de licencia y gestión de conocimiento en nuestro país, donde se carece por completo de antecedentes jurisprudenciales.

Por otra parte, el sistema de franquicia que se plantea en el objeto social de la sociedad comercial PROCAFECOL S.A.³⁹³, puede trascender su ámbito tradicional de estrategia comercial y jurídica para constituirse en un importante modelo de desarrollo económico y social en nuestro país. La franquicia ES UNA DECISION ESTRATEGICA que reúne varios contratos, en la que se van

³⁹² La Sentencia se refiere a un punto sobre el cual existe muy poca doctrina y no existe jurisprudencia nacional. Apenas hace tres años, el Banco Interamericano de Desarrollo BID en un esfuerzo conjunto con ocho Cámaras de Comercio del país, comenzó a desarrollar una intensa tarea de sensibilización y capacitación, estimulando a cerca de trescientos empresarios a utilizar la franquicia.

³⁹³ . El 19 de noviembre de 2002, se constituyó, mediante escritura pública 5559 de la Notaria Sexta de Bogotá, la sociedad comercial Promotora de Café Colombia S.A. Procafecol S.A. 81, cuyo objeto social está referido a:

"ARTICULO 5°. La sociedad tiene como objeto principal el comercializar Café Colombiano en todas sus formas, Crear Tiendas de Café para administración directa o a través de terceros, Otorgar franquicias de las tiendas de café, Vender bebida de café, café tostado, molido y en grano, en distintas presentaciones y distintos puntos de venta, a nivel Nacional y a nivel Internacional, Vender artículos de mercadeo relacionados con el café y/o con las marcas comerciales utilizadas por la Sociedad."

agregando a medida que se van consolidando mejores y más sofisticados elementos, y en la que en particular, el Know How, está en permanente construcción.

En efecto, el contrato de franquicia, que es quizás la figura contractual más característica del denominado derecho de los negocios (especie del género derecho económico aplicado a la microeconomía) presenta grandes posibilidades para la transmisión de diferentes clases de conocimiento, ya que es una estrategia e instrumento de gestión que permite agenciar el desarrollo y aproximarse a través de su estructura logística a la solución sistémica de problemas que hasta ahora solo insinuaban respuestas parciales y fragmentadas en los sectores industrial, agrícola y artesanal.

Manifestábamos también en la discusión del proyecto, que los criterios de juzgamiento no pueden avanzarse antes de tener una comprensión cabal del negocio en lo que se denominan negocios de valor agregado, que tiene una larga fase de negociación (actos preparatorios o contratos de negociación antes del contrato definitivo) y de consolidación (obra en permanente construcción), y mucho menos haciendo abstracción de la naturaleza propia y de las especiales características (técnicas, comerciales, económicas, financieras y jurídicas) de las diversas figuras contractuales que para la gestión del conocimiento cafetero y del portafolio de propiedad industrial, se propuso desarrollar PROPAFECOL S.A. en su objeto social, como sociedad especializada constituida por la Federación Nacional de Cafeteros en favor de los intereses del gremio cafetero.

En efecto, si se hace abstracción de lo que cada figura contractual de las descritas pretende implementar en un determinado momento desde el punto de vista del estado del conocimiento cafetero y de su progresivo empaquetamiento

(licencia de marca, concesión, franquicia); y adicionalmente se ignora que no se llega a la franquicia del café colombiano de manera directa, sino a través de un proceso que comienza con la construcción de una estrategia marca y del portafolio marcario para su posterior posicionamiento, lo que permite seguidamente el usufructo del mismo en el mercado, y que todo esto debe realizarse gradualmente mediante las figuras contractuales como las anteriores (avanzando de las prestaciones simples a las prestaciones complejas) que además tienen que ser viables comercialmente, todo esto sin comprometer el conocimiento cafetero³⁹⁴ ante la existencia de ciertos países que son competidores directos; se entiende con facilidad el por qué algunas voces minoritarias propusieron la aplicación de las restricciones de la contratación estatal y la convocatoria a licitación pública, lo que hubiera resultado contrario a la realidad de los contratos de la propiedad industrial que a pesar de su vocación comercial son por naturaleza *intuitio personae*³⁹⁵, y aún el mismo contrato de

³⁹⁴ El conocimiento cafetero comienza desde la producción misma con la siembra del cafeto (semilla en los almácigos que posteriormente se siembra con distancias especiales; sostenimiento del cultivo (lo que implica una forma de desyerbar, fertilizar, controlar plagas y enfermedades); recolección a mano; beneficio que logra el café pergamino seco (mediante el cual se hace el despulpado, desmucilaginado, lavado y secado); la trilla donde se remueve la cáscara para obtener el café verde, que pasa a clasificarse según tamaño y densidad; luego se empaqueta y exporta previa negociación con tostadores o comercializadores internacionales; luego viene el fenómeno del transporte y las técnicas de almacenamiento; para seguir con la tostación del café que convierte el café verde en granos aromáticos; además de las diferentes estrategias de comercialización según los países consumidores (granos enteros o molidos, y el examen de cuáles son los canales de consumo (por ejemplo si son masivos como supermercados, gasolineras, aerolíneas, cadenas de comidas rápidas) hasta los denominados Premium o tiendas gourmet, donde se venden productos de alta calidad

³⁹⁵ . **Tanto la licencia de marca, como la concesión comercial o la franquicia se celebran en consideración a las personas que puedan continuar proyectando la imagen de marca. Se analiza no solo su perfil psicológico y financiero, sino sus destrezas, habilidades, experiencias, conocimiento de los mercados, prestigio u otras variables que a juicio de**

Administración celebrado entre la Federación Nacional de Cafeteros y la Nación, que participa de esta misma naturaleza, ya que la Federación es la única que lo puede tener en consideración a que es la que representa al gremio cafetero hasta la fecha.

En realidad gran parte de la dificultad para adelantar el debate, obedeció a que por esta ausencia de conocimiento sobre la ingeniería del negocio, se pretendían aplicar criterios y conceptos que no corresponden a las exigencias y avances que ha logrado el derecho moderno en la instrumentación de contratos de gestión de bienes inmateriales y de gestión de conocimiento en las relaciones negociales³⁹⁶.

quien es experto en café, como lo es la Federación de Cafeteros o la sociedad Procafecol S.A, hace que sea quien deba contratarse.

³⁹⁶ Así el juez en el presente caso, y máxime tratándose de los intereses colectivos que se pretenden preservar con esta Acción Popular contemplada en el artículo 88 de la Carta Política y en la ley 472 de 1998, debía a través de técnicas del derecho de los negocios, que se encuentran a medio camino entre el derecho administrativo, el derecho comercial, el derecho tributario, el derecho societario, el derecho de la propiedad industrial, el derecho de la competencia, a seleccionar y unificar, en sus relaciones con la realidad socioeconómica, la articulación normativa que resultara armónica y preservara el objetivo legislativo perseguido como era la no vulneración de la moralidad administrativa, del patrimonio público y de la libertad económica y a las normas de competencia. Todo lo anterior, por supuesto ejerciendo el control de legalidad, pero cuidándose de no dejarse inducir en ningún momento en error, mediante cualquier análisis parcial o fraccionado del conjunto normativo que acabamos de mencionar, y que podía proponerse, por cualquiera de los intereses en presencia.

Es así, como al aplicar a una materia propia del derecho económico y del derecho de los negocios, principios generales o métodos de razonamiento pertenecientes pura y exclusivamente al derecho público y administrativo, o de la antigua teoría general de las obligaciones y los contratos que no fue elaborada propiamente para la propiedad inmaterial que se desarrolla con la sociedad del conocimiento, se llega por supuesto a tremendas inexactitudes al analizar la construcción contractual que para la protección de la propiedad intelectual se viene haciendo progresivamente por los cafeteros colombianos, lo que lleva necesariamente a conclusiones que de haber sido aceptadas, hubieran conducido a consecuencias muy delicadas para la economía cafetera colombiana y su posibilidad futura de competitividad internacional.

No sobra mencionar, también que otra confusión que se observó a mi juicio en la discusión del proyecto, obedecía a la falsa creencia, acerca de que los recursos del Fondo Nacional del Café podían en un momento dado ser afectados a fines diferentes al beneficio del gremio cafetero, y que cuando la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS en virtud del Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café, como representante legítima del mismo, concibió como vehículo a PROCAFECOL S.A. para ejecutar la estrategia aprobada por la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera en mayo de 2002 y posteriormente apoyada mediante un Acuerdo por el Gobierno Nacional en agosto de 2002, que se materializa el 2 de septiembre de 2002, era posible que se estuviera afectando a los sectores no cafeteros de la economía nacional.

Lo anterior es una total equivocación, ya que desde el año 1927 el Estado colombiano consideró que los productores de café debían ser los beneficiarios directos del tributo cuyo hecho generador fuese la exportación del grano, lo que materializó más adelante hacia 1940 cuando creó la cuenta parafiscal sin

personería jurídica, con ocasión de las medidas adoptadas con miras a la inminente suscripción del instrumento internacional que dio origen al denominado “Pacto de Cuotas”³⁹⁷. En el artículo 2° de la Ley 225 de 1995 además se establece muy claramente que el artículo 12 de la Ley 179 de 1994, quedará así: Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. **El manejo, administración y ejecución** de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

Desde hace varias décadas entonces, la Federación Nacional de Cafeteros como la entidad gremial más representativa de los cafeteros es a la cual se le ha

³⁹⁷ La Constitución Política de 1991 introdujo el concepto de parafiscalidad en los artículos 150-12, 179-3 y 338 que señalan respectivamente, que el Congreso en cumplimiento de sus funciones podrá establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley; que no podrán ser congresistas quienes hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección; y que en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales y parafiscales. Debió insistirse en la sentencia que el Fondo es un patrimonio de afectación que constituye un Centro de imputación jurídica de derechos y obligaciones cuyo titular es la Nación, y que la Nación fue la que celebró el contrato de Administración del Fondo Nacional del Café con la Federación de Cafeteros

confiado el manejo de los recursos que se generan, ya que representa a los propios beneficiarios para los cuales se creó el FONDO NACIONAL DEL CAFE. La Corte Constitucional se ha pronunciado a este respecto, y ha destacado cómo la parafiscalidad cafetera tiene su génesis en la imposición de la contribución cafetera, regulada por la Ley 9a de 1991, que grava con carácter obligatorio a todos los productores de café, establecida en virtud del poder soberano del Estado pero que si bien constituye un ingreso público, razón por la cual estos recursos siempre han estado por fuera del presupuesto nacional, no pueden confundirse con los demás activos del Estado.³⁹⁸ Esa circunstancia impone que los activos que hacen parte del Fondo Nacional del Café, cuando se requiera su inscripción ante un registro publico, se haga a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros sin que ello implique traslación de dominio ni ánimo de la misma de apropiarse de estos, y sin que ello origine confusión alguna porque existe separación contable, presupuestal y financiera.

No sobra señalar que la peor equivocación que se pudo haber cometido, de haberse aceptado los argumentos minoritarios, era la de ignorar que el esfuerzo máximo ha sido del gremio cafetero que es el que cancela la CONTRIBUCION CAFETERA (que no es otra cosa que una deducción del precio que se les debería pagar por sus producto a los productores cafeteros); y que quien ha CREADO, PROMOVIDO Y ORGANIZADO EL PORTAFOLIO MARCARIO, ha sido el mismo gremio a través de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS como su representante. Es más, fue la Federación la que logró con su esfuerzo de

³⁹⁸ . La Ley 76 de 1927 señalaba que “Terminado el contrato que el gobierno celebre en virtud de esta ley, los valores acumulados por el contratista deben quedar vinculados a los establecimientos creados por ella, junto con los dineros que hubieren en caja, y no podrá distraerse en ningún tiempo a objeto distinto del fomento y la protección de la industria cafetera. La Contraloría General de la República quedara encargada de verificar el cumplimiento de esta disposición”

posicionamiento de la marca que se aceptara la denominación de origen en Europa del café colombiano.³⁹⁹

Hay que reconocer que analizados los antecedentes ha existido una confianza mutua entre la Nación y la Federación de Cafeteros por más de ochenta años, es decir, que se trata de un contrato *intuitu personae*, tanto el de licencia de marca por definición como el de concesión y el de franquicia comercial, pero también el CONTRATO DE ADMINISTRACION que podríamos ubicar como uno de bienes ajenos, es decir un contrato de mandato.

No compartir la sentencia hubiera sido aislar a Colombia del mercado mundial del Café; pero lo que más sorprende es que el proyecto que fue negado y que dio lugar a la nueva sentencia aprobada por mayoría y que ahora es objeto de aclaración, encontraba que quien podía estar amenazando el patrimonio público después de ochenta años, era la Federación de Cafeteros, sin interesar que hacía prevalecer los intereses de un vendedor de café, dejando de lado al gremio que durante 80 años había apoyado la siembra, producción, comercialización, distribución y servicios para el consumidor, que, a no dudarlo, sí hubiera causado un daño moral irreparable a la institucionalidad cafetera y a las personalidades afectadas.

El sentido de mi aclaración se referirá en una primera parte a efectuar algunas precisiones respecto a aspectos contextuales y de la naturaleza jurídica de la propiedad inmaterial (I), en tanto que en una segunda parte intentaremos establecer las diferencias técnicas y de régimen aplicable a las diferentes figuras

³⁹⁹ . Mientras la indicación de origen no da derechos propiamente desde el punto de vista de la protección de la propiedad industrial, la denominación de origen permite impedir jurídicamente que se utilice para cualquier fin que no sea autorizado por la Federación Nacional de Cafeteros, previamente.

jurídicas para instrumentar la distribución comercial de café relacionadas con este caso (II), para finalmente en una tercera parte, las diferentes posiciones que se adoptaron frente a la sentencia objeto de aclaración, y unas conclusiones finales para establecer con algunas cifras, por qué en el caso de la Federación no existió el detrimento del patrimonio público, que constituye el presupuesto sine qua non para la prosperidad de la acción por violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa (III), todo lo cual debió ser recogido en la sentencia acogida por la mayoría.

I. EL MARCO GENERAL DE LA ACLARACION

A. El derecho de los negocios, la naturaleza y valoración de los contratos sobre bienes inmateriales

Según Druker y Weggeman la evolución de la economía se ha dado en tres fases: Revolución industrial, revolución productiva y revolución de la gestión. Los poseedores de conocimientos en la pirámide social son tres: ejecutivos del conocimiento, que son quienes asignan los recursos intangibles a procesos productivos; profesionales del conocimiento y empleados del conocimiento.

De ahí que el desconocimiento TECNICO de la temática que involucra la controversia hubiera permitido que el proyecto inicial de sentencia sometido al conocimiento de la Sala Plena, que no mereció la acogida por la mayoría de sus integrantes, le hubiera dado un tratamiento jurídico inadecuado al contrato y al desarrollo de las distintas etapas y de sus actos preparatorios.

El juez en el presente caso, máxime tratándose de los intereses colectivos que se pretenden preservar con esta Acción Popular contemplada en el artículo 88 de la Carta Política y en la ley 472 de 1998, debió acudir a TECNICAS DEL DERECHO

DE LOS NEGOCIOS, que se encuentran a medio camino entre el derecho administrativo, el derecho comercial, el derecho tributario, el derecho societario, el derecho de la propiedad industrial, el derecho de la competencia, para seleccionar la aplicación a la realidad socioeconómica, de la articulación normativa que resultara más armónica y preservara el objetivo legislativo perseguido, como era la no vulneración de la moralidad administrativa, del patrimonio público y de la libertad económica y las normas de competencia. Todo lo anterior, por supuesto ejerciendo el control de legalidad, pero cuidándose de no dejarse inducir en ningún momento en error, mediante cualquier análisis parcial o fraccionado del conjunto normativo que acabamos de mencionar, y que podía proponerse, por cualquiera de los intereses en presencia o mediante una interpretación de la normatividad aplicable completamente inadecuada.⁴⁰⁰

⁴⁰⁰. **El derecho de los negocios que hacen parte de la “administrativización del derecho comercial”, como etapa posterior a la “comercialización del derecho civil” a la que aludía Ripert, permite un mejor análisis de contratos como los de transferencia de conocimiento y tecnología con o sin signos distintivos, ya que se distingue del derecho comercial no solo en su extensión, sino también en su aptitud para englobar los problemas y adoptar soluciones que estarán generalmente por fuera del dominio del derecho comercial. El derecho de los negocios no solo acoge normas de diferentes ramas jurídicas: penales, laborales, tributarias, entre otras, sino que en él se presenta una síntesis de las aproximaciones de derecho público y privado; y mejor aún, funde y reúne en una sola pieza las técnicas jurídicas y de gestión que concurren a la solución de los problemas de organización de la vida de los negocios, tales como se presentan cotidianamente para las empresas y dentro de las mismas, sin importar su naturaleza. Así, en tanto que las disciplinas jurídicas tradicionales están dominadas por el carácter normativo de la norma de derecho, el derecho de los negocios en su integridad se orienta hacia una función organizadora. Se encuentra revestido de un espíritu jurídico**

De hecho, los activos intangibles o el patrimonio oculto al que hace alusión esta clase de contratos, no es muy conocido en nuestra literatura jurídica. En consecuencia, resultaba conveniente que la providencia aprobada por mayoría se refiriera a los bienes inmateriales que se negocian a través de estos contratos, máxime cuando la aproximación que se hizo por una minoría al tema, y que no acompañó la providencia final, adoleció de dicha fundamentación. Quizás la mayor fuente de dificultades para un debido entendimiento en el caso que se planteó en la Acción Popular, lo constituyó que la discusión giró alrededor de la noción de bienes inmateriales, que si bien no es novedosa en economía, curiosamente, al considerarse como “inmaterial”, se ha mantenido por la más arraigada tradición jurídica, fuera de toda tentativa de ser medida.

Lo inmaterial es un conjunto compuesto de elementos variados y dispares. Como los bienes inmateriales no son visibles en conjunto, son difíciles para determinar, es decir, para definir. Nuestros problemas para entender lo inmaterial provienen de su naturaleza misma; se trata de realidades no físicas, lo que paraliza nuestra capacidad de análisis y de acción, lo que en el mundo de los negocios puede resultar fatal.

Como lo señala BREESE, grandes sumas se invierten para hacer aparecer en los estados financieros de las sociedades, muchas veces elementos que no tienen ninguna importancia económica (inventario de artículos de los proveedores o muebles de oficina) o que contribuyen pero de manera insignificante a los

nuevo que permite explicar mejor contratos como la franquicia o el contrato de ingeniería por ejemplo, en los cuales se advierte claramente cómo las técnicas jurídicas son inicialmente técnicas administrativas o de gestión que se colocan al servicio de una finalidad única: la célula fundamental de la microeconomía que es la empresa.

resultados financieros (parqueadero, terrenos) en tanto que los activos importantes para la creación de valor, como el Know How, las marcas, las patentes, no es común que se establezcan cuanto reportan en un ejercicio contable anual.

Como el conocimiento no es un “commodity” conlleva la definición de nuevos conceptos, así como de un idioma y terminología que resulten más propios. Podríamos señalar que existen activos intelectuales (con potencial de valor. Ideas y conocimientos tácitos⁴⁰¹ de empleados, procesos y clientes), es decir, conocimientos que proporcionan valor pero sobre los cuales no existen derechos de propiedad, por oposición a la propiedad intelectual que son activos intangibles sobre los que la empresa posee derechos de propiedad⁴⁰².

En materia de activos intangibles juegan papel importante los basados en contratos, como las licencias, y acuerdos por regalías; contratos de suministro o servicios; permisos de construcción; contratos de empleados; derechos de uso (agua, perforación, servidumbres, etc.); los relacionados con clientes: como listados de clientes, contratos con clientes, relaciones no contractuales con clientes, órdenes de producción y pedidos; los relacionados con marketing:

⁴⁰¹ Se habla de conocimiento tácito y de conocimiento codificado. El primero sería el más difícil de articular con sentido y de hacerlo fácilmente comprensible; en tanto que el segundo, es el que se encuentra resumido en instrucciones, comandos, planos o códigos fuente. Algunos observan que éste último es más información que conocimiento. Se habla también de usos observables y usos no observables, y también de conocimiento positivo cuando se refieren a la búsqueda de la solución de un problema, o conocimientos negativos, cuando la experiencia permite advertir fracasos que también son valiosos.

⁴⁰² **El largo camino de reconocimiento de la importancia de los derechos de la propiedad intelectual para la empresa, hace parte de una nueva cultura que advierte la relevancia por citar un ejemplo de la informática para el sistema de producción de la misma. Se comienza entonces a identificar los distintos derechos y a consolidar la prueba de los mismos.**

Marcas, enseñas, nombres, lemas y denominaciones comerciales, logos, dominios de Internet, acuerdos de no competencia; los basados en Tecnología patentada y no patentada; secretos comerciales, bases de datos, Software; los artísticos: Libros, revistas; trabajos musicales (composiciones, letras, etc.); video y material audiovisual, obras.

Los activos intangibles se caracterizan porque no son activos rivales y pueden desplegarse en forma simultánea en múltiples aplicaciones. Se caracterizan también porque conllevan altas inversiones iniciales; importantes costos fijos; bajos costos marginales: alta inversión en su desarrollo, costo bajo de venta y distribución; economía de retornos crecientes; se benefician de las estructuras de red; y se caracterizan además por la dificultad que existe para proteger y asegurar su propiedad.

Ahora, si bien el capital intelectual empieza a reconocerse finalmente como el activo más importante que poseen muchas de las empresas más grandes y poderosas, en la medida que constituye la clave para su dominio del mercado y de la rentabilidad, siendo muchas veces incluso la razón por la cual se presentan ciertas fusiones y adquisiciones empresariales, aún las normas de contabilidad, no reflejan la importancia de esos derechos de propiedad intelectual.

Las prácticas contables internacionales recomiendan no incluir en los balances el valor de las marcas creadas con el negocio y la práctica gerencial es no hacerlo. Solamente en contadas ocasiones algunas empresas extranjeras lo han hecho en sus países de origen para defenderse de adquisiciones hostiles de competidores, pero en Colombia no conocemos el primer caso. De hecho, del total de las empresas que reportan datos financieros a la Superintendencia de Sociedades, solamente el 2% incluyen algún valor en el rubro "Marca" que a juzgar por los

montos, deben corresponder a gastos relacionados con el registro de las marcas o porque han adquirido marcas. En el sector público esta proporción es aun menor ya que de las 3.270 entidades relacionados en la Base de Datos Contable del la Contaduría General de la Nación, solamente 16 incluyen valores en el rubro de Marcas que suponemos es por razones similares a las ya anotadas.

La principal razón por la cual las empresas no incluyen el valor de las marcas creadas internamente en los Estados Financieros es por la dificultad de su cálculo y la volatilidad del mismo. Hay numerosos enfoques para valorar las marcas. El método más utilizado es el del valor económico basado en la proyección de flujos de caja, que aunque es muy útil para decidir sobre compra y venta o fusiones que involucren marcas, depende de los supuestos que utilice el eventual comprador con respecto a la forma como va a utilizar la marca en su respectivo negocio. Estos supuestos tienen un elemento importante de subjetividad, ya que son una predicción del futuro, que hace que el valor resultante pueda variar de manera significativa si no se cumplen.

Otro posible enfoque es el histórico, basado en las inversiones realizadas para crear, promocionar y posicionar la marca, pero tiene el problema de que estas inversiones pueden no haber sido todas acertadas e incluso es difícil determinar qué inversiones incluir, lo cual llevaría a sobrestimar o subestimar su valor. También surge el dilema de si al incluirse una marca en un Balance ésta se debe amortizar como los demás activos, lo cual es contradictorio con la naturaleza de las marcas, pues, en principio, tienen una vida útil ilimitada.

En general, para la persona que determina el valor de los activos intangibles, calcular el valor de dichos activos no representa una tarea difícil cuando estos se encuentran protegidos por la propiedad intelectual, trátase de signos distintivos,

nuevas creaciones o derechos de autor. Sin embargo, tratándose de conocimientos técnicos (entre los cuales figuran el talento, las habilidades y la preparación del personal), los sistemas y métodos de formación, los procesos técnicos, las listas de clientes, las redes de distribución; es mucho más difícil identificar en estos activos, los beneficios y las utilidades que generan.

Existen cuatro conceptos claves referidos al valor: el valor estimado por el propietario⁴⁰³, el valor de mercado⁴⁰⁴, el valor razonable⁴⁰⁵ y el valor fiscal⁴⁰⁶. Los cuasi-conceptos que influyen en el valor son el valor de la inversión, el valor de liquidación y el valor del establecimiento de comercio.

En cualquier contrato de franquicia se involucran muchos de estos activos intangibles y su valoración; además las nociones de KNOW HOW, CONOCIMIENTO PATENTABLE Y ASISTENCIA TECNICA implican consultas o visitas de expertos, preparación de planos y diseños, supervisión de fabricación, estudios de mercado y formación de personal; secreto empresarial (artículo 260 del C. de Co.); los medios de fabricación o de procesamiento que tengan un carácter industrial y secreto; original, con interés práctico y comercial y valor mercantil; por lo tanto no se le pueden aplicar criterios y conceptos de obligaciones que no corresponden a los contratos de gestión de bienes inmateriales y de conocimiento. Así, por ejemplo, el uso y conocimiento de la marca en el mercado puede ser una contraprestación para la gestión de un derecho inmaterial, y no necesariamente SOLAMENTE una suma fija o variable

⁴⁰³ Determina el precio en los acuerdos negociados y suele equivaler a la idea que tiene el propietario del valor que pierde al no disponer de la propiedad.

⁴⁰⁴ Es la idea de que una propiedad determinada alcanzara un precio parecido al de una propiedad comparable que ha sido tasada en cierto precio.

⁴⁰⁵ Representa el deseo de ambas partes de ser equitativas. En este concepto se reconoce que la transacción no se realiza en el mercado libre y que el vendedor y el comprador están vinculados jurídicamente.

⁴⁰⁶ Es objeto de la jurisprudencia a nivel mundial, ya que constituye una practica un tanto esotérica como la han calificado algunos tratadistas, ya que desconoce la realidad comercial del bien.

que se percibe como regalía, CUANDO UNA MARCA APENAS SE ESTA COMENZANDO A CONOCER⁴⁰⁷.

En el mundo de los bienes inmateriales los titulares de una marca, no solo obtienen un beneficio al percibir una regalía inicial o por ventas, sino también durante todo el proceso previo de consolidación de la imagen de marca. En otras palabras, el usufructo que se obtiene después con las regalías que cancelen al titular de la marca, los licenciatarios, concesionarios o franquiciados, según la complejidad que vayan alcanzando las prestaciones contenidas en los contratos (que también van siendo proporcionales en el valor de la contraprestación comercial, que entre otras cosas se señala por expertos), nace precisamente del posicionamiento previo que se obtenga de la marca, gracias a las inversiones realizadas. Pero jamás, como lo pudieran pensar algunos, podría dividirse entre los licenciatarios, concesionarios o franquiciados el valor total de las inversiones a manera de liquidación de la regalía, ya que ningún punto de producción, distribución o servicio de estos, daría tan altos rendimientos en desarrollo de un contrato no importa el término, y el negocio sería inviable, ya que ese sector de actividad también está en competencia frente a comerciantes, por ejemplo, que aunque no hacen parte de una red de licenciatarios, o de concesionarios o de franquiciados, sí compiten en la misma actividad, con menores costos.

⁴⁰⁷ . Si el franquiciado o el concesionario, no despliegan una actividad adecuada, y se limitan a cumplir con los mínimos, pueden mantener la concesión o la franquicia, pero la regalía por ventas no estará en aumento, que es realmente lo que se quiere. La contraprestación en estos activos intangibles puede consistir en dinero pero también más presencia en el mercado (intangibles que repetimos debe tenerse en cuenta, porque es el presupuesto para el posterior usufructo de la marca).

B. No existían antecedentes de explotación de la marca ni de regalías.

Respecto a los antecedentes en la construcción de la marca hay que advertir que el personaje Juan Valdez fue creado como un instrumento para promover la comercialización del café colombiano. Si bien se encuentran dos antecedentes marcarios sobre la marca nominativa Juan Valdez, el primero del 13 de octubre de 1961 y el segundo del 31 de marzo de 1978, la marca Juan Valdez se consolida como mixta solo hacia julio de 2003 cuando se reúne la figura del campesino que se había utilizado para promocionar el café colombiano en general⁴⁰⁸, con el contenido nominativo Juan Valdez⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ . La simbología esencial de Juan Valdez representa aquellos atributos y valores que se identificaron como atractivos para el consumidor final: "handpicked" (cogido a "Richest Coffee in the World" (café más rico o más suave), auténtico, tradicional, artesanal, natural (de las montañas, secado al sol y lavado con aguas puras) que hacen de su café el mejor café del mundo .

⁴⁰⁹. **En otras palabras hasta finalizar el año 2002, Juan Valdez nunca fue una marca propiamente dicha que distinguiera productos o servicios. Era un personaje que le daba entidad representativa al café y a los caficultores de Colombia, y que a través de un triángulo que simbolizaba a todo el café colombiano buscaba apoyar la comercialización de marcas de terceros que lo distribuían al consumidor final. En ningún momento esa estrategia de diferenciación global pretendió crear una marca, un activo intangible o comercializar un producto específico dirigido directamente al consumidor final sin intermediación de los tostadores. La retribución de esa estrategia se da a través de la prima sobre el precio internacional (Contrato de la Bolsa de NY) que pagan los compradores y en la creciente participación del 100 % Café de Colombia asociado a marcas comerciales de terceros -los licenciatarios del símbolo que actúa como certificado visible de la autenticidad en el origen (noción de indicación de origen)**

La nueva expresión fue concebida y creada por la Federación de Cafeteros, para ser utilizada en la iniciativa de generarle nuevos usos e ingresos a la propiedad intelectual del Fondo Nacional del Café y dentro de la estrategia de capturar más valor agregado para los caficultores de Colombia. Es a partir de este preciso momento, cuando la Federación de Cafeteros advierte la potencialidad que tiene para desarrollar una estrategia marcaría, y comienza a gestionar un portafolio marcario⁴¹⁰.

Es solo a partir de la creación de las Tiendas Juan Valdez y de la nueva aplicación marcaría que lo acompañó, cuando el Fondo Nacional del Café recibe regalías por uso de sus activos intangibles. Hasta la implantación de este nuevo modelo de negocio ningún licenciatarío, incluyendo las grandes multinacionales y los tostadores nacionales o extranjeros, había pagado regalías o reconocimiento específico alguno por la utilización del logo 100 % Café de Colombia o del personaje Juan Valdez.

Ahora bien, el precio debe estar determinado o ser determinable tanto en los contratos de gestión de conocimiento como en los de bienes corporales. Sin embargo, la determinación del precio en los contratos de gestión de bienes inmateriales o de gestión de conocimiento, las cosas no son tan sencillas, dado que cuando se habla de suministro de productos o de bienes corporales o materiales, se está hablando de una determinación más concreta porque

⁴¹⁰ . **De hecho fue necesario hacer registros nuevos para todas las aplicaciones marcarías creadas con este fin, al constituirse los nuevos diseños derivados de la aplicación concebida en el 2002 como nuevas marcas registrables, protegibles y licenciables.**

generalmente se trata de suministro de productos elementales cuyo costo se conoce. Pero cuando ya se agregan signos distintivos (marca, enseña, lema) la determinación se hace más difícil, ya que no se trata de lo que se haya invertido en la creación o promoción de una marca o en publicidad, como se pensó en cierto momento por algunos que confundieron la transmisión o cesión de la propiedad intelectual con su licenciamiento, sino del rendimiento relativo del negocio donde se está permitiendo el uso de esa propiedad inmaterial.

Si bien la Licencia de Marca puede ser gratuita -ya que la remuneración no es un elemento esencial del contrato sino de la naturaleza del mismo, según la mayor parte de la doctrina-, en el caso que nos ocupa, ya se advertía, que la Federación desde un principio, contempló la franquicia, y en su decisión estratégica, se ocupó de tomar las precauciones para que la remuneración se fuera perfilando así, no obstante que la franquicia estaba en formación. Obsérvese que se habla de una regalía Inicial, y de una Regalía por Ventas, así como de una contribución para publicidad, lo que desde el punto de vista de la negociación, es una conquista excelente, ya que todavía no tiene todos los elementos para ofrecer una franquicia, QUE ES A LO QUE ASPIRA, pero obtiene una remuneración que TIENE LA FORMA DE FRANQUICIA, Y UN PORCENTAJE como si en efecto ya fuera realmente una franquicia.

Por esta razón, resulta verdaderamente incomprensible que se acuse por los demandantes a la Federación Nacional de Cafeteros y a la sociedad de los cafeteros PROCAFECOL por detrimento del patrimonio público e infracción a la moralidad administrativa, ya que el Fondo Nacional del Café ha recibido regalías significativas y crecientes originadas en su propiedad intelectual desde que se iniciaron los proyectos de valor agregado en el 2002, -por primera vez en su

historia. (El total de regalías acumuladas causadas a favor del Fondo Nacional del Café a diciembre del año 2007 ya superaba la muy significativa cifra de 7.600 millones de pesos).

Además, como no existían precedentes, la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café, solicitó un estudio de fondo a una entidad especializada internacional idónea e independiente, para estimar los valores de las regalías, por una entidad que ella tenía que escoger por su conocimiento del entorno cafetero y de la competencia.

Esta firma tasó la regalía para el proyecto de tiendas Juan Valdez en el 5.4 % de las ventas brutas en Colombia, y esa regalía una vez determinada se aplicó retroactivamente a valor presente desde el comienzo de la operación de la primera Tienda de Café. Es de anotar que esa regalía es bastante satisfactoria para este tipo de negocios, más aún si se tiene en cuenta que el licenciante -es decir el Fondo Nacional del Café-, no asume obligaciones de asignar recursos para lanzar o sostener la aplicación marcara licenciada⁴¹¹. La regalía determinada por el tercero también es superior al promedio de la rentabilidad neta agregada del sector en Colombia y en EE.UU. En consecuencia, el Fondo Nacional del Café no solo recibe regalías vinculadas a ventas brutas independientes del desempeño financiero del negocio, sino que no tiene que arriesgar capital en la nueva iniciativa, dejando que sea quien licencia la

⁴¹¹ . Para los conocedores de estos temas una regalía entre el 2.5 y el 5 % es lo normal en franquicia. Véase, por ejemplo, el informe de la Dirección de Franquicias Colombianas (Programa BID con ocho Cámaras de Comercio en Colombia).

nueva marca el que posicione ese nuevo activo intangible sin costos diferentes a los legales de su registro y defensa.

Además, resulta más inexplicable después de lo anterior, que el proyecto de fallo que no fue aprobado y que dio lugar a la decisión mayoritaria, pretendía amparar la moralidad administrativa, no obstante precisar en forma previa que el alcance de la misma es transgredir la legalidad en razón a finalidades de carácter particular, noción que se aproxima a la desviación de poder; existir irregularidades y mala fe por parte de la Administración en el ejercicio de las potestades públicas; e ir en contra de los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, todo ello en razón a que partió de premisas falsas para llegar a conclusiones falsas, pues no obstante que existe un régimen especial que es el que surge del Contrato para la Administración del Fondo Nacional del Café para la Federación Nacional de Cafeteros, se reclamó la aplicación en este caso del régimen de contratación estatal que contiene la Ley 80 de 1993.

II. CONTRATACION ALTAMENTE ESPECIALIZADA Y TECNICA

A. EL PRINCIPIO DE ALTERALIDAD Y LA REPRESENTACION DE DOS PERSONAS JURIDICAS.

Según el principio de alteralidad que fue construido por la doctrina privatista para buscar un cierto equilibrio entre los intereses que generalmente se entienden como opuestos, se afirma que expresar el consentimiento en un contrato, es coincidir en el consentimiento con otra persona. De tal manera que el contrato exige un encuentro de voluntades, y para que exista ese encuentro de voluntades, se exige que se trate de dos personas distintas.

Sin embargo, el principio de alteralidad no se aplica a todos los actos jurídicos. Hay que precisar por ejemplo que el contrato consigo mismo, que es una excepción al principio de alteralidad, existe indiscutiblemente en el derecho privado. CABRILLAC considera que “desvincular el interés de todo nexo con el individuo, le da un contenido objetivo y lo vincula a una situación jurídica nacida de un acto que permite hablar de contrato consigo mismo”. Un autor como DEMOGUE lo define de manera más pragmática cuando señala que se trata de situaciones en las cuales una persona “figura en su propio nombre y en el nombre de un tercero que ella representa, **o como representante de dos personas**”. En algunos casos la representación puede extenderse a más de dos personas. En realidad en el contrato consigo mismo, una sola persona se expresa, pero ella puede expresar dos consentimientos distintos como señalan COLIN y CAPITANT, a nombre de dos partes contratantes distintas en forma sucesiva.

La condición de la alteralidad se cumple incluso si se considera que la dimensión de la alteralidad concierne más que a las personas en presencia, los patrimonios y los intereses en causa. En síntesis, lo importante en el contrato consigo mismo es que los intereses en presencia sean salvaguardados.

B. LOS CONTRATOS DE NEGOCIACION (ACTOS PREPARATORIOS) Y LA ESTRUCTURA TECNICA DE LA CONTRATACION

Anteriormente, solo el pacto de Preferencia y la Promesa de contrato, se celebraban antes de un contrato definitivo. En la actualidad existen numerosos actos preparatorios antes de un contrato definitivo, incluyendo cartas de intención (fija los elementos de la negociación del contrato), acuerdos de principio, negociación de contratos marco, de acuerdos de confidencialidad, contratos de

opción, que son usuales en esta clase de contratación, y que pueden dar lugar a responsabilidad contractual. Se habla también de *avant-contrats*, que son Promesas de contratos, contratos preliminares, contratos preparatorios o contratos de reservación según la doctrina alemana, y que se refieren a realidades diversas, que por ejemplo tienen como elementos comunes la preparación de un contrato definitivo, o se refieren a las soluciones que se tienen para lograr concluir un contrato (contratos provisionales).

En efecto, no se tuvo en cuenta en dicho proyecto y tampoco se destacó en la sentencia objeto de aclaración, la técnica jurídica, es decir las etapas en la construcción del contrato de franquicia, como instrumento de gestión de conocimientos, en el que intervienen: La *Licencia de marca*, en la que el licenciataria cuenta con una marca notoria y una enseña comercial, entonces se le ofrece a cambio de una suma fija por ventas, licencia de Marca y uso de la Enseña, que desde el punto de vista operativo entrega un Manual de manejo de Marcas.

Se debió observar también el aspecto atinente a la *concesión comercial*, en la que el concedente cuenta con la Marca conocida o notoria, pero además con cierta habilidad para el manejo del negocio producto de una experiencia comprobada, entonces ofrece la Marca, el Uso de la Enseña, y una asistencia técnica que es como un conocimiento secundario a uno principal (servicio postventa y de mantenimiento), así como suministro de productos (en concesiones por ejemplo de vehículos automotores).

En la franquicia, el Franquiciante cuenta con un Know How conocimiento principal (original y que brinda una ventaja comparativa) que es lo más importante y la característica esencial de la franquicia. Además, tiene un Centro Piloto donde

retroalimenta y repiensa en forma permanente ese conocimiento para transmitirlo en forma permanente a través de toda la RED.

Los contratos de gestión de bienes inmateriales y de gestión del conocimiento son contratos en permanente construcción, no son contratos acabados, son contratos en que la consolidación del paquete de conocimientos tiene que probarse después de su éxito repetido en diferentes puntos de venta, para después adaptar ese éxito a las condiciones de los diferentes mercados. Entonces se requiere un Centro Piloto que se ocupe de eso⁴¹².

⁴¹² EI 9 de septiembre, tal como se acredita en el Acta No. 22, el Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros⁸⁰, una vez analizado el estudio hecho por " ... *la firma de Violy MC'Ausland con asocio del señor Rudolf Hommes ...* " emitió concepto favorable a la Gerencia para llevar a cabo el proyecto de tiendas de café, el cual comprendía, de acuerdo con lo dispuesto en el Acta, lo siguiente:

" .. la idea es que la Federación lleve a cabo la iniciativa de abrir inicialmente cuatro tiendas a manera de centros pilotos, con diferentes formatos y modelos, en Bogota, Medellín, Cartagena y Miami (U.S.A.) que se inauguraran el 15 de diciembre próximo.

Que vez (sic) se hayan iniciado operaciones en las tiendas piloto y se pueda establecer que tipo de modelo de tienda resulta mas eficaz y productivo, este proyecto se convertirá en una realidad empresarial en la que podrán participar todos los colombianos residentes en el país o en el exterior.

(. ..)

... en principio se ha pensado en utilizar, con tal fin, las instalaciones que la Federación tiene en arrendamiento en el Aeropuerto Eldorado (sic) y en el Puente Aéreo de esta ciudad, y la Casa que ocupa la Federación en Cartagena, que se adecuarían para convertirlas en una especie de "Plaza del Café"

El proyecto que no fue aprobado, ni tampoco la sentencia acogida por la mayoría captan que en el presente caso la Federación de Cafeteros, era la única que podía ser franquiciante, y que precisamente para lograr una mayor eficiencia en el desarrollo de la estrategia, pero también una mayor claridad frente a la explotación plena de toda la estrategia marcaría, se vio en la necesidad de crear una sociedad especializada con este fin exclusivo que fue PROCAFECOL S.A. Lo anterior, ya que no estaba celebrando cualquier negocio de los que acostumbraba en el giro ordinario de su actividad. En este caso no era factible que se tuvieran varios oferentes que le aportaran un valor agregado como lo sugirieron algunos, ya que si llegaban a presentarse a la eventual licitación pública otros oferentes, o bien se presentarían quienes no tenían la debida experiencia, o bien sus propios competidores con el peligro que esto conllevaba.

Por supuesto si esta dándosele valor agregado al café más suave del mundo, son los propios cafeteros colombianos a través de sus instituciones representantistas, y no su competencia EN FORMA PERMANENTE, quienes tienen que crear el instrumento adecuado para incrementar ese conocimiento cafetero.

Tampoco puede perderse de vista, y así debió destacarse en la sentencia objeto de la aclaración, que para llegar a la maduración y consolidación de una franquicia de las características de la cafetera, se requiere un proceso largo que parte de una construcción que comienza por un contrato de prestaciones simples (licencia de marca) que avanza hacia uno de prestaciones complejas (franquicia) pasando

por el de concesión⁴¹³. Lo anterior, porque no solo es el resultado final y más elaborado de todos los procesos adelantados por PROCAFECOL S.A, que es el esquema y contrato de franquicia⁴¹⁴, sino porque es hiperespecializada (la franquicia agrícola no ha tenido un gran desarrollo todavía, y mucho más si se trata de una franquicia en un subsector como es el cafetero, donde existe una competencia muy concreta por parte de ciertos países)⁴¹⁵.

Entonces se requiere, como ya se dijo, del Centro Piloto especializado en las características de producción del café de Colombia, en su comercialización y distribución más adecuado para llegar al consumidor final que investigue sobre eso⁴¹⁶. La Federación Nacional de Cafeteros tiene un centro que se llama

413 . Debió también hacer referencia el fallo a la naturaleza y la formación progresiva de esta clase de contratos, los cuales tienen un tratamiento muy técnico desde el punto de vista jurídico, como lo enseñan, por ejemplo, instituciones o esquemas como la franquicia y la concesión que incluso han sido sometidos a excepciones por categorías en la Unión Europea, por razones de eficiencia económica. Es decir se les ha exceptuado de las normas que existen en materia de la prohibición de pactos de exclusividad para conservar la competitividad nacional e internacional de ciertas redes o cadenas que agrupan diferentes comerciantes independientes como en este caso, frente a grandes multinacionales de un solo dueño

414

415. No es lo mismo si se tratara de franquicias comunes como las hoteleras, de venta de películas, de productos alimenticios como hamburguesas o pizzas p las de alquiler de vehículos,.

⁴¹⁶ . La estrategia de franquicia se da dentro de un contexto globalización donde se generalizan los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas; se acusa el desequilibrio económico de los consumidor; se observa una complejidad creciente en los productos; se da una producción en serie y distribución en masa, que impiden información directa y limitan el consentimiento; se presentan prácticas

CENICAFE, que tiene alrededor de más de un centenar de investigadores de planta y sobre el terreno, que puede constituir el germen de dicho acompañamiento a la RED de franquicia.

C. EL PROCESO DE DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA ORDENADA POR LA COMISION DE AJUSTE INSTITTUCIONAL Y LA APROBACION FORMAL.

EL COMITE NACIONAL DE CAFETEROS ES UN ORGANO DE CREACION ESTATUTARIA (El Gobierno Nacional actúa en el CNC mediante una pluralidad de funcionarios que el mismo contrato designa que actúan bajo las directrices del Ministro de Hacienda y Crédito Público) para la administración del Fondo Nacional del Café, y se ocupa de la CONCERTACION EN MATERIA DE POLITICA CAFETERA, que se traduce en traer a identidad de fines o propósitos cosas diversas o intenciones diferentes.

Las funciones del COMITE NACIONAL DE CAFETEROS están determinadas en el Contrato de Administración y son generales como acabamos de indicar ya que se sujetan A LA ADOPCION DE PROGRAMAS, FIJACION DE POLITICAS, DEFINICION DE ESTRATEGIAS Y DETERMINACION DE MEDIDAS EN MATERIA CAFETERA).

agresivas de comercialización y un intercambio entre países de diferentes regímenes jurídicos sobre activos intangibles, figuras contractuales atípicas y complejas ; intercambios internacionales que se rigen por normas nacionales e internacionales diferentes que contienen prácticas agresivas, grandes avances tecnológicos y productos peligrosos que pueden incidir sobre los consumidores; normas sobre normalización, certificación y metrología; conflictos de leyes y manejo de los instrumentos internacionales, pues la controversia planteada no resulta ajena a ello y, por el contrario, existe una estrecha relación con estos temas, lo que, precisamente, facilita su real alcance y entendimiento.

Los opositores de la sentencia cuya parte resolutive comparto, privan de valor al consentimiento del Ministro como miembro del Comité Nacional de Cafeteros, quien es además portador de un voto calificado (ES DECIR EL MINISTRO TIENE TANTOS VOTOS CUANTOS SEAN NECESARIOS PARA QUE LA REPRESENTACION GREMIAL NO SEA NUNCA SUPERIOR A LA DEL GOBIERNO NACIONAL y PARA EQUILIBRAR FRENTE A CADA DECISION LOS VOTOS DEL GOBIERNO). Pero acto seguido, pretenden que la aprobación de todos y cada uno de contratos tan técnicos tenga que someterse al COMITE NACIONAL DE CAFETEROS, restando toda posibilidad de competitividad nacional e internacional a los cafeteros, en mercados tan disímiles y dinámicos.

Desconocen, quienes se opusieron a la sentencia objeto de aclaración, que el Comité Nacional de Cafeteros, órgano de concertación de la Política Cafetera, no puede dar su consentimiento para aprobar todos y cada uno de los contratos. Así se infiere de la lectura de la cláusula cuarta del contrato donde se plasman las funciones de ese Organo. Dicho Comité Nacional tiene la facultad de hacer el presupuesto del Fondo Nacional del Café y formular los planes y programas, como le corresponde a un órgano cuya esencia es la concertación de la política cafetera.

NO EXISTE NINGUNA NORMA EN EL CONTRATO QUE LE ESTABLEZCA FUNCIONES CONTRACTUALES DIRECTAS AL COMITE NACIONAL. La cláusula décima sexta determina que cuando la Federación opte por contratar con terceros se sujetará al derecho privado y a la reglamentación que expida el propio Comité.

El reglamento vigente es la Resolución número ocho del año dos mil, y determina la instancia que al interior de la Federación, según la cuantía y naturaleza del contrato debe aprobarlo de tal manera que las competencias se distribuyen entre

el Comité Directivo de la Federación, el Comité de Contratación, el de marcas, la gerencia, la respectiva dirección, etc.

Tal Resolución es el reglamento adoptado por el Comité Nacional para la contratación en los casos en que la Federación opta, para cumplir los cometidos del Fondo, por contratar la realización de las obras y la prestación de los servicios con terceros. La Resolución 8 no reglamenta los casos del autocontrato, esto es, cuando la Federación Nacional de Cafeteros como entidad privada opta por usufructuar un activo del Fondo, por lo que tal hipótesis ha de regirse por el derecho privado. El derecho privado, el código civil y el código de comercio establecen en los artículos 1270 y 839 respectivamente, que el mandante podrá autorizar al mandatario para que utilice sus bienes y precisamente la autorización del 23 de diciembre se funda en esos proveídos normativos.

Cabe recordar que según la cláusula tercera del contrato, el Ministro de Hacienda "tendrá tanto votos como sean necesarios para equilibrar el voto entre el Gobierno y los representantes cafeteros". La posterior aclaración y ratificación de la autorización, tiene ese efecto y objetivo, de aclarar y ratificar la autorización válidamente proferida, a la luz pública, plasmada en un acta, en acatamiento de los proveídos del derecho privado colombiano.

III. LOS FUNDAMENTOS DE LAS DIFERENTES POSICIONES FRENTE A LA ACCION POPULAR Y ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES.

La sentencia que motiva mi aclaración, debió poner de manifiesto cuáles fueron las distintas posiciones jurídicas que se enfrentaron en la Sala Plena durante la discusión del proyecto derrotado, pues es la única manera de encarar la violación

del derecho colectivo a la moralidad administrativa y el correspondiente detrimento patrimonial que se le endilgaba a la parte demandada.

Cabe recordar entonces que la primera posición, que era la más extrema, consideró que habían existido irregularidades en la contratación adelantada por la Federación de Cafeteros con PROCAFECOL, pues solo se podían aplicar a la estrategia comercial de promoción del portafolio inmaterial de la Federación de Cafeteros las normas sobre contratación estatal que se encuentran previstas en la citada Ley 80 de 1993 y que en consecuencia lo que procedía en este caso, era que el Juez anulara el contrato, ya que incluso, el contrato firmado estaba viciado por tener objeto y causa ilícita.

Efectuadas las precisiones técnico-jurídicas que he reseñado en forma amplia en la presente Aclaración de Voto, creo que me veo relevado de agregar más argumentos, por los cuales de haberse aceptado dichas opiniones, la aplicación de normas que no correspondían hubiera tenido severas consecuencias para la caficultora colombiana, y para la economía en general. Solo me resta agregar que nunca entendí porqué se hablaba de una eventual causa y objeto ilícito, cuando ni el contrato de Administración del Fondo Nacional del Café, ni los que pretende implementar PROCAFECOL S.A., ni la constitución de esta sociedad comercial puede decirse que verse sobre un bien que esté por fuera del comercio legítimo, o que obedecieran a motivos que infringieran el orden público, las buenas maneras o que constituyeran fraude a la ley.

La segunda posición sostuvo que en el mejor de los casos, era necesario reconocer que dicha contratación en virtud del Contrato para la Administración del Fondo Nacional del Café para la Federación Nacional de Cafeteros, se regía por el derecho privado. Sin embargo, al pretender aplicar a dicho portafolio inmaterial

el derecho tradicional de las obligaciones y de los contratos, a la manera como se hace en el Código Civil y Comercial para el tráfico de bienes materiales, derivaba una serie de consecuencias iguales o peores a los de la primera posición, pues estimaba que debía revisarse en su integridad la contratación realizada con la marca Juan Valdez, y someterla a un nuevo peritaje, para descubrir si eventualmente podía existir un detrimento del patrimonio público.

Tanto para quienes sostenían la primera como la segunda posición, no era dable aceptar por razones evidentes, que no se conduce una negociación de un contrato administrativo en la fase precontractual, o de un contrato típico tradicional durante el período extracontractual, de la misma manera como ocurre en la negociación de contratos de gestión y transferencia de conocimiento, ya que en estos últimos, que también se denominan de valor agregado, como ya se explicó ampliamente en párrafos anteriores, se presenta un proceso gradual de consolidación hasta alcanzar el contrato definitivo.

De esta manera en la práctica, la Federación de Cafeteros lo que hizo fue ir plasmando la progresión contractual en contratos preparatorios o de negociación, lo que no podía ser de otra manera, por la naturaleza compleja del contrato definitivo. No les era comprensible tampoco a quienes sostuvieron la posición minoritaria, entender cómo era que si la marca tenía un valor, los licenciarios cancelaban una suma tan diferente como contraprestación del contrato (por supuesto porque partían de la base que la marca se estaba transfiriendo y no simplemente licenciando).

Mucho menos se podía comprender que el resultado de una valoración que recaía sobre una construcción gradual de contratos que no se conocían ni se analizaban en su estructura precisa, no era dable hacerla en forma general y por cualquier

persona que no fuera experta en esta clase de contratación especializada. Por eso no resulta extraño, que juzgaran con ligereza que podía existir detrimento patrimonial y que se estaba siendo flexible con el control de legalidad que estaba ejerciendo la Corporación, ya que pretendían aplicar normas en forma aislada que no se compadecían con la naturaleza y la estructura del negocio que se había propuesto implementar el gremio cafetero.

Una tercera posición, que resultó mayoritaria, señaló que la creación de PROCAFECOL por parte de la Federación Nacional de Cafeteros fue legítima, y que esta última entidad como representante del Gremio estaba en capacidad de hacerlo dentro de su papel de Administradora del Fondo Nacional del Café de constituir una sociedad comercial que pudiera desarrollar con el grado de especialización que se requiere, la estrategia de un negocio tan complejo y novedoso a nivel mundial como es una franquicia integral cafetera, sin colocar en ningún momento en riesgo la ventaja competitiva de Colombia que produce y distribuye el café más suave del mundo.

Esta tercera posición, fue la que tuve oportunidad de defender, y, se repite, ha debido recogerse expresamente en la sentencia que motiva mi aclaración de voto, pues reconoce que con el advenimiento de la sociedad del conocimiento, las modalidades de contratación de los bienes inmateriales y el Know How en sus diferentes modalidades, tienen un tratamiento concreto y especializado por su naturaleza en la doctrina y la jurisprudencia, que no corresponde con el que se le ha brindado al tráfico de bienes corporales en el derecho civil y comercial, sino que se compadece más con la óptica del derecho económico y la articulación normativa que este implica; y la Franquicia, por citar tan solo un ejemplo, es, repito, el contrato por excelencia del denominado derecho de los negocios donde

se refleja una visión organizacional del derecho, o en otras palabras una instrumentación del desarrollo microeconómico.

En efecto, los intercambios de bienes inmateriales deben ser organizados y efectuados metódicamente en la medida en que los contenidos van evolucionando y consolidando el conocimiento, y lo que es más importante, regidos por las disposiciones que sean apropiadas según la naturaleza y los elementos esenciales de cada figura contractual. Así, mientras en el derecho tradicional solo eran concebibles las rígidas promesas de contrato, en el derecho de los negocios actual se han desarrollado, afinado y enriquecido bastante algunos de los instrumentos que ofrecía la teoría general de las obligaciones, en la medida en que las relaciones se han vuelto económica y técnicamente más amplias. Se tiene por lo tanto mucho mayor cuidado para preparar los contratos marco, lo que se traduce en economía de tiempo y cuidado para la posterior preparación de los contratos de aplicación.

No resulta entonces extraño entender que para concebir una operación como la franquicia, que implica el aporte conjunto de aspectos financieros, técnicos, industriales y comerciales, el jurista se vea invitado a la construcción de instrumentos jurídicos mucho más complejos que los que consideraron los redactores del código civil o los cultores del derecho público antes de que este último se decidiera a intervenir con decisión en la economía y en las relaciones privadas.

Es importante señalar que el mundo de los negocios internacionales no se crea desde un Tribunal colombiano, así se trate de una Alta Corte. Una vez comprendido el negocio que se está implementando y el proceso que hay que seguir para poder hacerlo, es decir, qué se aspira con una franquicia, hay que

recorrer un camino sobre todo en la práctica pues no existen muchas franquicias cafeteras.

Es la progresiva expansión de los negocios a nivel nacional e internacional la que va a compensar con mayor posicionamiento y volumen el esfuerzo y la inversión inicial; es mediante el aporte continuo del Centro Piloto en materia de mercadeo, atención a los clientes, publicidad, decoración, amoblamiento, prestación del servicio, refinamiento en la adquisición y preparación del producto, entre otros, lo que la convierte en sinónimo de calidad en el servicio que distingue al licenciante, concedente o franquiciante y que atrae cada vez mayores empresarios independientes interesados en hacer parte de la red de licenciarios, concesionarios, o franquiciados, y en algún momento, el conjunto de los contratos de tracto sucesivo que se han celebrado, cancelará con creces las inversiones realizadas.

Si de la protección del patrimonio público se trata, debió resaltarse en la sentencia que la Federación de Cafeteros logró el año pasado el reconocimiento de la denominación de origen en Europa para el Café colombiano. Mientras la indicación de origen no da realmente derechos propiamente, la denominación de origen permite impedir jurídicamente en toda Europa que se utilice para cualquier fin, sin autorización de la Federación de Cafeteros.

Uno de los aspectos que merecieron resaltarse en el fallo son los de orden económico. De otra parte, las cifras gastadas en la publicidad contablemente constituyen inversión y no un gasto.

En la letra g de la cláusula séptima del contrato de administración se establece, dentro de las obligaciones de la Federación, la de indicar en forma expresa el

nombre del Fondo Nacional del Café cuando se realice cualquier actividad que sea financiada con sus recursos. Esta cláusula se concibió para que el público conociera cuando se estaba realizando, por ejemplo, una carretera, que los recursos provenían del Fondo. En esa cláusula no se dice que las minutas de los contratos o, en los registros de instrumentos públicos, o en el registro de las marcas ante la respectiva Superintendencia se deba indicar el nombre del Fondo Nacional del Café al lado del de la Federación, sencillamente porque no existe la persona jurídica Federación Nacional de Cafeteros, Fondo Nacional del Café y no tiene NIT. Existe, por un lado, la Federación Nacional de Cafeteros, que es una persona jurídica con capacidad jurídica y por lo tanto susceptible de ser titular de derechos y obligaciones. Y, por otro lado, una cuenta parafiscal, sin personería jurídica, carente de capacidad. Se trata de un patrimonio de afectación, respecto de cuyos bienes no es posible predicar propiedad en sentido tradicional, como lo ha dicho la Corte Constitucional en múltiples ocasiones.

La sentencia debió dejar en claro que no existe la menor duda de que todos y cada uno de los funcionarios de la Federación que fueron nombrados como miembros de la Junta Directiva de Procafecol, lo fueron en razón de ser la Federación el accionista mayoritario de la misma y por lo tanto en consideración de su cargo. Se trata de la dinámica propia del derecho societario y del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Como quiera que la sentencia que comparto, como ya se dijo, fue el resultado de las diferentes discusiones que se suscitaron en el seno de la Sala Plena respecto de un proyecto que contenía conclusiones totalmente diferentes, era necesario que la misma hubiera hecho más énfasis en los aspectos que han quedado reseñados y ante todo que hubiera dado una respuesta a quienes mostraron un absoluto desconocimiento de la materia que involucraba la controversia y que el

funcionamiento armonioso de cualquier sistema económico y social, requiere un cierto sistema de normas que aseguren la adquisición y el uso de los factores de producción, de los productos o servicios; que todo orden jurídico tiene repercusiones que enmarcan y normativizan el sistema económico de un país, lo que conlleva una visión renovada del derecho, que supone relaciones fructíferas entre éste y la economía y no puede convertirse en un obstáculo del cambio social o del instrumento de desarrollo, pues una lectura normativa que soslaye la razón de ser de la norma jurídica, no es neutra y puede dar al traste con cualquier institución jurídica.

La mejor herramienta práctica es una buena teoría, pero solo asimilando la real naturaleza del contrato de franquicia que tiene licencia de marca, uso de enseña, contrato de transmisión de conocimientos, contrato de asistencia técnica, contrato de suministro, y muchas veces elementos de contratos de ingeniería, licencia de patentes, etc., podremos entender cabalmente que ni un experto cafetero, ni un funcionario cualquiera o unos comités creados para circunstancias ordinarias de manejo, pueden sustituir en temas tan especializados a unos asesores quienes constituyen una inmensa minoría.

A la Nación no se le puede ocurrir y en efecto creo que nunca se le ha ocurrido, registrar una marca, como lo pretendían exigir los opositores de la sentencia, que ha debido hacer hincapié en este aspecto, porque no es posible en el mundo jurídico. La Nación según el artículo 2º. de la Constitución Política, tiene unos fines esenciales, y según el artículo 3º, ibídem, la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. La Nación otorga concesiones sobre las patentes; registra marcas a favor de personas naturales o jurídicas. A lo sumo, el sector público en competencia, como las empresas industriales y comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta y Sociedades por Acciones pueden registrar a través de empresas que tienen que

desprenderse de las prerrogativas del derecho público, precisamente porque están en pie de igualdad con los operadores privados, registrar sus marcas, verbigracia ECOPETROL, EPM, EMCALI, UNE, etc.

No sobra recordar que los recursos del Fondo Nacional del Café estaban en sus más bajos niveles en el año de 2003. Por una parte se había acabado el Pacto de cuotas, por otra, finalizaba una administración donde no se había utilizado el mecanismo de la licencia de marca para obtener recursos. Al evaluar el presente caso, los resultados obtenidos por la Federación de Cafeteros tanto desde el punto de vista de los ingresos para el FONDO NACIONAL DEL CAFE, como de la democratización de las acciones es de conocimiento público.

Precisamente, en una página que se llama www.cafedecolombia.com se encuentra la siguiente información que tomamos y creemos que puede ser ilustrativa, relativa a que en diciembre de 2006 existían un total de 1.493.569 acciones preferenciales con un valor nominal por acción de 5000, para un valor total de las acciones de 7.467.845.000. Para junio de 2007 existían un total de 1.952.627 con un valor nominal por acción preferencial de 5000 pesos, para un total de 9.763.135.000. En cuanto a las acciones ordinarias a diciembre de 2006 eran 10.700.966 con un valor nominal por acción de \$5000 para un total de 53.504830.000 lo que equivale a una participación del 87.7521%, lo que frente a las 1.493.569 acciones preferenciales con un valor nominal por acción de 5000, para un valor total de las acciones de 7.467.845.000 existentes a diciembre de 2006 equivale a 12.2479%; y para junio de 2007 ya la diferencia había pasado a 10.700.966 acciones ordinarias a \$ 5000, lo que da un valor total de 53.504.830.000, lo que equivale al 84.5686% en tanto que las acciones preferenciales pasaron a ser un porcentaje del 15.4314% (Para junio de 2007

existían un total de 1.952.627 con un valor nominal por acción preferencial de 5000 pesos, para un total de 9.763.135.000).

Entonces, como de lo que en este caso se trataba era de examinar si existió una violación a la moralidad administrativa y al detrimento del patrimonio público, era menester que la sentencia objeto de aclaración precisara los aspectos señalados, máxime si, como ya se dijo, fue el resultado de múltiples intervenciones de los distintos integrantes de la Sala que lograron imponer el voto mayoritario para la confirmación de la sentencia de primer grado, denegatoria de las pretensiones de la demanda.

MARCO ANTONIO VELILA MORENO
Consejero