

CONCEPTO ICBF No. 14

Asunto: Solicitud análisis viabilidad convenio de Bienestarina entre ICBF y República del Congo

Fecha: 3 de junio de 2021

Estimada doctora xxxxxxx:

De manera atenta y en el marco de nuestras competencias, esta Oficina emite concepto solicitado por la Dirección de Nutrición sobre la viabilidad de un convenio que tenga por objeto la comercialización de la Bienestarina.

Así, previo análisis del ordenamiento jurídico vigente y con fundamento en los artículos 23 de la Constitución Política, 26 del C.C., 13 del C.P.A.C.A, sustituido por el artículo 1.º de la Ley 1755 de 2015, y el numeral 4.º del artículo 6.º del Decreto 987 de 2012, se procede a dar respuesta en los términos que siguen:

PROBLEMA JURÍDICO

Se dará respuesta al siguiente problema jurídico planteado por la Dirección de Nutrición:

¿Es posible celebrar un acuerdo con Tribeca Asset Management sobre la fórmula y asistencia técnica de la Bienestarina para desarrollarla en la República Democrática del Congo? ¿Mientras se construye una planta para tecnificar el alimento, es posible que el ICBF venda la Bienestarina a la República Democrática del Congo?

RUTA METODOLÓGICA PARA RESPONDER EL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema jurídico: (i) se establecerá el marco jurídico aplicable; (ii) se revisarán los antecedentes de la solicitud; (iii) se realizará el respectivo análisis jurídico del caso concreto, para finalmente exponer las conclusiones.

MARCO NORMATIVO APLICABLE

Son normas aplicables para la resolución del problema jurídico planteado las siguientes: la Constitución, las Leyes 7 de 1979, 489 de 1998 y 1455 de 2011, el Acuerdo de París, la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina, conceptos de la Oficina de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia.

ANTECEDENTES EXPUESTOS POR LA DIRECCIÓN DE NUTRICIÓN

Dentro de la solicitud realizada a esta Oficina se informó que Tribeca Asset Management, fondo de capital privado colombiano con inversiones en áreas de negocio con potencial de crecimiento, realizó acercamientos con el ICBF, específicamente desde la Dirección de Nutrición, con el fin de conocer acerca del programa de la Bienestarina del ICBF, dado que consideran que el modelo de producción y distribución que se maneja en el país es un modelo exitoso que podría replicarse en países como la República Democrática del Congo, de África Central.

Producto de estas reuniones, la delegación del fondo de capital privado presentó un anteproyecto a la Presidencia de la República Democrática Congo y al Banco Mundial en Washington, el cual se encuentra en proceso de gestión. Un delegado del fondo mencionado visitó la Planta de Producción de Sabanagrande del ICBF, con el objetivo analizar la disposición y la tecnología a fin de evaluar la posibilidad y necesidad de construir una planta de estas características en la República del Congo.

Como resultado de dicha visita, Tribeca Asset Management manifestó su interés en: (i) obtener asistencia técnica por parte del ICBF para la definición y diseño de un producto similar a la Bienestarina y (ii) comprar o recibir Bienestarina mientras se avanza en la construcción de una planta propia.

El tema quedó congelado como consecuencia de la Pandemia por el virus del Covid-19, pero en el mes de diciembre de 2020, se realizó una nueva reunión con los representantes del Fondo, la cual contó con la participación de la Dirección General del ICBF y en la que se manifestó el interés en avanzar en formalización de la solicitud.

En este sentido, teniendo en cuenta que la producción y distribución de Bienestarina se realiza a través del contrato de prestación de servicios 1606 de 2015, que la Bienestarina es considerada como un activo intangible del ICBF y que su fórmula es de clasificación reservada, en dicha reunión se estableció la necesidad de complementar el análisis de esta solicitud bajo la mirada de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, razón por la cual, se solicita se emita un concepto respecto a la forma de proceder frente a esta solicitud, así como la viabilidad de suscribir este tipo de convenios, teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente mencionadas.

ANÁLISIS JURÍDICO

El análisis jurídico se dividirá en el estudio de lo siguiente: (i) antecedentes de la naturaleza y régimen jurídico del ICBF; (ii) el régimen jurídico de derecho público para el ICBF como establecimiento público; (iii) el servicio público de bienestar familiar a cargo del ICBF; (iv) la propiedad industrial como parte del patrimonio del ICBF; y (v) análisis del caso concreto.

Antecedentes de la naturaleza y régimen jurídico del ICBF

Con el fin de determinar claramente el alcance de las competencias y funciones del ICBF en relación con el asunto consultado, es necesario incluir en el análisis aspectos tanto previos como posteriores a la Constitución de 1991 en relación con la evolución y reformas de la estructura del Estado.

La Constitución de 1886 no establecía claramente un régimen de organización administrativa. Las bases fundamentales de la organización administrativa en Colombia fueron fijadas con la reforma constitucional de 1968¹, que además especificó las entidades básicas que a partir de entonces forman parte de la administración pública nacional: ministerios, departamentos administrativos, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de Economía mixta.

En desarrollo de esta reforma y teniendo en cuenta las exigencias cada vez mayores de servicios públicos, por una parte, se adoptaron los diferentes regímenes legales que definieron los criterios y principios para orientar la organización y funciones de esa administración. Entre estos se destacan el Decreto-Ley 1050 de 1968, sobre integración de la administración nacional, y el Decreto-Ley 3130 de 1968, estatuto de las entidades descentralizadas en el que se identificaron los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de Economía mixta. Por otro lado, conforme a estas normas, se crearon múltiples entidades², especialmente bajo la forma de establecimientos públicos, entre ellas, el ICBF mediante la Ley 75 de 1968.

Con la Constitución de 1991 se conservaron estas figuras tradicionales, por cuanto se han utilizado en el derecho colombiano para la atención de las funciones y fines del Estado:

“ARTÍCULO 115. (...) Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

ARTÍCULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

17. Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos,

¹ Acto Legislativo N.º 01 del 11 de diciembre de 1968.

² Rodríguez Rodríguez, L. (2014). Visión Analítica de las Reformas Administrativas en Colombia, en *Congreso Internacional Conmemorativo de la Ley 4ª de 1913. 100 años de Administración Pública, Retos y Perspectivas* (pp. 183-208). Bogotá, ESAP y Consejo de Estado.

También la Carta contempló la posibilidad de que este tipo de entidades existieran en las estructuras de la administración departamental (artículo 300 CN) y municipal (artículo 313 CN) y fijó reglas específicas sobre el nombramiento de los gerentes o directores de los establecimientos públicos nacionales (artículo 189 numeral 13), así como de los que funcionan en el nivel departamental (numeral 5 y 13 del artículo 305) y municipal (numeral 3 del artículo 315). Sin embargo, la Constitución de 1991 no definió el concepto, alcance y funciones de las entidades descentralizadas, por lo que en estas materias siguió rigiendo el régimen fijado desde 1968, el cual vino a ser sustituido treinta (30) años después con la Ley 489 de 1998, mediante la cual se reguló el ejercicio de la función administrativa, se determinó la estructura y se definieron los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública.

En relación con la descentralización por servicios, la Corte Constitucional la define “como la atribución de competencias o funciones de la administración a determinadas entidades creadas para la gestión estatal de actividades especializadas”³. Como modalidad organizativa prevista en la Constitución, la descentralización por servicios “comporta la existencia de personas dotadas de autonomía jurídica patrimonial y financiera, articuladas administrativa y funcionalmente con el Estado, a las cuales se les asignan por la ley potestades jurídicas específicas”⁴. En este sentido, la descentralización por servicios se justifica en que “en un momento dado el Estado considera que determinada actividad ha adquirido tal importancia, que será mejor desarrollada si se desprende de su competencia global, y se la entrega a otra entidad con el fin de que la ejerza autónomamente”⁵.

Sobre las formas concretas de descentralización, podemos señalar que el establecimiento público es un organismo de estirpe constitucional, que tiene a su cargo la prestación de servicios públicos o el ejercicio de funciones administrativas, que dadas sus características y fines, requieren de la sujeción a un régimen diferente al aplicable a las relaciones entre particulares, esto es, de derecho público. Actualmente, están definidos por la Ley 489 de 1998, así:

“ARTICULO 70. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público (...)”⁶

Al lado de estos, existen otro tipo de entidades, también enunciadas en la Constitución, que por los fines o actividades que desempeñan requieren de mayor flexibilidad y, en tal virtud, se rigen por el derecho privado y actúan como las empresas particulares⁷, como las

³ Sentencias C-295 de 1995, C-1051 de 2001 y C-127 de 2003.

⁴ Sentencia C-784 de 2004, citada en la Sentencia C-091 de 2007.

⁵ Rodríguez Rodríguez, L. (2011) *Estructura del Poder Público en Colombia* (p. 27) Bogotá, Temis.

⁶ En relación con esta norma, debe destacarse que no difiere sustancialmente de la definición del Decreto-Ley 1050 de 1968: “Artículo 5°. De los Establecimientos Públicos. Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del Derecho Público, y que reúnen las siguientes características: (a) Personería jurídica; (b) Autonomía administrativa, y (c) Capital independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.”

⁷ En este sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional en la sentencia C-352 de 1998 resaltó que el artículo 333 CN, que consagra la libre competencia, debe ser aplicado en forma igualitaria tanto a las empresas particulares como a las que surgen

empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Estas se definen por la Ley 489 de 1998, así:

“ARTICULO 85. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa y financiera;

c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2o., 4o., 5o., 6o., 12, 13, 17, 27, numerales 2o., 3o., 4o., 5o., y 7o., y 183 de la Ley 142 de 1994.

PARAGRAFO. Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado.

(...)

ARTICULO 97. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

PARAGRAFO. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado”.

Además de esta tipología tradicional, la Constitución contempla la posibilidad de que el Congreso cree otro tipo de entidades en la estructura del Estado y disponga su régimen legal, el cual podrá ser de derecho privado o, incluso, de carácter especial. Esto se concretó en el artículo 68 de la Ley 489, que agregó como entidades descentralizadas del orden nacional: las unidades administrativas especiales, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos.

de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada, o sea, a las empresa industriales y comerciales de éste y a las sociedades de economía mixta.

Por otra parte, se reconoce que las estructuras de la administración pública pueden ajustarse a la realidad y a las necesidades cambiantes que deba satisfacer, como en efecto ha ocurrido con procesos de modernización y actualización de las formas de organización, las metodologías y las herramientas de trabajo, antes y después de la Constitución de 1991.

En cuanto a los cambios en las formas de organización, se ha concretado o bien en la supresión de entidades o en la transformación de su naturaleza jurídica. En cuanto a esto último, se destaca que en el caso de los establecimientos públicos, varios han sido transformados en otro tipo de entidades, con lo cual, en la mayoría de los casos, su régimen legal de derecho público cambia a uno derecho privado o, incluso, a uno especial. Por ejemplo, algunos establecimientos públicos han cambiado su naturaleza a la de departamentos administrativos, con lo cual pasan a ser parte del nivel central dejando de ser entidades descentralizadas, como el Instituto Colombiano del Deporte (Coldeportes)⁸; otros han sido transformados en empresas industriales y comerciales del Estado, como TELECOM⁹, el I.S.S.¹⁰, el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL)¹¹, la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (CORELCA)¹², ADPOSTAL¹³ o la Beneficencia de Cundinamarca¹⁴; otros pasan a ser institutos científicos y tecnológicos, como INGEOMINAS¹⁵ y el Instituto Nacional de Salud¹⁶; y otros, agencias de naturaleza especial, como el caso del INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura.

El anterior recuento muestra que la necesidad o conveniencia de adoptar cierto tipo de organismos o entidades y no otras, dependerá de diversos factores y criterios, entre ellos, el tipo de funciones que predominen, así como el momento de desarrollo institucional o económico de la sociedad. En este sentido, de acuerdo con la doctrina administrativista, *“puede suceder que con el transcurso del tiempo, a la luz de inspiraciones y circunstancias políticas, económicas o sociales, la armonía y la adecuación iniciales se desvanezcan, o que por error de apreciación al momento de la constitución se haya adoptado para la entidad una naturaleza jurídica con el consecuente régimen jurídico, que no corresponda al a lógica del modelo institucional adoptado”*¹⁷.

En el caso concreto del ICBF, de acuerdo con la Ley 75 de 1968, es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario 2388 de 1979, que tiene como objetivo principal propender y fortalecer la

⁸ Creado como establecimiento público con el Decreto 2743 de 1968 y transformado como Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre, COLDEPORTES, mediante Decreto 4183 de 2011.

⁹ Decreto 2123 de 1991, lo transformó en empresa industrial y comercial del Estado.

¹⁰ Decreto 2148 de 1992.

¹¹ Decreto 2120 de 1992.

¹² Decreto 2122 de 1992.

¹³ Decreto 2124 de 1992.

¹⁴ Con Decreto 2865 del 1997 del Gobernador de Cundinamarca, se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Departamento y, posteriormente, con Decreto 2202 de 1998 de la misma autoridad, cambió nuevamente a establecimiento público.

¹⁵ Decreto 4131 de 2011.

¹⁶ Decreto 4109 de 2011, pasó a denominarse Servicio Geológico Colombiano.

¹⁷ Tafur Galvis, A. (1997). *Estudios de Derecho Público* (p. 95). Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos. Este último decreto (2388) dispuso en su artículo 133¹⁸ que el ICBF deberá modificar sus estatutos y reorganizar su estructura interna y, posteriormente, mediante el Decreto 4156 de 2011¹⁹, se determinó que quedará adscrito al Departamento para la Prosperidad Social, conservando su misma naturaleza y funciones.

Así, a diferencia de lo ocurrido con otras entidades, la naturaleza del ICBF como establecimiento público no se ha modificado desde su creación, lo que confirma que, por el servicio público y función administrativa a cargo, está sujeto a un régimen de derecho público. No obstante, es necesario destacar que, como manifestación de los referidos procesos de modernización y actualización de la institucionalidad, el Decreto 2388 de 1979, en su artículo 135 autorizó al ICBF para participar en la creación de una o varias empresas industriales. Actualmente, dicha norma está recopilada en el Decreto 1084 de 2015:

“Artículo 2.4.3.5.3. De la transformación de la producción de alimentos. El ICBF adelantará las gestiones necesarias con el fin de transformar la producción de alimentos en una empresa industrial, con la autonomía administrativa patrimonial y jurídica indispensables para obtener un beneficio real de esa actividad y una mejor prestación del servicio de bienestar familiar.

Para este efecto el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar queda autorizado para participar en la creación de la empresa o empresas de que trata este artículo”.

El régimen jurídico de derecho público para el ICBF como establecimiento público

De acuerdo con lo anterior, como establecimiento público, el ICBF se sujeta a las reglas señaladas en la Constitución Política, la Ley 489 de 1998, las leyes que lo crearon y determinaron su estructura orgánica y sus estatutos internos.²⁰

En cuanto a la Constitución, debe recordarse que esta estableció a Colombia como un Estado de Derecho, esto es, las actuaciones de las autoridades están sometidas al derecho vigente, lo que se conoce como principio de legalidad. Este principio se expresa en los artículos 121 CN, que señala que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la Constitución y la Ley; el 122 CN, que dispone que: “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”, y el 123, CN que indica que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

Por su parte, el citado artículo 70 de la Ley 489 de 1998, respecto de los establecimientos públicos, dispone:

“ARTICULO 70. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características:

a) Personería jurídica;

¹⁸ Norma recopilada en el artículo 2.4.3.5.2. del Decreto 1084 de 2015.

¹⁹ Antes el ICBF se encontraba adscrito al entonces Ministerio de Protección Social.

²⁰ Ley 489 de 1998, artículo 68.

b) Autonomía administrativa y financiera;

c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes”.

En el artículo siguiente se establece que su autonomía administrativa y financiera se ejercerá conforme a los actos que los rigen y en el cumplimiento de sus funciones, y se sujetará a la ley o norma que creó o autorizó la entidad y a sus estatutos internos; igualmente, dispone que no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos, ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en ellos:

“ARTICULO 71. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA. La autonomía administrativa y financiera de los establecimientos públicos se ejercerá conforme a los actos que los rigen y en el cumplimiento de sus funciones, se ceñirán a la ley o norma que los creó o autorizó y a sus estatutos internos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en ellos.”

En este sentido, el ICBF es un establecimiento público y como tal está sujeto a un régimen de derecho público. Por lo tanto, solamente puede actuar en ejercicio de las competencias que le otorga la Constitución Política, las leyes y demás normas que regulen su actividad.

De acuerdo con lo anterior, a continuación, se examinarán los siguientes aspectos: (i) el servicio público y las funciones administrativas que presta el Instituto, en particular, las relacionadas con la Bienestarina; y (ii) la regulación de su patrimonio independiente, conforme a la autonomía administrativa y financiera reconocida legalmente.

El servicio público de bienestar familiar a cargo del ICBF

A propósito de la definición de establecimientos públicos del artículo 70 de la Ley 489 de 1998, la doctrina autorizada ha afirmado lo siguiente:

*“De este modo, cuando el artículo 70 de la Ley 489 de 1998 afirma que los establecimientos públicos desempeñan “funciones administrativas”, se refiere a funciones que son propias del Estado y que se diferencian de otras que a pesar de ser ejercidas por aquel no son propias de él sino más bien de los particulares. **Esas funciones son verdaderos servicios públicos y se ejercen sin ánimo de lucro**”²¹.*

La sujeción de los establecimientos públicos a un régimen de derecho público se justifica en que los servicios públicos tienen un carácter eminentemente social, pues son parte fundamental del bienestar y la calidad de vida de las personas (artículo 366 CN). También porque son un asunto de Estado y, por lo tanto, se encuentran necesariamente en la órbita de lo público, toda vez *“son inherentes a la finalidad social del Estado”* y es a este a quien compete *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”* (artículo 365 CN). Sobre la materia, la Corte Constitucional ha dicho:

²¹ Rodríguez Rodríguez, L. (2011) *Estructura del Poder Público en Colombia* (p. 27) Bogotá, Temis.

“El contenido filosófico-político de la noción de servicio público trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona.

Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (CP art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros”.

La Ley 7 de 1979, en su artículo 12, dispone que el *“Bienestar Familiar es un servicio público a cargo del Estado y se prestará a través del “Sistema Nacional de Bienestar Familiar” que se establece en esta norma y por los organismos oficiales y particulares legalmente autorizados”*. Como integrante de dicho sistema, de acuerdo con la normatividad vigente, el ICBF es un establecimiento público descentralizado del orden nacional, que tiene como objeto fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger a los niños, niñas y adolescentes, y garantizar sus derechos.²² Por lo anterior, uno de sus principales objetivos es brindar atención integral de alta calidad a la primera infancia, prevenir vulnerabilidades o amenazas y proteger a los niños, niñas y adolescentes.

En el marco de este servicio público tiene especial importancia el derecho fundamental a la alimentación, reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, disposición que fue recogida por la Constitución Política de 1991, en la cual se encuentra consagrada en el artículo 44, la alimentación equilibrada como un derecho fundamental de los niños, así como en los artículos 64, 65 y 66, que establecen disposiciones tendientes a garantizar la producción de alimentos. Por su parte, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció la garantía a tener un nivel de vida adecuado, incluida la alimentación, y el derecho fundamental de todas las personas a estar protegidas contra el hambre.

Como intérprete autorizado de este pacto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclaró que, aunque en la mayoría de los países se reconocía la importancia de garantizar una alimentación balanceada, muchas personas en el mundo padecían hambre crónica no por falta de alimentos sino por la imposibilidad de acceder a estos, entre otras razones, por la situación de pobreza. Al definir el derecho a la alimentación, el comité expuso que éste *“...se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla (...)”*²³ y agregó que uno de los componentes que integra el contenido de este derecho es la satisfacción de las necesidades alimentarias de los individuos que se concreta cuando *“...el régimen de alimentación en conjunto aporta una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el*

²² Artículo 1.2.1.1. del Decreto 1084 de 2015.

²³ Observación General No. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales *“El derecho a una alimentación adecuada”*.

*mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación...*²⁴.

En desarrollo de lo anterior, la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, estableció en su artículo 41 que el Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, se deberá, entre otras cosas, garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes; apoyar a las familias para que puedan asegurarle a sus hijos e hijas desde su gestación los alimentos necesarios para su desarrollo físico, psicológico e intelectual, por lo menos hasta que cumplan los 18 años de edad; reducir la morbilidad y la mortalidad infantil; prevenir y erradicar la desnutrición, especialmente en los menores de cinco años.

En relación con el derecho a la alimentación y la Convención de los Derechos del Niño de 1989, la Corte Constitucional precisó que: *“la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, aún más, si se trata de grupos vulnerables por su situación de pobreza o extrema pobreza, como los niños y niñas, a quienes el Estado debe prestarles atención prioritaria en los programas que promuevan su acceso a la alimentación”*²⁵ y concluyó en relación con el artículo 44 CN:

*“Este precepto superior [artículo 44 CN] está en consonancia con el contenido de los artículos 24 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño -que hace parte del bloque de constitucionalidad- los cuales consagran los derechos de los menores de 18 años al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En particular, establecen que los Estados deben esforzarse en (i) combatir las enfermedades y la malnutrición; (ii) suministrar los alimentos nutritivos adecuados; (iii) asegurar que los padres conozcan los principios básicos de la salud y nutrición de los niños; (iv) adoptar las medidas pertinentes para apoyar a los padres y a otras personas responsables del niño en la realización efectiva de su derecho a un nivel de vida adecuado y, si es necesario, a proporcionar asistencia material y programas de apoyo, en especial, frente a la nutrición, vivienda y vestuario de esta población; (v) tomar las medidas apropiadas para asegurar el pago de alimentos por parte de los progenitores o las personas obligadas legalmente a ello, entre otros aspectos”*²⁶.

En desarrollo de este marco general, de conformidad con el Decreto 1084 de 2015, artículo 2.4.3.3.1.2, le corresponde al ICBF definir el problema nutricional y alimentario de la población, en términos de morbilidad y mortalidad por enfermedades nutricionales propiamente dichas y por otras enfermedades asociadas a ellos, y en términos de importación, producción y consumo de alimentos a nivel familiar, local, regional y nacional.²⁷

En este sentido, es función específica del Instituto determinar el tipo y calidad de alimentos que debe distribuir con destino a comunidades en riesgo o con problemas de desnutrición.²⁸

²⁴ Observación General No. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales *“El derecho a una alimentación adecuada”*.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-029 de 2014.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-029 de 2014.

²⁷ Artículo 2.4.3.3.1.2. Decreto 1084 de 2015.

²⁸ Decreto 1084 de 2015, Artículo 2.4.3.3.1.4.

Al respecto, en la prestación de la atención integral al preescolar, el Instituto debe dar preferencia a las zonas marginadas de las ciudades, a las áreas rurales más necesitadas de ella y a los barrios obreros, y los programas deben vincularse al complemento alimenticio para la seguridad del niño, niña o adolescente²⁹. En razón de lo anterior, el ICBF debe asegurar la producción de mezclas vegetales y demás alimentos de consumo humano, de alto valor nutricional y bajo costo, y establecer los mecanismos necesarios para su distribución y aprovechamiento.³⁰

De acuerdo con estos mandatos, se implementó la Bienestarina como un complemento de Alto Valor Nutricional producido por el ICBF desde el año 1976 para la población más vulnerable del país y que hace parte de los programas institucionales.

Desde sus inicios la Bienestarina® ha sido fortificada con vitaminas y minerales considerando el estado nutricional de la población a atender. Es un alimento precocido a base de una mezcla de cereales, leguminosa y leche entera en polvo, con vitaminas y minerales y ácidos grasos esenciales y de fácil preparación. Contiene micronutrientes aminoquelados que mejoran la absorción en la población beneficiaria y cuenta con un balance adecuado de aminoácidos esenciales. Aunque los ingredientes son de público conocimiento, su fórmula es reservada.

Este producto se utiliza para complementar la alimentación de los niños a partir de los 6 meses de edad, teniendo en cuenta que el niño ya ha alcanzado una mayor madurez fisiológica, la cual permite la absorción de proteínas y grasas. Adicionalmente, es una muy buena fuente de proteína de alta calidad nutricional, pues contiene aminoácidos que sobrepasan el patrón de FAO/OMS y el aporte significativo de macronutrientes como hierro, zinc y la vitamina C, importante frente a los problemas de salud pública de la primera infancia en el país.

Con el fin de satisfacer las anteriores finalidades, el ICBF celebró con Ingredión Colombia S.A el contrato de prestación de servicios No. 1606 de 2015, el cual tiene por objeto la producción de alimentos de alto valor nutricional en las plantas de producción del ICBF, el desarrollo de nuevos productos y distribución mensual a los puntos de entrega primarios, teniendo en cuenta un análisis de cantidades atendiendo a diferentes mediciones realizadas por la Dirección de Nutrición, las cuales soportan dicho contrato.

De acuerdo con lo anterior, el ICBF garantiza la producción de los alimentos de alto valor nutricional a través de un tercero, de acuerdo con los programas desarrollados por el Instituto y con la demanda de la población beneficiaria. **Por lo anterior, en atención al principio de legalidad, por su naturaleza de establecimiento público y dado su objeto, funciones y competencias relacionadas con el servicio público de bienestar familiar en el país, el ICBF no tiene facultades para garantizar una producción de Bienestarina en mayores cantidades para vendérsela a terceros.**

²⁹ Artículo 9 de la Ley 7 de 1979 y Decreto 1084 de 2015, Artículo 2.4.3.3.5.8.

³⁰ Decreto 1084 de 2015, Artículo 2.4.3.3.1.8

La propiedad industrial como parte del patrimonio del ICBF

Como vimos, de acuerdo con los artículos 70 y 71 de la Ley 489 de 1998, los establecimientos públicos tienen un patrimonio independiente, así como autonomía administrativa y financiera, la cual se ejercerá conforme a los actos que los rigen y según sus funciones, se ceñirán a la ley o norma que los creó o autorizó y a sus estatutos internos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos, ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en ellos.

Al respecto, el artículo 2.4.3.1.1.1. del Decreto 1084 de 2015 establece que el patrimonio del ICBF se integra con los bienes indicados en el artículo 39 de la Ley 7 de 1979, norma que señala lo siguiente:

1. Las sumas que con destino a él se incluyan anualmente en el presupuesto Nacional;
2. Los bonos que con destino al Instituto ordenó emitir la Ley 75 de 1968 y el rendimiento de los mismos;
3. Los bienes y rentas que se incorporaron al Instituto en virtud de la Ley 75 de 1968 y que le pertenecen;
4. El 3% del valor de las nóminas mensuales de salarios de todos los patronos de entidades públicas o privadas;
5. Los recaudos que se obtuvieron en virtud de la Ley 27 de 1974 y los bienes muebles e inmuebles que se adquirieron en el ejercicio de la misma Ley;
6. Los beneficios que obtenga el Instituto en virtud de la administración de sus bienes;
7. El producto de las donaciones, ayudas o subvenciones que le hagan entidades Internacionales, extranjeras, fundaciones o personas naturales o jurídicas;
8. Los bienes que reciba como heredero o legatario;
9. **Los bienes muebles o inmuebles, que se adquieran en el ejercicio de sus actividades como persona jurídica independiente;**
10. En el 12% del precio oficial de la sal vendida por concesión salinas o la entidad que haga sus veces;
11. El producto de las multas que se impongan de acuerdo con las disposiciones vigentes legales;
12. Los bienes vacantes y mostrencos conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 75 de 1968;
13. Las demás contribuciones o destinaciones especiales que la Ley les señale posteriormente;
14. El producto de los empréstitos que el Instituto o el Gobierno contraten.

Si bien la producción de la Bienestarina se adelanta desde 1976, solo fue hasta años después, el 17 de octubre de 1986, que el ICBF la registró como marca nominativa, de conformidad con la información que reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio, siendo renovada continuamente. Posteriormente, en el año 2005, se solicitó el registro de la marca de la Bienestarina Más, la cual fue reconocida por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución 16832 de 2005. Así, actualmente, el ICBF tiene el registro de las marcas Bienestarina, Bienestarina Más y Bienestarina Mamá.

El momento de registro de una marca permite identificar la existencia de derechos de propiedad industrial, porque, como lo ha señalado la Superintendencia de Industria y

Comercio: “*el derecho sobre una marca en Colombia, sólo se adquiere mediante su registro, el cual confiere a su titular el derecho de actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento realice los actos indicados en la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina*”³¹.

Sobre el patrimonio de las entidades estatales, el Consejo de Estado ha precisado que los derechos de propiedad industrial que sean de su titularidad jurídica corresponden a la noción de bienes fiscales y se encuentran sujetos a un tratamiento semejante al de la propiedad privada:

*“Las entidades estatales, al igual que los particulares, tienen un patrimonio, razón por la cual las patentes de invención, las patentes de modelo de utilidad y los registros de diseños industriales que sean de su titularidad jurídica lo integran, en calidad de bienes fiscales. En efecto, habida cuenta de que su “uso no pertenece generalmente a los habitantes” (artículo 674, Código Civil), **los derechos de propiedad industrial radicados en el patrimonio de una entidad estatal**, corresponden a la noción de bienes fiscales, los cuales han sido caracterizados por la doctrina nacional como “el dominio privado del Estado” **y se encuentran sujetos a un tratamiento semejante al de la propiedad privada**. Sobre el particular es bueno tener en cuenta que el concepto de bien fiscal se define por oposición al de bien de uso público en los términos del Código Civil, lo cual implica que para encontrar su noción precisa, es necesario determinar primero la de bien de uso público, lo que genera algunas dificultades en función del caso concreto de que se trate. En el asunto sometido a consideración de la Sala, es evidente que **los bienes o derechos de propiedad industrial de titularidad de una entidad del Estado son bienes fiscales, puesto que el uso de un bien o derecho de esta naturaleza no se concede generalmente a los habitantes sino que se restringe al titular respectivo, lo que guarda coherencia con la definición del Código Civil. La propiedad intelectual implica, por esencia, la exclusividad en el uso a favor de su titular y la prohibición correlativa de cualquier explotación para el público en general** (...)”³².*

En línea con lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica, a través del Concepto 15 de 2016, señaló que, además de la propiedad que el ICBF ostenta sobre los inventarios de Bienestarina, también posee derechos de propiedad intelectual, más concretamente de propiedad industrial representados en la fórmula de composición del alimento y en los nombres de Bienestarina y Bienestarina Más:

“el ICBF en relación a la Bienestarina ostenta los derechos como producto, como fórmula de composición de un producto alimenticio, así como los derechos sobre la marca Bienestarina y Bienestarina. Más, ambas registradas ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

La propiedad intelectual ha sido referida por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) a las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizadas en el comercio, y a su vez la ha dividido en dos categorías, a saber, propiedad industrial que incluye las patentes de invenciones, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas; y derechos de autor que incluye obras literarias, tales como novelas, poemas y obras de teatro, películas, obras musicales, obras artísticas, tales como dibujos, pinturas, fotografías y esculturas y diseños arquitectónicos.^[1] Los derechos derivados de dicha propiedad permiten al creador o titular, beneficiarse de la misma, ya sea económicamente o con reconocimiento, entre otros.

³¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto N.º 2158 del 16 de junio de 2003. Radicación: 03033599.

³² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de febrero de 2016. Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00110-00 (2259)

Para el caso que nos ocupa, debemos enfocarnos en la propiedad industrial de la Bienestarina, iniciando por la fórmula de composición del alimento, tanto en su fórmula tradicional como en la Bienestarina Más y la cual se mantiene en reserva como un secreto industrial. Esta fórmula de composición está contenida dentro del concepto del know how, también conocido como el saber cómo o el saber hacer, el cual puede ser entendido como “habilidad técnica o conocimiento práctico de cómo lograr un objetivo específico y, en general, todo conocimiento técnico que es secreto, de uso restringido y confidencial”.^[2]

Por otra parte tenemos la marca Bienestarina usada para la identificación del producto alimenticio y de gran reconocimiento en el país como en el exterior, la cual también es sujeta de propiedad, entendiéndose como marca de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 134 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones “....cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado...”

(...)

En cuanto a la marca Bienestarina, la protección está enfocada en obtener un derecho de uso exclusivo y proteger la utilización indebida de la misma, lo que se obtiene luego de realizar el proceso de registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Bienestarina como marca nominativa, se encuentra registrada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el 17 de Octubre de 1986 de conformidad con la información que reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio, siendo renovada continuamente, la última de ellas en el año 2014, obteniendo una protección por un término de diez (10) años hasta el 22 de diciembre de 2024

(...)

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Adicional a la propiedad que el ICBF ostenta sobre los inventarios de Bienestarina, también posee derechos de propiedad intelectual, más concretamente de propiedad industrial representados en la fórmula de composición del alimento y en los nombres de Bienestarina y Bienestarina Más.

- La propiedad industrial es un bien, los cuales han sido clasificados como bienes o activos intangibles.

- Las denominaciones de productos se protegen a través del registro de la marca ante la Superintendencia de Industria y Comercio.”

Así las cosas, si bien el ICBF ostenta la propiedad de los inventarios que se producen de Bienestarina, su cantidad, uso y destino está sujeto a las finalidades y programas relacionados con el servicio público que presta el Instituto como establecimiento público, por lo tanto, se rige de acuerdo con las reglas expresamente previstas. En cambio, los derechos de propiedad intelectual, más concretamente, la propiedad industrial relacionada con la Bienestarina hace parte del patrimonio del ICBF, clasificándose dentro del mismo como bienes o activos intangibles³³. En virtud de su autonomía administrativa y financiera,

³³ En el citado concepto 15 de 2016, frente a las preguntas “3. ¿Cuál es el valor presupuestal de la patente de intelectual?” y “4. ¿A cuánto asciende este valor de la Bienestarina en los estados financieros del ICBF?”, se concluyó, en síntesis: “Ahora, si bien desde esta Oficina se dio un panorama general sobre la propiedad intelectual asociada a la Bienestarina, las inquietudes relacionadas con la existencia de un registro presupuestal, el valor presupuestal de la patente o la de su fórmula,

el ordenamiento jurídico señala que el ICBF podrá hacer todo tipo de operación y negociaciones financieras con los bienes que integran su patrimonio y en favor del incremento del mismo,³⁴ para lo cual podrá celebrar diferentes actos y contratos, incluidos contratos innominados y de carácter mixto.³⁵ No obstante, en todo caso, debe adoptar las medidas tendientes a su protección.

Como ejemplo de lo anterior, el referido contrato N.º 1606 de 2015, suscrito con Ingredión Colombia S.A., establece, en la cláusula decima novena, que el derecho de propiedad industrial sobre la fórmula de la Bienestarina®, sus nuevas presentaciones y nuevos desarrollos y productos sobre las marcas "Bienestarina" radica en cabeza del ICBF, quien autoriza al contratista a utilizarlas únicamente en cumplimiento del objeto del contrato y solo para los fines propios del mismo. Así mismo, el contratista reconoció que la propiedad sobre los resultados de investigaciones o nuevos desarrollos de productos o cualquier desarrollo sobre la fórmula de la Bienestarina que realiza el contratista en ejecución de este contrato serán igualmente del ICBF.

En línea con lo anteriormente expuesto, al ser parte de su patrimonio, el ICBF, como único dueño de los derechos de propiedad industrial sobre la marca, así como la fórmula de la Bienestarina y sus derivados, tiene plena autonomía para manejar la fórmula y el desarrollo de nuevos productos por sí o por intermedio de terceras personas, pues en tal calidad recaen sobre él todos los beneficios y derechos que conlleva la propiedad del bien y el registro de la marca, evento en el cual debe adoptar todas las medidas legales requeridas para obtener la confidencialidad y reserva de la información entregada por el ICBF a terceros (artículo 264 Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina³⁶).

Cabe destacar que respecto del manejo del patrimonio se reconoce la posibilidad de obtener beneficios en el citado artículo 39 de la Ley 7 de 1979, que señala que el patrimonio del ICBF también está constituido por: **“6. Los beneficios que obtenga el Instituto en virtud de la administración de sus bienes”** y, como señalamos anteriormente, también lo autorizó así:

“ARTICULO 46. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá hacer todo tipo de operación y negociaciones financieras con los bienes que integran su patrimonio y en favor del incremento del mismo”. Esta administración de los bienes para obtener beneficios es compatible con la obligación de explotación que tiene el ICBF sobre la propiedad industrial de la que es titular, según la Decisión 486 de 2000:

así como su valor en los estados financieros deberán ser atendidas por las dependencias competentes de acuerdo a las funciones asignadas en el Decreto 987 de 2012”.

³⁴ Artículo 46 de la Ley 7 de 1979.

³⁵ Artículo 128 del Decreto 2388 de 1979, compilado como artículo 2.4.3.2.10. del Decreto 1084 de 2015.

³⁶ Dice la Decisión 486 del 2000: **“Artículo 264: Quien posea legítimamente un secreto empresarial podrá transmitir o autorizar el uso a un tercero. El tercero autorizado tendrá la obligación de no divulgar el secreto empresarial por ningún medio, salvo pacto en contrario con quien le transmitió o autorizó el uso de dicho secreto. En los convenios en que se transcriban conocimientos técnicos, (...) se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos empresariales allí contenidos”.**

“Artículo 59.- El titular de la patente está obligado a explotar la invención patentada en cualquier País Miembro, directamente o a través de alguna persona autorizada por él.

*Artículo 60.- A los efectos del presente Capítulo, **se entenderá por explotación, la producción industrial del producto objeto de la patente o el uso integral del procedimiento patentado junto con la distribución y comercialización de los resultados obtenidos**, de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado. También se entenderá por explotación la importación, junto con la distribución y comercialización del producto patentado, cuando ésta se haga de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado (...)*”

Es necesario aclarar que no se trata de que los establecimientos públicos realicen como actividad principal una actividad comercial o industrial, lo cual es incompatible con su naturaleza, sino como se señaló, que la administración de sus bienes debe contemplar beneficios. En relación con lo anterior, debe destacarse que el Consejo de Estado ha reconocido la preocupación sobre la subutilización de los bienes de las entidades públicas:

“Desde hace varios años ha sido preocupación del Congreso de la República y del Gobierno Nacional la de darle un uso productivo a los bienes o activos del Estado, ante la constatación de que algunas ramas, entidades y organismos públicos son titulares de bienes que no usan para el cumplimiento de sus funciones o que subutilizan, mientras que otras entidades, ramas y organismos del Estado carecen de los activos mínimos necesarios para ejercer adecuadamente sus funciones y realizar los objetivos que la Constitución o la ley les han fijado, situación que a todas luces resulta anómala y atenta contra los principios generales de la administración pública. Con el fin de superar esta situación y de racionalizar la propiedad y el uso de los bienes del Estado, se han expedido diversas normas legales y reglamentarias para obligar a las entidades que son titulares de bienes ociosos o improductivos a cederlos a otras entidades que sí los requieren para el cumplimiento de su objeto, e incluso a particulares, como sucede con las disposiciones que pretenden fomentar el desarrollo de planes de vivienda de interés social”³⁷.

El ICBF es el único dueño de los derechos de propiedad industrial sobre la marca, así como sobre la fórmula de la Bienestarina y sus derivados, y por tal razón, son bienes que hacen parte de su patrimonio. Por ello, y en atención a que la inquietud se orienta a la viabilidad de desarrollar un proyecto con la Bienestarina en la República del Congo, a continuación, se tratarán brevemente algunos aspectos relacionados con la protección extraterritorial de la propiedad industrial y los mecanismos a través de los cuales se puede explotar esta, como las licencias de transferencia, el régimen de protección de secretos comerciales y los contratos de transferencia tecnológica.

Generalidades del régimen de protección de marcas registradas

En Colombia el sistema en que tradicionalmente se ha basado el registro de marcas es país por país, el cual fue consagrado en el Convenio de París de 1883, tratado administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), y del cual Colombia es miembro desde 1996. Este sistema se tradujo en el principio de territorialidad, en el que el derecho exclusivo y la protección de la marca se circunscribe al ámbito territorial en que se aplica la ley marcaria, por lo tanto, las marcas registradas en el extranjero no gozan de estos derechos. En consecuencia, por regla general, para la protección extraterritorial de

³⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad. 2219-2241 del 12 de junio de 2015.

una marca es necesario registrarla en cada uno de los países donde se requiera, sin que exista la posibilidad de que la inscripción en uno solo pueda extenderse a los demás.

En atención al objetivo del derecho de la integración de contar con un régimen común y uniforme en la subregión andina, en Colombia la propiedad industrial actualmente está regulada de manera integral por la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina.

En cuanto al objetivo de protección, debe notarse que bajo la norma vigente anterior, esto es, la Decisión 344 de 1993, no era posible ampliar los derechos del registro de una marca fuera de las fronteras nacionales. Esta fue sustituida con la Decisión 486 de 2000, actualmente vigente, que permite la protección extraterritorial en los estados miembros³⁸. Sobre este principio de territorialidad en el marco de la Comunidad Andina, la Superintendencia de Industria y Comercio señaló que:

“el Tribunal Andino de Justicia dispuso que ‘La regla general en Derecho Marcario es la de que el derecho exclusivo que para el titular de una marca le otorga el registro de la misma, debe circunscribirse al ámbito territorial en que se aplica la ley marcaria. Esta connotación territorial hace también que las marcas registradas en el extranjero no puedan gozar del derecho de exclusividad en un país determinado.’ Así mismo, considera dicho Tribunal que ‘El alcance de la protección extraterritorial de las marcas, (Proceso 5-IP-94 Gaceta Oficial 177 de 20 de abril de 1995), sólo puede producirse cuando se dan las condiciones previstas en la ley marcaria, como es el caso de la notoriedad y de los acuerdos de comercialización, que se regulan en los artículos 83 literal b) y 107 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, respectivamente”.

De acuerdo con el artículo 152 de la Decisión 486 de 2000 el registro de una marca tendrá una duración de diez años, contados a partir de la fecha de su concesión y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años. Así mismo, el derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente.

En este sentido, 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;
- b) Suprimir o modificar la marca con fines comerciales, después de que se hubiese aplicado o colocado sobre los productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre los productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos;
- c) Fabricar etiquetas, envases, envolturas, embalajes u otros materiales que reproduzcan o contengan la marca, así como comercializar o detentar tales materiales;

³⁸ El Tribunal Andino de Justicia hizo esta precisión en el proceso 93-AI-2000. Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina en contra de la República del Perú.

- d) Usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión;
- e) Usar en el comercio un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando ello pudiese causar al titular del registro un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o por razón de un aprovechamiento injusto del prestigio de la marca o de su titular;
- f) Usar públicamente un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida, aun para fines no comerciales, cuando ello pudiese causar una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o un aprovechamiento injusto de su prestigio.³⁹

En conclusión, de acuerdo con la Decisión 486 de 2000, un registro de marca válidamente adquirido en Colombia confiere derechos a su titular para obtener protección en otro país miembro de la Comunidad Andina, actualmente, conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú⁴⁰.

El protocolo del Arreglo de Madrid y el registro de marcas

En relación con el referido principio de territorialidad y la protección dada dentro de la CAN solo dentro de los países miembros, debe destacarse que Colombia, mediante la Ley 1455 de 2011⁴¹, aprobó el “*Protocolo concerniente al arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas*”, el cual entró en vigor el 29 de agosto de 2012. Según la exposición de motivos de esta ley, este protocolo es necesario por las limitaciones del sistema tradicional que impone a los interesados la carga de tener que acudir a la oficina de cada país a solicitar el registro de su marca, mantenerlo vigente y asumir los costos asociados. De esta manera, el propósito del protocolo de Madrid es brindar un mecanismo sencillo, fácil y económico de protección internacional:

“El sistema que existe actualmente en Colombia, se basa en el registro de marcas país por país (sistema consagrado en el Convenio de París de 1883, tratado administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, y del cual Colombia es miembro desde 1996). Este sistema tradicional, muy pronto conoció sus propios límites, en particular por las dificultades que representa para un empresario el tener que presentar múltiples solicitudes en idiomas diferentes, el pago de tasas en monedas distintas, el manejo de procedimientos jurídicos diversos, entre otros, por lo que el Arreglo de Madrid (Tratado de 1891, administrado por la OMPI), abrió las puertas desde finales del siglo XIX a un mecanismo de registro internacional de marcas.

El sistema de Madrid, compuesto por el Arreglo de Madrid y el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, se ha consolidado como un mecanismo idóneo para la protección internacional de las marcas. Uno y otro tratado tienen una estructura similar y una finalidad común: facilitar la protección de las marcas de productos y servicios en el plano internacional por conducto de un sistema de registro sencillo y económico. Ambos se rigen por un reglamento común

³⁹ Artículo 155 Decisión 486 de 2000.

⁴⁰ <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?tipo=QU>

⁴¹ Ley declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-251 de 2012.

y una serie de instrucciones administrativas y puede ser utilizado por personas naturales y entidades jurídicas que tengan un establecimiento industrial o comercial o su domicilio en un país que sea parte en el Arreglo o el Protocolo de Madrid o que sean nacionales de uno de esos países.

(...)

Ventajas para los titulares de registros de marcas

– Para registrar una marca en el extranjero, las empresas tienen que presentar solicitudes en cada uno de los países y Oficinas regionales en los que desean obtener protección, y eso supone un trámite distinto en cada Oficina y la utilización de diferentes idiomas, lo que conlleva gastos de traducción. También supone el pago de tasas de registro en distintas monedas, lo que conlleva gastos imputables a la tasa de cambio. Por último, en la mayor parte de esos países supone recurrir a un agente o un mandatario, lo que supone un aumento considerable de los costos.

– Una vez registrada su marca en el extranjero, las empresas exportadoras deben velar por mantener en vigor dichos registros en sus mercados de exportación. En toda renovación y todo cambio en la titularidad, el nombre o la dirección deben realizarse en cada país en el que el titular haya registrado la marca. Y ello conlleva también diferentes trámites en cada país, con los consiguientes gastos por concepto de tasas, traducción y representación.

(...)

– Con la adhesión al Protocolo de Madrid, **las compañías tienen la posibilidad de obtener protección para sus marcas y mantener dicha protección en un número cada vez más elevado de países y por conducto de un trámite sencillo y económico.** Basta con presentar, por medio de la Oficina nacional de propiedad industrial, una única solicitud (internacional) en un idioma, en la que se designe a los países en los que se desea obtener protección, y pagar un único conjunto de tasas en una única moneda (franco suizo). **Se evita así tener que presentar solicitudes separadas en cada país en el que se desea obtener protección. Se evita también la obligación de tener que pagar tasas en diferentes monedas y de efectuar la renovación de distintos registros nacionales.** Además, todo cambio posterior en relación con el registro de la marca (por ejemplo, un cambio en la titularidad o la dirección) puede inscribirse en el Registro Internacional mediante un único y sencillo trámite.”

En síntesis, con el Protocolo de Madrid, se tiene la posibilidad de obtener protección para las marcas y mantener dicha protección en un número cada vez más elevado de países y por conducto de un trámite sencillo y económico. Basta con presentar, por medio de la Oficina nacional de propiedad industrial (en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio), una única Solicitud Internacional en un idioma, en la que se designe a los países en los que se desea obtener protección, y pagar un solo conjunto de tasas en una moneda y no se requiere de un agente local en los países designados para la solicitud. De esta manera, se evita (i) tener que presentar solicitudes separadas en cada país en el que se desea obtener protección; (ii) la obligación de tener que pagar tasas en diferentes monedas y (iii) efectuar la renovación de distintos registros nacionales.

El último país en adherirse fue Turquía el 24 de febrero de 2021, con lo cual, actualmente, el Sistema o la Unión de Madrid consta actualmente de 108 miembros y abarca 124 países⁴². Sin embargo, y a pesar del alto número de países, debe resaltarse que a la fecha,

⁴² <https://www.wipo.int/madrid/es/members>

si bien la República del Congo es parte contratante del Convenio de París de 1886⁴³, no es miembro de del Sistema de Madrid, por lo que tendría que evaluarse la viabilidad de presentar en dicho país la solicitud de registro de la marca sobre la cual se requiere protección, lo que incluye establecer previamente los derechos que confiere, si se requiere alguna representación o agencia, traducciones, el pago de tasas, renovación del registro, entre otros.

Licencias de transferencia

De acuerdo con la Decisión 486 de 2000, 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. Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda transferencia del registro de marca. La falta de registro ocasionará que la transferencia no surta efectos frente a terceros. A efectos del registro, la transferencia deberá constar por escrito.⁴⁴

Así mismo, 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. Para el efecto, 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.⁴⁵

De acuerdo con la SIC, las marcas pueden ser objeto de contratos de licencias o de cesión. Un contrato de licencia de marca tiene como objeto darle a un tercero el derecho de usar su marca ya sea a través de una contraprestación o de manera gratuita.

En ese sentido, el titular de una marca otorga autorización a un tercero para usar su marca, de acuerdo con los términos contenidos en el contrato. Al otorgar una licencia sobre una marca, el titular mantiene la titularidad del derecho y solo concede el uso de la misma.

Régimen de protección de secretos comerciales

Según el artículo 260 de la Decisión 486 de 2000, se considera como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) Secreta, en el sentido de que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y

⁴³ La República del Congo se adhirió al Convenio de París el 25 de junio de 1963 y está en vigor desde 1 de septiembre de 1963, ver https://wipo.int/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=2

⁴⁴ Artículo 161.

⁴⁵ Artículo 162.

- c) Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta. La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

La protección del secreto empresarial perdurará mientras existan las condiciones mencionadas anteriormente.

Ahora bien, quien posea legítimamente un secreto empresarial podrá transmitir o autorizar el uso a un tercero. El tercero autorizado tendrá la obligación de no divulgar el secreto empresarial por ningún medio, salvo pacto en contrario con quien le transmitió o autorizó el uso de dicho secreto. En los convenios en que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica o provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos empresariales allí contenidos, siempre y cuando las mismas no sean contrarias a las normas sobre libre competencia.⁴⁶

Contratos de Transferencia de Tecnología

Los mecanismos de transferencia de tecnología están determinados en gran medida por los derechos de propiedad intelectual. Estos derechos sobre bienes intangibles, son susceptibles de explotación económica y, por tanto, de circulación en el tráfico económico⁴⁷. Se ha entendido que dicha explotación es llevada a cabo por medio de diferentes figuras jurídicas, frecuentemente atípicas:

“Un sector de la doctrina considera a los contratos de transferencia de tecnología como una categoría autónoma, debido a los rasgos comunes que posee esta clase de acuerdos. En efecto, todos los contratos aquí comprendidos son sinalagmáticos o bilaterales, ya que imponen derechos y obligaciones recíprocas entre las partes contratantes; de la misma manera podemos decir que son de tracto sucesivo, al establecer prestaciones reiteradas como el pago de regalías con una periodicidad establecida según diversos criterios como niveles de venta, dividendos obtenidos, unidades producidas, etc. Finalmente, es posible afirmar que son contratos intuitu personae en la medida en que se llevan a cabo atendiendo a las especiales cualificaciones tanto del productor como del receptor de la tecnología objeto del acuerdo. Estos son:

1. Contratos de cesión

El contrato de cesión es un contrato atípico, bilateral, generalmente oneroso y de tracto único, en donde se lleva a cabo por parte del titular una transmisión total o plena de los derechos que le corresponden sobre el bien inmaterial. Consecuencia de esto es que el adquirente pasa a ocupar la situación jurídica del cedente, por lo que debe asumir todas sus obligaciones (por ejemplo, el pago de las tasas de mantenimiento para el caso de las patentes) y disfruta de todas las facultades otorgadas sobre dicho bien. El cedente se obliga a transmitir al cesionario la totalidad de los derechos que le corresponden a cambio de un precio cierto.

⁴⁶ Artículo 264, Decisión 486 de 2000.

⁴⁷ Guerrero Gaitán, Manuel (2009), “*Tipología de los contratos de transferencia de tecnología*”. Universidad Externado de Colombia. Ver <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/461/3630>

2. Contratos de licencia

La licencia es una de las figuras contractuales más usadas en la contratación internacional de transferencia de tecnología ya que puede ser usada como una herramienta para realizar la transmisión de diferentes bienes inmateriales, tales como invenciones no patentadas, solicitudes de patente, secretos empresariales, trazados topográficos de circuitos integrados, derechos de obtentor de variedades vegetales, derechos de autor sobre programas de computador y, por supuesto, patentes.

3. Acuerdos de confidencialidad

Los acuerdos de confidencialidad son contratos atípicos ya que no existe legislación que los regule, y la aproximación a un contrato típico es difícil debido a sus especiales contenido y objeto; sin embargo, podemos decir que ya que las partes, en virtud de su libertad negocial, son las encargadas de dotar de contenido a este tipo de acuerdos, las disposiciones del derecho de las obligaciones y los contratos serán las encargadas de regularlos.”

CASO CONCRETO

En el presente caso, Tribeca ASSET Management, fondo privado colombiano con ánimo de lucro, está interesado en recibir por parte del ICBF, asistencia técnica para desarrollar la fórmula de la Bienestarina en la República Democrática del Congo. No obstante, mientras se construye la planta para producir el alimento, solicita que se explore la posibilidad de que este sea vendido y entregado por parte del ICBF.

Respecto a su naturaleza y objeto, de acuerdo con su página web, la empresa, “*Tribeca Asset Management es un fondo de capital privado colombiano con inversiones en áreas de negocio con potencial de crecimiento demostrado, a través de la adquisición de acciones de empresas, tanto parciales como totales.*

*Tribeca es una empresa que busca invertir en economías emergentes al considerar que tienen un crecimiento acelerado, por tal razón han capitalizado el enorme potencial de América Latina y particularmente de Colombia liderando inversionistas extranjeros al país, así como inversión colombiana hacia el exterior”.*⁴⁸

Menciona que los principales sectores de inversión de esta empresa son:

- Salud

Proveedores de servicios de salud y atención médica domiciliaria.

- Mercados de consumo

Productos y servicios con una ventaja competitiva como la adaptación a los mercados emergentes, la rentabilidad, la alta calidad o la capacidad de satisfacer demandas insatisfechas.

- Micro-mercados

⁴⁸ <http://www.tribeca.com.co/s-investment/>

Estos son sectores que se caracterizan por una gran base de consumidores y altos volúmenes.

- Energía

Empresas no petroleras con especial énfasis en generación de energía.

- Medios y Comunicaciones

Empresas que puedan apuntar y satisfacer la demanda de medios, o que ofrezcan contenido cultural alternativo.

- Bienes y servicios industriales

Empresas que ofrecen bienes o servicios con ventaja competitiva a nivel internacional.

- Bienes de consumo de lujo

Marcas de moda con atractivo internacional y potencial exportador.

- Otros

El fondo mencionado puede invertir en sectores diferentes a los enunciados, siempre que se considere que tienen un potencial significativo y las empresas cumplan con las principales características descritas en su política de inversión.

Conforme con los términos de la solicitud realizada por Tribeca Asset Management, son dos los asuntos que implican un tratamiento jurídico distinto: uno la venta a un tercero de la Bienestarina como producto con destino a la República del Congo y, otro, el uso de la fórmula de la Bienestarina en dicho país.

En cuanto a la primera, no es viable la venta de Bienestarina a un tercero con destino a otro país, toda vez que el ICBF, creado como establecimiento público de la rama ejecutiva, presta un servicio público y desarrolla funciones administrativas sujetas a las normas de derecho público y, por lo tanto, debe regirse por las normas previstas para el efecto. En el marco del servicio público de bienestar familiar, la Bienestarina tiene un fin social: combatir la desnutrición de los niños, niñas, adolescentes y madres gestantes en el territorio nacional, por ello, este producto es distribuido de forma gratuita para los programas del ICBF. Por esta razón, su producción y entrega no se comercializa, y se dirige a la población que por mandato constitucional y legal debe proteger. De hecho, el ICBF garantiza –a través de la contratación de un tercero– la producción de Bienestarina únicamente en las cantidades necesarias para abastecer a la población beneficiaria de los diferentes programas del Instituto.

En cuanto a la segunda solicitud, el ICBF, en virtud de su autonomía financiera, podría hacer todo tipo de operación y negociaciones financieras con los bienes que integran su patrimonio y en favor del incremento del mismo. Actualmente el Instituto tiene el registro de las marcas Bienestarina, Bienestarina Más y Bienestarina Mamá, los cuales como propiedad industrial hacen parte de su patrimonio, de conformidad con la Ley 7 de 1979, que al señalar cómo está conformado el patrimonio del Instituto, prevé aquellos bienes que la Entidad adquiera en el ejercicio de sus actividades como persona jurídica independiente,

dentro de los cuales están los bienes intangibles, como las marcas, los secretos industriales, etc.

Al respecto, atendiendo a las normas que rigen la propiedad industrial y el principio de territorialidad marcaria, el ICBF cuenta con la protección de la marca solo en territorio nacional, con la posibilidad de obtener protección en los países miembros de la CAN o del Protocolo de Madrid, entre los que no se encuentra la República del Congo. Por lo anterior, para proteger las marcas, previamente se debe analizar la viabilidad jurídica del registro de la marca en la Oficina de la Dirección Nacional de Propiedad Industrial del Ministerio de Economía, Industria y Portafolio Público de dicho país.

Las normas aplicables dan la posibilidad de celebrar acuerdos de transferencia marcaria, es decir, se puede otorgar el uso de la misma para que se explote por un tercero o se amplíe el mercado respectivo. No obstante, este acuerdo también se rige por el principio de territorialidad. Lo anterior quiere decir, que si se celebra un acuerdo de esta naturaleza para que la marca sea usada en un país donde no se encuentre registrada la misma o no se pueda obtener previamente la protección mencionada, esta no será oponible a terceros.

En cuanto a la fórmula de la Bienestarina, esta es de carácter reservado, es decir que la misma cuenta con un marco de protección frente a terceros de acuerdo con las normas de propiedad industrial. No obstante, el ICBF puede, en virtud del artículo 46 de la Ley 7 de 1979, celebrar un contrato atípico de transferencia de tecnología que contenga cláusulas robustas de confidencialidad mediante el cual se transfiera la licencia.

CONCLUSIONES

En virtud de lo anterior, esta Oficina concluye lo siguiente:

1. Dada su naturaleza de Establecimiento Público y su régimen jurídico de derecho público, al ICBF no le corresponde la función de producción y comercialización de bienes o servicios, sino el de la atención de funciones administrativas y la prestación de un servicio público, encaminadas a propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de los niños, niñas y adolescentes y garantizarle sus derechos.
2. Al instituto le fue encomendada la labor de garantizar la producción del complemento de alto valor nutricional denominado Bienestarina, pero únicamente para cumplir con la misionalidad de la Entidad, es decir, con el fin de cumplir un fin social, como es el de combatir la desnutrición de los niños, niñas y adolescentes y madres gestantes en el territorio nacional. Por lo tanto, no es viable la venta de Bienestarina a un tercero con destino a otro país.
3. En relación con el uso de las marcas que son de propiedad industrial del ICBF y, por ende, de su patrimonio, el ICBF podría celebrar con un tercero un contrato de licencia que le permita usar la marca, el cual, en atención al principio marcario de territorialidad, debe acompañarse de las medidas de protección y oponibilidad de la marca en la República del Congo, entre otras, el registro de la marca.

4. En cuanto a la fórmula de la Bienestarina, también es un activo protegido contra terceros y está catalogado como un secreto industrial, el cual puede ser transferido a un tercero a través de un contrato de tecnología o de confidencialidad. En ese sentido, el ICBF podría celebrar un acuerdo de transferencia de tecnología, contrato atípico, regido por las normas del Derecho Privado.

5. El referido acuerdo de transferencia de tecnología, debe contener cláusulas robustas de confidencialidad que permitan mantener en reserva el secreto industrial antes mencionado.

6. Por último, es necesario resaltar que con la diligencia y cuidado que son exigibles a las entidades estatales en tratándose de recursos públicos, deben existir las previsiones y estudios relacionados con la valoración, aportación, destinación específica, uso y transferencia, etc., para evitar la divulgación o pérdida del secreto empresarial, así como para la protección de la marca.

La presente respuesta tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con lo establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1.º de la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Artículo 6.º del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

ÉDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica