

RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – Ámbito de aplicación

[E]l régimen jurídico de los contratos estatales es el establecido en las normas civiles y comerciales, en ausencia de norma especial en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que la modifiquen o adicionen (artículos 13, 32 y 40). No obstante la coexistencia de derecho público y derecho privado, y la combinación de estos, como herramientas para el desempeño de la labor administrativa y la gestión pública, deben existir límites y fronteras entre uno y otro régimen, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, y en la perspectiva de que finalmente están sujetos a un régimen superior previsto en la Constitución Política. En la actividad contractual del Estado es posible predicar, como se desprende de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, que el régimen jurídico de los contratos estatales no es «unitario y puro, sino variable y mixto, apareciendo siempre mezclados en distintas proporciones el Derecho administrativo y el Derecho privado».

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 13 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 32 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 40

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – Regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993

[L]a ley permite que algunas entidades del Estado, en atención a precisas necesidades y características de las actividades comerciales, industriales o financieras que realizan, o incluso, también, en algunos casos, por necesidades sociales o públicas, utilicen normas del derecho privado o normas especiales que garanticen la ejecución de sus actividades en condiciones legales que les dé competitividad y agilidad para alcanzar sus fines. (...) En este sentido, la pretendida universalidad de la Ley 80 de 1993 se ha visto frustrada, por la tendencia expansiva a crear exclusiones. Ha sido una constante, durante estos años, la proliferación de excepciones a su aplicación, que han desvirtuado el aludido propósito, pues han dado lugar, en la práctica, a que la Ley 80 de 1993 no se aplique a todas las entidades del Estado, ante la existencia de muchos regímenes especiales que remiten al derecho privado o a normas especiales. No obstante, teniendo en cuenta esa realidad –y quizá los clamores de la jurisprudencia y la doctrina –, el mismo Legislador, en la Ley 1150 de 2007, sin desconocer el carácter de los contratos celebrados por las entidades exceptuadas del régimen general de contratación estatal, estableció límites a las mismas (...). Nótese que, aun cuando la ley excluye a algunas entidades estatales de la aplicación del mencionado estatuto, les impone el deber de dar cumplimiento a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, así como aquellos establecidos para la gestión fiscal en el artículo 267, y las somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. (...) Así las cosas, el régimen legal aplicable a los contratos que celebren las entidades excluidas del Estatuto de la Contratación Pública es mixto y se enmarca en «un régimen especial: el derecho privado combinado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal», y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que es de naturaleza pública, es decir, previsto en normas imperativas, de orden público, indisponibles y de obligatorio cumplimiento. (...) Como corolario de todo lo expuesto, se advierte que ha sido la jurisprudencia la que ha venido conciliando la aplicación del derecho privado con los principios de la función administrativa en los contratos que celebran las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Dicha tarea implica tener en cuenta el régimen especial de la entidad exceptuada, y hacer, además, un ejercicio de

adecuación, armonización e interpretación normativas que respete la esencia de cada principio constitucional de la función administrativa y del control fiscal, sin dejar de lado las inhabilidades e incompatibilidades, como ya se indicó.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 209 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 267 / LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los límites a aplicables a las entidades públicas exceptuadas de la Ley 80 de 1993, ver: Corte Constitucional, sentencia C-629 de 2003 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 2008, rad. n.º 25000-23-26-000-2000-00919-01 (26227).

BIENES INTANGIBLES / DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL – No todos los activos intangibles se regulan por las normas que regulan la propiedad intelectual

[L]os bienes intangibles son aquellos que consisten principalmente en derechos u otras cosas incorporales (aunque puedan ser representadas de forma perceptible), siempre que sean susceptibles de apropiación y alienación. Se denominan activos intangibles, cuando tienen un valor económico y son susceptibles de explotación. El titular de esos bienes puede ejercer las facultades y prerrogativas inherentes a esta clase de propiedad, de acuerdo con lo previsto en la ley. Estos derechos son transmisibles, y su titular puede usarlos y explotarlos con fines económicos. Dentro de tales bienes, se encuentran los derechos de propiedad intelectual. (...) [N]o todos los activos intangibles están regulados por las normas atinentes a la propiedad intelectual (PI). Hay activos intangibles, como por ejemplo el good will, los contratos de licencia y de franquicia, que no están sujetos a las reglas de PI, sino al derecho privado en general, específicamente a las reglas del Código Civil y el Código de Comercio.

PROPIEDAD INTELECTUAL – Definición y categorías / DERECHOS DE AUTOR / PROPIEDAD INDUSTRIAL - Diferencias

La propiedad intelectual ha sido definida como aquella que se relaciona con las creaciones de la mente humana: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio. También se ha entendido como la protección legal sobre toda creación del talento o del ingenio humano, dentro del ámbito científico, literario, artístico, industrial o comercial. (...) La propiedad intelectual se divide en dos categorías principales, a saber: i) Los derechos de autor, que comprenden las obras literarias, las películas, la música, los diseños arquitectónicos y las demás obras artísticas, entre otros, y ii) La propiedad industrial, que comprende las patentes de invención, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas, entre otros. La diferencia fundamental entre los derechos de autor y la propiedad industrial consiste en que, mientras los primeros protegen la forma en la que se expresa la creación proveniente del ingenio artístico, científico o intelectual, durante toda la vida del autor y un tiempo adicional (80 años), la segunda protege las creaciones, siempre que tengan una aplicación industrial o comercial, y la protección se concede por un tiempo limitado, para asegurar su explotación económica (20 años, aproximadamente).

PROPIEDAD INTELECTUAL / BIENES INTANGIBLES / EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL POR

PARTE DE ENTIDADES ESTATALES – Inexistencia de regulación por parte de la Ley 1955 de 2019

[E]l Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, en el artículo 167, buscó promover la explotación comercial de los derechos de propiedad intelectual y demás bienes intangibles cuya titularidad recaiga en las entidades públicas, de forma tal que sean aprovechados y generen un beneficio económico para el Estado. La ley también ordenó destinar los beneficios o regalías que se generen por dicha explotación al apoyo e inversión de programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación de la entidad pública. Y en caso de que la entidad titular no realice ninguno de esos proyectos o actividades, ordenó destinarlos a la promoción de las industrias creativas, a que alude la Ley 1834 de 2017. En consecuencia, los recursos que se obtengan por la explotación de estos bienes y derechos deben destinarse exclusivamente a los proyectos de ciencia, tecnología e innovación que efectúe la entidad titular de los mismos y, en su defecto, a la promoción de las industrias creativas, a que se refiere la Ley Naranja. Sin embargo, la Ley 1955 no aludió a la reglamentación de los instrumentos y mecanismos para llevar a cabo la explotación económica de esos bienes y derechos, como tampoco reguló el mecanismo o procedimiento contractual que deben utilizar las entidades públicas titulares para negociar su explotación, ni señaló si deben aplicar o no, para tal efecto, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

FUENTE FORMAL: LEY 1955 DE 2019 – ARTÍCULO 167 / LEY 1834 DE 2017

ENTIDADES ESTATALES TITULARES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y OTROS BIENES INTANGIBLES – Para su explotación económica se debe determinar si se encuentran exceptuadas de la aplicación del Estatuto de Contratación Pública

[L]as entidades públicas que sean titulares de derechos de propiedad intelectual u otros bienes intangibles, y decidan llevar a cabo su explotación económica, deberán determinar si se encuentran dentro de alguno de los regímenes exceptuados de la aplicación del Estatuto de Contratación Pública, o regímenes especiales, en razón al tipo de entidades, al sector al que pertenecen, o a la naturaleza de las actividades que ejercen. En el evento de estar exceptuadas, deberán dar cumplimiento a los principios contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, previsto en la Ley 80 de 1993, con sus adiciones y modificaciones, como lo ordena el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. En caso contrario, es decir, si la entidad pública respectiva no se encuentra exceptuada de la aplicación del citado Estatuto, deberá dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en él para llevar a cabo la contratación de la explotación comercial de los derechos de propiedad industrial y demás intangibles que posea, tanto en la etapa precontractual como contractual.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 209 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 267 / LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 13

EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE LAS ENTIDADES ESTATALES – Las entidades estatales pueden suscribir los contratos regulados por la ley y aquellos otros que habitualmente celebran los particulares para estos fines

[N]i la Ley 80 de 1993, con sus modificaciones y adiciones, ni la Ley 1955 de 2019 establecen una tipología contractual especial o distinta a la regulada en el derecho privado, para que los titulares negocien la explotación comercial de sus derechos de propiedad intelectual y demás intangibles. Por tal razón, tanto las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como aquellas que deben aplicarlo, pueden suscribir los contratos regulados por la ley y aquellos otros que habitualmente celebran los particulares, para estos fines, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. (...) [E]n materia de derechos de autor, la ley establece claramente que una de las formas de explotación de los derechos patrimoniales, que el titular de estos puede negociar y convenir con terceros, es la cesión, transferencia o enajenación de tales derechos, la que está sujeta a la formalidad exigida legalmente para su existencia (constar por escrito); a las limitaciones materiales, temporales y territoriales acordadas por las partes o, en su defecto, previstas en la ley, y a su inscripción en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad frente a terceros. En el terreno de la propiedad industrial, la Decisión 486 de 2000 no ofrece tampoco una definición general de explotación, sino que utiliza dicho término en múltiples disposiciones, referentes a cada uno de los tipos de bienes o derechos que son protegidos por esa normativa (patentes de invención, marcas, etc.) y a los contratos y demás negocios jurídicos que el titular de aquellos puede celebrar. [N]o puede afirmarse que la explotación comercial de los derechos de propiedad industrial excluya su venta o enajenación a otro título oneroso (permuta, aporte en sociedad, fiducia mercantil, etc.), pues tales actos pueden constituir una forma de obtener utilidad o provecho económico de estos intangibles. Menos aún puede descartarse que la transferencia o cesión onerosa de tales bienes sea una modalidad de explotación de los derechos de propiedad intelectual, en general (incluyendo los derechos de autor), y mucho menos, de los bienes intangibles o incorporales, en su concepción más genérica.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1955 DE 2019 / DECISIÓN 486 DE 2000 DE LA COMUNIDAD ANDINA

EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DEMÁS BIENES INTANGIBLES DE LAS ENTIDADES ESTATALES - Las entidades públicas titulares de estos intangibles pueden celebrar contratos de licencia, cesión, entre otros, atendiendo las formalidades y requisitos previstos en la ley, según el intangible o derecho de que se trate

En el caso de los derechos de propiedad intelectual que pertenezcan a entidades públicas, la ley permite expresamente su enajenación, en ciertas condiciones, tal como se puede observar en el artículo 169 de la Ley 1955 de 2019, que pertenece a la misma Sección II, y regula los derechos de propiedad intelectual sobre los resultados de programas y proyectos de ciencia, tecnología e innovación (incluyendo las tecnologías de la información y las comunicaciones), financiados con recursos públicos. (...) [S]i la cesión o transferencia de los derechos de propiedad intelectual de los que sean titulares las entidades públicas puede hacerse, en condiciones excepcionales, a título gratuito, como lo dispone el artículo 10 de la Ley 1753 y lo sostiene la Corte Constitucional, es evidente que, con mayor razón, dicha enajenación podría hacerse a título oneroso, como en un contrato de compraventa, es decir, recibiendo el Estado la justa contraprestación económica que corresponda al valor de los derechos cedidos. Por las razones explicadas, esta también podría considerarse como una forma de explotación comercial de tales intangibles. (...) [A]parte de la cesión onerosa de estos derechos, el régimen legal de los derechos de propiedad intelectual más comunes

(incluyendo la propiedad industrial y los derechos de autor) autoriza expresamente a sus titulares para celebrar contratos de licencia, que son aquellos en virtud de los cuales el titular del respectivo derecho patrimonial le otorga a un tercero la facultad, exclusiva o no exclusiva, de usar o explotar el respectivo bien intangible, durante cierto tiempo y en determinada región o país, a cambio de una remuneración o contraprestación económica, denominada generalmente regalía. Es importante destacar que, a diferencia de los contratos de cesión o transferencia de los derechos de propiedad intelectual, los de licencia no conllevan la enajenación (definitiva o temporal, total o parcial) de los respectivos derechos patrimoniales, por lo que el titular de estos, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, los mantiene en su patrimonio y puede seguirlos explotando y licenciando a otros terceros (salvo pacto en contrario), así como disponer de ellos en el futuro, total o parcialmente. El contrato de licencia que celebre la entidad pública titular debe atender los requisitos y formalidades previstos en la ley, según la clase de derecho de propiedad intelectual sobre el cual recaiga, y debe inscribirse en el registro correspondiente, para efectos de publicidad.

FUENTE FORMAL: LEY 1753 DE 2015 – ARTÍCULO 10 / LEY 1955 DE 2019 – ARTÍCULO 169

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456)

Actor: MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN

Referencia: Explotación comercial de los derechos de propiedad intelectual y demás bienes intangibles de las entidades públicas. Régimen de contratación aplicable. Tipología contractual

El Gobierno Nacional, por intermedio de la ministra de Ciencia, Tecnología e Innovación, consulta a la Sala sobre el régimen de contratación aplicable a las entidades públicas interesadas en llevar a cabo la explotación comercial de los derechos de propiedad intelectual y demás bienes intangibles de los que sean titulares, atendiendo a lo previsto en el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo 2018- 2022).

I. ANTECEDENTES

Indica la funcionaria que el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación se encuentra preparando la reglamentación del artículo 167 de la Ley 1955 de 2019, en cumplimiento del compromiso adquirido en el marco de la Comisión

Intersectorial de Propiedad Intelectual (CIPI), creada mediante el Decreto 1162 de 2010.

Agrega que, en desarrollo de este proceso, han surgido diversos interrogantes en relación con el régimen de contratación que se derive de la aplicación del referido artículo, razón por la cual formula la presente consulta, teniendo como fundamento el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019, que transcribe.

Por lo anterior, la ministra plantea las siguientes inquietudes:

1. ¿Cuál sería el régimen de contratación aplicable a las entidades públicas para que puedan realizar la explotación de bienes intangibles o derechos de propiedad intelectual de los cuales sean titulares, en atención a lo previsto en el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019?
2. De acuerdo con la respuesta anterior, el régimen de contratación ¿sería aplicable a todas las entidades públicas o habría excepciones al respecto?
3. En el marco del artículo 167 de la Ley 1955 de 2019, ¿Bajo qué modalidad o tipología contractual una entidad pública puede acordar los términos y condiciones para la explotación comercial de bienes intangibles y derechos de propiedad intelectual de los cuales sea titular?

Mediante comunicación del 6 de mayo de 2021, recibida el 10 de los mismos mes y año, la ministra de Ciencia, Tecnología e Innovación presentó a la Sala una «ampliación» de la consulta formulada, en la cual aclara que las dudas surgidas en el proceso de reglamentación del artículo 167 de la Ley 1955 tienen que ver, principalmente, con dos aspectos: *i)* la forma en que las entidades públicas deberían contratar la explotación de sus bienes intangibles, con los terceros interesados, y *ii)* la manera de recibir, asegurar y reinvertir los dineros obtenidos por la explotación de estos activos.

En relación con el primer aspecto, la funcionaria explica que, para los expertos en propiedad intelectual de la CIPI, la explotación de los derechos de propiedad intelectual y demás intangibles de las entidades públicas debería hacerse, en principio, bajo el régimen del derecho privado, teniendo en cuenta el origen, el estado, el alistamiento y la valoración de tales bienes, así como las condiciones de las personas con las cuales se podrían suscribir los respectivos contratos.

Adicionalmente, señala que si bien, en algunos casos, la contratación podría hacerse conforme a las normas especiales sobre los contratos de ciencia y tecnología, en otros casos esto no resulta posible, ni todas las entidades públicas tienen, dentro de su objeto, la realización de actividades de ciencia y tecnología.

Asimismo, comenta que, en virtud de los contratos que se celebran para la explotación de estos intangibles, la titularidad sobre tales bienes «podrá incluso ser compartida con un privado».

Finalmente, en relación con el segundo grupo de inquietudes surgidas en el seno de la CIPI (recepción, uso e inversión de los recursos financieros derivados de la explotación), menciona que se solicitó la colaboración del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, «por lo cual no ahondaremos al respecto».

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder estos interrogantes, la Sala se referirá a: *i)* el régimen de contratación estatal; *ii)* regímenes exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; *iii)* los bienes intangibles y la propiedad intelectual, y *iv)* la explotación comercial de los derechos de propiedad intelectual y demás intangibles, por parte de las entidades públicas titulares.

I. Régimen de contratación estatal. Ámbito de aplicación

La Ley 80 de 1993, «Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», tiene por objeto establecer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (artículo 1). En desarrollo del principio de que cualquier actividad estatal, incluyendo la contractual, persigue la satisfacción directa o indirecta del interés público, o necesidades colectivas (artículo 3 *ejusdem*), la citada ley pretendió, con un criterio de universalidad, establecer un marco normativo general, homogéneo y uniforme para la actividad estatal en materia de contratación pública, atendiendo a lo ordenado por el artículo 150 de la Constitución Política¹.

A su vez, el artículo 13 del estatuto en mención dispuso que «[l]os 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 [...]». Para efectos de la aplicación del mencionado estatuto, el artículo 2 dispone:

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 las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

[...]².

Por regla general, entonces, cuando las entidades estatales celebren contratos, dentro del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deben cumplir las disposiciones del derecho privado (comerciales y civiles) que resulten aplicables, excepto en aquellas materias expresamente reguladas por el citado Estatuto y las normas que lo modifiquen o adicionen, verbigracia, los mecanismos de selección, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, el deber de selección objetiva, las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, el equilibrio económico y financiero del contrato, las cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad, reversión y sometimiento de a las leyes nacionales), la imposición y efectividad de las multas y la cláusula penal pactadas, las garantías del contrato, las nulidades del contrato estatal, el silencio administrativo positivo y la liquidación del contrato, entre otras.

¹ El artículo 150 de la Constitución Política otorga al Congreso de la República la competencia para «expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional».

² La expresión «en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)» fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-629 de 2003.

Vale la pena destacar que, tal como lo ha dicho la jurisprudencia, en ausencia de normas especiales que establezcan un procedimiento de selección distinto, las entidades estatales sometidas a la Ley 80 de 1993 deben utilizar el mecanismo de la licitación pública, para la escogencia del contratista³.

En otros términos, el régimen jurídico de los contratos estatales es el establecido en las normas civiles y comerciales, en ausencia de norma especial en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que la modifiquen o adicionen (artículos 13, 32 y 40). No obstante la coexistencia de derecho público y derecho privado, y la combinación de estos, como herramientas para el desempeño de la labor administrativa y la gestión pública, deben existir límites y fronteras entre uno y otro régimen, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, y en la perspectiva de que finalmente están sujetos a un régimen superior previsto en la Constitución Política.

En la actividad contractual del Estado es posible predicar, como se desprende de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, que el régimen jurídico de los contratos estatales no es «unitario y puro, sino variable y mixto, apareciendo siempre mezclados en distintas proporciones el Derecho administrativo y el Derecho privado»⁴.

II. Regímenes exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Límites

La propia ley ha excluido de la aplicación del régimen general de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 a algunas entidades estatales, caso en el cual estas quedan facultadas para aplicar en su actividad contractual unas reglas distintas, contenidas generalmente en el derecho privado o en un régimen especial, y desarrolladas, además, en sus manuales de contratación.

En efecto, pese a la corriente unificadora que inspiró la Ley 80 de 1993, y reconociendo las necesidades reales de algunas entidades estatales, la ley ha venido consagrando paulatinamente un número importante de regímenes exceptuados o especiales, en razón al tipo de entidades o al sector en el que se desempeñan (criterio orgánico), o a la naturaleza de las actividades que estas ejercen (criterio material), bien por considerarse que no son desarrollo de funciones administrativas o públicas, sino propias de mercados en los que se interactúa en competencia con particulares (actividad industrial y comercial); ora por el simple prurito de darle agilidad y flexibilidad a las actuaciones contractuales de ciertas entidades estatales, liberándolas, en uno y otro caso, de las formalidades y ritualidades del derecho administrativo, así como de las facultades y prerrogativas unilaterales y exorbitantes de la Administración.

Así, la ley permite que algunas entidades del Estado, en atención a precisas necesidades y características de las actividades comerciales, industriales o financieras que realizan, o incluso, también, en algunos casos, por necesidades sociales o públicas, utilicen normas del derecho privado o normas especiales que garanticen la ejecución de sus actividades en condiciones legales que les dé competitividad y agilidad para alcanzar sus fines.

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 27 de septiembre de 2013, exp. 24339, y Sentencia del 10 de febrero de 2021, rad. 50001-23-31-000-1999-10249-01 (45397).

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Civitas, 195, p. 675.

Algunos ejemplos de esta tendencia son: la Ley 30 de 1992 para las universidades públicas; la Ley 31 de 1992 para el Banco de la República; la Ley 100 de 1993 para las empresas sociales del Estado, del sector Salud; la Ley 105 de 1993 para la Aeronáutica Civil; la Ley 142 de 1994 (reformada por la Ley 689 de 2001) para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios; la Ley 143 de 1994 para las empresas del sector eléctrico; la Ley 715 de 2001 para algunos contratos de los fondos de servicios educativos; la Ley 1118 de 2006 para Ecopetrol; la Ley 1150 de 2007 para los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal (artículo 15) o ciertas entidades del sector defensa (Satena, Indumil, Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial -Cotecmar- y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana -CIAC-, artículo 16), o los de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), que estén en competencia con los particulares o actúen en mercados regulados (artículo 14 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011)⁵, entre otros.

Adicionalmente, se prevén regímenes contractuales especiales para ciertos tipos de contratos, como aquellos para apoyar entidades sin ánimo de lucro, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución y que cuentan con su propio estatuto contractual contenido en el Decreto 092 de 2017 (antes en el Decreto 777 de 1992); los contratos de ciencia y tecnología regulados por la Ley 29 de 1990⁶, los Decretos Leyes 393 y 591 de 1991; los contratos de servicios de telecomunicaciones que tienen un régimen de contratación especial (regulados en la propia Ley 80 de 1993, en sus artículos 33 a 36, y ahora, por la Ley 1341 de 2009); los contratos de suerte y azar, de que trata la Ley 643 de 2001; los contratos financiados exclusivamente con recursos de organismos multilaterales de crédito o con personas extranjeras de derecho público u organismos de asistencia y ayuda internacional previstos en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007; los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, de acuerdo con el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, que se rigen por la legislación especial aplicable a dichas actividades, como la Ley 685 de 2001 o Código de Minas (antes Decreto Ley 2655 de 1998), el Decreto Ley 1056 de 1953 (Código de Petróleos, modificado por la Ley 10 de 1961) y el Decreto Ley 2310 de 1974.

⁵ Al respecto, y tal como lo ha sostenido de tiempo atrás esta corporación: «El sometimiento de estas entidades públicas a las normas del derecho privado [...] se fundamenta en 'la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores', de tal manera que 'sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes'». Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2004 (exp.12.342), reiterada en sentencias del 6 de febrero de 2006 (exp. 13414) y el 29 de julio de 2013 (exp. 21642), entre otras.

⁶ Modificada por las Leyes 1286 de 2009, 1450 de 2011, 1607 de 2012, 1753 de 2015, 1951 de 2019 y 1955 de 2019, y los Decretos 1904 de 2009, 2558 de 2012 y 849 de 2016.

En este sentido, la pretendida universalidad de la Ley 80 de 1993 se ha visto frustrada, por la tendencia expansiva a crear exclusiones. Ha sido una constante, durante estos años, la proliferación de excepciones a su aplicación, que han desvirtuado el aludido propósito, pues han dado lugar, en la práctica, a que la Ley 80 de 1993 no se aplique a todas las entidades del Estado, ante la existencia de muchos regímenes especiales que remiten al derecho privado o a normas especiales.

No obstante, teniendo en cuenta esa realidad –y quizá los clamores de la jurisprudencia⁷ y la doctrina⁸–, el mismo Legislador, en la Ley 1150 de 2007, sin desconocer el carácter de los contratos celebrados por las entidades exceptuadas del régimen general de contratación estatal, estableció límites a las mismas, así:

Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. [Se subraya].

Nótese que, aun cuando la ley excluye a algunas entidades estatales de la aplicación del mencionado estatuto, les impone el deber de dar cumplimiento a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política⁹, así como aquellos establecidos para la gestión fiscal en el artículo 267¹⁰, y las somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. Este precepto irradia los principios de la función administrativa en los procesos contractuales de las entidades estatales con regímenes exceptuados, tanto en la etapa precontractual como en la contractual, de donde se deduce que es intención expresa del Legislador sujetar su actividad contractual a unos mínimos del derecho administrativo, por la preponderancia de los intereses públicos que finalmente desarrollan, y para precaver la arbitrariedad, el subjetivismo, la improvisación, los sobrecostos, etc. (con fundamento en el preámbulo y en los artículos 2; 123, inciso 2º, y 209 de la C.P.)¹¹, privilegiando así la transparencia y la selección objetiva en su contratación, aun cuando ellas se sirvan de herramientas, mecanismos e institutos

⁷ Ver, entre otras: Corte Constitucional, sentencia C-629 de 2003, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 2008, rad. n.º 25000-23-26-000-2000-00919-01 (26227).

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto núm. 1127 de 1998, reiterado en el concepto núm. 1263 de 2000.

⁹ Dispone el artículo 209 de la Constitución Política: «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley».

¹⁰ El artículo 267 de la Carta, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019, señala, en su parte pertinente: «La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. [...]». (Resaltamos).

¹¹ SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV. Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 50 y 51.

del derecho privado como estrategia y medios para favorecer y beneficiar la eficiencia en la gestión.

En efecto, la finalidad del Legislador, al establecer estas disposiciones, se expresó así:

Los artículos 12 y 13 del proyecto de ley señalan los principios y límites a que debe someterse la actividad contractual de entidades estatales que por la naturaleza de la función o de los servicios que prestan, requieren de procedimientos contractuales que les permitan competir en igualdad de condiciones con los particulares. En ese sentido el proyecto permite que quienes como entidades públicas tienen objetos de naturaleza comercial, industrial o financiera, rijan su actividad por las normas de la misma en aras de su competitividad, pero que ello no sirva de excusa a la aplicación de los fines de la función pública, ni mucho menos a la universalidad del sistema de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.¹²

Y, sobre el particular, la jurisprudencia de esta corporación ha recalcado¹³:

[L]as entidades estatales a las cuales se les conservó el régimen contractual de derecho privado -entre ellas las Empresas Sociales del Estado-, y por tanto mantuvieron la exclusión de la Ley 80, quedaron limitadas por la nueva filosofía fiscalizadora de la conveniencia de mantener esa exclusión. El artículo 13 reaccionó, exigiendo que las entidades excluidas de la Ley 80 apliquen en la actividad contractual: i) los principios de la función administrativa, ii) los principios de la gestión fiscal y iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

El último aspecto destacado atrás significa que a partir de la Ley 1150 las entidades no regidas por la Ley 80 tienen claridad (...) sobre la mezcla de ordenamientos jurídicos que deben realizar para celebrar los contratos estatales. Sin embargo, antes de expedirse aquella ley la obligación ya existía, pero fue la doctrina, los órganos de control y los operadores jurídicos comunes quienes reclamaban -pero en forma dispersa y desordenada- que en esas instituciones también se debían aplicar los principios constitucionales, sólo que no hubo conclusiones al respecto. El art. 13 desmaterializó la discusión, de ahí que la resistencia ilustrada, pero inconstitucional, que ejercían algunas entidades excluidas de la Ley 80 desapareció, porque el legislador se apropió de la controversia, y la decidió.

El resultado que produjo esta combinación de normas de derecho privado con principios constitucionales es lo que experimentan las entidades excluidas, porque la pureza del derecho privado no la pueden aplicar, so pena de trasgredir los principios constitucionales. No obstante, esto tampoco significa que el régimen contractual de esas entidades haya pasado a ser la Ley 80, porque de ninguna manera se dispuso algo semejante. [La Sala resalta].

Así las cosas, el régimen legal aplicable a los contratos que celebren las entidades excluidas del Estatuto de la Contratación Pública es mixto y se enmarca en «un régimen especial: el derecho privado combinado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal»¹⁴, y el régimen de inhabilidades e

¹² Gaceta del Congreso núm. 458 de 2005. Exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007. Proyecto de Ley 20 de 2005 Senado, «[p]or medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos».

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de abril de 2014 (exp. 25.801).

¹⁴ *Ibidem*.

incompatibilidades, que es de naturaleza pública, es decir, previsto en normas imperativas, de orden público, indisponibles y de obligatorio cumplimiento.

En fin, debido a la naturaleza pública de la entidad y de los recursos que involucran, su actividad contractual y acuerdos de voluntades se rigen, de una parte, por las normas legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales y, de otra, por los principios de la función administrativa¹⁵ y de la gestión fiscal, así como por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley para la contratación estatal.

Por lo tanto, si bien es cierto que el Estatuto de Contratación Estatal excluyó de su aplicación a algunas entidades, también lo es que dicha exclusión no abarcó los principios constitucionales que rigen la función administrativa, a saber: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales están llamados a gobernar la actividad contractual de este tipo de entidades. En otros términos, siempre que esté de por medio la contratación estatal, sin perjuicio del régimen normativo que se aplique al negocio jurídico, la entidad pública debe observar y acatar los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y aplicar las mismas inhabilidades e incompatibilidades del régimen general de la contratación estatal, según mandato expreso de la Ley 1150 de 2007.

Esta modificación persigue que la actividad contractual de tales entidades, las cuales forman parte de la Administración Pública, esté al servicio de los intereses generales, a fin de que se garantice el cumplimiento de los principios constitucionales que gobiernan la función administrativa, verdaderos regentes de la actividad del Estado en materia contractual, y con independencia del régimen de derecho que resulte aplicable. Dichos principios coinciden, en su mayoría, con aquellos establecidos en la Ley 489 de 1998 y en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículo 3¹⁶)¹⁷.

Lo anterior implica que las entidades excluidas en su actividad contractual observen y respeten los citados principios constitucionales de la función administrativa, razón por la cual es necesario que armonicen su aplicación, conforme a su régimen legal especial, sin que por ello se desnaturalice la actividad comercial, industrial o financiera que desarrollan, ni su carácter. De modo que las entidades sometidas a regímenes especiales deben regular los procedimientos de selección, en sus manuales de contratación, y establecer mecanismos que

¹⁵ Sobre el particular, ha sostenido esta corporación: «... cabe recordar que siempre que esté de por medio la contratación estatal, sin perjuicio del régimen normativo de aplicación imperante al negocio jurídico, la entidad pública no se encuentra relevada de observar y acatar los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, tal cual lo dispuso expresamente la Ley 1150 de 2007 [...] Siguiendo esa dirección, la entidad estatal debe observar en su actuación, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone, en desarrollo de lo cual le asiste la obligación de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la realización del contrato estatal». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2016 (exp. 46185).

¹⁶ Dispone el artículo 3 del CPACA: «Principios. *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.// Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. [...]*».

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007 (exp. 24715 y otros, acumulados).

garanticen la aplicación de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007¹⁸.

El Legislador propugna por la aplicación de los principios contenidos en los artículos 209 y 267 constitucionales y por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pero no da pautas ni fija criterios claros frente al alcance de su aplicación, ni la manera en que operan en las diferentes fases y etapas de la contratación, ni el procedimiento a seguir en cada una, lo cual genera incertidumbre jurídica, aspecto que no resulta deseable en la celebración de contratos, cuyo punto de partida debe ser la seguridad jurídica.

Así, concebidos a la manera de principios, se proyectan como normas cuyo alcance puntual en la actividad contractual debe ser definido por el Legislador, de acuerdo con las características y necesidades de cada procedimiento en particular, para permitir su aplicación, desarrollo e implementación en forma adecuada, de suerte que se cumpla con los objetivos propuestos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, mientras ello no suceda, resta entonces armonizarlos e interpretarlos conforme a la actividad y al contrato de que se trate; sin que dicha adecuación, se advierte, equivalga a una réplica mecánica del régimen legal establecido en la Ley 80 de 1993¹⁹.

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que, del propio texto del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, se infiere que la aplicación de los principios se debe hacer de acuerdo con el régimen especial que corresponda a la entidad exceptuada, lo que implica hacer un ejercicio de adecuación, armonización e interpretación normativas que respete el núcleo esencial de cada principio constitucional de la función administrativa y del control fiscal, así como la aplicación de los supuestos de las inhabilidades e incompatibilidades, pero que, al mismo tiempo, reconozca la especialidad del régimen (generalmente del derecho privado) sobre el cual se aplica, y no lo desnaturalice o desvirtúe.

Esta corporación también precisó que todas las fases de la actividad contractual de las entidades exceptuadas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, a que alude el artículo 13 en estudio, se rigen por las normas del derecho privado, así²⁰:

[L]as consecuencias jurídicas de esta regulación no se circunscriben al ámbito de la celebración y ejecución del contrato, sino que, también, conciernen a los actos de las partes encaminados a su formación. El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 dispone que, por regla general, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de ese estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Es decir, que la Ley 80 de 1993 es la excepción y la regla general es que el régimen contractual de esas entidades es el derecho privado.

La Ley 80 de 1993 regula expresamente cuatro (4) aspectos que son aplicables a las entidades que están sometidas a ese estatuto, pues en los demás la regla general, se reitera, es el derecho privado: (i) capacidad: dentro de la cual están las inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, los consorcios y uniones temporales -que pueden celebrar contratos sin ser

¹⁸ Empero, existe, por ejemplo, la práctica de incluir en sus manuales de contratación procedimientos de selección del contratista similares a los establecidos en la Ley 80 de 1993.

¹⁹ ATEHORTÚA Ríos, Carlos Alberto. *Contratación de Empresas Estatales en Sector de los Servicios Públicos*, en Temas de Contratos Estatales. Biblioteca Jurídica Diké, 2010, p. 512.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2020, rad. 05001-23-31-000-1996-00657-01(31628).

personas jurídicas- y el registro único de proponentes; (ii) la selección objetiva, que abarca los procedimientos de selección de contratistas (que bien podría en el futuro mirarse más como una materia de derecho de la competencia); (iii) algunos aspectos relativos a su ejecución como el manejo de riesgo y las potestades excepcionales y (iv) los mecanismos de solución de controversias. [...]

Como en los regímenes exceptuados toda la actividad contractual -en sentido amplio- se rige por el derecho privado, no se puede limitar a la de ejecución del contrato, sino que abarca todas sus fases, es decir, desde la formación del negocio jurídico hasta la etapa postcontractual. Por ello, en la fase precontractual la regla predominante será, también, la autonomía privada (arts. 1602 del CC y 870 del C. Co) y las normas supletivas, como se verá a continuación, serán las correspondientes a la regulación de la oferta y la demanda en la ley mercantil. [...]. (Se resalta).

En la misma providencia, se dijo, además, que las entidades públicas exceptuadas de la Ley 80 de 1993 deben atender las reglas que ellas mismas establezcan para la escogencia del mejor oferente, so pena de incurrir en responsabilidad por culpa *in contrahendo*, pues esas entidades, «cuyo régimen es exclusivamente el derecho privado, además de cumplir con los deberes genéricos que se derivan de la buena fe y el comportamiento leal que se exige a los particulares, deben respetar las reglas que de forma unilateral establecen para determinar cuál es el mejor oferente y en caso de su incumplimiento, se configurará responsabilidad por culpa *in contrahendo*, en la fase preliminar de formación del contrato, conforme a los artículos 90 de la CN y 863 del C.Co»²¹.

En todo caso, la resolución de las controversias que se presentan en el desarrollo de la actividad contractual de las entidades exceptuadas del Estatuto de la Contratación Administrativa ha suscitado diversas posiciones. En fecha reciente, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación²², se refirió a diferentes temas que resultan relevantes, teniendo en cuenta la proliferación de regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 80 de 1993, con sus modificaciones y adiciones.

En primer lugar, la sentencia analizó la naturaleza de los actos precontractuales proferidos por las entidades exceptuadas del citado Estatuto, en los siguientes términos:

[L]a jurisprudencia de esta Corporación no tenido una postura uniforme sobre la determinación de la naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por entidades que tienen regímenes de contratación exceptuados de la Ley 80 de 1993 y, especialmente, de aquellos actos de este tipo proferidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios. En época reciente, se constata una tendencia jurisprudencial que sostiene que, salvo expresa atribución legal, los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden expedir actos administrativos. [...].

Actualmente, en la jurisprudencia de esta Corporación y, obviamente, en el marco del conocimiento suyo de este tipo de controversias, se han observado dos posturas distintas: una, según la cual, se pueden producir efectivos actos administrativos y, como tales, deben ser juzgados y; otra, que retoma la postura contemplada en la ya citada providencia de 23 de septiembre de 1997, de la que se deriva la naturaleza privada de estos y, por ende, la necesidad de

²¹ *Ibidem*.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020. Rad. 25000-23-26-000-2009-00131-01 (exp. 42003).

juzgarlos en el marco de la responsabilidad precontractual y sus reglas aplicables en los estatutos civil y comercial.

Esta Sala acogerá la última postura y, como sustento, estima oportuno precisar que, en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho.

[...].

La naturaleza privada de este tipo de actos y su consecuente régimen jurídico civil y comercial, no obsta para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, deban observarse, de manera compatible con lo anterior, los principios que orientan la función administrativa. Tal observancia, como lo pone en evidencia la redacción de esta disposición, no desnaturaliza el régimen jurídico descrito y, por ende, en los términos expuestos, la naturaleza de sus actos. [Se subraya].

De acuerdo con dicha jurisprudencia, es claro que los actos precontractuales emitidos por las entidades exceptuadas del citado Estatuto no son actos administrativos, pues no son actuaciones que concreten una función administrativa, a través del ejercicio legítimo del poder²³. En esa medida, la responsabilidad precontractual se determina por las reglas del derecho privado²⁴. De igual forma, la naturaleza privada de los actos no impide que se observen los principios que rigen la función administrativa, ni desnaturaliza su régimen jurídico.

En segundo lugar, la sentencia se refirió al medio de control procedente para demandar los actos de naturaleza precontractual que se rigen por el derecho privado, y dijo:

[E]n este orden, si las acciones de lo contencioso administrativo (hoy, medios de control) han encontrado el fundamento de su distinción en si la controversia se refiere a actos, hechos, omisiones, operaciones o contratos administrativos, es evidente que resulta difícil enmarcar un litigio que se rige por el derecho privado en la lógica conceptual que detentan las acciones (medios de control) que se encuentran en el CCA y en el CPACA. [...]

75. En relación con este punto, resulta de gran relevancia la Sentencia de la Subsección A de 29 de noviembre de 2014 (exp. 31297). Dicha providencia señaló que la responsabilidad precontractual de la administración no es susceptible de ser analizada a través de un único medio de control. Al contrario, para efectos de determinar el medio de control procedente para analizar una controversia, deberá estudiarse previamente la fuente del daño alegado. A continuación, se presentará dicho análisis a la luz del CCA, ordenamiento vigente durante la época de los hechos.

76. Cuando el daño provenga de la ilegalidad de un acto administrativo particular, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho.

77. Por otra parte, cuando el contrato ya haya sido celebrado, la acción idónea para demandar un acto precontractual corresponderá a aquella de controversias contractuales.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 19 de junio de 2019 (exp. 39800).

²⁴ *Ibidem*. En igual sentido, ver: Auto de 11 de mayo de 2020 de la Sección Tercera, Subsección C (exp. 58562).

78. Por último, si el origen del daño no se ubica en la ilegalidad de un acto administrativo, sino en un hecho jurídico, una omisión o una operación administrativa, la acción procedente será la de reparación directa. La misma acción será idónea para eventos en los cuales la fuente del daño sea un acto administrativo legal, cuya validez no se cuestiona, o cuando el daño provenga de la renuencia por parte de la administración de celebrar un contrato ya adjudicado.

79. Se advierte entonces que, en términos generales, el medio de control a elegir por el demandante depende de la fuente u origen del daño que el actor reclame que le sea reparado y de la naturaleza del acto que pretenda controvertir.

80. En aplicación de dicha construcción al caso concreto, y una vez en claro que el acto precontractual demandado constituye un acto jurídico de carácter privado, se concluye que el daño alegado por el actor no tuvo origen en la presunta ilegalidad de un acto administrativo. Por lo tanto, la acción idónea para estudiar esta controversia correspondía a la reparación directa, contemplada en el artículo 86 del CCA.

[...].

84. Esta tesis es coherente con la actual postura jurisprudencial, referida previamente, según la cual los actos precontractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos. Además, esta lógica se vincula con la naturaleza de la reparación directa, que, históricamente, fue concebida como una acción integradora para la reparación de daños, cuya fuente no fuera un contrato o un acto administrativo. [Se subraya].

Conforme a esta línea jurisprudencial, las pretensiones relativas a determinar la invalidez de los actos que se rigen por el derecho privado deben formularse por el medio de control de reparación directa²⁵. Sumado a lo anterior, no puede perderse de vista que, tal como lo sostiene la doctrina²⁶, la responsabilidad precontractual encuadra dentro de la categoría de la responsabilidad extracontractual, toda vez que la responsabilidad se configura cuando el contrato aún no se ha celebrado y puede, incluso, nunca perfeccionarse²⁷.

De otro lado, frente al pacto de las cláusulas unilaterales, cuando una entidad actúa bajo las normas del derecho privado, el Consejo de Estado ha considerado que la entidad se encuentra investida de la facultad para celebrar este tipo de pactos. Sin embargo, y tal como se expone a continuación, no ha sido una posición pacífica ni permanente²⁸:

1. Inicialmente, la jurisprudencia consideró que a una entidad regida por el derecho privado no le era dado pactar cláusulas unilaterales, pues no tenía habilitación legal, una línea que dejaba en evidencia la consolidación de una posición jurisprudencial que rechazaba, por falta de competencia, el pacto y ejecución de cláusulas excepcionales, exorbitantes o unilaterales en contratos regidos por el derecho común. No obstante, con

²⁵ Cfr. Auto del 11 de mayo de 2020 de la Sección Tercera, Subsección C (exp. 58562).

²⁶ TAMAYO Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Editorial Legis, segunda edición, 2010. p. 70 y sig.

²⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, rad. 25000-23-26-000-2009-00131-01 (exp. 42003). Op. cit.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2019, rad. 85001-23-31-001-2008-00076-01(39800).

posterioridad, en reconocimiento de los efectivos alcances que tiene la autonomía dispositiva o negocial, propia de las normas de derecho privado, la anterior posición ha cedido terreno a otra perspectiva que concluye que en los contratos estatales que no se rigen por la Ley 80 de 1993, «*el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral o la liquidación unilateral, entre otros se funda primordialmente de la autonomía dispositiva [por lo que] resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público*».

2. El cambio de concepción ha significado entonces el pasar de entender que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto Contractual no podían pactar cláusulas unilaterales, pues no contaban con la habilitación legal para hacerlo, a un entendimiento que, por el contrario, considera que, al igual que los privados, la habilitación deviene de la propia autonomía contractual.
3. De esta manera, cuando una entidad estatal, regida por derecho privado, pacta una cláusula que confiere una facultad unilateral, al igual que ocurre con los privados, no debe entenderse nada diferente a que, en igual sentido, está habilitada para acudir a este tipo de pactos. Lo anterior pues, cada vez será más difícil entender cómo, aunque los privados puedan pactar este tipo de cláusulas, cuando la Administración se comporta como un privado más, ella no pueda celebrar estos mismos acuerdos. [Se subraya].

En consecuencia, toda entidad estatal que se rija por el derecho privado se encuentra facultada, en desarrollo de la autonomía contractual, para pactar cláusulas unilaterales, al igual que los particulares. Dichas cláusulas no exceden los límites de la autonomía de la voluntad ni son, por sí mismas, ilícitas o ineficaces.

Como corolario de todo lo expuesto, se advierte que ha sido la jurisprudencia la que ha venido conciliando la aplicación del derecho privado con los principios de la función administrativa en los contratos que celebran las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Dicha tarea implica tener en cuenta el régimen especial de la entidad exceptuada, y hacer, además, un ejercicio de adecuación, armonización e interpretación normativas que respete la esencia de cada principio constitucional de la función administrativa y del control fiscal, sin dejar de lado las inhabilidades e incompatibilidades, como ya se indicó.

III. Los bienes intangibles y la propiedad intelectual

A. Concepto de bienes intangibles. Los derechos de propiedad intelectual forman parte de ellos

Como punto de partida, es necesario recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, los bienes, entendidos como las cosas que pueden ser objeto de apropiación y de tráfico jurídico, se clasifican en bienes tangibles, también

llamados materiales o corporales, y bienes intangibles²⁹, denominados también inmateriales o incorporeales. A este respecto, el artículo 653 del Código Civil prescribe:

Artículo 653. Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas. (Se destaca).

Por su parte, el artículo 664 *ibidem* subdivide las cosas o bienes *incorporeales*, en derechos reales y crediticios. Entre los derechos reales, está el de propiedad o dominio. Y el artículo 671 de la misma obra señala que «[l]as producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales».

Como se infiere de las normas citadas, los bienes intangibles, incorporeales o inmateriales son todos aquellos derechos (reales o personales) que pueden ser lícitamente objeto de apropiación y de negociación o tráfico jurídico. Dentro de tales bienes, se entienden incluidos los derechos de propiedad intelectual.

Así, es importante aclarar que los bienes intangibles y la propiedad intelectual no son lo mismo, como parece sugerirlo, en algunas partes, el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019, objeto de la consulta, sino que, entre dichos conceptos jurídicos, existe una relación de género a especie, es decir: los derechos de propiedad intelectual son una especie o clase del género denominado *bienes inmateriales*.

Cuando dichos bienes tienen valor económico, se denominan *activos intangibles*³⁰, y deben ser revelados en los estados financieros de sus propietarios (personas naturales o jurídicas, privadas o públicas). Sobre este aspecto, no puede dejarse de lado que, hace más de dos décadas, se advirtió la necesidad de mejorar la calidad, pertinencia y confiabilidad de la información contable, y se exigió el reconocimiento del capital intelectual³¹, de forma tal que se revelaran en forma adecuada los activos e ingresos del ente económico.

Al respecto, se ha sostenido:

El conocimiento ha sido considerado como la fuente fundamental de ventaja competitiva para las organizaciones [...] También considerado por los expertos como un elemento que supera la importancia de los activos físicos de una empresa y sus finanzas, el conocimiento que existe en la mente de los empleados es el mayor recurso de la organización [...]. La gestión del conocimiento se reconoce cada vez más como el principal factor en la capacidad de una organización para

²⁹ La Real Academia de la Lengua, en el Diccionario de la Lengua Española (edición del Tricentenario - actualización 2020) trae la siguiente definición de *intangible*: 1. *adj.* Que no debe o no puede tocarse. Consultado en <https://dle.rae.es/intangible> el 22 de enero de 2021.

³⁰ No todos los intangibles tienen valor. Por esa razón, solamente se consideran activos cuando generan ingresos o utilidades.

³¹ Concepto contable amplio, dentro del cual están los activos intangibles de la empresa. «El capital intelectual es la parte del valor de la empresa que excede los valores de los activos que la conforman, que no es una partida contable, y cuya naturaleza es subjetiva». LÓPEZ, M. y VÁZQUEZ, P. (2002). «La importancia de gestionar el valor que no se ve». Harvard Business Review, mayo/junio, p. 32-44.

utilizar sus activos de propiedad intelectual en la toma de decisiones estratégicas y la obtención de ventajas competitivas³².

Por lo anterior, se ha reconocido que cuando los bienes intangibles generan ingresos o utilidades, se consideran activos intangibles, que tienen un valor económico y son susceptibles de explotación³³. Tales activos están integrados por los derechos de propiedad intelectual, como aquellos que recaen sobre las marcas, las patentes de invención, las enseñas, los nombres comerciales, etc., los derechos de autor, los secretos industriales, el *know-how*, el *good-will*, el crédito mercantil, la información comercial o financiera³⁴, entre otros.

La reforma tributaria de 2016 (Ley 1819) permitió aprovechar los intangibles en Colombia y estableció el esquema normativo para dar claridad a su gestión³⁵.

Luego, con la expedición de la Ley 1314 de 2009³⁶, se inició el proceso de modernización del sistema de información contable, pública³⁷ y privada, en el país. El estándar 38 de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), establece el tratamiento contable de los activos intangibles. La Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 38 define activo intangible en los siguientes términos:

«Un activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física», y:
«Conjunto de bienes inmateriales, representados en derechos, privilegios o ventajas de competencia que son valiosos porque contribuyen a un aumento en ingresos o utilidades por medio de su empleo en el ente económico; estos derechos se compran o se desarrollan en el curso normal de los negocios. Dentro de este grupo se incluyen conceptos tales como: crédito mercantil,

³² «Los activos intangibles y el capital intelectual: una aproximación a los retos de su contabilización». PÉREZ ORTEGA, Giovanni y otra. Los autores también se refieren a la importancia que ha adquirido el conocimiento en los últimos tiempos, e identifican las siguientes características: «(a) es una sociedad en constante cambio donde, además, la velocidad a la que éste se produce se incrementa, lo cual aumenta también la necesidad de adaptarse a él rápidamente; (b) el conocimiento es el principal elemento intangible que hace posible la innovación, y (c) las inversiones en tecnología, investigación y desarrollo, publicidad y recursos humanos son fundamentales, no sólo para mantener la competitividad de la empresa en el mercado sino, además, para mantener su viabilidad futura».

³³ También conocidos como «activos invisibles». Se ha sostenido que es una de las áreas más complejas y difíciles de la contabilidad, debido a las dificultades que apareja la identificación y definición de estos activos, y en mayor proporción, las incertidumbres en la medición de sus valores y la estimación de su vida útil. *Ibidem*.

³⁴ Conforme a las condiciones y limitaciones impuestas por el derecho fundamental del *habeas data*.

³⁵ Ver los artículos 53, 70, 118, 173, entre otros.

³⁶ «Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento».

³⁷ Para el sector público, la Contaduría General de la Nación definió la política de convergencia de la regulación contable pública, en cuya estrategia, inicialmente, se establecieron tres modelos: 1) Modelo de contabilidad para entidades de gobierno que será aplicado por las entidades de gobierno que se encuentran bajo el ámbito del Régimen de Contabilidad Pública; 2) modelo de contabilidad para empresas emisoras de valores o que no captan ni administran ahorro del público; y 3) modelo de contabilidad para empresas emisoras de valores, o que captan o administran ahorro del público. Del 2013 al 2016 se expedieron los marcos normativos para estos tres grupos, y uno adicional para entidades en proceso de liquidación. Cfr. Contaduría General de la Nación. Manual de Políticas. Noviembre de 2018. Consultado el 13 de enero de 2021, en: <https://www.contaduria.gov.co/documents/20127/35707/Manual+Pol%C3%ADticas+Contables.pdf/00dd181e-b3f5-f940-1f80-774bcc49b219?t=1572278235148>.

marcas, patentes, concesiones y franquicias, derechos, know how y licencias (...))»³⁸.

En conclusión, los bienes intangibles son aquellos que consisten principalmente en derechos u otras cosas incorpóreas (aunque puedan ser representadas de forma perceptible), siempre que sean susceptibles de apropiación y alienación. Se denominan activos intangibles, cuando tienen un valor económico y son susceptibles de explotación. El titular de esos bienes puede ejercer las facultades y prerrogativas inherentes a esta clase de propiedad, de acuerdo con lo previsto en la ley. Estos derechos son transmisibles, y su titular puede usarlos y explotarlos con fines económicos. Dentro de tales bienes, se encuentran los derechos de propiedad intelectual.

En el mismo sentido, la doctrina especializada³⁹ explica:

2. NO TODOS LOS ACTIVOS INTANGIBLES ESTÁN CUBIERTOS POR LAS NORMAS APLICABLES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Los activos son recursos controlados por las empresas como resultado de eventos pasados (por ejemplo auto-creación o compra) y gracias a los cuales se esperan beneficios económicos futuros (entradas de efectivo o de otros activos y ahorros).

Existen activos intangibles, que son aquellos que tienen sustancia física como los inmuebles y la maquinaria y activos intangibles, que son aquellos que carecen de sustancia física o mejor, que no se pueden tocar, como los siguientes⁴⁰:

- Activos relacionados con contratos de licencia, franquicia y otros similares.
- Activos relacionados con listados de clientes o proveedores contenidos en bases de datos especializadas.
- Activos relacionados con la tecnología, como serían los títulos de patentes, los modelos de utilidad, los diseños industriales y los secretos empresariales.
- Activos relacionados con obras artísticas que se encuentran protegidos por el derecho de autor.
- Activos relacionados con el mercadeo como serían las marcas, lemas comerciales, nombres comerciales, *good will*.

³⁸ La NIC 38 señala que el reconocimiento de una partida, como activo intangible, exige que la entidad demuestre que el elemento en cuestión: *i*) cumpla con la definición de activo y *ii*) cumpla con el criterio de reconocimiento. El requerimiento se aplicará a los costos soportados inicialmente para adquirir o generar internamente un activo intangible, y para aquellos en los que se haya incurrido posteriormente, para añadir, sustituir partes del mismo o realizar su mantenimiento. La norma también establece que un activo satisface el criterio de identificabilidad en la definición de activo intangible, cuando: *a*) es separable, esto es, susceptible de ser separado o escindido de la entidad, y vendido, cedido, dado en operación, arrendado o intercambiado, ya sea individualmente o junto con el contrato, activo o pasivo con los que guarde relación; o *b*) surge de derechos contractuales o de otros derechos legales, con independencia de que esos derechos sean transferibles o separables de la entidad o de otros derechos u obligaciones. Un activo intangible se reconocerá si, y sólo si: *a*) es probable que los beneficios económicos futuros que se han atribuido al mismo fluyan a la entidad, y *b*) el costo del activo puede ser medido de forma fiable. «Los activos intangibles y el capital intelectual: una aproximación a los retos de su contabilización». PÉREZ ORTEGA, Giovanni y otra.

³⁹ TOBÓN Franco, Natalia. Secretos empresariales: concepto y protección. Grupo Editorial Ibáñez y Asociación Cavellier del Derecho, 2017, p. 23 y 24.

⁴⁰ «[3] TORRES NAVARRO, Rafael. Lecciones de derecho marcario. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010. p. 147-158».

Como se observa, no todos los activos intangibles están regulados por las normas atinentes a la propiedad intelectual (PI). Hay activos intangibles, como por ejemplo el *good will*, los contratos de licencia y de franquicia, que no están sujetos a las reglas de PI, sino al derecho privado en general, específicamente a las reglas del Código Civil y el Código de Comercio.

El siguiente cuadro nos muestra una aproximación a ambas figuras:

Intangibles	Propiedad intelectual
<p>Los activos intangibles son aquellos bienes inmateriales, representados en derechos, privilegios o ventajas de competencia que, ya sea que se compren -sean adquiridos- o se desarrollen en el curso normal de los negocios -sean formados-, son valiosos porque contribuyen al aumento de los ingresos económicos de un ente comercial⁴¹. Están regulados por el derecho privado colombiano, en especial por el derecho comercial.</p>	<p>Es la propiedad que recae sobre algunos activos intangibles, como las marcas, las patentes, los secretos empresariales y el derecho de autor. Por su importancia están sujetos a una regulación especial que incluye normas supranacionales como el ADPIC (Acuerdo sobre los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), la Decisión 486 de 2000 (aplicable en Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia), la Constitución Política de Colombia (artículo 61) y otras normas especiales.</p>

Hecha esta aclaración, la Sala procede a referirse a la propiedad intelectual, en particular, pues es a este tipo de bienes intangibles a los que parece estar enfocado principalmente el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019 y, por lo tanto, la consulta.

B. Marco regulatorio de la propiedad intelectual

El artículo 35 de la Constitución Política de 1886 disponía:

Será protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley. [...].

En la actualidad, la Constitución Política de 1991 se refiere a este asunto, en los siguientes términos:

Artículo 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

Como puede observarse, la Carta de 1886 sólo se refería a la propiedad artística y literaria (que corresponde a la disciplina que, hoy en día, se denomina *derechos de autor*)⁴², mientras que la Constitución actual alude al término «propiedad intelectual», que es omnicompreensivo y, por lo tanto, más amplio

⁴¹ «[4] Las Normas Internacionales de Contabilidad -NIC 38-, adoptadas en Colombia por la Ley 1314 de 2009 y el Decreto 2784 de 2012, prescriben el tratamiento contable para los activos intangibles [...]».

⁴² No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la Constitución de 1886, a pesar de enunciar la protección únicamente de la propiedad artística y literaria, cobijaba, por extensión, todas las modalidades de producción intelectual. (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 4 de julio de 1986, M.P. Fabio Morón Díaz).

El mandato constitucional vigente ordena al Estado proteger la propiedad intelectual. A su turno, los artículos 150-24⁴³ y 189-27⁴⁴ de la Carta otorgan competencia, en su orden, al Congreso de la República, para regular lo relacionado con las formas de propiedad intelectual, y al presidente de la República, para conceder patentes de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, de acuerdo con la ley.

De la lectura del artículo 61 superior se advierte el carácter de «propiedad» que posee la propiedad intelectual, pero sujeta a dos matices, ambos dejados a criterio del Legislador: *i)* esta forma propiedad solo se puede ejercer durante un tiempo limitado, y *ii)* se requieren formalidades especiales para su protección.

La limitación temporal se explica, en parte, por la función social de la propiedad consagrada en la Constitución (artículos 2 y 58), y en parte, por la existencia de otros derechos (colectivos) que entran en juego, como el derecho a la cultura, a la educación, a la salud (en ocasiones), etc. En este sentido, la Corte Constitucional ha dicho que *«una creación del espíritu que beneficie la cultura de un pueblo es algo que involucra simultáneamente los derechos del creador como los derechos de la comunidad. Tanto a nivel tecnológico como artístico, un nuevo aporte nunca es un fenómeno individual. De allí que el derecho de propiedad sobre dichos aportes no sea intemporal sino que, por un fenómeno convencional de transacción entre el mínimo que exige el goce exclusivo y el máximo de difusión que la comunidad exige, se fija discrecionalmente por el legislador un término razonable al cabo del cual el derecho individual de propiedad se extingue. La temporalidad del derecho intelectual busca finalmente resolver la tensión que existe entre el interés privado y el interés público»*⁴⁵. [Se subraya].

En cuanto a las formalidades especiales para la protección de la propiedad intelectual, ha señalado la jurisprudencia que *«el constituyente remitió a la ley básicamente para la fijación de los requisitos enderezados a garantizar la no reproducción ilícita, la ausencia de competencia desleal y demás elementos que rodean el registro de propiedad intelectual»*⁴⁶.

Ahora bien, como atrás se indicó, el artículo 671 del Código Civil dispone que las producciones del talento o del ingenio humano son propiedad de sus autores, y que esta forma de dominio se registrará por leyes especiales.

Así, la norma citada reconoce en forma expresa la propiedad intelectual y la especialidad de las normas que la regulan, pues se trata de una modalidad *sui generis* de propiedad, ya que guarda semejanzas y diferencias con la concepción clásica del derecho de propiedad, a saber:

i) Coinciden en el hecho de que ambas reúnen los elementos esenciales del derecho de propiedad: *el usus, el fructus y el abusus*, con las limitaciones que establecen la Constitución y la ley.

ii) Pero se diferencian en lo siguiente:

⁴³ El artículo 150 de la Constitución Política establece las competencias al Congreso de la República, y en el numeral 24 dispone: «Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual».

⁴⁴ El artículo 189 contiene las funciones que le corresponden al presidente de la República, como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, y el numeral 27 señala: «Conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley».

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-334 de 1993.

⁴⁶ *Ibidem*.

a. El contenido moral del derecho que tiene el autor sobre la propiedad intelectual, que es inalienable, irrenunciable e imprescriptible, y resulta independiente del contenido patrimonial del mismo. Al contrario, el derecho de propiedad común sólo tiene un contenido patrimonial, alienable, renunciable y prescriptible.

b. La propiedad intelectual recae sólo sobre una cosa incorporea (la creación intelectual, aunque esta tenga una manifestación perceptible). La propiedad común recae generalmente sobre cosas corporales.

c. La propiedad intelectual, por determinación de la ley, es temporal⁴⁷, mientras que la común es perpetua⁴⁸.

Pero, más allá del carácter *sui generis* que se le ha reconocido a la propiedad intelectual, los textos constitucionales vigentes dejan entrever una filosofía humanista, cultural e integracionista, en la que se inscribe la protección de la propiedad intelectual, puesto que, en últimas, se trata **«de un mecanismo para proteger el patrimonio cultural de las personas y de la nación en su conjunto, en aras de fomentar y perpetuar la identidad cultural colombiana, en el marco del respeto recíproco de la comunidad internacional»**⁴⁹. [Resaltado textual].

Ahora bien, el título III del Código Civil regula los «bienes de la Unión». Su artículo 674 se refiere a dos grandes categorías de bienes públicos, los **bienes** de uso público, que son aquellos cuyo «uso pertenece a todos los habitantes de un territorio», y los **bienes** fiscales, cuyo uso «no pertenece generalmente a los habitantes». No obstante, y a pesar de que ninguna disposición alude puntualmente a los bienes intangibles de los cuales sea titular el Estado colombiano o sus entidades, es jurídicamente posible que estos sean propietarios de bienes intangibles, incluyendo derechos de propiedad intelectual, que podrían ser poseídos, utilizados y explotados, de acuerdo con las normas especiales que rigen la materia.

C. La propiedad intelectual. Concepto y clasificación

La propiedad intelectual ha sido definida como aquella que se relaciona con las creaciones de la mente humana: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio⁵⁰. También se ha entendido como la protección legal sobre toda creación del talento o del ingenio humano, dentro del ámbito científico, literario, artístico, industrial o comercial.

Una de las principales formas de protección de la propiedad intelectual es la legislación. En Colombia, las leyes y decretos en materia de derechos de autor y propiedad industrial se han elaborado con base en los acuerdos y tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, OMPI) y otras organizaciones internacionales, públicas y privadas. Lo anterior ha llevado a que, en la práctica, la mayoría de países realicen la protección de forma similar y a través de mecanismos para la cooperación internacional, en caso de pleitos jurídicos por fuera de las fronteras.

⁴⁷ Artículo 11 de la Ley 23 de 1982.

⁴⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-334 de 1993.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. ¿Qué es la propiedad intelectual? Publicado en www.wipo.int.

En relación con los derechos que se derivan de la propiedad intelectual, se ha sostenido que «se asemejan a cualquier otro derecho de propiedad: permiten al creador, o al titular de una patente, marca o derecho de autor, gozar de los beneficios que derivan de su obra o de la inversión realizada en relación con una creación»⁵¹. En esa medida, los derechos de propiedad intelectual son esencialmente explotables y transmisibles, por lo que su titular para obtener rendimientos derivados de su explotación económica.

La protección a los derechos de la propiedad intelectual también fue consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 27⁵², que reconoce a los autores el derecho a beneficiarse de los intereses morales y materiales que resulten de sus producciones científicas, literarias o artísticas.

La propiedad intelectual se divide en dos categorías principales, a saber:

i) Los **derechos de autor**, que comprenden las obras literarias, las películas, la música, los diseños arquitectónicos y las demás obras artísticas, entre otros, y

ii) La **propiedad industrial**, que comprende las patentes de invención, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas, entre otros⁵³.

La diferencia fundamental entre los derechos de autor y la propiedad industrial consiste en que, mientras los primeros protegen *la forma* en la que se expresa la creación proveniente del ingenio artístico, científico o intelectual, durante toda la vida del autor y un tiempo adicional (80 años), la segunda protege *las creaciones*, siempre que tengan una *aplicación industrial o comercial*, y la protección se concede por un tiempo limitado, para asegurar su explotación económica (20 años, aproximadamente).

En ambos casos, después de que culmina el tiempo de protección, las creaciones pasan a ser del dominio público, lo que se traduce en que cualquier persona natural o jurídica puede utilizarlas, sin permiso de nadie y sin tener que pagar por ello, pero reconociendo siempre la autoría.

D. La propiedad industrial. Régimen y clases

Por medio de la Decisión 486 de 2000, de la Comisión de la Comunidad Andina, se adoptó el «Régimen Común sobre Propiedad Industrial» que aplica a los países miembros de tal sistema de integración subregional. La citada normativa regula la protección a la propiedad industrial (artículos 1 a 13)⁵⁴, y se refiere, en particular, a las patentes de invención (artículos 14 a 80); a los modelos de utilidad (artículos 81 a 85); a los esquemas de trazado de circuitos integrados (artículos 86 a 112); a los diseños industriales (artículos 113 a 133); a las marcas, incluidos los lemas comerciales, las marcas colectivas y las marcas de certificación (artículos 134 a

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² El artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone: «**Artículo 27.** 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». (Se subraya).

⁵³ OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. ¿Qué es la propiedad intelectual? Publicado en www.wipo.int.

⁵⁴ Los artículos 1 al 13 corresponden a las disposiciones generales.

189)⁵⁵; al nombre comercial (artículos 190 a 199); a las indicaciones geográficas (artículos 201 a 223), y a los signos distintivos notoriamente conocidos (artículos 224 a 236). Además, contiene otras disposiciones (artículos 237 a 280).

La regulación aplicable en nuestro país, en materia de patentes, está contenida, además de en la citada decisión, en el Decreto 4886 de 2011⁵⁶, que asigna las competencias en esta materia al superintendente delegado para la Propiedad Industrial, de la Superintendencia de Industria y Comercio; la Ley 463 de 1998, «[p]or la cual se aprueba el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT)»⁵⁷; el Decreto 1873 de 2014, que reglamenta la compensación del plazo de duración de la patente mediante restauración, y las disposiciones contenidas en el Título X⁵⁸ de la Circular Única expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC).

La propiedad industrial ha sido definida por la doctrina nacional como:

[E]l conjunto de derechos exclusivos y temporales que el Estado concede para usar y explotar económicamente aquellas invenciones o innovaciones aplicables a la industria y el comercio que sean producto del ingenio y la capacidad intelectual del hombre. Recae sobre las cosas imperceptibles e inmateriales, como las creaciones que proceden del ingenio humano susceptibles de beneficio comercial o de utilización industrial⁵⁹. [se subraya].

Los derechos más comunes que surgen de la propiedad industrial se clasifican en:

1. Las patentes de invención

Las patentes de invención se refieren a «un conjunto de derechos exclusivos relacionados a una invención otorgados por el Estado»⁶⁰. La invención está definida como toda creación humana (arte, proceso, método, máquina, producto manufacturado o composición) que permite transformar la energía existente en la naturaleza para su aprovechamiento por el hombre, para satisfacer necesidades concretas⁶¹.

La patente es un privilegio que le otorga el Estado al inventor como reconocimiento por la inversión y esfuerzos realizados para lograr una solución técnica que le aporte beneficios a la humanidad. Dicho privilegio consiste en el derecho a explotar exclusivamente el invento, por un tiempo determinado⁶².

Según lo señalado en la Decisión 486 de 2000, las patentes pueden ser otorgadas por la creación de un producto o de un procedimiento, en cualquier campo de la tecnología, siempre que cumplan con los requisitos allí señalados. Dispone el artículo 14:

⁵⁵ En materia de rótulos o enseñas, el artículo 200 señala que se registrarán por las normas del nombre comercial, según las normas internas de cada país.

⁵⁶ «Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones».

⁵⁷ «Por medio de la cual se aprueba el 'Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT)', elaborado en Washington el 19 de junio de 1970, enmendado el 28 de septiembre de 1979 y modificado el 3 de febrero de 1984, y el reglamento del tratado de cooperación en materia de patentes».

⁵⁸ Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio. Título X. Propiedad Industrial, págs. 333 y sig.

⁵⁹ CANAVAL, Juan Pablo. Manual de propiedad intelectual. Universidad del Rosario, 2008, pág. 78.

⁶⁰ Definición de patentes en www.wipo.int/patents/en. Black's Law Dictionary, 2nd edition.

⁶¹ HEVIA, Martín y otro. Propiedad intelectual. Fundamento y Crítica. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia, 2017, pág. 96.

⁶² Consultado en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio el 15 de enero de 2021. Cfr. en <https://www.sic.gov.co/patentes>.

Artículo 14.- Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial. (Se subraya).

De acuerdo con la norma citada, no toda invención da lugar al otorgamiento de una patente, pues para ello debe ser nueva, conforme a lo previsto en los artículos 16 y 17 de la misma decisión; tener nivel inventivo (artículo 18 *ibidem*), y ser susceptible de aplicación industrial, según lo regulado en el artículo 19 de la misma normativa. Por otra parte, el artículo 20 *eiusdem* señala qué invenciones no son patentables (artículo 20).

De acuerdo con el artículo 22 de la decisión, los titulares de las patentes pueden ser personas naturales o jurídicas; el derecho a la patente pertenece al inventor, y si varias personas crean conjuntamente la invención, la patente corresponde, en común, a todas ellas. La disposición también autoriza la transferencia de la patente concedida o en trámite de concesión por acto entre vivos o vía sucesoral, pero exige que esto conste por escrito y se registre ante la oficina nacional competente, y señala que la falta de registro impide que la transferencia surta efectos frente a terceros (artículo 56).

El artículo 57 de la Decisión 486 de 2000 autoriza al titular de la patente concedida o en trámite para dar licencia a uno o más terceros, para llevar a cabo la explotación de la invención respectiva, pero advierte que la licencia debe constar por escrito y registrarse ante la oficina nacional competente, so pena de que el contrato no surta efectos frente a terceros.

El beneficio principal que obtiene quien registre una patente es económico, pues es el único autorizado para explotar el invento durante 20 años (artículo 50 de la Decisión 486 de 2000⁶³). En esa medida, el titular de una patente puede explotar de manera exclusiva el invento (producto o procedimiento protegido), mediante su cesión, a título de venta o a otro título; su licenciamiento y otras formas de comercialización.

En consecuencia, el titular de la patente puede llevar a cabo su explotación económica, llevando a cabo directa y exclusivamente la comercialización del producto o procedimiento patentado; por intermedio de terceros, mediante el otorgamiento de licencias, o bien transfiriendo los derechos obtenidos, mediante su venta, para que un tercero comercialice o explote la invención.

2. Las patentes de utilidad

La patente de modelo de utilidad, al igual que la patente de invención, es un privilegio que le otorga el Estado al inventor como reconocimiento de la inversión y esfuerzos realizados en aquellas invenciones que consisten en una nueva forma, configuración o disposición de los elementos de un artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto, o parte de los mismos, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que lo incorpora, o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía⁶⁴.

⁶³ «Artículo 50.- La patente tendrá un plazo de duración de veinte años contado a partir de la fecha de presentación de la respectiva solicitud en el País Miembro».

⁶⁴ Consultado en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio el 15 de enero de 2021. Cfr. en <https://www.sic.gov.co/patentes>.

La patente de utilidad otorga el derecho al inventor a ser el único que puede explotar el invento durante 10 años⁶⁵. Por remisión expresa del artículo 85 de la Decisión 486 de 2000, son aplicables a esta clase de patente las disposiciones que regulan las patentes de invención⁶⁶. En tal virtud, el titular de una patente de utilidad puede comercializar exclusiva y directamente el producto patentado; o por intermedio de terceros, otorgando licencias, o transfiriendo los derechos obtenidos, mediante su venta, para que un tercero explote la invención, a cambio de un precio. Los contratos de transferencia, cesión o licencia deben cumplir los requisitos y solemnidades previstos en las normas.

3. Los diseños industriales

El diseño industrial es una forma externa bidimensional o tridimensional de un producto, que le otorga una apariencia particular⁶⁷.

La creación de un nuevo producto, en cuanto a su forma, implica un esfuerzo intelectual que merece ser reconocido. La innovación en la estética de los objetos, además de impactar en nuestro gusto personal, reviste gran importancia comercial a nivel empresarial y económico, pues la creatividad que se aplica a los productos para diferenciarlos de los de la competencia, crea en el mercado pluralidad de formas que enriquecen la variedad en la elección por parte del consumidor y favorece la competitividad. Muchos consumidores adquieren un producto porque su apariencia es más atractiva, de manera que esa ventaja adquirida representa un valor agregado con potencial económico y comercial⁶⁸.

Según el artículo 113 de la Decisión 486 de 2000, «[s]e considerará como diseño industrial la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto».

El diseño industrial también goza de protección legal por tratarse de una labor intelectual, que se materializa a través del registro. A diferencia de la patente, que aporta una solución a un problema técnico y es producto de la investigación, el diseño aporta una apariencia particular, sin solución técnica alguna⁶⁹. Por ello, el invento se patenta y el diseño se registra.

Dispone el artículo 114 de la Decisión 486 de 2000:

Artículo 114.- El derecho al registro de un diseño industrial pertenece al diseñador. Este derecho podrá ser transferido por acto entre vivos o por vía sucesoria. Los titulares del registro podrán ser personas naturales o jurídicas [...].

En consecuencia, la protección a los diseños industriales se otorga mediante un registro denominado «Registro de Diseño Industrial», que es administrado por la SIC, y protege únicamente la forma de los productos, es decir, el aspecto estético

⁶⁵ Artículo 84 de la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina.

⁶⁶ «Artículo 85.- Son aplicables a las patentes de modelo de utilidad, las disposiciones sobre patentes de invención contenidas en la presente Decisión en lo que fuere pertinente, salvo en lo dispuesto con relación a los plazos de tramitación, los cuales se reducirán a la mitad. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo establecido en el artículo 40 quedará reducido a doce meses».

⁶⁷ Consultado en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio el 18 de enero de 2021. Cfr. en <https://www.sic.gov.co/diseños-industriales>.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

de cualquier objeto, ya sea bidimensional, como los impresos que se aplican a productos⁷⁰, o tridimensional, es decir, cualquier producto que ocupe un lugar en el espacio, en las tres dimensiones: ancho, alto y profundo⁷¹. Una vez cumplidos los requisitos establecidos, la SIC concede el registro del diseño industrial, para lo cual expide al titular el certificado correspondiente⁷².

Conforme al artículo 115 de la Decisión 486, solamente se registran los diseños industriales que sean nuevos, de acuerdo con las condiciones allí establecidas. A su turno, el artículo 116 define cuáles diseños industriales no son registrables, entre los cuales se encuentran aquellos contrarios a la moral o al orden público.

La protección dada por el registro de diseño industrial es de 10 años no renovables, contados a partir de la fecha de la solicitud (Decisión 486 de 2000, artículo 128⁷³).

De acuerdo con el artículo 114, el titular del derecho puede transferirlo. En esa medida el diseñador que registra su diseño puede explotarlo directamente, dar licencias o transferir el registro, a cambio de un beneficio económico⁷⁴, atendiendo los requisitos y formalidades previstos en la ley.

4. Los esquemas de trazados de circuitos integrados

Dentro de los derechos de propiedad intelectual, existen también los esquemas de trazado de circuito, que son circuitos eléctricos muy pequeños que realizan operaciones electrónicas y están presentes en todos los aparatos electrónicos modernos.

De acuerdo con la definición del artículo 86 de la Decisión 486, se entiende por circuito integrado «un producto, en su forma final o intermedia, cuyos elementos, de los cuales al menos uno es un elemento activo y alguna o todas las interconexiones, forman parte integrante del cuerpo o de la superficie de una pieza de material, y que esté destinado a realizar una función electrónica».

La misma norma define el esquema de trazado como «la disposición tridimensional, expresada en cualquier forma, de los elementos, siendo al menos uno de éstos activo, e interconexiones de un circuito integrado, así como esa disposición tridimensional preparada para un circuito integrado destinado a ser fabricado».

De acuerdo con la SIC, el circuito integrado está compuesto por un conjunto de elementos tales como transistores, resistencias, condensadores y diodos, que se encuentran dispuestos en un sustrato común. Los elementos se encuentran conectados de manera que el circuito integrado pueda controlar la corriente eléctrica, para rectificarla, ampliarla o modularla. De acuerdo con la función que

⁷⁰ Por ejemplo: los grabados o dibujos en una servilleta.

⁷¹ Consultado en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio el 15 de enero de 2021. Cfr. en <https://www.sic.gov.co/diseños-industriales>.

⁷² Artículo 126 de la Decisión 486 de 2000.

⁷³ «Artículo 128.- El registro de un diseño industrial tendrá una duración de diez años, contados desde la fecha de presentación de la solicitud en el País Miembro».

⁷⁴ En virtud de la remisión que hace el artículo 133 de la Decisión 486 de 2000 a los artículos 56 y 57, que autorizan la cesión, transferencia y los contratos de licencia, con los requisitos y formalidades allí establecidos.

vayan a realizar, necesitan un orden y una disposición especial, por lo que se realiza un plan o diseño de los elementos que componen el circuito integrado, lo que, en esencia, conforma el esquema de trazado de circuitos integrados⁷⁵.

La protección del esquema de trazado se lleva a cabo a través del registro. Si el examen de la solicitud de registro es favorable, la SIC concede el circuito integrado, mediante un acto administrativo que se notifica al titular de los derechos que surgen de la concesión⁷⁶. La protección o el derecho exclusivo sobre el esquema de trazado registrado tiene una duración de 10 años, contados a partir de la más antigua de las siguientes fechas:

- a) el último día del año en que se haya realizado la primera explotación comercial del esquema de trazado en cualquier lugar del mundo, o
- b) la fecha en que se haya presentado la solicitud de registro ante la oficina nacional competente del respectivo País Miembro. La protección de un esquema de trazado registrado caducará en todo caso al vencer un plazo de 15 años contado desde el último día del año en que se creó el esquema. (Artículo 98 de la Decisión 486 de 2000).

Según el artículo 88 de la Decisión 486, el derecho al registro de un esquema de trazado de circuito integrado corresponde a su diseñador, y si el esquema ha sido diseñado por dos o más personas conjuntamente, el derecho les corresponde en común. La norma dispone también que, si el esquema es creado en cumplimiento de un contrato de obra o de servicio, o en el marco de una relación laboral, en la que el diseñador tenga esta función, el derecho a la protección corresponde a la persona que contrató la obra o el servicio, o al empleador, salvo disposición contractual en contrario.

Sin embargo, la regulación autoriza a que, en caso de falta de explotación, por razón de interés público⁷⁷, o para remediar alguna práctica anticompetitiva, la autoridad competente pueda disponer que: *i)* un esquema de trazado registrado o en trámite de registro sea usado o explotado industrial o comercialmente por una entidad estatal, o por una o más personas de derecho público o privado; o *ii)* que tal esquema de trazado quede abierto a la concesión de una o más licencias obligatorias, en cuyo caso la autoridad competente puede conceder la licencia a quien la solicite.

El artículo 105 autoriza al titular del registro de un esquema de trazado, la transferencia del derecho por acto entre vivos o por vía sucesoria. También faculta al titular de un registro de esquema de trazado concedido o en trámite de concesión a otorgar licencia a uno o más terceros para la explotación del esquema. La licencia debe constar por escrito, registrarse ante la SIC, y su falta de registro impide que surta efectos frente a terceros⁷⁸.

5. Las marcas

La marca es una categoría de signo distintivo que identifica los productos o servicios de una empresa o empresario⁷⁹. De conformidad con el artículo 134 de la Decisión 486 de 2000, constituye «marca cualquier signo que sea apto para

⁷⁵ Consultado en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio el 15 de enero de 2021. Cfr. en <https://www.sic.gov.co/esquema-de-trazados-de-circuitos-integrados>.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Conforme al art. 107 de la Decisión 486 de 2000, son razones de interés público: la emergencia nacional, salud pública o seguridad nacional, o para remediar alguna práctica anticompetitiva.

⁷⁸ Artículo 106 de la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina.

⁷⁹ Consultado en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio el 17 de enero de 2021. Cfr. en <https://www.sic.gov.co/marcas>.

distinguir productos o servicios en el mercado», y pueden registrarse como tales «los signos susceptibles de representación gráfica». Precisa, además, que no es obstáculo para su registro la «naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar»; y señala que podrán ser marcas 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.

Existen también las marcas colectivas, que constituyen un tipo de marca de la que se valen las asociaciones de productores, fabricantes, prestadores de servicios, organizaciones o cualquier grupo de personas para que, a través de ellas, se informen las características comunes de los productos o servicios de los integrantes de ese cuerpo colectivo.

Otra clase es la marca de certificación, que se utiliza para garantizar una determinada calidad o estándar de un producto o servicio⁸⁰.

La protección legal de las marcas permite que los consumidores identifiquen el producto o servicio y lo recuerden, de forma que puedan diferenciarlo de uno igual o semejante, ofrecido por otro empresario. Los consumidores son más propensos a adquirir los productos cuyas marcas recuerdan, que aquellos que no logran identificar.

La marca representa, en la mente del consumidor, una determinada calidad del producto o servicio, y reporta alguna emoción en el consumidor. Por lo tanto, es el medio perfecto para proyectar la imagen del empresario, su reputación y hasta su estrategia comercial⁸¹.

Puede ser titular de una marca cualquier persona natural o jurídica. En el caso de una marca colectiva, pueden ser titulares las asociaciones de productores, fabricantes, prestadores de servicios, organizaciones o grupos de personas, legalmente establecidos. Y en el caso de una marca de certificación, puede ser titular la empresa o institución, pública o privada, que se encargue de certificar la calidad o cumplimiento del estándar de los productos o servicios correspondientes⁸².

La protección de la marca se realiza a través del registro que administra la SIC. Tal registro le otorga al titular el derecho al uso exclusivo de la marca registrada⁸³.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Señala la SIC que, en concreto, una marca permite a la empresa: *i)* diferenciar su producto o servicio; *ii)* ayudar a garantizar la calidad a los consumidores y, por tanto, construye confianza; *iii)* puede ser objeto de licencias y, por tanto, fuente generadora de ingresos; *iv)* puede llegar a ser más valiosa que los activos tangibles, y *v)* siendo entonces tan importante, al ser registrada, le genera a la empresa el derecho exclusivo a impedir que terceros comercialicen productos y ofrezcan servicios idénticos o similares, con marcas idénticas o similares, con el fin de que los consumidores no se confundan y adquieran el producto o el servicio que en realidad quieren. Consultado en la página web de la SIC el 17 de enero de 2021. Cfr. en <https://www.sic.gov.co/marcas>.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Artículo 154 de la Decisión 486 de 2000.

Le confiere, además, el derecho a impedir que cualquier tercero realice, sin su consentimiento, los actos señalados por el ordenamiento legal, dentro de ellos el uso de la marca (artículo 155, Decisión 486 de 2000)⁸⁴.

El registro de la marca tiene una duración de 10 años, desde la fecha de su concesión, y se puede renovar en forma sucesiva por periodos de 10 años (artículo 152, Decisión 486 de 2000).

El régimen legal autoriza la transferencia de la marca registrada o en trámite de registro, por acto entre vivos o por vía sucesoria. La transferencia debe constar por escrito y registrarse ante la SIC; la falta del registro impide que la transferencia tenga efectos frente a terceros. De igual forma, el titular de una marca registrada o en trámite puede dar licencia a uno o más terceros para su explotación (artículos 161 y 162 de la Decisión 486 de 2000).

Las marcas pueden ser licenciadas en dos escenarios comerciales, a saber: *i)* el licenciataria tiene interés en comercializar un producto o servicio de un tercero (el licenciante), y *ii)* el licenciante dispone de una marca registrada y pretende ampliar el mercado.

6. Las variedades vegetales

Las variedades vegetales también gozan de protección legal en nuestro país⁸⁵. De acuerdo con el artículo 1 del «Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales» -Acta de 1991-, la variedad vegetal se define como

[u]n conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que, con independencia de si responde o no plenamente a las condiciones para la concesión de un derecho de obtentor, pueda (i) definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos, (ii) distinguirse de cualquier otro conjunto de

⁸⁴ Los actos que prohíbe la norma son los siguientes:

- 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;
- b) suprimir o modificar la marca con fines comerciales, después de que se hubiese aplicado o colocado sobre los productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre los productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos;
- c) fabricar etiquetas, envases, envolturas, embalajes u otros materiales que reproduzcan o contengan la marca, así como comercializar o detentar tales materiales;
- d) usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión;
- e) usar en el comercio un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando ello pudiese causar al titular del registro un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o por razón de un aprovechamiento injusto del prestigio de la marca o de su titular;
- f) usar públicamente un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida, aun para fines no comerciales, cuando ello pudiese causar una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o un aprovechamiento injusto de su prestigio.

⁸⁵ Mediante la Ley 243 de 1995, se aprobó el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) de 1978. A partir de ella, se reconocen las variedades vegetales como un derecho de propiedad intelectual.

plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos y (iii) considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración.

Mediante la Decisión 345 de 1993, la Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó el «Régimen Común de Protección de los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales», con el fin de: *i)* garantizar la protección de los derechos del obtentor de nuevas variedades vegetales; *ii)* fomentar las actividades de investigación en el área andina, y *iii)* fomentar las actividades de transferencia de tecnología al interior de la subregión y fuera de ella. En el artículo, 4 señaló:

Los Países Miembros otorgarán certificados de obtentor a las personas que hayan creado variedades vegetales, cuando éstas sean nuevas, homogéneas, distinguibles y estables y se le hubiese asignado una denominación que constituya su designación genérica. (Se subraya).

De acuerdo con la disposición, el certificado de obtentor se otorga a quienes hayan creado variedades vegetales que cumplan las condiciones de novedad, distinguibilidad, homogeneidad y estabilidad, y presentar además una denominación genérica adecuada⁸⁶ (artículo 7). La definición y el alcance de las anteriores exigencias están definidos en la misma decisión (artículos 8 a 13 de la Decisión 345 de 1993).

El artículo 15 autorizó al empleador estatal para ceder parte de los beneficios económicos que obtenga a sus empleados obtentores, con el fin de estimular la investigación. La decisión ordenó la creación del «Registro Nacional de Variedades Vegetales Protegidas», para llevar a cabo el registro de las variedades vegetales, siempre que cumplan con las exigencias legales indicadas.

El certificado de obtentor se otorga por un periodo de entre 20 y 25 años, para el caso de las vides, árboles forestales, árboles frutales, incluidos sus portainjertos, y de 15 a 20 años para las demás especies. Una vez inscrita una variedad en el registro, el titular del certificado se obliga mantener y reponer la variedad inscrita durante la vigencia del certificado (artículo 22).

Los titulares de los certificados de obtentor pueden ser personas naturales o jurídicas, quienes pueden llevar a cabo la explotación económica de la variedad, directamente, o a través de terceros, mediante la transferencia del certificado o la concesión de licencias, para permitir la explotación de la variedad respectiva, a cambio de una remuneración o beneficio económico (artículos 14, 21 y 29).

Por medio del Decreto 533 de 1994⁸⁷, se reglamentó la Decisión 345 de 1993⁸⁸, y se estableció el régimen común de protección de los derechos de los obtentores de variedad vegetal⁸⁹. Dicha disposición reiteró la protección legal a las variedades vegetales, mediante el reconocimiento de los derechos del obtentor o creador, a través del otorgamiento de un certificado de obtentor, y asignó al Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) la obligación de proteger las variedades vegetales

⁸⁶ Cfr. art. 7 de la Decisión 345 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

⁸⁷ «Por el cual se reglamenta el régimen común de protección de derechos de los obtenedores de variedad vegetal». Modificado por los Decretos 2468 de 1994 y 2687 de 2002.

⁸⁸ Cfr. considerandos del Decreto 345 de 1993.

⁸⁹ El artículo 1 establece el ámbito de aplicación en los siguientes términos: «el presente Decreto se entiende a todas las variedades cultivadas de los géneros y especies botánicas, siempre que su cultivo, posesión o utilización no se encuentren prohibidos por razones de salud humana, animal o vegetal».

y el deber de administrar el «Registro Nacional de Variedades Vegetales Protegidas», entre otras⁹⁰.

7. Derechos de autor

Los derechos de autor comprenden los derechos de los creadores sobre sus obras literarias, científicas y artísticas. Las obras que se protegen van desde los libros, la música, la pintura, la escultura y las películas, hasta los programas informáticos, las bases de datos, los anuncios publicitarios, los mapas y los dibujos técnicos⁹¹.

Aunque las legislaciones no consagran listas exhaustivas de las obras o creaciones amparadas por el derecho de autor, de acuerdo con el desarrollo mundial de esta materia, las obras que habitualmente se protegen son las siguientes⁹²:

- las obras literarias, como las novelas, los poemas, las representaciones escénicas, las obras de referencia y los artículos periodísticos;
- los programas informáticos y las bases de datos;
- las películas, las composiciones musicales y las coreografías;
- las obras artísticas, como los cuadros, los dibujos, las fotografías y las esculturas;
- la arquitectura; y
- los anuncios, los mapas y los dibujos técnicos.

La protección del derecho de autor abarca sólo las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos, en sí. El derecho de autor puede amparar o no elementos como los títulos, los lemas o logotipos, dependiendo de que la paternidad de la obra sea suficiente⁹³. Lo que sí resulta claro es que el derecho de autor no subsiste hasta tanto el trabajo no esté representado en una obra material, como lo ha sostenido acertadamente la doctrina, al señalar:

El derecho de autor no subsiste hasta tanto el trabajo no esté incorporado o fijado en una forma material: escritura, lienzo, cassette, medio magnético, etc. La creación intelectual requiere el contacto directo con unos materiales, con unos elementos sensibles que realicen una función instrumental y representativa indispensable. En toda creación espiritual debe concurrir dos elementos: *el corpus mysticum* y *el corpus mechanicum*. El primero es una entidad meramente ideal y el segundo, una entidad material. La combinación de la idealidad con la materialidad conforma la creación⁹⁴.

Ahora bien, las primeras leyes que regularon los derechos de autor en nuestro país fueron las Leyes 29 de 1944⁹⁵, en materia de prensa, y 86 de 1946⁹⁶, por medio de la cual se reguló el derecho de propiedad intelectual sobre las obras

⁹⁰ La Resolución 1893 de 1995 expedida por el ICA ordenó la apertura del «Registro Nacional de Variedades Vegetales Protegidas» y estableció el procedimiento para la obtención del Certificado de Obtentor, entre otras disposiciones.

⁹¹ Cfr. *¿Qué es el derecho de autor?* Consultado el 21 de enero de 2021, en <https://www.wipo.int/copyright/es>.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. «Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor». Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 1997, págs. 82-83.

⁹⁵ «Por la cual se dictan disposiciones sobre prensa». Esta ley fue modificada por la Ley 44 de 1993.

⁹⁶ «Sobre propiedad intelectual».

científicas, literarias y artísticas, y se garantizaban unos derechos que, por el avance de la técnica en materia de fonogramas, rápidamente quedó desueta.

Luego, se expidió la Ley 48 de 1975, que ratificó la «Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión», también conocida como la «Convención de Roma de 1961», instrumento que protegía contra la reproducción ilícita de fonogramas, mas no contra su importación y distribución.

Mediante la Ley 23 de 1982, conocida como «Estatuto Autoral», se regularon los derechos de autor, tanto de naturaleza patrimonial como moral. Dicha ley fue reglamentada por el Decreto 3116 de 1984⁹⁷, y señaló que gozan de protección legal los derechos de autor de naturaleza moral y material. Este tipo de bienes incorporales comprenden las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destino. Los titulares de estos derechos (autor o derechohabientes) tienen la facultad de transferir, esto es, trasladar, ceder, disponer, enajenar o negociar el aspecto patrimonial de estos derechos intelectuales, a diferencia de su faceta moral, que es perpetua, inalienable e irrenunciable.

Se tiene, entonces, que los derechos de autor comprenden dos ámbitos diferentes, los cuales son complementarios: los derechos patrimoniales o económicos⁹⁸ y los derechos morales, debidamente regulados en la Ley 23 de 1983, así:

Artículo 3.- Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas:

- A. De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte;
- B. De aprovecharla, con fines de lucro o sin él, por medio de la imprenta, grabado, copias, molde, fonograma, fotografía, película cinematográfica, videograma, y por la ejecución, recitación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión, o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación, o difusión conocido o por conocer, y

⁹⁷ «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 23 de 1982».

⁹⁸ Conforme lo ha sostenido el Consejo de Estado, en el campo patrimonial existen dos espacios nítidamente diferenciables, respecto de una obra artística o literaria, «que pueden ser explicadas bajo las denominaciones usuales de *corpus mysticum* y *corpus mechanicus* o soporte material. **13.1.1** Un espacio está comprendido por los derechos económicos o patrimoniales que surgen del *corpus mysticum*, la parte intelectual de la obra, los cuales hacen referencia al “*derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir*”, la reproducción de la obra, su comunicación, distribución, etc. Un ejemplo serían los derechos con los cuales está titulado Gabriel García Márquez respecto de su obra literaria *Cien años de soledad* para hacer, por ejemplo, reproducciones, ediciones, traducciones, adaptaciones a otros medios de comunicación, etc. Los actos de transferencia de los derechos económicos o patrimoniales del autor a favor de un tercero, para lograr su perfeccionamiento deben cumplir con solemnidades legales so pena de inexistencia⁹⁸, puesto que no se trata de contratos consensuales. **13.1.2** El otro espacio consiste en el derecho de dominio que una persona puede tener sobre el objeto en el cual se fija la obra artística, literaria o científica. En tal sentido, un ejemplar de la primera edición de la obra *Cien años de soledad* –publicada en 1967 por Editorial Suramericana de Buenos Aires (Argentina)– puede integrar el patrimonio de esa persona –completamente ajena al autor– y, por ende, es susceptible de ser enajenado a través de un contrato consensual, sin formalidad alguna, como se vende o regala cualquier otro libro. Lo anterior corresponde al soporte material que no le concede a la persona en mención derecho patrimonial de autor alguno, pues no lo puede reproducir, transformar, ni explotar». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de marzo de 2012. Rad. 700012331000199706524 01 (Exp. 18695).

C. De ejercer las prerrogativas, aseguradas por esta ley, en defensa de su “derecho moral” como se estipula en el capítulo II, sección segunda, artículo 30 de esta Ley⁹⁹.

Artículo 30.- El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

A. Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;

B. A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto;

C. A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;

D. A modificarla, antes o después de su publicación;

E. A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada.

Parágrafo 1- Los derechos anteriores no pueden ser renunciados ni cedidos. Los autores al transferir a autorizar (sic) el ejercicio de sus derechos patrimoniales no conceden sino los de goce y disposición a que se refiere el respectivo contrato, conservando los derechos consagrados en el presente artículo [...] ¹⁰⁰ [se subraya].

Sobre este tema, ha señalado esta corporación que «*los derechos morales, en su condición de perpetuos, inalienables e irrenunciables, protegen al autor para que la obra mantenga su integridad y para que la expresión de su espíritu artístico, literario o científico permanezca incólume en sus ámbitos estético, representativo y técnico, como una manifestación total del individuo*»¹⁰¹. En igual sentido, la jurisprudencia constitucional los ha reconocido, en los siguientes términos:

Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre¹⁰².

⁹⁹ El artículo 3 original de la Ley 23 de 1982 fue adicionado por el art. 68 de la Ley 44 de 1993.

¹⁰⁰ En el mismo sentido, la Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena prescribe: «Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

a) Conservar la obra inédita o divulgarla;

b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,

c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra».

¹⁰¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de marzo de 2012. Exp. 18695. (Rad. 700012331000199706524 01).

¹⁰² Corte Constitucional. Sentencia C-155 de 1998.

Posteriormente, se expidió la Ley 33 de 1987, «por medio de la cual Colombia adhirió al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas». Dicho instrumento se refiere a la protección de las obras y los derechos de los autores, se funda en tres principios básicos, y contiene una serie de preceptos que determinan la protección mínima que ha de conferirse, así como las disposiciones especiales para los países en desarrollo que quieran aplicarlas. Los tres principios básicos son los siguientes:

- a) Las obras originarias de uno de los Estados contratantes (es decir, las obras cuyo autor es nacional de ese Estado o que se publicaron por primera vez en él) deberán ser objeto, en todos y cada uno de los demás Estados contratantes, de la misma protección que conceden a las obras de sus propios nacionales (principio del trato nacional);
- b) La protección no deberá estar subordinada al cumplimiento de formalidad alguna (principio de la protección automática);
- c) La protección es independiente de la existencia de protección en el país de origen de la obra (principio de la independencia de la protección). Empero, si en un Estado contratante se prevé un plazo más largo de protección que el mínimo prescrito por el Convenio, y cesa la protección de la obra en el país de origen, la protección podrá negarse en cuanto haya cesado en el país de origen¹⁰³.

Luego, mediante Ley 23 de 1992 se aprobó el «Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas», celebrado en Ginebra el 29 de octubre de 1971, cuya finalidad última era detener el «incremento de la reproducción no autorizada de fonogramas». Su artículo 2 obligaba a los Estados partes a proteger a los productores de fonogramas contra la producción, importación y distribución de copias sin el consentimiento del productor.

Al respecto, debe advertirse que la Ley 23 de 1982 protegía la reproducción sin consentimiento del autor, pero no la importación o distribución de copias ilegales. Es decir, al igual que en los tratados aprobados por Colombia, en el derecho interno existía una protección parcial, que era urgente complementar, en aras de una protección integral. Esa necesidad fue cubierta con la Ley 23 de 1992.

Mediante la Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se aprobó el «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos», aplicable a los países miembros de la Comunidad Andina. Dicho régimen señaló, a título enunciativo, las obras objeto de protección (artículo 4)¹⁰⁴ y aclaró que la

¹⁰³ Cfr. «Reseña del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886)», consultado el 11.02.21 en: https://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html

¹⁰⁴ Señala el artículo 4 que: «La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

- a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales;
- b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;
- c) Las composiciones musicales con letra o sin ella;
- d) Las obras dramáticas y dramático-musicales;
- e) Las obras coreográficas y las pantomimas;
- f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento; g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías; - 4 - h) Las obras de arquitectura;
- i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;
- j) Las obras de arte aplicado;

protección comprende «exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras»¹⁰⁵. Precisó, además, que no son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas¹⁰⁶, regulando, entre otros, los siguientes aspectos: a) los titulares de los derechos (capítulo III); b) el derecho moral (capítulo IV); c) los derechos patrimoniales (capítulo V); d) la duración de la protección (capítulo VI); e) las limitaciones y excepciones (capítulo VII); f) la transmisión y cesión de derechos¹⁰⁷ (capítulo IX), y g) los derechos conexos (capítulo X).

Por medio de la Ley 565 de 2000, se aprobó el «Tratado de la OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, sobre Derechos de Autor (WTC)», adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, y mediante el Decreto 1474 de 2002 se promulgó dicho instrumento.

Se tiene, entonces, que, desde hace un tiempo, el Legislador advirtió la necesidad de proteger los derechos de autor que están presentes en todas las formas en que se pueden expresar las ideas. Dicha protección perdura durante toda la vida del autor y ochenta años más, después de su muerte, cuando se trata de persona natural¹⁰⁸; o por 50 años, cuando se trata de una persona jurídica¹⁰⁹. Una vez superado este tiempo, pasa a ser de dominio público.

La ley permite que el autor registre su obra en el «Registro Nacional de Derecho de Autor»¹¹⁰, que administra la «Dirección Nacional del Derecho de Autor»¹¹¹. Según el artículo 3 de la Ley 44 de 1993, se pueden inscribir en el Registro:

- a) Las obras literarias, científicas y artísticas;
- b) Los actos en virtud de los cuales se enajene el Derecho de Autor, así como cualquier otro acto o contrato vinculado con los derechos de autor o los derechos conexos;
- c) Los fonogramas;
- d) Los poderes de carácter general otorgados a personas naturales o jurídicas para gestionar ante la Dirección Nacional del Derecho de Autor, o cualquiera de sus dependencias, asuntos relacionados con la Ley 23 de 1982.

k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;

l) Los programas de ordenador;

ll) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales».

¹⁰⁵ Art. 7 Decisión 351 de 1993 de la Comisión de la Comunidad Andina.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cesión entraña la transmisión del derecho. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de julio de 2013 (Rad. 08001-23-31-000-1991-06334-01) (Exp. 21642).

¹⁰⁸ Art. 29 de la Ley 23 de 1982 (modif. por el art. 2 de la Ley 44 de 1993).

¹⁰⁹ Dicho término se cuenta «a partir del último día del año en que tuvo lugar la interpretación o ejecución, la primera publicación del fonograma o, de no ser publicado, de su primera fijación, o la emisión de su radiodifusión». *Ibidem*.

¹¹⁰ Mediante el Decreto 460 de 1995: «Por el cual se reglamenta el Registro Nacional de Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal». Dicho Registro tiene como finalidad la inscripción de todo tipo de obras en el campo literario y artístico, así como los actos y contratos relacionados. Su función es otorgar un título de publicidad y seguridad jurídica a los titulares de tales derechos.

¹¹¹ Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia y órgano institucional responsable del diseño, dirección, administración y ejecución de las políticas gubernamentales en materia de derecho de autor y derechos conexos.

El registro de la obra tiene como finalidad otorgar publicidad y garantía de seguridad a los derechos de los titulares, así como a los actos y contratos que cambien esa titularidad. Al respecto, el artículo 4 de la Ley 44 de 1993 dispone:

El registro de las obras y actos sujetos a las formalidades del artículo anterior tiene por objeto:

- a) Dar publicidad al derecho de los titulares y a los actos y contratos que transfieran o cambien ese dominio amparado por la ley;
- b) Dar garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de derechos de autor y derechos conexos y a los actos y documentos que a ellos se refiere.

Tal como lo ha señalado la OMPI, los derechos patrimoniales «en relación con las obras son los derechos de los autores que integran el elemento pecuniario del derecho de autor, en contraposición con los derechos morales¹¹². Los derechos patrimoniales suponen, en general, que, dentro de las limitaciones impuestas por la legislación de derecho de autor, el titular del derecho de autor pueda hacer toda clase de utilizaciones públicas de la obra previo abono de una remuneración. En particular, los derechos patrimoniales comprenden la facultad para hacer o autorizar que se haga lo siguiente: publicar o reproducir de otro modo la obra para su transmisión (distribución) al público; comunicarla al público mediante representación o ejecución, mediante radiodifusión o por hilo; hacer traducciones o cualquier tipo de adaptaciones de la obra y utilizarlas en público, etc.». (Se subraya)¹¹³.

De acuerdo con el artículo 183 original de la Ley 23 de 1982¹¹⁴, la transferencia de los derechos de autor debía realizarse siempre por contrato de cesión, en el que debía constar los términos y condiciones de transferencia del derecho. Igualmente, el contrato debía constar por escritura pública o documento privado reconocido ante notario público, y registrarse en la Dirección Nacional de Derecho de Autor, para efectos de oponibilidad y publicidad. En tal virtud, la transferencia de los derechos de autor requería unas formalidades propias exigidas para el contrato y definidas por la ley, sin las cuales la transferencia de derechos no existía ni tenía validez frente a terceros.

La Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en el Capítulo IX («Transmisión y Cesión de derechos»), incluyó el artículo 30, que dispone:

Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros.

En ese sentido y de acuerdo con la norma subregional, la transmisión y cesión de los derechos de autor se sujeta a las normas internas de cada país miembro, por lo que el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 sigue regulando la materia.

La Ley 1450 de 2011, «[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014», introdujo varias modificaciones al artículo 183¹¹⁵ en comento, a

¹¹² Los derechos morales han sido calificados por la Corte Constitucional como verdaderos derechos fundamentales. Ver Sentencia C-155 de 1998.

¹¹³ Cfr. OMPI, Glosario de Derecho de Autor y derechos conexos. Definición núm. 95.

¹¹⁴ El artículo 183 de la Ley 23 de 1982 *original* disponía: «Todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser registrados en la oficina de registros de derechos de autor, con las formalidades que se establecen en la presente Ley».

¹¹⁵ Artículo 30 de la Ley 1450 de 2011: **Derechos patrimoniales de autor**. Modifíquese el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:

saber: *i)* eliminó la exigencia de la participación notarial en el acto; *ii)* se refirió a derechos patrimoniales de autor o conexos, para distinguirlos de los morales; *iii)* autorizó la transferencia por acto entre vivos y la limitó a las modalidades autorizadas por la ley, así como al tiempo y ámbito territorial previstos en el contrato; *iv)* a falta de mención expresa sobre el plazo y ámbito territorial, señaló que era por 5 años y en el país donde se celebrara el contrato; *v)* mantuvo el carácter solemne del contrato, pues reiteró, como requisito «de validez», que constara por escrito; *vi)* insistió en la inscripción en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad frente a terceros, y *vii)* dispuso que sería inexistente toda cláusula en la cual se transfiriera, de manera general o indeterminable, la producción futura, o en la que el autor se obligara a restringir su producción intelectual, o a no producir.

Sobre el contrato de cesión de derechos patrimoniales de autor o conexos, esta corporación dijo¹¹⁶:

[L]a cesión de derechos es un contrato por medio del cual el autor o titular de una obra, denominado cedente, transmite total o parcialmente sus derechos patrimoniales a otra persona, denominada cesionario, a cambio de una remuneración o sin ella. Mediante este contrato, regulado por el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982, el cedente se desprende de los derechos patrimoniales, convirtiendo al cesionario en el nuevo titular o titular derivado, lo cual le permite actuar en nombre propio, incluso en lo relacionado con acciones judiciales contra los infractores. En caso de que la cesión sea parcial, los autores conservan las prerrogativas en lo que no transfieren expresamente.

Es preciso señalar que la forma es considerada como «un elemento natural de cualquier negocio jurídico, ya que la declaración de voluntad, que es su médula, necesita exteriorizarse, darse a conocer ante los demás», y según el régimen legal aplicable, previó que este tipo de contratos deben constar por escrito (contrato litteris) o, lo que es igual, se trata de un contrato solemne.

La forma como se materializa el vínculo jurídico es, pues, escrita. Forma escrita que revise un valor ad solemnitatem o ad substantiam actus o ad essentiam (forma dat esse rei). De ahí que el acto o negocio jurídico en materia de derechos de autor sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, se trata de una solemnidad esencial para su existencia jurídica, esto es de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad.

Artículo 183. Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. // La falta de mención del tiempo limita la transferencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia.//

Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. //Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.// Será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir.

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 29 de julio de 2013. Rad. 08001-23-31-000-1991-06334-01. (Exp. 21642).

Así las cosas, con apoyo en lo prescrito en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, este tipo de contratos es solemne, en tanto «los actos de transferencia de los derechos económicos o patrimoniales del autor a favor de un tercero, para lograr su perfeccionamiento deben cumplir con solemnidades legales so pena de inexistencia¹¹⁷, puesto que no se trata de contratos consensuales»¹¹⁸. (Se subraya).

El artículo 181 de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022) modificó nuevamente el artículo 183 en comento, en los siguientes términos:

Artículo 183. Acuerdos sobre derechos patrimoniales. Los acuerdos sobre derechos patrimoniales de autor o conexos, deberán guiarse por las siguientes reglas:

Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse, o licenciarse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia o licencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente.

La falta de mención del tiempo limita la transferencia o licencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia o licencia.

Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez.

Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

Será ineficaz toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir.

Será ineficaz toda estipulación que prevea formas de explotación o modalidades de utilización de derechos patrimoniales de autor o conexos, que sean inexistentes o desconocidas al tiempo de convenir la transferencia, autorización o licencia.

Las principales modificaciones introducidas son: *i)* el título se refirió a «acuerdos sobre derechos patrimoniales» y, en consonancia con este cambio, el primer inciso señaló que esos acuerdos se rigen por las reglas allí establecidas; *ii)* habló no solo de transferencia sino de licenciamiento y, acorde con ello, incluyó el término «licencia» en varios apartes; *iii)* señaló que la consecuencia de una estipulación que transfiera de manera general u obligue al autor a no producir o a restringir su producción intelectual, es la ineficacia¹¹⁹; *iv)* dispuso que toda cláusula que prevea formas de explotación o de uso inexistentes o desconocidas para la fecha del contrato es ineficaz, y *v)* se refirió a dos modalidades de explotación o utilización de esos derechos: transferencia y autorización o licencia.

¹¹⁷ De acuerdo con el art. 183 original de la Ley 23 de 1982.

¹¹⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de octubre 23 de 2003. Rad. 1.538. En el mismo sentido ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 29 de marzo de 2012. Rad. 700012331000199706524 01.

¹¹⁹ El artículo 183 anterior señalaba que la consecuencia era la inexistencia.

La norma vigente mantuvo el requisito formal previsto en las disposiciones anteriores, según el cual el contrato de transferencia de los derechos patrimoniales de autor o conexos debe constar por escrito.

La Sala destaca que, aun cuando el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011 se refirió al escrito, como «condición de validez» de los actos jurídicos que tengan por objeto la transferencia o cesión de los derechos patrimoniales de autor, expresión que aparece reiterada en el artículo 181 de la Ley 1955 de 2019, debe entenderse que dicha formalidad constituye, realmente, una condición para la existencia del negocio, pues, de tiempo atrás, tanto la jurisprudencia como la doctrina han precisado que el escrito es, en estos casos, un requisito *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* del respectivo acto jurídico¹²⁰, sin el cual, por lo tanto, el acto no existe, ni produce efecto jurídico alguno, tal como lo explicó el Consejo de Estado, en la sentencia del 29 de julio de 2013, antes citada.

En tal virtud, la explotación comercial de los derechos económicos o patrimoniales de autor se puede llevar a cabo mediante transferencia, autorización o licencia. El primer evento se realiza mediante el contrato de cesión, total o parcial. En caso de cesión parcial, el titular del derecho conserva las prerrogativas que no transfiere expresamente, y que corresponden a aquellas que no se mencionen, en forma explícita, en el contrato.

En todo caso el contrato que se celebre debe atender las formalidades exigidas en la ley e inscribirse en el «Registro Nacional de Derechos de Autor», para efectos de publicidad y oponibilidad frente a terceros. Y en el evento de que se incluyan estipulaciones prohibidas por la ley, estas serán ineficaces.

IV. La explotación comercial de los derechos de propiedad intelectual y demás bienes intangibles, por parte de las entidades estatales titulares

A. Alcance y finalidad del artículo 167 de la Ley 1955 de 2019 (PND 2018-2022)

Mediante la Ley 1955 de 2019 se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018 - 2022, «Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad», el cual se compone de tres pactos estructurales, que buscan integrar a la sociedad, en aras de lograr una Colombia equitativa. Dichos pactos son: Legalidad, emprendimiento y equidad¹²¹.

Como lo señaló el Gobierno Nacional¹²², para el logro de los anteriores objetivos se requieren condiciones habilitantes y un abordaje territorial, los cuales están contenidos en otros pactos, que comprenden estrategias transversales y regionales (pactos transversales y regionales). Algunos de estos pactos son: *i*) Pacto por la sostenibilidad; *ii*) Pacto por la ciencia, la tecnología y la innovación; *iii*)

¹²⁰ Recuerda la Sala que, en la teoría general de los contratos, se reconocen tres tipos distintos de formalidades, cuya inobservancia genera efectos jurídicos diferentes: *i*) las solemnidades o formalidades *ad substantiam actus*, que son aquellas previstas para la existencia de los actos jurídicos, y sin las cuales el negocio no produce efecto alguno; *ii*) las formalidades previstas para la validez de un acto (*ad formalitatem*), sin las cuales el negocio jurídico resulta viciado de nulidad y es, por lo tanto, anulable por la autoridad judicial competente, y *iii*) las formalidades exigidas para darle publicidad y oponibilidad a un acto frente a terceros, sin las cuales dicho negocio carece de efectos frente a terceros, puede ser desconocido por ellos.

¹²¹ Art. 3 de la Ley 1955 de 2019.

¹²² *Ibidem*.

Pacto por la transformación digital de Colombia, y iv) Pacto por la protección y promoción de nuestra cultura y desarrollo de la economía naranja, entre otros¹²³.

En relación con el segundo pacto estructural, denominado *Emprendimiento*, la exposición de motivos del proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 1955 de 2019 señaló:

El pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad: una economía dinámica, incluyente y sostenible que potencie todos nuestros talentos, involucra a todo el tejido empresarial y le apunta a estrategias que estimulan la creación, consolidación y crecimiento de las empresas. El país necesita desarrollar su potencial productivo, de manera que sean los emprendedores y el sector privado los dinamizadores del crecimiento económico y de la creación de empleo y bienestar. El pacto le apuesta a una mejora regulatoria que reduzca los trámites y promueva la actividad empresarial; a la transformación productiva, a la transformación digital profunda tanto en el sector público como en el privado, a la provisión de bienes públicos para el sector productivo. Se destacan también las estrategias del Plan para estimular el desarrollo y la productividad de la zona rural de Colombia, que le apuntan a superar la falta de inversión pública y privada que se requiere para aprovechar el potencial productivo del campo y crear inclusión para los productores y los habitantes rurales. [se destaca]¹²⁴.

Se tiene, entonces, que las disposiciones consagradas en el «Pacto por el Emprendimiento» (sección II) de la Ley 1955 de 2019 (PND 2018-2022, en adelante) tienen como propósito estimular la creación de empresas, para lograr el desarrollo del potencial productivo del país, con el fin de que los emprendedores y el sector privado fortalezcan el crecimiento económico del país. Igualmente, con esas normas se busca promover una intensa transformación digital en el sector público y la provisión de bienes públicos para el sector productivo, de tal manera que estos sean aprovechados.

Así, el PND 2018-2022, en la sección II, «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad: una economía dinámica, incluyente y sostenible que potencie nuestros talentos», incorporó algunas disposiciones relacionadas con la promoción de las industrias creativas de la economía naranja¹²⁵, la financiación de la inversión privada con recursos públicos de actividades de ciencia, tecnología e innovación y el estímulo a la producción de obras audiovisuales.

En la sección II del proyecto de ley presentado por el Gobierno se encontraba el artículo 105 original¹²⁶, el cual autorizaba a las entidades públicas titulares la explotación comercial de sus bienes intangibles y demás derechos de propiedad intelectual, para destinar los beneficios económicos obtenidos a los programas de ciencia, tecnología e innovación. En esta medida, la norma propuesta creaba una fuente de financiación para la promoción de esos proyectos e iniciativas, en los siguientes términos:

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Exposición de motivos. «Proyecto de ley número 311 de 2019 - Cámara por la cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022. 'Pacto por Colombia, Pacto por la equidad'». Gaceta del Congreso núm. 33 del 7 de febrero de 2019, pág. 61.

¹²⁵ Por medio de la Ley 1834 de 2017 se dictaron disposiciones para fomentar la economía creativa; esa ley es también conocida como «Ley Naranja».

¹²⁶ proyecto de ley No. 227 de 2019 Senado- 311 de 2019 Cámara «Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018 – 2022. 'Pacto por Colombia, Pacto por la equidad'». Gaceta del Congreso núm. 315 del 7 de mayo de 2019, artículo 172, pág. 58.

Artículo 105. Explotación de bienes intangibles y derechos de propiedad intelectual. La entidad pública que sea titular de bienes intangibles y derechos de propiedad intelectual (marcas, patentes, diseños industriales, esquemas de trazado de circuito, variedades de vegetales, derechos de autor, entre otros), podrá negociar la explotación comercial siempre y cuando la entidad demuestre y soporte con estudios de viabilidad jurídica y financiera el potencial comercial del bien intangible.

Con los beneficios y/o regalías que se generen de la explotación comercial del bien intangible y/o derecho de propiedad intelectual la entidad titular deberá destinarlos para el apoyo e inversión a los proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación de la entidad.

Parágrafo. Colciencias o la entidad que haga sus veces y el Departamento Nacional de Planeación, en el marco de la Comisión Intersectorial de Propiedad Intelectual, reglamentarán los instrumentos y mecanismos jurídicos y financieros necesarios que permitan la transferencia y/o comercialización de los bienes intangibles y derechos de propiedad intelectual de los cuales sea titular¹²⁷. (Se subraya).

Como se indicó, el propósito de la norma propuesta era obtener recursos para destinarlos a apoyar y financiar la inversión en proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación de las entidades públicas, a través de la explotación comercial de sus derechos de propiedad intelectual y demás bienes intangibles. No obstante, la explotación económica estaba sujeta a que la entidad titular demostrara el potencial comercial del intangible o derecho. Y le correspondía a Colciencias, junto con el Departamento Nacional de Planeación, la definición de los instrumentos jurídicos y financieros para llevar a cabo la comercialización de los derechos de propiedad intelectual y demás intangibles.

Sobre el particular, la exposición de motivos dijo:

El DNP y los demás miembros de la Comisión Intersectorial de Propiedad Intelectual CIPI **actualizarán la política de propiedad intelectual del país**, la cual incluirá temas en materia de derecho de autor y derechos conexos, **y se armonizará con la política integral de la economía naranja**. Además, **se constituirá el inventario de propiedad intelectual del sector público**, el cual incluirá los proyectos financiados con el Presupuesto General de la Nación y el Sistema General de Regalías, **con el objeto de aprovechar los bienes intangibles del Estado**. Con este insumo, Bancóldex e iNNpulsa apalancarán recursos provenientes de capitales semillas y de riesgo para promover emprendimientos de base tecnológica y de industrias creativas y culturales. **Así mismo, se crearán los instrumentos mecanismos jurídicos y financieros necesarios que permitan la transferencia y o comercialización de dichos bienes tangibles e intangibles del Estado**¹²⁸. (Se resalta).

En tal virtud, uno de los propósitos del Gobierno Nacional, plasmados en la Ley 1955, fue el de aprovechar los bienes intangibles del Estado, a través de los mecanismos jurídicos y financieros que permitieran su comercialización. Todo ello, para promover emprendimientos en materia de tecnología, ciencia e innovación, y para fomentar las industrias creativas y culturales, atendiendo el compromiso del actual Gobierno de formular una política integral para la economía creativa¹²⁹ (*economía naranja*), que comprende sectores relacionados con la creación, la

¹²⁷ Cfr. Art. 105 «Proyecto de ley por la cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022. Pacto por Colombia, Pacto por la equidad». Gaceta del Congreso n°. 33 del 7 de febrero de 2019, págs. 33 y 34.

¹²⁸ Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. «Pacto por Colombia, Pacto por la equidad». Gaceta del Congreso n°. 33 del 7 de febrero de 2019, pág. 420.

¹²⁹ Art. 4 de la Ley 1834 de 2017.

producción y la comercialización de bienes intangibles, en muchos casos protegidos por las normas de propiedad intelectual¹³⁰.

El artículo aprobado, que corresponde al 167 de la Ley 1955 de 2019,¹³¹ señala:

Artículo 167. Bienes intangibles o derechos de propiedad intelectual de las entidades públicas. La entidad pública que sea titular de bienes intangibles y derechos de propiedad intelectual podrá negociar su explotación comercial.

Los beneficios o regalías que se generen de la explotación comercial del bien intangible o derecho de propiedad intelectual de titularidad de la entidad pública, deberán ser destinados para el apoyo e inversión a los programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación de la entidad pública. Para lo anterior, la entidad pública podrá suscribir convenios de ejecución con fondos o fiducias que garanticen dicha destinación.

Para aquellas entidades públicas que no desarrollen o ejecuten programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación, los beneficios o regalías que genere la explotación comercial de sus bienes intangibles o propiedad intelectual, deberá ser destinada a la promoción de industrias creativas de conformidad con el artículo 2o de la Ley 1834 de 2017. (Se subraya).

Como se observa, el artículo vigente difiere del originalmente propuesto por el Gobierno en varios aspectos, a saber:

- i) Eliminó la enunciación de algunas clases de bienes intangibles y derechos de propiedad intelectual;
- ii) Suprimió la condición impuesta para llevar a cabo la explotación comercial, según la cual las entidades titulares debían demostrar el potencial comercial de esos bienes y derechos;
- iii) Llenó el vacío legal de la destinación de los beneficios o regalías cuando la entidad titular no realizara proyectos o programas en ciencia, tecnología e innovación, y ordenó destinarlos a la promoción de industrias creativas, a que se refiere la Ley 1834 de 2017¹³², también conocida como «Ley Naranja», y
- iv) Excluyó el párrafo que imponía a Colciencias y al Departamento Nacional de Planeación reglamentar los instrumentos y mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo la explotación comercial de los derechos de propiedad intelectual y demás intangibles.

El artículo trajo como novedad la destinación de los beneficios producto de la comercialización de los intangibles al fomento de las empresas creativas, a que se refiere la Ley 1834 de 2007, cuando la entidad titular no adelanta programas de ciencia, tecnología e innovación. Lo anterior se explica por la necesidad de contar con recursos que impulsen la economía naranja, diseñada e impulsada por el Gobierno Nacional, la cual se fundamenta también en intangibles, protegidos, en muchos eventos, por derechos de propiedad intelectual.

¹³⁰ Cfr. Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. «Pacto por Colombia, Pacto por la equidad». Gaceta del Congreso n°. 33 del 7 de febrero de 2019, pág. 466.

¹³¹ Cfr. Artículo 172 del «Texto definitivo aprobado en sesión plenaria el día 02 de mayo de 2019 al proyecto de ley No. 227 de 2019 Senado- 311 de 2019 Cámara 'Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018 – 2022. Pacto por Colombia, Pacto por la equidad'». Gaceta del Congreso núm. 315 del 7 de mayo de 2019, pág. 58.

¹³² «Por medio de la cual se fomenta la economía creativa Ley Naranja».

Al respecto, el Gobierno sostuvo:

La economía naranja comprende sectores relacionados con la creación, la producción y la comercialización de bienes y servicios basados en contenidos intangibles de carácter cultural y creativo, que en muchos casos pueden protegerse por los derechos de propiedad intelectual. Las actividades que conforman la economía naranja se pueden clasificar en desarrollos, productos o servicios que hacen parte de las artes y el patrimonio cultural material e inmaterial, las industrias culturales y las creaciones funcionales¹³³.

El artículo 2 de la Ley 1834 de 2017 definió las industrias creativas en los siguientes términos:

Artículo 2o. Definiciones. Las industrias creativas comprenderán los sectores que conjugan creación, producción y comercialización de bienes y servicios basados en contenidos intangibles de carácter cultural, y/o aquellas que generen protección en el marco de los derechos de autor. Las industrias creativas comprenderán de forma genérica -pero sin limitarse a-, los sectores editoriales, audiovisuales, fonográficos, de artes visuales, de artes escénicas y espectáculos, de turismo y patrimonio cultural material e inmaterial, de educación artística y cultural, de diseño, publicidad, contenidos multimedia, software de contenidos y servicios audiovisuales interactivos, moda, agencias de noticias y servicios de información, y educación creativa. (Se subraya).

Entonces, el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, en el artículo 167, buscó promover la explotación comercial de los derechos de propiedad intelectual y demás bienes intangibles cuya titularidad recaiga en las entidades públicas, de forma tal que sean aprovechados y generen un beneficio económico para el Estado.

La ley también ordenó destinar los beneficios o regalías que se generen por dicha explotación al apoyo e inversión de programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación de la entidad pública. Y en caso de que la entidad titular no realice ninguno de esos proyectos o actividades, ordenó destinarlos a la promoción de las industrias creativas, a que alude la Ley 1834 de 2017.

En consecuencia, los recursos que se obtengan por la explotación de estos bienes y derechos **deben destinarse exclusivamente a los proyectos de ciencia, tecnología e innovación** que efectúe la entidad titular de los mismos y, en su defecto, a la promoción de las industrias creativas, a que se refiere la Ley Naranja.

Sin embargo, la Ley 1955 no aludió a la reglamentación de los instrumentos y mecanismos para llevar a cabo la explotación económica de esos bienes y derechos, como tampoco reguló el mecanismo o procedimiento contractual que deben utilizar las entidades públicas titulares para negociar su explotación, ni señaló si deben aplicar o no, para tal efecto, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

B. Régimen de contratación de las entidades estatales

Como ya se indicó, las entidades estatales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993, con sus modificaciones y adiciones, cuando

¹³³ Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. «Pacto por Colombia, Pacto por la equidad de motivos». Gaceta del Congreso núm. 33 del 7 de febrero de 2019, pág. 466.

celebren contratos, deben atender las normas del derecho privado (comerciales y civiles) que resulten aplicables, excepto en aquellas materias expresamente reguladas por la citada ley.

Ahora bien, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no consagra un régimen especial para la celebración de los contratos que impliquen explotación de los derechos de propiedad intelectual y otros bienes intangibles, de los que sean titulares las entidades públicas. Tampoco existe, dentro de los regímenes exceptuados de la aplicación del citado Estatuto, una ley que regule esa materia. Y, como ya se dijo, la Ley 1955 de 2019, que autorizó su explotación comercial, no reguló tal aspecto.

En esa medida, las entidades públicas¹³⁴ que sean titulares de derechos de propiedad intelectual u otros bienes intangibles, y decidan llevar a cabo su explotación económica, deberán determinar si se encuentran dentro de alguno de los regímenes exceptuados de la aplicación del Estatuto de Contratación Pública, o regímenes especiales, en razón al tipo de entidades, al sector al que pertenecen, o a la naturaleza de las actividades que ejercen. En el evento de estar exceptuadas, deberán dar cumplimiento a los principios contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, previsto en la Ley 80 de 1993, con sus adiciones y modificaciones, como lo ordena el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

En caso contrario, es decir, si la entidad pública respectiva no se encuentra exceptuada de la aplicación del citado Estatuto, deberá dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en él para llevar a cabo la contratación de la explotación comercial de los derechos de propiedad industrial y demás intangibles que posea, tanto en la etapa precontractual como contractual.

C. Tipología contractual

La Ley 80 de 1993 otorga un amplio margen a las entidades estatales para escoger los tipos o clases de contratos que pueden celebrar para cumplir con sus objetivos, al señalar que son contratos estatales todos los previstos en el derecho privado y aquellos derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (artículos 13, 32 y 40). Lo anterior se traduce en que las entidades estatales pueden escoger, entre una amplia gama de posibilidades contractuales consagradas en el Código de Comercio, el Código Civil y disposiciones especiales, así como aquellos otros - atípicos e innominados¹³⁵- que surjan del ejercicio de la autonomía de la voluntad y satisfagan sus objetivos y necesidades.

¹³⁴ De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, son 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 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».

¹³⁵ Cfr. DÁVILA Vinuesa, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Bogotá, Editorial Legis, p. 841.

En efecto, el artículo 32 dispone que «[s]on 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 [...]». La norma señala, a título enunciativo, los siguientes tipos de contratos: obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y «fiducia pública».

Ahora bien, ni la Ley 80 de 1993, con sus modificaciones y adiciones, ni la Ley 1955 de 2019 establecen una tipología contractual especial o distinta a la regulada en el derecho privado, para que los titulares negocien la explotación comercial de sus derechos de propiedad intelectual y demás intangibles. Por tal razón, tanto las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como aquellas que deben aplicarlo, pueden suscribir los contratos regulados por la ley y aquellos otros que habitualmente celebran los particulares, para estos fines, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Dado que el artículo 167 de la Ley 1955 autoriza a las entidades públicas a negociar la «explotación comercial» de los derechos de propiedad intelectual y otros bienes intangibles de los cuales sean titulares, es necesario considerar lo que debe entenderse por «explotación comercial», en la materia que nos ocupa.

Sea lo primero advertir que dicho término no se encuentra definido legalmente, en relación con todos los bienes, en general (tangibles e intangibles), ni con respecto a estos últimos, ni en lo que atañe a la propiedad intelectual, en sentido amplio.

Por lo tanto, es necesario acudir al sentido que se le da a dicha expresión en la correspondiente ciencia o arte, o, en su defecto, en el lenguaje común, tal como lo ordenan los artículos 28 y 29 del Código Civil¹³⁶.

Es tan amplio el campo de los bienes intangibles e, incluso, el de la propiedad intelectual, como ya se ha explicado, que no encuentra la Sala una definición técnica de este concepto, que sea unívoca y aplicable a todos los campos de la industria, el comercio, la ciencia, la tecnología, el arte y la creación intelectual, en general.

Ahora bien, según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra «explotación» significa, entre otras acepciones, «[a]cción y efecto de explotar», y esta última voz aparece definida como «[s]acar utilidad de un negocio o industria en provecho propio», entre otros significados.

Así, desde el punto de vista lingüístico, nada se opone a que el término «explotación comercial» o, simplemente explotación, abarque cualquier clase de contrato o negocio jurídico en virtud del cual pueda obtenerse provecho o utilidad de un bien propio (tangible o intangible), o, incluso, de un bien ajeno, cuya posesión o tenencia se ejerza, incluyendo, en el primer caso, aquellos contratos que impliquen la enajenación o transferencia de la propiedad sobre el respectivo bien, o la de otros derechos reales vinculados a este.

¹³⁶ Artículo 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Artículo 29. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso.

En esa medida, es importante citar lo dispuesto en el artículo 181 de la Ley 23 de 1982, tal como fue modificado por el artículo 181 de la misma Ley 1955 de 2019, acerca de los acuerdos que recaen sobre derechos patrimoniales de autor:

Artículo 183. Acuerdos sobre derechos patrimoniales. Los acuerdos sobre derechos patrimoniales de autor o conexos, deberán guiarse por las siguientes reglas:

Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse, o licenciarse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia o licencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente.

La falta de mención del tiempo limita la transferencia o licencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia o licencia.

Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez.

Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

Será ineficaz toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir.

Será ineficaz toda estipulación que prevea formas de explotación o modalidades de utilización de derechos patrimoniales de autor o conexos, que sean inexistentes o desconocidas al tiempo de convenir la transferencia, autorización o licencia. (Subrayas añadidas).

Como se aprecia, en materia de derechos de autor, la ley establece claramente que una de las formas de explotación de los derechos patrimoniales, que el titular de estos puede negociar y convenir con terceros, es la *cesión, transferencia o enajenación* de tales derechos, la que está sujeta a la formalidad exigida legalmente para su existencia (constar por escrito); a las limitaciones materiales, temporales y territoriales acordadas por las partes o, en su defecto, previstas en la ley, y a su inscripción en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad frente a terceros.

En el terreno de la propiedad industrial, la Decisión 486 de 2000 no ofrece tampoco una definición general de explotación, sino que utiliza dicho término en múltiples disposiciones, referentes a cada uno de los tipos de bienes o derechos que son protegidos por esa normativa (patentes de invención, marcas, etc.) y a los contratos y demás negocios jurídicos que el titular de aquellos puede celebrar.

Vale la pena citar, a título enunciativo, lo dispuesto por el artículo 60 de la Decisión, que se refiere a la explotación de las patentes de invención, norma que resulta aplicable también a las patentes sobre modelos de utilidad, en virtud de la remisión que hace el artículo 85 *ibidem*:

Artículo 60.- A los efectos del presente Capítulo, se entenderá por explotación, la producción industrial del producto objeto de la patente o el uso integral del procedimiento patentado junto con la distribución y comercialización de los resultados

obtenidos, de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado. También se entenderá por explotación la importación, junto con la distribución y comercialización del producto patentado, cuando ésta se haga de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado. Cuando la patente haga referencia a un procedimiento que no se materialice en un producto, no serán exigibles los requisitos de comercialización y distribución. [Subrayas añadidas].

De esta norma, podría inferirse, en principio, que, para efectos de las patentes de invención y de modelos de utilidad, la *explotación* no incluye la enajenación de los respectivos derechos de propiedad intelectual, sino solamente la producción industrial del producto objeto de la patente, su distribución, importación y comercialización, para satisfacer la demanda del mercado, así como el uso integral del procedimiento patentado, junto con la distribución y comercialización de los resultados obtenidos.

Sin embargo, no puede perderse de vista, por una parte, que la misma normativa permite expresamente la transferencia o cesión de la patente concedida o en trámite de registro (artículo 56¹³⁷), como uno de los derechos patrimoniales o económicos de los que goza el titular, y, por otra parte, que la Superintendencia de Industria y Comercio considera la enajenación onerosa de las patentes como una forma de explotación de tales bienes intangibles. Así, en la cartilla intitulada *ABC de propiedad industrial*¹³⁸, dicha entidad sostiene lo siguiente:

¿Qué beneficios obtengo al patentar un invento?

Ser el único que durante 20 años puede explotar el invento. La explotación puede consistir en comercializar exclusiva y directamente el producto patentado, o por intermedio de terceros otorgando licencias, o transfiriendo los derechos obtenidos mediante su venta para que un tercero explote la invención. En conclusión, el beneficio es económico para el inventor o titular de la patente. (Negrillas en el original; subrayas añadidas).

En el mismo sentido, la Oficina Española de Patentes y Marcas señala¹³⁹:

Vías de explotación

Existen cuatro maneras básicas de explotar una invención:

Un contrato de **licencia** con una empresa.

Una empresa de nueva creación: que sea su idea la que le comercialice.

Una joint venture.

La **venta** de su idea.

[...]

Venta directa

¹³⁷ «**Artículo 56.**- Una patente concedida o en trámite de concesión podrá ser transferida por acto entre vivos o por vía sucesoria.

Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda transferencia de una patente concedida.

La falta de registro ocasionará que la transferencia no surta efectos frente a terceros.

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

Cualquier persona interesada podrá solicitar el registro de una transferencia».

¹³⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. *ABC de propiedad industrial*, Bogotá, 2011.

¹³⁹ Consultado por internet el 28 de abril de 2021, en el sitio: https://www.oepm.es/es/invenciones/herramientas/manual_del_inventor/valorar_el_riesgo_a_que_s_e_enfrenta/explotacion.html

Es posible que una sociedad se ofrezca a comprarle los DPI de su invención por una cantidad fija. En el caso de una invención con buenas perspectivas de mercado, puede ser aconsejable negarse. Pero la venta puede ser una buena opción si su idea tiene un valor bajo o un recorrido corto, tanto para la sociedad como para Vd. La sociedad se beneficia de no estar vinculada durante años por un contrato de licencia. Vd. se beneficia de (a) un ingreso en efectivo y (b) librarse de todas las responsabilidades y gastos que supone la propiedad de la idea, que puede incluir el mantenimiento de patentes.

En gran parte, por supuesto, depende de la cantidad que le ofrezcan. Debe solicitar asesoramiento profesional para obtener una valoración realista de su idea, pero para ambas partes habrá siempre un componente de apuesta. Es posible que se arrepienta si el producto consigue obtener unos beneficios inesperadamente altos. La sociedad puede arrepentirse si el producto no se vende bien.

[...] [Negrillas en el original]

Como se aprecia, no puede afirmarse que la explotación comercial de los derechos de *propiedad industrial* excluya su venta o enajenación a otro título oneroso (permuta, aporte en sociedad, fiducia mercantil, etc.), pues tales actos pueden constituir una forma de obtener utilidad o provecho económico de estos intangibles. Menos aún puede descartarse que la transferencia o cesión onerosa de tales bienes sea una modalidad de explotación de los derechos de *propiedad intelectual*, en general (incluyendo los derechos de autor), y mucho menos, de los *bienes intangibles o incorporales*, en su concepción más genérica.

En el caso de los derechos de propiedad intelectual que pertenezcan a entidades públicas, la ley permite expresamente su enajenación, en ciertas condiciones, tal como se puede observar en el artículo 169 de la Ley 1955 de 2019, que pertenece a la misma Sección II¹⁴⁰, y regula los derechos de propiedad intelectual sobre los resultados de programas y proyectos de ciencia, tecnología e innovación (incluyendo las tecnologías de la información y las comunicaciones), financiados con recursos públicos. Dispone la norma citada, en su parte pertinente:

Artículo 169. *Derechos de propiedad intelectual sobre resultados de programas y proyectos de ciencia, tecnología e innovación y de tecnologías de la información y las comunicaciones financiados con recursos públicos.* En los casos de proyectos de investigación y desarrollo de ciencia, tecnología e innovación y de tecnologías de la información y las comunicaciones, adelantados con recursos públicos, el Estado como titular de los derechos de propiedad intelectual derivados de estos proyectos podrá ceder dichos derechos a través de la entidad financiadora, y autorizará su transferencia, comercialización y explotación a quien adelante y ejecute el proyecto, sin que ello le constituya daño patrimonial. Las condiciones de esta cesión serán fijadas en el respectivo contrato o convenio.

En todo caso, el Estado, a través de la entidad financiadora, se reserva el derecho de obtener una licencia no exclusiva y gratuita de estos derechos de propiedad intelectual por motivos de interés público. Así mismo, en caso de presentarse motivos de seguridad y defensa nacional, el titular de los derechos de propiedad intelectual deberá ceder a título gratuito y sin limitación alguna al Estado, los derechos de propiedad intelectual que le correspondan. Los derechos de propiedad intelectual a ceder, así como sus condiciones de uso, serán fijados en el respectivo contrato o convenio.

¹⁴⁰ «Pacto por el emprendimiento, la formalización, y la productividad: una economía dinámica, incluyente y sostenible que potencie todos nuestros talentos».

[...] [Se subraya].

Vale la pena comentar que esta disposición reprodujo, parcialmente, la contenida en el artículo 10 de la Ley 1753 de 2015¹⁴¹, que permite expresamente la cesión de los derechos de propiedad intelectual de las entidades públicas, a título gratuito, en relación con proyectos de investigación y desarrollo de ciencia, tecnología e innovación financiados con recursos públicos. Tal norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-027 de 2016¹⁴², por considerar que la transferencia gratuita de tales derechos, en el marco de los proyectos mencionados, no desconocía, por sí misma, la prohibición de otorgar a los particulares auxilios o donaciones, prevista en el artículo 355 de la Carta Política. A este respecto, la Corte explicó:

78. En este caso, comienza la Sala por indicar que el artículo 71 de la Carta Política establece directamente el deber o la obligación estatal de fomentar la ciencia y la tecnología, de manera que la norma objeto de estudio se enmarca en una de las tres grandes hipótesis en las que el orden Superior admite este tipo de beneficios. Se trata de satisfacer o materializar el contenido genérico de una cláusula de la Carta Política¹⁴³.

79. En segundo lugar, esta norma no solo coincide con los planes de desarrollo en los que se delinear los contornos de las políticas públicas que deberá seguir o desarrollar el Gobierno Nacional en un periodo determinado. En esta oportunidad se trata de una norma contenida en el Plan Nacional de Desarrollo, es decir, no solo es una disposición que coincide con los propósitos de la norma maestra, sino que representa una de las bases esenciales de esa política. El fomento a la tecnología mediante un apoyo estatal reflejado en la cesión potencial de derechos de autor.

80. En tercer término, la norma fue definida en la Ley 1753 de 2015, con suficiente precisión pues, aunque el actor solo dirige su cuestionamiento a dos enunciados aislados de esta regulación, lo cierto es que el legislador precisó mucho más el alcance de esta concesión, y definió sus condiciones de procedencia. En cuanto a la determinación y alcance de la misma, debe reiterarse: se trata de la cesión a título gratuito de derechos de propiedad intelectual que, potencialmente, podrían generarse en cabeza del Estado a raíz del desarrollo de programas de investigación en materia de ciencia, tecnología e innovación y de tecnologías de la información y las comunicaciones (ámbito material), a personas que “adelanten o ejecuten” el proyecto (ámbito personal). Estas condiciones obedecen entonces a los principios de *reserva de ley y precisión en la naturaleza y alcance del beneficio*.

81. De igual manera, la disposición citada establece un conjunto de condiciones para la entrega del subsidio, que se inspiran o cuando menos respetan los requisitos que la Corporación ha ido delineando en su jurisprudencia, debido a que en sus apartes finales (que no fueron objeto de censura) prevé que “las condiciones de esta cesión serán fijadas en el respectivo contrato y en todo caso el Estado se reserva el derecho de obtener una licencia exclusiva y gratuita de estos derechos de propiedad intelectual por motivos de interés nacional”. Así las cosas, la previsión de que esta facultad se ejerza dentro del ámbito contractual satisface la exigencia constitucional de que su asignación se haga dentro de los parámetros del adecuado manejo de los recursos públicos y bajo un esquema de publicidad y transparencia que permita el control ciudadano e institucional.

¹⁴¹ «Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”».

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-027 del 3 de febrero de 2016, expediente D-10862.

¹⁴³ «[37] El artículo 71 de la Constitución Política prevé: “La búsqueda de conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan esas actividades”».

82. Además de lo expuesto, la Corte no comparte la afirmación del actor en el sentido de que en este caso el Estado no recibe contraprestación alguna. Precisamente, uno de los puntos centrales de la jurisprudencia constitucional, es que un auxilio sí reporta beneficios al Estado cuando de este se deriva utilidad económica y social, o contribuye a satisfacer los fines esenciales de la Constitución. Valga reiterar, como la norma desarrolla el mandato de fomentar la ciencia y la tecnología, no puede asumirse, como lo hace el actor, que esta cesión se efectúa *sin contraprestación alguna*.

83. Finalmente, la cesión de los derechos es potencial, por dos razones: primero, porque dada la complejidad de los derechos de propiedad intelectual¹⁴⁴, es posible que algunos de los que se generen en estos proyectos recaigan directamente en el autor o inventor; en tanto que los que en efecto deriven en el Estado podrán ser licenciados de manera “no exclusiva y gratuita” por motivos de interés general a nombre del Estado.

Resulta relevante aclarar, de conformidad con la naturaleza de las distintas categorías de propiedad intelectual, que solo los derechos de naturaleza patrimonial pueden ser cedidos en aplicación de la norma objeto de control¹⁴⁵.

Ahora bien, si la cesión o transferencia de los derechos de propiedad intelectual de los que sean titulares las entidades públicas puede hacerse, en condiciones excepcionales, a título gratuito, como lo dispone el artículo 10 de la Ley 1753 y lo sostiene la Corte Constitucional, es evidente que, con mayor razón, dicha enajenación podría hacerse a título oneroso, como en un contrato de compraventa, es decir, recibiendo el Estado la justa contraprestación económica que corresponda al valor de los derechos cedidos. Por las razones explicadas, esta también podría considerarse como una forma de *explotación comercial* de tales intangibles.

Es importante tener en cuenta, de todos modos, que los derechos de propiedad intelectual y los demás activos intangibles, de los que sean propietarias las entidades públicas, pertenecen a la categoría de los *bienes públicos* o *de dominio público* y, más específicamente, a la de *bienes fiscales*. Por lo tanto, su enajenación debe cumplir con todos los principios, normas, procedimientos, autorizaciones y criterios dispuestos para la transferencia de este tipo de bienes, en materia contractual, presupuestal, contable y fiscal, entre otras, tanto para todas las entidades públicas (en general), como para la entidad que pretenda hacer la transferencia, en particular, incluyendo lo que al efecto dispongan sus normas de creación o funcionamiento, o sus estatutos, según el caso.

Ahora bien, aparte de la cesión onerosa de estos derechos, el régimen legal de los derechos de propiedad intelectual más comunes (incluyendo la propiedad industrial y los derechos de autor) autoriza expresamente a sus titulares para celebrar contratos de *licencia*, que son aquellos en virtud de los cuales el titular

¹⁴⁴ «[38] Es claro para la Corte que la propiedad intelectual comprende un amplio conjunto de derechos y prerrogativas. Algunas de estas, como los derechos morales de autor, no serán susceptibles de apropiación estatal, en tanto que otras categorías sí podrían estar en su cabeza. De estas últimas, el Estado podría reservarse una licencia “gratuita y no exclusiva” por motivos de interés general, tal como lo dispone la norma demandada. [...]».

¹⁴⁵ «[39] Así, la decisión 351 de 1993, régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos, prevé en su artículo 9º: “Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros” [...]» [subrayas en el original].

del respectivo derecho patrimonial le otorga a un tercero la facultad, exclusiva o no exclusiva, de usar o explotar el respectivo bien intangible, durante cierto tiempo y en determinada región o país, a cambio de una remuneración o contraprestación económica, denominada generalmente *regalía*.

Es importante destacar que, a diferencia de los contratos de cesión o transferencia de los derechos de propiedad intelectual, los de licencia no conllevan la enajenación (definitiva o temporal, total o parcial) de los respectivos derechos patrimoniales, por lo que el titular de estos, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, los mantiene en su patrimonio y puede seguirlos explotando y licenciando a otros terceros (salvo pacto en contrario), así como disponer de ellos en el futuro, total o parcialmente.

El contrato de licencia que celebre la entidad pública titular debe atender los requisitos y formalidades previstos en la ley, según la clase de derecho de propiedad intelectual sobre el cual recaiga, y debe inscribirse en el registro correspondiente, para efectos de publicidad.

Solo resta mencionar, en relación con este asunto, que pueden existir otros contratos, algunos de ellos atípicos, mediante los cuales se haga la explotación comercial de derechos de propiedad intelectual y otros bienes intangibles que pertenezcan a entidades estatales, en determinados casos o para fines específicos, como los contratos de franquicia, de edición, de desarrollo de software, de fiducia o encargo fiduciario, de concesión, de sociedad y otros que pertenecen al grupo de los denominados «contratos de colaboración empresarial» (consorcios, *joint ventures*, etc.).

En atención a las consideraciones anteriores,

IV. LA SALA RESPONDE:

1. *¿Cuál sería el régimen de contratación aplicable a las entidades públicas para que puedan realizar la explotación de bienes intangibles o derechos de propiedad intelectual de los cuales sean titulares, en atención a lo previsto en el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019?*

2. *¿De acuerdo con la respuesta anterior, el régimen de contratación ¿sería aplicable a todas las entidades públicas o habría excepciones al respecto?*

Por unidad de materia, se responden estos interrogantes, en forma conjunta:

Las entidades estatales comprendidas en el ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que sean titulares de derechos de propiedad intelectual u otros bienes intangibles, y decidan negociar su explotación comercial, deben cumplir las disposiciones del derecho privado (comerciales y civiles) que resulten aplicables, excepto en aquellas materias expresamente reguladas en el citado Estatuto y en las normas que lo modifiquen o adicionen, como los mecanismos de selección; los principios de transparencia, economía y responsabilidad; el deber de selección objetiva; las inhabilidades e incompatibilidades para contratar; los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato; el equilibrio económico y financiero del contrato; las cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad,

reversión y sometimiento de a las leyes nacionales); la imposición y efectividad de las multas y de la cláusula penal que se pacten; las garantías del contrato; las nulidades del contrato estatal; el silencio administrativo positivo, y la liquidación del contrato, entre otras.

Debe recordarse que, en ausencia de normas especiales que establezcan un procedimiento de selección distinto, las entidades estatales sometidas a la Ley 80 de 1993 deben utilizar el mecanismo de la licitación pública, para la escogencia del contratista.

Las entidades exceptuadas de la aplicación del mencionado Estatuto deben sujetarse al derecho privado o al régimen especial que les sea aplicable. Y deben respetar, en todo caso, los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), así como aquellos establecidos para la gestión fiscal, en el artículo 267 *ibidem*. Además, están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, tanto en la etapa precontractual como en la contractual. En consecuencia, el régimen legal aplicable a los contratos que celebren las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 es mixto, pues combina el derecho privado con los principios de la función administrativa, los de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que son elementos propios del derecho público (administrativo).

Debido a la multiplicidad de regímenes contractuales exceptuados y especiales que existen actualmente, la entidad estatal que vaya a negociar la explotación económica de sus derechos de propiedad intelectual u otros intangibles debe determinar si está obligada o no a aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ya sea por el tipo de entidad, la actividad que desarrolla o el objeto del contrato. En caso de encontrarse exceptuada, debe observar y acatar los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y aplicar el régimen común de inhabilidades e incompatibilidades, conforme lo ordena la Ley 1150 de 2007.

Asimismo, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las exceptuadas, deben cumplir las normas supranacionales e internacionales que resulten aplicables, en consideración al derecho de propiedad intelectual de que se trate y al tipo de contrato a celebrar, como aquellas contenidas en las Decisiones 351 de 1993 y 486 de 2000 de la Comunidad Andina, y en los tratados internacionales suscritos, aprobados y ratificados por Colombia.

3. En el marco del artículo 167 de la Ley 1955 de 2019, ¿Bajo qué modalidad o tipología contractual una entidad pública puede acordar los términos y condiciones para la explotación comercial de bienes intangibles y derechos de propiedad intelectual de los cuales sea titular?

El artículo 167 de la Ley 1955 de 2019 autorizó a las entidades públicas a negociar la explotación comercial de sus derechos de propiedad intelectual y demás bienes intangibles. En desarrollo de dicha autorización, las entidades públicas titulares de estos intangibles pueden celebrar contratos de licencia, cesión, franquicia, edición, y de otras clases, con personas naturales o jurídicas, atendiendo las formalidades y requisitos previstos en la ley, según el intangible o derecho de que se trate.

Remítanse copias a la ministra de Ciencia, Tecnología e Innovación, y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Comuníquese y cúmplase.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala