

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

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

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

Actor: LUIS DARÍO CAPADOR MARTÍNEZ y OTROS

Demandado: MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y OTROS

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

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

I. - ANTECEDENTES

1. LA SOLICITUD

A.- PRETENSIONES

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

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

- 1°. La suspensión inmediata *“del uso o aprovechamiento indebido que viene haciendo la sociedad Promotora de Café Colombia S.A.-Procafecol, de la marca Juan Valdez”*.
- 2°. Que los socios de Promotora de Café Colombia, Procafecol, S.A. *“queden impedidos, inhabilitados al futuro”* para usar o explotar la marca Juan Valdez.

- 3°. Que Promotora de Café Colombia, Procafecol, S.A., en solidaridad con sus socios, los demás demandados y quienes resulten responsables, indemnicen al Fondo Nacional del Café mediante el pago de la suma de dinero actualizada que determinen los peritos como correspondiente al aprovechamiento de: i) la marca Juan Valdez, ii) el estudio realizado por la firma Violy McAusland y el señor Rudolf Hommes en el montaje de las Tiendas de Café Juan Valdez y iii) lo invertido en el posicionamiento y buen nombre de la marca Juan Valdez.
- 4°. Que, si el Fondo Nacional del Café está interesado en autorizar que particulares exploten económicamente la marca Juan Valdez, se promueva mediante proceso licitatorio público.
- 5°. Que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se declare impedida para participar, en interés particular, en cualquier acto o negocio jurídico que tenga por objeto la explotación de la marca Juan Valdez.
- 6°. Que el señor Gabriel Silva Luján se abstenga de desempeñar cualquier función relacionada con el manejo del Fondo Nacional del Café.

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

B.- HECHOS

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

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

expresamente el nombre del Fondo Nacional del Café en los actos financiados con recursos de éste (cláusula séptima del contrato de administración). Además, los empleados y asesores permanentes de la Federación cuyas funciones se relacionan con la administración y manejo del Fondo Nacional del Café están sometidos al régimen disciplinario de los servidores públicos (cláusula décima octava).

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

autorización del Comité Nacional y teniendo en cuenta el acuerdo económico a que haya lugar” (subraya no original).

- 10°. Revisado el texto del acta de la reunión del 23 de diciembre de 2002, se advierte que el entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Alberto Carrasquilla Barrera, entregó a una sociedad privada el usufructo de la marca Juan Valdez *“sin que el erario público [sic] hubiese recibido contraprestación alguna por ello, sin que mediara contrato alguno (...), reiterando que fue tal el inusitado interés de los particulares en aprovecharse ilícitamente de la marca, que cuando el ministro decidió entregársela a ese círculo exclusivo de particulares, éstos con mucha anterioridad ya la habían registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá, junto con sus establecimientos de comercio”* (subraya no original).
- 11°. Procafecol S.A. se benefició del préstamo que, con bajos intereses, largo plazo y por más de seis mil millones de pesos, le concedió el Gobierno Nacional por intermedio de Bancoldex S.A., tal como consta en el acta número 22 del 9 de septiembre de 2002 del Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.
- 12°. Procafecol S.A. también se aprovechó del estudio realizado por la firma Violy McAusland y el señor Rudolf Hommes sobre viabilidad de las tiendas de café, pagado con recursos del Fondo Nacional del Café, tal como consta en el acta número 22 del 9 de septiembre de 2002 del Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.
- 13°. El Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia incurrió en incompatibilidad por representar simultáneamente intereses públicos (en nombre de la Federación como administradora del Fondo Nacional del Café) y privados (en nombre de la Federación como socia de Procafecol S.A.).
- 14°. Es reprochable *“el celo con que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia defiende el uso de la marca Juan Valdez, obviamente en su beneficio propio y en el del círculo cerrado de las personas particulares aquí accionadas”*, tal como ocurrió el 7 de marzo de 2003 cuando prohibió a la sociedad Café Don Pedro S.A. exhibir tal marca, advirtiendo que los terceros que deseen usarla deben estar *“previamente autorizados mediante contrato de licencia de marca”*.

C.- DERECHOS COLECTIVOS CUYA VIOLACIÓN SE ALEGA

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

- 1°. Moralidad administrativa. Al haberse entregado el uso y explotación de la marca Juan Valdez y de los estudios reseñados *“sin contraprestación y sin mediar procedimiento contractual alguno”*, los responsables no actuaron con la pulcritud y transparencia que el asunto ameritaba, pues además de que omitieron las diligencias necesarias para la defensa de los intereses colectivos, actuaron motivados exclusivamente por su propio interés particular, obteniendo indebidas ventajas que ocasionaron *“grave y cuantioso detrimento del erario”*.

- 2°. Defensa del patrimonio público. La conducta inmoral antes descrita permitió que un grupo de particulares se apropiara indebidamente del patrimonio público representado en la marca Juan Valdez y en los estudios reseñados.
- 3°. Libre competencia económica. La autorización para que, en forma excluyente, Procafecol S.A. explote la marca Juan Valdez impide la libre competencia en el negocio de venta de café tinto al detal y atenta contra el principio de veracidad publicitaria, pues hace creer al consumidor que el mejor café colombiano se expende en las Tiendas de Café Juan Valdez, *“en detrimento de competidores que han logrado a base de esfuerzo honesto y transparente y una larga permanencia en el mercado, una mejor calidad de café”*. Procafecol S.A. irrumpe en el mercado abusando de su posición dominante al aprovecharse indebidamente de un bien público.

2. CONTESTACIÓN

Del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.-

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

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

- 4°. En reunión del Comité celebrada el 17 de julio de 2003 se modificó la autorización del 23 de diciembre de 2002, *“en el sentido de que era el Comité Nacional de Cafeteros quien debía autorizar el uso de las marcas”*, Además, *“se enfatizó en que todas las decisiones relacionadas con la remuneración por el uso de las marcas se aplicaban desde el momento en que comenzó el uso efectivo de las misas”*, dejando constancia del contrato celebrado con la firma Future Brand para la evaluación, manejo y diseño de dicha remuneración.
- 5°. De lo expuesto en la demanda no se deriva actuación del Ministro de Hacienda y Crédito Público orientada a evitar la libre contienda entre empresarios o la libertad de los consumidores para elegir. No alude a ninguno de los actos definidos por el ordenamiento y la doctrina como violatorios de la libertad de competencia o constitutivos de abuso de posición dominante. Además, en criterio de la Superintendencia de Industria y Comercio, la concesión de uso exclusivo de una marca no vulnera la libertad de competencia (concepto 02108233 de 2003) y, en el caso de la utilización de la marca Juan Valdez por parte de la sociedad Procafecol S.A., expresó que tal negocio, *“antes que limitar o restringir la libre competencia permite la existencia de mayor variedad de productos y precios”* (Resolución 02255 del 29 de septiembre de 2003).
- 6°. Para concluir la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa es necesario demostrar, no sólo la trasgresión del ordenamiento jurídico, sino también la mala fe de la administración. En este caso, el Ministerio obró en ejercicio de las funciones que le atribuye el contrato de administración del Fondo Nacional del Café (cláusulas tercera, cuarta y octava) y de acuerdo con los soportes y estudios que justifican la nueva estrategia comercial.
- 7°. Acerca de la alegada violación del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, sustentada en la ausencia de contraprestación y de procedimiento contractual en la cesión del uso de la marca Juan Valdez, se aclara, por una parte, que la celebración de los contratos con los eventuales licenciatarios de las marcas del Fondo Nacional del Café es competencia de la Federación Nacional del Café y, por otra, que la remuneración por el uso de la marca es exigencia que opera desde que comenzó ese uso por parte de Procafecol S.A.

Del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.-

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

- 1°. El contrato de administración suscrito entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es un contrato de mandato, ajustado a los fines que persigue la parafiscalidad cafetera.
- 2°. La incompatibilidad que se alega por la adquisición de activos del Fondo Nacional del Café por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no existe. Por el contrario, tal negociación es válida en los términos del artículo 2170 del Código Civil, esto es, si media aprobación expresa del mandante, sobre el entendido de que son diferentes las actuaciones de la Federación cuando obra como administradora del Fondo y cuando obra en nombre propio. La autorización en mención se dio en este caso por cuenta

de lo decidido por el Comité Nacional de Cafeteros, como lo reconoce la parte actora.

- 3°. La autorización no se impartió de manera que resultara desventajosa para los intereses del Fondo Nacional del Café. No fue gratuita, pues exige un reconocimiento económico a favor del fondo. Además, los demandantes no demostraron que el aprovechamiento de la marca Juan Valdez causara un detrimento al patrimonio público.
- 4°. No existe violación de la moralidad administrativa, pues las actuaciones denunciadas tienen pleno respaldo jurídico.
- 5°. Tampoco se vulnera el derecho a la libre competencia, pues en la sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002 se dejó expresa constancia de que *“el derecho de usufructo de esta marca la puede hacer cualquier persona previa autorización del Comité Nacional y teniendo en cuenta el acuerdo económico a que haya lugar”*.
- 6°. El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia ordenó el archivo de la investigación solicitada por el demandante Pedro Carlos de Narváez López con fundamento en los mismos hechos aquí alegados, concluyendo esa autoridad que la implementación de las Tiendas de Café Juan Valdez no vulnera la libre competencia (auto número 2255 del 29 de septiembre de 2003).
- 7°. La demanda no explica el alegado abuso de la posición dominante que, apenas, enuncia. Por tanto, ninguna consideración merece tal acusación.

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

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

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

- 1°. En su condición de accionista de una sociedad comercial de derecho privado no se le puede endilgar la vulneración de la moralidad pública o del patrimonio público. Además, las actuaciones de la sociedad y de sus socios se ajustan a la legalidad.
- 2°. El usufructo comercial por parte de Procafecol S.A. de las marcas de propiedad del Fondo Nacional del Café es legítimo, pues se ampara en la autorización que en ese sentido emitió el Comité Nacional de Cafeteros, ente competente para ello.
- 3°. Dicho usufructo no se predica de un bien público, pues el Fondo Nacional del Café es una cuenta de naturaleza parafiscal, es decir, que no hace parte del presupuesto nacional.
- 4°. Procafecol S.A. reconoce al Fondo Nacional de Café una regalía provisional por el usufructo de las marcas de su propiedad; remuneración que responde

a parámetros de mercado y que se paga como anticipo, dado su *“carácter provisional en tanto concluyan los estudios de valoración de la marca”*.

- 5°. La Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció acerca de la implementación de las Tiendas de Café Juan Valdez, para concluir que el ingreso de nuevos agentes al mercado, antes que limitar o restringir la libre competencia, permite la existencia de una mayor variedad de productos y servicios (auto número 2255 del 29 de septiembre de 2003).

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

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

De Procafecol S.A.-

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

De la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.-

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

- 1°. Para la comprensión de la naturaleza parafiscal del Fondo Nacional del Café es determinante la destinación de sus recursos, pues la contribución que alimenta ese fondo, que no es impuesto, no sólo no ingresa al presupuesto nacional, sino que debe reinvertirse en beneficio del gremio cafetero.
- 2°. La cláusula contractual citada por los demandantes para afirmar la responsabilidad disciplinaria que, según ellos, se predica de algunos de los demandados, remite a la Ley 200 de 1995, actualmente sin vigencia por haber sido derogada por la Ley 734 de 2002, la cual no incluyó a los administradores de recursos parafiscales como sujetos disciplinables.
- 3°. Las cifras mencionadas en la demanda no tienen fundamento objetivo alguno, siendo apenas, meras apreciaciones subjetivas, por demás, exageradas. Nótese que la Federación se ha visto en la necesidad de contratar firmas extranjeras especializadas para la valoración de la marca Juan Valdez, en términos jurídicos, contables, económicos y publicitarios.
- 4°. Las condiciones económicas bajo las cuales Procafecol S.A. usufructúa comercialmente la marca Juan Valdez se determinaron mediante una evaluación preliminar basada en parámetros de mercado. La regalía

reconocida tiene un carácter provisional, en tanto concluyan los estudios de valoración por parte de un tercero independiente.

- 5°. De ningún modo se ha entregado a un círculo restringido de particulares el uso de la marca. Además de que el usufructo autorizado no es exclusivo, no puede pasarse por alto el fundamento y alcance de la nueva política de comercialización de la propiedad marcaria del Fondo Nacional del Café, la cual no se agota con la estrategia comercial implementada con las Tiendas de Café Juan Valdez y beneficia a todos los productores de café, independientemente de estar afiliados a la Federación.
- 6°. La autorización del 23 de diciembre de 2002 se otorgó a la Federación para que ella, directamente o mediante sociedades en las que tenga acciones, pueda usufructuar la marca, a cambio de una retribución económica al Fondo Nacional del Café. No es cierto, entonces, que la cesión haya operado a título gratuito. De hecho, desde la inauguración de la primera Tienda de Café Juan Valdez, se ha venido pagando la regalía en cuestión.
- 7°. Sobre la alegada ausencia de procedimiento contractual, *“son múltiples los actos jurídicos en los que se plasma la voluntad del Gobierno Nacional, en el sentido de adoptar una estrategia de valor agregado que potencialice el patrimonio marcario del Fondo Nacional del Café”*. Concretamente, las conclusiones de la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera, el convenio suscrito el 2 de septiembre de 2002 entre el Gobierno Nacional y la Federación y las Actas del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre y del 17 de julio de 2003. Lo anterior, sin dejar de lado el contrato de administración.
- 8°. La autorización del Ministro de Hacienda y Crédito Público en sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002 *“constituye sólo el último elemento de la formalización de la voluntad varias veces expresada y formalizada por parte del Gobierno Nacional”*. Nada impedía que el 10 de diciembre de 2002, inicio de la temporada vacacional navideña, se inaugurara la primera Tienda Juan Valdez en el Aeropuerto El Dorado, como en efecto ocurrió. Por el contrario, esperar a la reunión del Comité Nacional de Cafeteros prevista para el 23 de diciembre, *“no sólo era innecesario jurídicamente, sino evidentemente inconveniente desde el punto de vista comercial”* (subraya no original).
- 9°. No es cierto que se haya tramitado y obtenido un crédito de Bancoldex y aunque así fuera, ello no sería prueba de un indebido aprovechamiento del patrimonio público, como irreflexivamente lo sugieren los demandantes.
- 10°. El estudio técnico al cual se refieren los demandantes, en realidad, elaborado por la firma Violy, Byorum & Partners, no tuvo por objeto las Tiendas de Café Juan Valdez, sino, en términos generales, el desarrollo del patrimonio marcario del Fondo Nacional del Café, sugiriendo diferentes posibilidades estratégicas, sin referirse a un negocio específico.
- 11°. La alegada incompatibilidad del Gerente de la Federación no se configura, pues por razón de la administración encargada a la persona jurídica de derecho privado que él representa, no adquiere la naturaleza de autoridad. La administración del Fondo Nacional del Café le fue encomendada en virtud de un contrato que, en esencia, es de mandato y cuya ejecución se rige por las normas del derecho privado. Bajo ese entendido, en este caso hay

prueba suficiente de las autorizaciones que, en términos del artículo 2170 del Código Civil, hacen posible que el mandatario usufructúe los recursos del mandante.

- 12°. La solicitud de suspensión del uso de un afiche publicitario a la cual se refiere la demanda hace parte de las acciones adelantadas por la Federación como administradora del Fondo Nacional del Café y obligada, por tanto, a defender los derechos que se derivan de las marcas propias de ese fondo, en algunos casos, en los términos de las licencias de uso que ha otorgado a diferentes terceros. El artículo 155 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (régimen común de propiedad industrial) reconoce esa defensa como derecho de todo titular de una marca.

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

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

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

Actuando en nombre propio, la señora Camila Pinzón Rodríguez contestó la demanda para plantear algunos de los argumentos que, en idéntico sentido,

expusieron los demandados Juan Carlos Rojas Irigorri y Guillermo Trujillo Estrada.

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

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

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

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

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

Café, titular de la marca Juan Valdez y, por tanto, destinatario y beneficiario de la gestión administradora de la Federación.

- 8°. En la administración del Fondo Nacional del Café la figura del licenciamiento de uso de marca no tiene como única expresión la otorgada a Procafecol S.A. Existe un número elevado de licencias concedidas a distintas personas con arreglo a los parámetros normativos de la política de explotación del patrimonio cafetero establecida para la época. En ese sentido, el carácter exclusivo que los demandantes le atribuyen a la concesión cuestionada *“constituye una temeraria creación de los accionantes”*, pues *“la marca fue y es accesible a terceros en las condiciones preestablecidas”*.
- 9°. Las alusiones hechas a la actividad comercial de Café Don Pedro S.A. ponen en evidencia que los demandantes no obran en defensa de un interés colectivo, sino de uno particular y concreto de naturaleza mercantil.
- 10°. El incentivo pretendido está sujeto a la demostración de la infracción de la moralidad administrativa en materia de contratación estatal (artículo 40 de la Ley 472 de 1998).
- 11°. Para sustentar la alegada violación del derecho colectivo a la libre competencia los demandantes adujeron los mismos hechos y razonamientos propuestos ante la Superintendencia de Industria y Comercio, ente que ordenó el archivo de la investigación.

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

3. LA SENTENCIA IMPUGNADA

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

- 1°. No se demostró que Procafecol S.A. u otro particular se aprovecha de un préstamo de dinero autorizado por Bancoldex. Tampoco del estudio sobre viabilidad de las Tiendas de Café Juan Valdez al que se refieren los demandantes.
- 2°. Tampoco se probó que la constitución de Procafecol S.A. fuera ilícita o lesiva del patrimonio público o de la moralidad administrativa.
- 3°. La autorización del Ministro de Hacienda y Crédito Público al Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia para que Procafecol S.A. o cualquier otra sociedad de la cual esa Federación fuera accionista, para usufructuar las marcas del Fondo Nacional del Café a cambio de una contraprestación económica retroactiva, equivale, en la realidad, a un contrato de licencia de marca.
- 4°. El Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no incurrió en incompatibilidad ni prohibición legal aplicable a los servidores públicos, pues en la constitución de Procafecol S.A. actuó como representante legal de

esa Federación, en cumplimiento de la política cafetera fijada por el Gobierno Nacional y el Comité Nacional de Cafeteros, manteniendo la separación presupuestal, patrimonial y contable que se exige de los recursos de la Federación y los del Fondo Nacional del Café.

- 5°. Las actas del Comité Nacional de Cafeteros correspondientes a las sesiones del 23 de diciembre de 2002 y del 17 de julio de 2003 y los documentos sobre liquidación y pago de las regalías provisionales contradicen las afirmaciones de la demanda sobre no autorización, exclusividad y gratuidad del usufructo otorgado, lo mismo que el aprovechamiento ilícito y lesión del patrimonio público.
- 6°. El Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros contrató una firma asesora externa e independiente para estimar la suma que se debe reconocer y pagar al Fondo por el usufructo de la marca Juan Valdez. Por tanto, no fue demostrada la vulneración de ese patrimonio parafiscal.
- 7°. No se demostró que los demandados hubieren actuado en contra de los intereses generales para favorecer los propios. Tampoco se probó que la actividad económica cuestionada viole la Constitución o la ley, el bien común, la competitividad o los principios de la función administrativa.

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

“Respecto de este concepto, se considera:

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

En cuanto modifica las pretensiones de la demanda, después de vencido el término probatorio, en dicho concepto se desconoce el debido proceso a los demandados y, por lo tanto, resultan los elementos de convicción que

sustentan ese concepto sin demostración, por falta de publicidad y contradicción (Art. 29 C.P.).”

4. LA IMPUGNACIÓN

Del Ministerio Público.-

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

En la sustentación del recurso, agregó lo siguiente:

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

- 5°. El Comité Nacional de Cafeteros es el órgano de dirección del Fondo Nacional del Café, encargado del diseño de las políticas para la comercialización interna y externa del café colombiano, pero sin competencia para administrar directamente los bienes del Fondo. Por tanto, antes de otorgar la autorización general debió adoptar, por vía de reglamento, los parámetros para la concesión de la explotación comercial de las marcas del Fondo, *“señalando cuando menos, el término o plazo de la concesión, los requisitos exigidos a los concesionarios, los estándares de calidad de bebida de café al por menor para garantizar el prestigio de la marca, el procedimiento para su adjudicación, causales de terminación del contrato y las respectivas tarifas”*.
- 6°. La marca Juan Valdez comenzó a explotarse por Procafecol S.A. antes de que el Comité Nacional de Cafeteros autorizara su uso comercial y de que las partes contratantes (Federación y Procafecol S.A.) hubieran llegado a un acuerdo sobre el precio y el plazo de la concesión. De hecho, el acuerdo sobre el precio se logró casi un año después de iniciada la explotación, por cuenta de un cruce de correspondencia en los meses de enero y febrero de 2003.
- 7°. Se trasgredió la Resolución 08 de 2000 del Comité Nacional de Cafeteros, que contiene el *“Estatuto de Contratación de la Federación Nacional de Cafeteros con recursos parafiscales cafeteros”*, en cuanto prohíbe la celebración de contratos a término indefinido (artículo 47), fija un procedimiento especial para casos de urgencia (artículo 24) y obliga a la determinación del precio y del plazo desde la génesis del acuerdo de voluntades.
- 8°. Los valores acordados provisionalmente por la explotación de la marca se pagaron tardíamente y sin reconocer ni pagar los intereses correspondientes. Por tanto, Procafecol S.A. se apropió indebidamente de rendimientos que son de propiedad del Fondo Nacional del Café, por disposición expresa del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.
- 9°. En la administración del Fondo Nacional del Café la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia incurrió en culpa grave al asimilarse a Procafecol S.A. para justificar la inobservancia del estatuto contractual y no reclamar los intereses causados por el pago extemporáneo de la regalía.
- 10°. Gran parte de las anomalías que se cometieron en el proceso de contratación cuestionado fueron corregidas luego de instaurada la acción popular. No obstante, queda por examinar si el contrato suscrito para la explotación de la marca *“ofrece la suficiente garantía para la preservación del prestigio de la misma y no resulta lesivo para el patrimonio público”*. En todo caso, subsiste la necesidad de que el Comité Nacional de Cafeteros expida el reglamento al cual deben sujetarse los contratos de esa naturaleza.
- 11°. Si bien es cierto que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es socia mayoritaria de Procafecol S.A., lo es en calidad de ente asociativo privado y no como administradora del Fondo Nacional del Café. Además, Procafecol S.A. es una persona jurídica independiente y con fines diferentes a los de la Federación.

- 12°. En el establecimiento de las tarifas de la concesión la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se limitó a aceptar las sugeridas por la firma contratada para orientar esa labor, *“sin siquiera advertir la intención de negociar medio punto por encima de la tarifa insinuada (...)”, lo que denota falta de compromiso y transparencia en el cumplimiento de su encargo*”.

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

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

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

Del demandante Pedro Carlos de Narváez López.-

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

- 1°. En el mes de marzo de 2004, luego de practicada la auditoría especial al control fiscal de los recursos del Fondo Nacional del Café, la Auditoría General de la República advirtió el riesgo que surge para el patrimonio público por el hecho de que, sin haber sido valorada ni registrada contablemente, la marca Juan Valdez sea explotada por una sociedad privada.
- 2°. En informe enviado en junio de 2004 al Senado de la República, la Contraloría General de la República informó que la autorización de la

explotación de la marca Juan Valdez violó varias cláusulas del contrato de administración celebrado entre el Gobierno y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Lo anterior porque las respectivas Comisiones Asesoras no emitieron concepto previo y en las decisiones del Comité Nacional de Cafeteros no se contó con la participación del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural ni del Ministro de Comercio Exterior o su delegado. Además, señaló que las utilidades del usufructo de la marca serán percibidas por el particular licenciatarario y no por la comunidad cafetera, que es, en últimas, quien ha consolidado la marca.

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

delegado funciones administrativas y el manejo de recursos del Estado, le permitan apropiarse de lo encomendado?”

- 9°. El 14 de diciembre de 2002, en la inauguración de la primera Tienda de Café Juan Valdez en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá, Procafécol S.A. se apropió de las oficinas de relaciones públicas contratadas años atrás en nombre del Fondo Nacional del Café, ocupando, además, *“la sala de espera (espacio público) del muelle internacional”*.
- 10°. En la sesión del 23 de diciembre de 2002 del Comité Nacional de Cafeteros, *“el polifacético Señor Gabriel Silva Luján, sin que se pueda determinar en calidad de qué, si como el servidor público Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros administradora del Fondo Nacional del Café, si como Gerente de la agremiación privada y mayor accionista de la empresa Procafécol S.A., o como Presidente junto con el gerente y los demás integrantes de la junta directiva de la empresa privada Procafécol S.A. (...) no solamente pretendía que le legalizaran lo que ya había cometido por fuera de la ley Procafécol S.A. sino que se le entregaran 40 años de lucha de la industria cafetera”*.
- 11°. El documento anunciado en la sesión del 23 de diciembre de 2002 del Comité Nacional de Cafeteros nunca se produjo, por tanto, Procafécol S.A. sigue actuando sin autorización del Comité.
- 12°. Del contenido del acta de la sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 17 de julio de 2003 se concluye lo siguiente: i) Los Ministros de Agricultura y Desarrollo Rural y de Comercio Exterior, lo mismo que el Director del Departamento Nacional de Planeación se mantuvieron ausentes; ii) La explotación de la marca continuó ejecutándose sin autorización ni contrato; iii) Con recursos parafiscales se contrató el estudio para determinar la suma de dinero que debe pagar Procafécol S.A. por la utilización de la marca Juan Valdez; iv) Se omitió el requisito del concepto previo de los Asesores del Gobierno; y v) Como lo advirtió el informe de la Auditoría General de la Nación, no se produjo una reglamentación especial para la explotación del recurso público.
- 13°. Los hechos denunciados dan cuenta de la violación de las cláusulas cuarta (literal b, numerales uno y once, y parágrafo primero), sexta (literal b, numeral uno), séptima (literal g), décima sexta, décima séptima del contrato de administración y el Estatuto de Contratación.
- 14°. La venta de las acciones de Procafécol S.A. que poseía el señor Guillermo Trujillo Estrada, consultor de la Gerencia de la Federación, se realizó con el fin de *“sanear las incompatibilidades e inhabilidades que se le presentaban tanto en los Estatutos de la Federación como en el contrato de administración del Fondo Nacional del Café”*.
- 15°. La compra de tales acciones por parte de la Fundación Manuel Mejía contraría el objeto de ese ente (ver certificado de existencia y representación legal de esa fundación) *“y lo que es más sorprendente es que en su órgano directivo figuran todos los anteriores dirigentes de la Federación Nacional de Cafeteros, los mismos que llevaron al descalabro administrativo y la pérdida de los importantes activos del Fondo Nacional del Café, pertenecientes a la industria cafetera: Banco Cafetero, Concasa, Cafesalud, Flota Mercante Grancolombiana, Corporaciones Financieras de Occidente de Caldas y Aces,*

por mencionar algunas como consta en los informes de la Contraloría General de la Nación, más de dos billones de pesos perdidos, en total impunidad”.

- 16°. Luego de presentada la demanda de acción popular, la Fundación Manuel Mejía fue modificada en su objeto e incluyó dentro de sus dirigentes al señor Guillermo Trujillo Estrada, quien también figura como miembro de la junta directiva de Procafecol S.A.

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

5. PRUEBAS DECRETADAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

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

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

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

- 1°. Quedó demostrado que la marca Juan Valdez sigue siendo parte de los activos del Fondo Nacional del Café y que Procafecol S.A. sólo recibió el derecho a usar la marca a cambio de una suma de dinero que un experto independiente determinó. También se demostró que el acuerdo de voluntades se dio de manera verbal y que, posteriormente, cuando se definió el valor de la remuneración, se llevó a escrito. Así mismo, que la remuneración se reconoció desde el primer día de operación de la marca, con los intereses generados hasta el momento en que empezaron a efectuarse los pagos. Finalmente, no se comprobó el indebido aprovechamiento de un crédito otorgado por Bancoldex ni del estudio técnico mencionado en la demanda.

- 2°. Con la apelación los demandantes abandonaron los supuestos fácticos de su pretensión, pues, si bien reconocen que hubo contrato y remuneración, alegan la indeterminación de esa suma para la época en que comenzó la explotación de la marca. En todo caso el nuevo reparo es irrelevante, al quedar demostrado que la contraprestación se paga desde el primer día de operación.
- 3°. La demanda se motiva por un interés privado, el de la sociedad Café Don Pedro S.A., pues su propietario *“se resistió a que le pusieran competencia a su negocio de venta de café al detal, similar al de las Tiendas de Café Juan Valdez”*.
- 4°. El propósito de las Tiendas de Café Juan Valdez es legítimo, en cuanto consistente con los dictados del Comité Nacional de Cafeteros y las recomendaciones de la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera, además de apropiados los medios escogidos para su puesta en marcha, sin que haya duda de que los beneficios de la iniciativa quedarán en manos de los productores de café y del Fondo Nacional de Café.
- 5°. Si bien por extemporánea no se admitió la intervención en el proceso del Presidente del LXIV Congreso Nacional Cafetero, con su escrito se aportaron las manifestaciones hechas por los 309 Comités Municipales y los 15 Comités Departamentales de Cafeteros, en el sentido de rechazar los cuestionamientos hechos por demandantes al proyecto Tiendas de Café Juan Valdez.
- 6°. Ningún organismo de control ha formulado reparo relacionado con la violación de derechos colectivos alegada en este caso, ni la acción popular tiene como objeto hacer valer pronunciamientos de los entes de control. Por tanto, el Tribunal no tenía porqué ocuparse de los pronunciamientos emitidos por la Auditoría y por la Contraloría General de la República. En todo caso, ninguno de tales informes se soporta en prueba técnica debidamente recaudada y controvertida, tratándose, en realidad, de meras apreciaciones subjetivas.
- 7°. De ningún modo la Federación se apropió de bienes intangibles del Fondo Nacional del Café. Tampoco es cierto que Procafecol S.A., conformada con los recursos del patrimonio privado de la Federación, no tuviera autorización para constituirse. Y, mucho menos, que la Fundación Manuel Mejía careciera de capacidad para ser accionista de Procafecol S.A.
- 8°. De acuerdo con el contrato de administración del Fondo Nacional del Café y el régimen legal contractual -de derecho privado- aplicable a los recursos parafiscales cafeteros, es válida la celebración de un contrato en virtud del cual se confiera el uso de la marca Juan Valdez a una empresa filial de la Federación. Lo anterior sin perder de vista la autorización del Comité Nacional de Cafeteros y los términos del Acuerdo celebrado entre el Gobierno Nacional y el gremio cafetero, representado por la Federación. Además, en esta oportunidad se exige una remuneración directa, a diferencia de las anteriores licencias de uso cuyo único fin era la promoción de la marca.
- 9°. El hecho de que la primera tienda se haya abierto días antes de la aprobación que impartió el Comité no reviste ninguna irregularidad, pues el Gobierno Nacional tenía conocimiento de los proyectos de valor agregado, al

punto de que en la inauguración de esa primera tienda estuvo presente el Presidente de la República. En el mismo sentido, el registro en Cámara de Comercio del establecimiento de comercio tampoco es irregular, pues se trató de un *“acto preparatorio que era de las actividades que con pleno conocimiento del Gobierno Nacional se venían adelantando para poner en operación el proyecto en el menor tiempo posible”*.

- 10°. Las pruebas aportadas no sólo desvirtúan los planteamientos de la demanda, sino los *“sorpresivamente traídos a colación por la señora Procuradora Judicial en sus alegatos de conclusión, sobre el supuesto e inexistente vicio de nulidad del contrato”*.
- 11°. Es cierto que la sentencia incurre en la imprecisión de asimilar la autorización para la celebración del contrato de licencia de uso de marca con el contrato propiamente dicho. No obstante, una lectura integral del fallo da cuenta de que, en criterio del Tribunal, la autorización fue anterior al uso de la marca y en ella se fijaron los elementos estructurales de la relación contractual.
- 12°. En el acuerdo al que llegaron la Federación y Procafecol están dados todos los elementos de la esencia del contrato de uso de marca, el cual puede ser gratuito o remunerado. El precio, que no es elemento de validez de ese contrato, sí se pactó, desde el primer día de operaciones y bajo el entendido de que sería determinado por un tercero contratado para ello, dada la complejidad del asunto. Además, en ningún momento se acordó que la licencia se concedía a término indefinido.
- 13°. Una vez que la regalía fue determinada, el acuerdo fue llevado a escrito y los pagos retroactivos se efectuaron con los respectivos intereses causados, tal como aparece probado en el proceso.
- 14°. La nulidad absoluta que solicita el Ministerio Público no se basa en hechos aducidos en la demanda ni se alegó como era procedente, esto es, como resultado de la trasgresión, debidamente demostrada, de una norma imperativa de rango legal.
- 15°. El reglamento de contratación invocado no prevé que el contrato de licencia de uso de marca deba celebrarse por escrito. Además, una solemnidad como esa sólo la puede exigir la ley (artículos 1500 del Código Civil y 897 y 989 del Código de Comercio).

Del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.-

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

- 1°. La Comisión de Ajuste a la Institucionalidad Cafetera llamó la atención sobre la necesidad de *“implementar una política de licenciamiento de marcas que maximicen la protección de propiedad intelectual y genere el mayor valor agregado posible desde el punto de vista de diferenciación a apertura de nuevos segmentos para el café colombiano”*. De acuerdo con tal recomendación y las autorizaciones del Comité Nacional de Cafeteros, se formalizó una nueva estrategia de comercialización del café colombiano, basada en la apertura de tiendas para la atención directa del consumidor

final, cuyo objeto es agregar mayor valor a la marca Juan Valdez y generar mayores ingresos a los cafeteros colombianos.

- 2°. De acuerdo con los testimonios recaudados, actualmente se adelantan los estudios necesarios para determinar el valor de la contraprestación económica que debe pagar Procafecol S.A. por el uso de la marca Juan Valdez.
- 3°. Si bien el contrato de licencia de uso de marca no constó por escrito, ello no significa que tal acuerdo no exista.
- 4°. El derecho a la libre competencia no fue trasgredido, pues todos los particulares pueden acceder al uso de la marca Juan Valdez en el concepto asociado a Tiendas. Así también se concluye de lo considerado en el auto número 02255 del 29 de septiembre de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- 5°. La Resolución número 03351 del 13 de febrero de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio, decretada como prueba en la segunda instancia, no se relaciona con los hechos materia de este proceso.

De Procafecol S.A.-

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

- 1°. Ninguna de las afirmaciones de la demanda fue demostrada y no podían serlo porque parten de una equivocada comprensión de la Federación Nacional de Cafeteros, del Fondo Nacional del Café y de la naturaleza parafiscal de los recursos de este Fondo.
- 2°. El proyecto Tiendas de Café Juan Valdez tuvo su origen en las recomendaciones de la Comisión de Ajuste a la Institucionalidad Cafetera, cuya implementación fue encargada por el Comité Nacional de Cafeteros a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su condición de administradora del Fondo Nacional de Café, sometida para esos efectos a las normas del derecho privado, aun cuando la administración recaiga sobre recursos parafiscales. Esa autorización, en cuanto proviene del mandante (Gobierno Nacional), hace lícita la operación de la Federación "*consigo misma*".
- 3°. Atendiendo las recomendaciones de la Comisión de Ajuste a la Institucionalidad Cafetera, el aporte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a Procafecol S.A. no provino del Fondo Nacional del Café.
- 4°. La transparencia y legalidad del acuerdo cuestionado surge de revisar la autorización del Comité Nacional de Cafeteros en sesión del 23 de diciembre de 2002, ratificada en sesión del 17 de julio de 2003, lo mismo que los testimonios recaudados.
- 5°. El contrato de administración no prevé que la validez de las decisiones del Comité Nacional de Cafeteros dependa de la presencia de todos los representantes del Gobierno Nacional con asiento en ese Comité o de la elaboración de conceptos previos por parte de las Comisiones Asesoras. Entender lo contrario impediría el funcionamiento regular y expedito del Comité, desconociendo que lo exigido es el voto favorable del Gobierno

Nacional y que las Comisiones Asesoras no tienen poder decisorio ni determinan el sentido de las decisiones del Comité.

- 6°. Lo dispuesto por el Comité Nacional de Cafeteros en sesión del 17 de julio de 2003 *“no puede considerarse más que como un exceso de celo formalista y un afán legalista, del todo innecesario, que se prestó a malos entendidos y a tergiversaciones”*, dado que la autorización emitida el 23 de diciembre de 2002 *“fue adoptada legítima y regularmente, pues necesariamente ha de entenderse como una decisión del Comité Nacional de Cafeteros, con el asentimiento expreso del Ministro de Hacienda, y no como una conformidad unilateral y unipersonal de éste (...) Y así pudiera, eventualmente, imaginarse una falla, la perseverancia en el otorgamiento de las atribuciones habría implicado la convalidación del acto por decisión consciente y legítima del propio Comité, con la insistencia del Gobierno Nacional en dicho sentido”*.
- 7°. Obra en el expediente la conclusión de la primera fase del estudio encomendado a la firma Future Brand en relación con la determinación de las regalías aplicables a los diferentes proyectos de valor agregado. Este hecho reitera la naturaleza no gratuita de la licencia de uso concedida a Procafecol S.A., sin que norma alguna prohíba que la determinación del precio se haga por un tercero, luego de celebrado el contrato. Al respecto, es destacable que la cifra calculada por los expertos resultó superior al valor pagado hasta entonces, lo que obligó a Procafecol S.A. a completar el precio.
- 8°. El contrato entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y Procafecol S.A. no requería la solemnidad del escrito, dada la previsión del artículo 824 del Código de Comercio sobre el particular.
- 9°. Nada impide que el término de duración del contrato se pacte después de celebrado éste, tal como sucedió en este caso, pues el 6 de septiembre de 2004, al llevarse a escrito el acuerdo, expresamente se pactó un término de duración de seis años.
- 10°. No se demostró que Procafecol S.A. haya utilizado para el desarrollo de las Tiendas de Café Juan Valdez el estudio realizado por la firma Violy Mc'Ausland y/o Rudolf Hommes, o algún préstamo otorgado por Bancoldex.
- 11°. No se demostró cuál fue el indebido beneficio particular que obtuvo Procafecol S.A., ni su intencionalidad en ese sentido, mucho menos la mala fe con que la demanda califica la conducta de los demandados.
- 12°. Los hechos esgrimidos para denunciar el quebranto del derecho a la libre competencia económica son los mismos que la Superintendencia de Industria y Comercio examinó para concluir que ese derecho no se desconoce por la ejecución del proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez.
- 13°. Los planteamientos del Ministerio Público no sólo desbordan el marco fáctico de la demanda, sino que pretenden ubicar en el contexto de la contratación pública una situación sometida al derecho privado.

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

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

- 1°. El concepto emitido en el mes de septiembre de 2004 por la Contraloría General de la República sobre de la cesión del usufructo de la marca Juan Valdez no constituye, en realidad, medio probatorio, pues carece de suscriptor y la entidad que lo produjo no lo adoptó como expresión oficial de su voluntad o ciencia, ni lo incluyó en ninguno de los procesos que funcionalmente cumple para imprimirle efectos jurídicos. Además, se contrae al señalamiento de juicios o apreciaciones, sin referir hechos objetivos.
- 2°. La reglamentación que, según el Ministerio Público, debió expedir el Comité Nacional de Cafeteros no es deber que surja de la ley o del contrato de administración, máxime si se tiene en cuenta que el contrato de licencia de uso de marca es regulado por el Código de Comercio. En todo caso, consta en el Acta número 03 de la sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 9 de julio de 2004, la expedición de la Resolución número 02 (sin fecha) y la aprobación de *“la arquitectura marcaria del patrimonio intelectual del Fondo Nacional del Café”*.
- 3°. Obra en el expediente certificación del Contador General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia sobre el pago de regalías de la marca Juan Valdez, en la cual deja constancia del pago de los intereses causados.
- 4°. El ordenamiento diferencia el interés individual del comerciante en su libertad de concurrencia al mercado del interés colectivo a la libre competencia, al punto de establecer órganos y mecanismos de protección distintos para la protección de uno y otro. El interés colectivo es el que pertenece a todos y no a determinada persona concreta, como ocurre en la situación de la cual se deriva la alegada lesión del derecho colectivo a la libre competencia.
- 5°. La parafiscalidad, cuya esencia radica en *“confiar el fomento y protección de un actividad económica al sector que participa de ella”*, no sólo sustrae la gestión de los recursos de la órbita del Estado y de las entidades públicas, sino que la vincula forzosamente a entidades del derecho común, gremios y colectividades que actúan directamente o a través de sociedades fiduciarias (artículo 30 de la Ley 101 de 1993). Ello explica porqué las entidades administradoras de fondos parafiscales son personas de derecho privado y sus actividades, procedimientos y actuaciones regidas por éste, sin que su actividad pueda calificarse como administrativa o sujeta al derecho público, como lo entiende el Ministerio Público.
- 6°. Todas las censuras dirigidas contra la licencia de uso otorgada a Procafecol S.A. resultan inocuas si se toma en consideración el complejo proceso de implementación de las políticas y programas concebidos por los órganos de la institucionalidad cafetera como nueva estrategia de comercialización interna y externa del café colombiano. Son hechos relevantes de ese proceso los siguientes: programa de gobierno presidencial, informe de la comisión de ajuste a la institucionalidad cafetera, acuerdo entre el gobierno nacional y la Federación nacional de Cafeteros de Colombia, constitución de Procafecol S.A., LXII Congreso Nacional de Cafeteros, apertura de la primera Tienda de Café Juan Valdez, autorización del gobierno nacional emitida en sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002, refrendación de la autorización anterior por todo el Comité en sesión del 17 de julio de 2003, determinación del valor de la regalía por un experto independiente, establecimiento de un régimen provisional de remuneración, aprobación de la metodología propuesta por el experto contratado para la determinación del

valor de la regalía y redacción del documento que recoge las estipulaciones contractuales de la licencia de uso de la marca Juan Valdez.

- 7°. Las únicas afirmaciones de la demanda indicativas de deterioro del patrimonio parafiscal denominado Fondo Nacional del Café son aquellas que alegan la gratuidad en el otorgamiento de la licencia de uso de la marca Juan Valdez, la exclusividad de esa licencia y el carácter particular y no gremial de los intereses vinculados a Procafecol S.A. No obstante, las pruebas recaudadas demuestran la falsedad de tales planteamientos.
- 8°. En la demanda se reprocha la actuación de los órganos directivos del Fondo Nacional del Café por concurrir en ellos la doble condición de gestores del interés parafiscal y de representantes de entidades gremiales privadas. Tal fenómeno no tiene nada de extraño y menos de censurable, al punto de que en derecho es perfectamente posible que en una misma persona confluya la representación de dos intereses o de dos patrimonios que se ligan mediante un negocio jurídico (artículos 2170 del Código Civil y 839 del Código de Comercio).
- 9°. El interrogante acerca de si existió o no contrato para el licenciamiento de la marca Juan Valdez parte de una equivocada identificación del contrato con el contrato escrito y del contrato con el negocio jurídico de celebración instantánea. La demanda desconoce la válida relación que existe entre una entidad que subordina a otra como instrumento suyo para un objeto determinado que las engloba a ambas como empeño político. Desde esa perspectiva, nada tiene de extraño que un negocio jurídico de esa naturaleza no se plasme de la manera como ordinariamente se hacen los contratos entre personas autónomas, máxime si, como en este caso, el contrato es de naturaleza consensual.
- 10°. Para demostrar la violación de la moralidad administrativa no sólo es necesario probar la trasgresión del ordenamiento, sino la torcida voluntad del funcionario, nada de lo cual fue comprobado en este caso.
- 11°. En relación con el alegado detrimento al patrimonio público, basta recordar que la parte actora omitió demostrar la afectación patrimonial que supone esa acusación.
- 12°. Las acusaciones dirigidas para sostener la violación del derecho a la libre competencia económica fueron examinadas por el órgano especializado en la protección administrativa e inmediata de ese derecho, situación que hace superfluo cualquier análisis adicional. No obstante, no sobra destacar que ninguna prueba aportada al proceso logra demostrar la realización de prácticas restrictivas por parte de los órganos de la institucionalidad cafetera, a menos que *“los actores consideren que la aparición de un nuevo agente en el mercado importa disminución de la libertad mercantil de los preexistentes”*.
- 13°. Las pretensiones formuladas son de naturaleza punitiva, indemnizatoria o resarcitoria, como si se tratara de una acción de responsabilidad extracontractual y no de la acción popular, que tiene un alcance preventivo en general y restitutorio ocasionalmente.

Finalmente, reiteró la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del señor Guillermo Trujillo Estrada y de la Fundación Manuel Mejía, *“dada su ajenidad jurídica a los hechos que movieron a los accionantes a promover la*

acción popular, todos ellos relativos a actuaciones cumplidas por un tercero que es la entidad de la que es socia la Fundación y lo fue el doctor Trujillo como constituyente de Procafecol S.A.”.

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

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

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

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

Del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.-

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

- 1°. La demanda no se detiene en el análisis de las siguientes circunstancias que rodearon la manifestación del Ministro de Hacienda y Crédito Público consignada en el Acta número 13 del 23 de diciembre de 2002: i) se produjo en el seno del Comité Nacional de Cafeteros, máximo órgano de dirección y fijación de políticas del Fondo Nacional del Café y cuyas decisiones se adoptan de manera colegiada; ii) en las deliberaciones del Comité el voto del Ministro es cuantitativamente superior y, según el tema, calificado; iii) la autorización concedida fue solicitada por el Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café; iv) la autorización se entiende para cualquier particular cuyo objeto social esté relacionado con la comercialización del café con valor agregado; y v) quedó clara la necesidad de reglamentar el uso de las marcas.
- 2°. Lo dispuesto el 23 de diciembre de 2002, posteriormente ratificado el 17 de julio de 2003, constituye una decisión del Comité Nacional de Cafeteros y no del Ministro, individualmente considerado o como representante del gobierno nacional. Así lo confirman varios de los testimonios recaudados.
- 3°. La cuestionada decisión del Comité Nacional de Cafeteros encuentra suficiente sustento en las recomendaciones y estudios realizados con el fin de encontrar salidas a la crisis por la que atravesaba el gremio cafetero (Informe de la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera y estudios de la firma Violy, Byorum & Partners y de la Universidad de Harvard).
- 4°. Al Ministro de Hacienda y Crédito Público no le compete intervenir en la implementación de las políticas establecidas por el Comité Nacional de Cafeteros, pues ello está a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, autorizada por el contrato de administración para celebrar los contratos y negocios jurídicos del caso.
- 5°. Para afirmar la violación de la moralidad administrativa debe probarse un abuso de la función, acompañado de un beneficio individual y particular y la mala fe; nada de lo cual se demostró en este caso respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- 6°. No se demostró conducta orientada a evitar la libre competencia económica o constitutiva de abuso de la posición dominante, en los términos consagrados en la ley y precisados por la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio. Además, la concesión de uso exclusivo de una marca no vulnera la libre competencia, según reiterada posición del Consejo de Estado.
- 7°. No se probó el perjuicio que, según la demanda, se causó al patrimonio público. Antes bien, quedó probada la remuneración causada por el uso de la propiedad marcaría del Fondo Nacional del Café.
- 8°. No es posible solicitar del juez de la acción popular la nulidad de un contrato, pues mediante el ejercicio de esa acción no son discutibles cuestiones relacionadas con la legalidad, sino con la conveniencia del contrato.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó la revocatoria de la decisión impugnada para, en su lugar, ordenar *“la adopción de los correctivos necesarios para hacer cesar los efectos nocivos al patrimonio público del contrato, en virtud del cual se entregó a Procafecol S.A. la explotación económica de la marca Juan Valdez. Igualmente depreca que se establezca con claridad, previo estudio económico, la suma que debe percibir realmente el Fondo Nacional del Café por el uso y explotación comercial de la marca de su propiedad, al haberse probado en forma precisa la afectación del patrimonio público por razón de dicho contrato”* (subraya no original).

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

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

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

8. AUTOS PARA MEJOR PROVEER

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

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

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

9. AUDIENCIA PÚBLICA

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

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

10. MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO

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

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

II.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

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

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

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

2. CUESTIONES PREVIAS

DE LA MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO.-

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

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

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

DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es por ello que en materia de acciones populares la jurisprudencia de esta Corporación, en sus distintas Secciones, ha considerado inviable la ampliación de la *causa petendi* con apoyo en hechos no indicados por el demandante en las oportunidades previstas por la ley, esto es, en la presentación de la demanda o al

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

momento de su corrección o adición (artículos 18, 20 y 22 de la Ley 472 de 1998)².

En este sentido, sostuvo:

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

(...)

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

En la siguiente providencia, reiteró:

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

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

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

En oportunidad posterior indicó:

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

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

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

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

naturaleza de la acción y al particular carácter de los derechos objeto de amparo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Según el artículo 15 de la ley 472 de 1998, a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo corresponde conocer de los procesos que se originen con ocasión del ejercicio de las acciones populares derivadas de actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, significa lo anterior que la competencia de esta Jurisdicción comprende todas las actuaciones administrativas, esto es, abarca toda la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, ello como garantía eficaz de la protección constitucional de los derechos colectivos.

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

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

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

3. ADMINISTRACIÓN DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ MARCO NORMATIVO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desde su creación mediante el Decreto 2078 de 1940 y a lo largo de su historia - **Ley 66 de 1942, Decreto-Ley 444 de 1967, Ley 11 de 1972, Ley 9 de 1991, Decreto 1173 de 1991 y Ley 101 de 1993-**, el Fondo Nacional del Café ha sido

administrado por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, de naturaleza gremial, integrada por los productores de café del país que acrediten dicha condición con la cédula cafetera, que tiene como objetivo principal la defensa de la industria cafetera colombiana (Estatutos, folio 491).

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

“CAPÍTULO I DEL OBJETO DEL CONTRATO

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

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

CAPÍTULO II DE LOS OBJETIVOS DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ

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

El Fondo cumplirá los objetivos previstos en las normas legales vigentes, en orden a impulsar y fomentar una caficultora eficiente, sostenible y mundialmente competitiva.

CAPÍTULO III DE LAS INSTANCIAS DE DIRECCIÓN, APOYO Y ASESORÍA

CLÁUSULA TERCERA.- Comité Nacional de Cafeteros: El órgano de dirección para el manejo del Fondo Nacional del Café es el Comité Nacional de Cafeteros, el que para efectos del presente contrato, estará integrado por Representantes del GOBIERNO y Representantes del Gremio Cafetero, así: a) En representación del GOBIERNO son miembros suyos los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Agricultura y Desarrollo Rural, cuya participación no será delegable; el Ministro de Comercio Exterior, quien podrá delegar su representación en el Viceministro o en el Negociador Internacional de Comercio Exterior; y el Director del Departamento Nacional de Planeación, quien podrá delegar en el Subdirector de Planeación Nacional. Los Ministros de Relaciones

Exteriores y del Medio Ambiente serán invitados a las sesiones en las cuales se traten temas relacionados con las funciones de sus respectivos Despachos. b) En representación del Gremio Cafetero forman parte del Comité los miembros que establezcan los Estatutos de la FEDERACIÓN.

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

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

a) (...)

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

CAPÍTULO IV

DE LA ADMINISTRACIÓN Y OPERACIÓN DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ

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

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

(...)

d) *Administrar los recursos del Fondo Nacional del Café (...)*

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

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

(...)

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

(...)

CAPÍTULO VI DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL

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

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

(...)

CAPÍTULO VII DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA.- Normatividad aplicable: *Los empleados y asesores permanentes de la FEDERACIÓN que desempeñen funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, relacionadas con la*

administración y manejo de los recursos parafiscales del Fondo Nacional del Café, así como los Miembros de los Comités de Cafeteros, son sujetos de la normatividad disciplinaria contenida en el Código Único Disciplinario (Ley 200/95), en virtud de lo preceptuado en el artículo 20° ibídem. Igualmente, para efectos de la ley penal, son servidores públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18° del Estatuto Anticorrupción (Ley 190/95).”

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

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

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

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

“CAPÍTULO PRIMERO DEL CAMPO DE APLICACIÓN

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

(...)

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

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

(...)

SECCIÓN III: DEL CONTRATISTA

(...)

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

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

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

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

(...).

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

CAPÍTULO TERCERO DE LOS CONTRATOS

ARTÍCULO 52°.- CLASES DE CONTRATOS. *La formación, celebración y ejecución de los contratos nominados e innominados se regirán por lo que*

dispone este Estatuto y por las normas del Código Civil, el Código de Comercio y disposiciones complementarias.

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

“CAPÍTULO CUARTO DISPOSICIONES FINALES

(...)

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

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

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

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

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

4. MARCO FÁCTICO

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

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

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

“3. Estrategia de Marca y de Comercialización Externa.

(...)

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

(...)

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

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

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

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

La puesta en marcha de proyectos en nuevos mercados, en los cuales la institucionalidad cafetera puede generar nuevas fuentes de ingresos es

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

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

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

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

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

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

“GENERACIÓN DE VALOR AGREGADO:

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

Se aprovechará el patrimonio de marcas ya existente y la ampliación de éstas, para incluir la denominación de origen y su valorización, mediante

un incremento en actividades destinadas a la venta de café con valor agregado.

(...)

NUEVO CONTRATO GOBIERNO-FEDECAFÉ:

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

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

“Lanzamiento Programa Tiendas de Café Juan Valdez.

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

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

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

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

- 5°. **Constitución de Procafecol S.A. (19 de noviembre de 2002).** El 19 de noviembre de 2002 la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y los señores Guillermo Trujillo Estrada, Juan Carlos Rojas Iragorri, Claudio Arango Villamizar y Camila Pinzón Rodríguez constituyeron la sociedad

anónima que denominaron Promotora de Café Colombia S.A. (Procafecol S.A.), cuyo objeto social es el de “comercializar café colombiano en todas sus formas, crear tiendas de café para administración directa o a través de terceros, otorgar franquicias de las tiendas de café, vender bebida de café, café tostado, molido y en grano, en distintas presentaciones y distintos puntos de venta, a nivel nacional y a nivel internacional, vender artículos de mercadeo relacionados con el café y/o con las marcas comerciales utilizadas por la sociedad”. La participación en el capital suscrito y pagado fue la siguiente (Escritura pública número 5559 de la Notaría Sexta de Bogotá D.C., folios 62 a 77):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“AUTORIZACIÓN USO MARCAS COMERCIALES DE PROPIEDAD DEL FNC

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

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

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

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

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

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

“EVALUACIÓN ESTRATEGIA PROPIEDAD INTELECTUAL MARCAS DEL FNC

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

“Construcción Arquitectura Marcaria

(...)

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

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

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

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

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

Fecha certificado	Contenido del certificado
28/abr/04	<i>“(...) con los documentos contables No. 2400000815 de febrero 12 de 2004 y 2400001937 de abril 22 de 2004 se registró en la contabilidad del Fondo Nacional del Café el ingreso de \$119.453.998 y \$25.347.721 respectivamente, entregado por la Promotora de Café Colombia S.A. identificada con el NIT. 830.112.317, al Fondo Nacional del Café por concepto de anticipo al derecho inicial, regalías y contribución a publicidad” (folios 442 y 600)</i>
1/jun/04	<i>“(...) con el documento contable No. 2400002591 de junio 1° de 2004 se registró en la contabilidad del Fondo Nacional del Café el ingreso de \$23.323.327, entregado por la Promotora de Café Colombia S.A. identificada con el NIT. 830.112.317, al Fondo Nacional del Café por concepto de anticipo sobre regalías y contribución a publicidad correspondiente a los meses de marzo y abril de 2004” (folio 601)</i>
1/sept/04	El Fondo Nacional del Café recibió de Procafecol S.A. la suma de \$194'837.815 “a título de anticipo sobre Derecho Inicial, Regalías y Contribución a Publicidad”. Consta, además, que dicha suma fue posteriormente reajustada “de conformidad con la recomendación de la firma Future Brand”, en \$354'386.552 e intereses por \$21'142.745; dineros que fueron canceladas por Procafecol S.A. y “corresponden a las regalías y contribución a publicidad por el uso de la marca Juan Valdez entre diciembre de 2002 y junio 30 de 2004” (folios 180 y 181, cuaderno 3)
31/jul/06	El Fondo Nacional del Café recibió de Procafecol S.A. las siguientes sumas: derecho inicial por \$57'295.800, regalías por \$247'954.086, contribución a publicidad por \$145'885.344 e intereses por \$21'142.745 (folio 870, cuaderno 5)

- 15°. **Autorización para “documentar” el contrato (3 de agosto de 2004).** En relación con la valoración de la regalía por parte de la firma Future Brand, en el Acta número 4 del Comité Nacional de Cafeteros, correspondiente a la sesión del día 3 de agosto de 2004, se lee (certificación del Secretario

General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, folios 1009 a 1010):

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

“CONSIDERANDOS

(...)

4. Que entre el Gobierno Nacional y la FEDERACIÓN se celebró en el mes de septiembre de 2002 un Acuerdo, que tenía por objeto fijar las bases sobre las cuales se desenvolverían las relaciones entre el Gobierno

Nacional y el gremio cafetero y en cuyo marco se reafirmó la vigencia y funcionalidad del Comité Nacional de Cafeteros como instrumento operativo para la concertación de la política cafetera nacional y se convino en promover la innovación, así como las estrategias de industrialización y generación de valor agregado en la actividad cafetera y se determinó aprovechar el patrimonio marcario ya existente y se dispuso su ampliación, mediante un incremento de actividades destinadas a la venta de café con valor agregado.

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

(...)

CLÁUSULAS

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

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

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

(...)

2. NO EXCLUSIVIDAD Y AUTORIZACIONES ADICIONALES DE UTILIZACIÓN.

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

(...)

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

(...)

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

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

12.2 En relación con los ingresos brutos que provengan de del Proyecto de las Tiendas de Café Juan Valdez, debidamente certificados por el representante legal y el revisor fiscal del LICENCIATARIO y, en relación con las SUBSIDIARIAS y los terceros que establezcan u operen Tiendas de de Café Juan Valdez, debidamente certificados por un representante autorizado del tercero, y por el revisor fiscal de éste, sí lo hay, o a falta de éste, por un auditor independiente, y, si no fuere posible, previa autorización especial que para cada caso expida la FEDERACIÓN, por un contador público independiente: a) Para las ventas en el lterritorio de la República de Colombia, el 3.4% del valor bruto de las ventas totales de productos y demás bienes o servicios que se realicen en dichos establecimientos o en conexión con el Proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez, desde el primer día en que comenzó a operar el LICENCIATARIO su concepto de negocio, y; b) Para ventas en el territorio de la República de Colombia, como gastos de promoción, el 2% sobre el valor bruto de las ventas totales de PRODUCTOS y demás bienes o servicios que se lleven a cabo en cada uno de dichos establecimientos, en los años 1º a 4º, contados desde el primer día de operación y, después del cuarto año de

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

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

(...)

13. AJUSTE A LAS TARIFAS ESTABLECIDAS: Teniendo en cuenta que la tarifa provisional establecida mediante la comunicación del 16 de enero

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

- 18°. **Otrosí al contrato (30 de junio de 2005).** De acuerdo con el Informe de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral - Modalidad Regular, de agosto de 2006, se tiene que *“la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, suscribió el otrosí No. 3 del 30 de junio de 2005, que en su cláusula octava prorroga el plazo de duración del contrato 156, por diez años más, que se contarán a partir del vencimiento del término inicial, es decir, hasta el 14 de diciembre de 2018”* (página 102, cuaderno 14).
- 19°. **Investigación disciplinaria (21 de marzo de 2006).** Por auto del 21 de marzo de 2006, sobre los hechos objetos de esta controversia, el Procurador General de la Nación ordenó el archivo de la indagación preliminar que adelantaba contra los Ministros de Hacienda y los Ministros de Agricultura, de Comercio Exterior y los Directores de Planeación Nacional que ejercieron como tales entre los años 2002 a 2004.

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

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

5. DERECHOS COLECTIVOS INVOCADOS. GENERALIDADES

DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA.

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

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

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

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

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

Esta Corporación ha abordado la moralidad administrativa desde diferentes ángulos:

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

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

*ii) Desde una **perspectiva teleológica**, se dice que la determinación de lo que debe entenderse por moralidad ha de referirse a la finalidad que inspira la actividad de la administración (acto, contrato¹⁰, omisión, etc.).*

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

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

Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre inmoralidad y desviación de poder¹¹.

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

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

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

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

vii) En reciente fallo se ha destacado el tema de la **antijuridicidad de la conducta o de la omisión**, como determinante en el análisis de la moralidad administrativa. En efecto, se ha señalado que 'la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del

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

¹² Corte Constitucional, sentencia C-046 de 1994.

¹³ Sentencia AP-518 citada.

¹⁴ Sentencia AP-446 citada.

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

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

*ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.*¹⁷¹⁸

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

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

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

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

(...)

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

(...)

2) La existencia de una forma clara de afectación

(...)

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

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

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

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

diligencia de la conducta y no con la revisión de la forma como esta se manifiesta.

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

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

(...)

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

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

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

*“En síntesis, hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros: i) al interior de la **norma positiva**-la Constitución, la ley, los reglamentos y en general cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-: lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los **principios** generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho. Finalmente, iii) la moral administrativa también se halla **por fuera de las normas**, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior,*

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

en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública.”²¹

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

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

DE LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO.

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

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

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

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

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

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

pueden evidenciarse múltiples hipótesis de violación o puesta en riesgo de ésta sin que esto implique un detrimento o un riesgo al patrimonio público (...).

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

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

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

DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA.

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

"La libre competencia económica es la posibilidad que tiene cualquier persona de participar en determinada actividad económica como oferente o demandante, con libertad de decidir cuándo entrar y salir de un mercado sin que exista nadie que pueda imponer, individual o conjuntamente, condiciones en las relaciones de intercambio. En un ambiente de libre competencia, las negociaciones entre compradores y vendedores -oferta y demanda- establecen las condiciones de la relación comercial, las cuales en estos casos son un punto intermedio que favorece a ambas partes.

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

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

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

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

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

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

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

El catálogo de conductas calificadas como de competencia desleal por la Ley 256 de 1996 comprende, entre otras, las siguientes: desviación de la clientela; desorganización; confusión; engaño; descrédito; comparación; imitación; explotación de la reputación ajena; violación de secretos; Inducción a la ruptura contractual; violación de normas; pactos desleales de exclusividad; y la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos."²⁷

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

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

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

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

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

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

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

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

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

atender intereses individuales, sino a proteger el mercado así como a los consumidores, deben ser atendidas al momento de evaluar la afectación al derecho colectivo a la libre competencia económica.”²⁸

6. EXAMEN DE LOS HECHOS DESCRITOS EN LA DEMANDA

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

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

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

PRIMER HECHO: DENOMINADO USUFRUCTO GRATUITO.

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

Con fundamento en ese planteamiento, solicitaron en la demanda que *“se ordene la suspensión inmediata del uso o aprovechamiento indebido que viene haciendo la sociedad promotora de Café Colombia S.A. – Procafecol, de la marca Juan Valdez”*. Por otra parte, que, *“con el fin de resarcir el detrimento infringido al patrimonio público vulnerado, se ordene a la Sociedad Procafecol en solidaridad con sus socios o accionistas, y en subsidio con los demás accionados y con aquellos que resulten solidariamente responsables, que en un plazo de treinta días o en el término que ese H. Tribunal considere aconsejable, cancelen a la Tesorería de la Nación del Ministerio de Hacienda -Fondo Nacional del Café-, debidamente actualizada, la suma de dinero que los señores peritos designados, consoliden”*. En concreto, se refieren al *“valor de los derechos que ha debido pagar la sociedad Procafecol, al Fondo Nacional del Café, con ocasión del aprovechamiento que vienen haciendo, al utilizar la marca Juan Valdez”*, lo mismo que a *“las sumas de dinero que el Fondo Nacional del Café ha invertido en el posicionamiento de la marca Juan Valdez a nivel nacional e internacional, el buen nombre de dicha marca y el tiempo de explotación comercial abusivo por parte de Procafecol”*..

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Valdez, utilizando además con esta marca, el logo o signos distintivos de la marca”.

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

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

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

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

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

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

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

- 1°. En el documento de la Contraloría Delegada para el Sector Agropecuario se destacó cómo en el informe al LXII Congreso Nacional de Cafeteros se puso

en conocimiento que *“en el mes de agosto de 2002 se llevó a cabo un acto con la participación del Presidente de la República y los Ministros que hacen parte del Comité Nacional de Cafeteros”*, con el fin de suscribir *“el Acuerdo de Apoyo Gubernamental a la Caficultura”*, orientado principalmente al impulso del proyecto de Tiendas de Café Juan Valdez.

- 2°. En el texto del resumen del acuerdo celebrado entre el Gobierno Nacional y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia el 2 de septiembre de 2002, se encuentran, entre otros compromisos, los relacionados con el proyecto para obtener mejores ingresos con el patrimonio de marcas del Fondo Nacional del Café, para actividades tendientes a la venta de café directa a los consumidores con valor agregado manteniendo la denominación de origen del café Colombia. Se trató del proyecto que desde entonces el Gobierno y la Federación denominaron Tiendas de Café Juan Valdez.
- 3°. El mismo proyecto fue expuesto luego, el 9 de septiembre de 2002, ante el Comité Ejecutivo Nacional de Cafeteros, bajo el título *“Lanzamiento Tiendas Juan Valdez”*. En tal oportunidad se recordó que el acuerdo que consolidó el proyecto fue firmado en la Casa de Nariño y, posteriormente, expuesto en un Consejo de Ministros. En dicha acta también quedó claro que la apertura de las tiendas con centros pilotos tendría lugar el 15 de diciembre de ese año y que para ello sería necesario crear una empresa especializada del sector privado *“para salir a conquistar el mundo de los consumidores de café”*.
- 4°. Hasta ese momento no hay duda de que el gobierno y en particular los Ministros que actuaban en el Comité Nacional de Cafeteros habían adoptado una estrategia y celebrado un acuerdo para la explotación de la marca Juan Valdez mediante el proyecto de las Tiendas de Café Juan Valdez. Luego la política y la estrategia cafetera del gobierno sobre este proyecto se acordaron desde el 2 de septiembre de 2002 por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el Gobierno Nacional.
- 5°. El 19 de noviembre de 2002 se creó la sociedad Procafecol S.A. con participación en el capital del 94% de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el 6% restante, distribuido entre los señores Juan Carlos Rojas Iragorri, Claudio Arango Villamizar, Camila Pinzón Rodríguez y Guillermo Trujillo Estrada.
- 6°. En el reseñado documento de la Contraloría consta que el 14 de diciembre de 2002 se abrió la primera tienda o establecimiento Juan Valdez en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá.
- 7°. Días después, en reunión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002, el Ministro de Hacienda autorizó a la sociedad Procafecol S.A. o a *“cualquier otra sociedad que tenga un objeto social igual o similar a dicha firma, y de la cual la Federación como entidad gremial de derecho privado sea accionista, pueda usufructuar las marcas comerciales registradas en Colombia y en el exterior que hacen parte de los activos del FNC”*. En esa oportunidad, el Ministro también autorizó al Gerente para suscribir el documento que reglamentaría la concesión del usufructo. Luego el Gerente manifestó que contrataría la firma asesora que estimaría el valor a pagar por el usufructo de las marcas.

- 8°. La Directora Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia explicó en su testimonio que *“El proyecto inició con antelación a la autorización del Comité Nacional porque de haber agudado a la fecha del 23 de diciembre, única disponible en las agendas de sus miembros se habría desperdiciado una temporada importante en términos de circulación en el aeropuerto, lo cual hubiere implicado un detrimento para el Fondo.”* (Subraya la Sala, folios 727 a 737).
- 9°. Siete meses después de la mencionada autorización, el 17 de julio de 2003, el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia solicitó modificarla para que fuera el Comité Nacional de Cafeteros quien la impartiera. Informó, además, que contrató la firma Future Brand para valorar la suma que Procafecol S.A. debería reconocer al Fondo Nacional del Café por el usufructo de la marca Juan Valdez. Enseguida, el Comité Nacional de Cafeteros, con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, modificó la autorización en el sentido solicitado, advirtiendo que la contraprestación por el usufructo sería la que resultara del estudio contratado.

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

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

Consta también que cuando el Ministro de Hacienda y Crédito Público, en reunión del Comité Nacional de Cafeteros, autorizó el usufructo a la sociedad Procafecol S.A., lo hizo a cambio de una contraprestación a favor del Fondo Nacional del Café, precio no determinado sino por determinar mediante la valoración que haría una firma especializada en la materia. De igual modo, se demostró que cuando el Comité Nacional de Cafeteros otorgó su autorización en pleno lo hizo de manera retroactiva, aceptando de manera expresa que la contraprestación se fijaría previa valoración a cargo de la firma Future Brand. Finalmente, se tiene que en febrero de 2004 la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia cobró y Procafecol S.A. pagó como adelanto la liquidación provisional de regalías correspondiente al usufructo de la marca desde el mes de diciembre de 2002.

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

Por otra parte, en cuanto a la alegada falta de contrato previo, los hechos demuestran que las partes fueron adoptando gradualmente una serie de preacuerdos y acuerdos producto de la manifestación de su voluntad para desarrollar un negocio cuya cuantía se consolidó cuando la firma Future Brand

terminó su labor de valoración de la regalía, momento en el cual se llevó a escrito el contrato (septiembre de 2004). Las cláusulas de este contrato establecen el objeto de la licencia de marca, el área o países de la concesión, que el usufructo no es exclusivo, los mayores porcentajes a pagar por concepto de regalías - liquidadas sobre las ventas brutas debidamente auditadas- y el cobro retroactivo del mayor valor a pagar junto con intereses fijados a la tasa de DTF más cuatro puntos, etc.

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

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

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

El Código de Comercio:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así mismo:

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

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

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

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

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

²⁹ Interpretación prejudicial 30-IP-97.

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

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

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

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

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

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

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

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

CUARTO HECHO: DENOMINADO APROVECHAMIENTO DE UN PRÉSTAMO CONCEDIDO POR BANCOLDEX.

Afirmaron los demandantes que los particulares beneficiarios del usufructo de la marca Juan Valdez *“se aprovecharon del préstamo que por más de seis mil millones de pesos les concedió el Gobierno Nacional por intermedio del Banco de*

Comercio Exterior de Colombia S.A. Bancoldex, tal como consta en el acta No 22 del comité ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros, de fecha 9 de septiembre de 2002, con bajos intereses y plazo largo”.

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

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

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

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

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

El cargo no prospera.

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

Sostuvo la demanda que *“los particulares integrantes de la sociedad Procafécol, igualmente, en la implementación de las tiendas o establecimientos de comercio denominadas Tiendas de Café Juan Valdez, se aprovecharon, se apropiaron, del*

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

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

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

Sin embargo, a dicho estudio alude el informe presentado en el mes de mayo de 2002 por la Comisión de Ajuste de la Institucionalidad Cafetera, indicando que se trata de un "análisis de opciones estratégicas para ingresar en la cadena de comercialización de productos derivados del café en Estados Unidos", en el cual "se plantean y evalúan varias opciones de nuevas oportunidades (...) como sería la distribución de un café especialmente diferenciado a través de una cadena de comida rápida, la asociación con una compañía productora de alimentos que quiera entrar en la distribución minorista de café, el establecimiento de una cadena de cafeterías de cafés especiales como Starbucks, y el desarrollo de productos lácteos o de otro tipo que contengan café colombiano" (folios 155 a 159 y 375 a 376).

El mencionado análisis de opciones estratégicas también se menciona en el acta número 22 del Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, correspondiente a la sesión del 9 de septiembre de 2002. En dicha oportunidad se dijo que el Programa Tiendas de Café Juan Valdez es un "proyecto que aquí se ha venido estudiando hace mucho tiempo por la Federación, sobre el cual existen varios estudios, entre ellos uno muy reciente que realizó la firma Violy MC'Ausland con asocio del señor Rudolf Hommes, y posteriormente el realizado por una firma mejicana y que adicionalmente existen experiencias obtenidas en los propios puntos de demostración y degustación que

ha tenido la Federación en el pasado. Reiteró que la idea es la de capitalizar esa experiencia para construir unos modelos, unos centros pilotos que van a permitir después, sobre la base de resultados positivos, crear una empresa que estaría abierta a la participación de todos los colombianos, trátase de personas naturales o jurídicas, como la punta de lanza para entrar en el mercado de ventas al detal, en donde participan cadenas internacionales de reconocido prestigio.”(Subraya la Sala, folio 78).

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

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

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

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

SEXO HECHO: DENOMINADO ACTUACIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA EN DEFENSA DE INTERESES PÚBLICOS Y PRIVADOS INCOMPATIBLES.

Señalaron los demandantes que el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en forma personal, *“incurrió en una incompatibilidad, pues, por un lado, actúa en ejercicio de sus funciones públicas, en su calidad de representante de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y por ende en representación del Fondo Nacional del Café, como un agente del Estado, y por otro, simultáneamente, interviene como interesado en representación de la persona de derecho privado denominada Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de las demás personas privadas, integrantes de la sociedad Procafecol”*. Y a renglón seguido, indicaron que ese mismo particular *“con ánimo mercantilista saca provecho a favor de la entidad particular por él representada, entiéndase Federación Nacional de Cafeteros y de los demás particulares integrantes de la sociedad Procafecol, obteniendo ventajas indebidas del contrato de administración o de mandato que suscribió con el Gobierno Nacional para la administración del Fondo Nacional del Café, incurriendo de paso en la prohibición consagrada en el artículo 113 de la ley 489 de 1998”* (Destaca la Sala).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

Como bien se destaca en la sentencia que se viene de transcribir (la cual desató una controversia de constitucionalidad donde el demandante postulaba que los recursos que percibía la Federación conformaban su patrimonio privado, particular), lo que realmente acontece es que la Federación Nacional de Cafeteros 'recauda, administra y ejecuta' unos recursos públicos que son los que integran el Fondo Nacional del Café. Si bien ellos ingresan al patrimonio de la Federación deben ser previstos, contabilizados y ejecutados presupuestalmente de manera separada a otros bienes y recursos que obtiene la Federación en el giro corriente de sus actividades con sus recursos propios derivados de su capacidad como persona jurídica de derecho privado. Lo mismo cabe afirmar de la destinación que ordena el artículo 20 de la Ley 9 de 1991 a los comités departamentales y municipales de cafeteros que son órganos o dependencias territoriales de la Federación, con afectación a programas específicos señalados allí mismo: Los programas de desarrollo social y económico de las zonas cafeteras, de fomento y apoyo al cooperativismo, de mejoramiento de las condiciones de la población campesina en zonas cafeteras, directamente o a través de convenios con las entidades territoriales, cuando lo permita la naturaleza de los programas; el fortalecimiento de programas dirigidos a incrementar la competitividad y eficiencia de la caficultura colombiana tales como la experimentación científica, tecnología, difusión, extensión y diversificación de las prácticas de cultivos y beneficio del café.”

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

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

El cargo no prospera.

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

OCTAVO HECHO: DENOMINADO INDEBIDA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No prospera el cargo.

NOVENO HECHO: DENOMINADO EQUIVOCADA INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR, RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA Y ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.

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

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

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

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

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

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

No prospera el cargo.

CONCLUSIÓN.

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

III. LA DECISIÓN

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

FALLA:

- 1°. **ADICIÓNASE** la sentencia dictada el 16 de febrero de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, para declarar **NO PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Fundación Manuel Mejía y el señor Guillermo Trujillo Estrada.

2°. **CONFÍRMASE** la sentencia impugnada.

3°. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente a la Sección de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO
ARDILA**

GERARDO ARENAS MONSALVE
Con salvamento de voto

**HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE
VALENCIA**
Con aclaración de voto

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Con salvamento de voto

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Con aclaración de voto

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Con salvamento de voto

ENRIQUE GIL BOTERO
Con salvamento de voto

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ
ARANGUREN**
Con salvamento de voto

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

**MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ
PINZÓN**

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

LIGIA LÓPEZ DÍAZ
Ausente

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
Con aclaración de voto

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Con salvamento de voto

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

MAURICIO TORRES CUERVO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Con aclaración de voto

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO