



CONTRATACIÓN DIRECTA – Pluralidad de oferentes – Ausencia – Dos eventos

El artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015] consagra dos (2) hipótesis. En primer lugar, no existe pluralidad de oferentes cuando solo una persona puede proveer el bien o servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor. De esta manera, no basta con que sea la única persona capaz de ejecutar el contrato, pues la misma se debe justificar una situación de derecho que impida que otra lo haga de forma igual o similar. Para los proponentes, cada bien o servicio tiene características únicas frente a los de la competencia; sin embargo, desde el punto de vista del contratante, no existe mayor diferenciación entre los bienes y servicios cuando ninguno de los aspirantes tiene la titularidad de un derecho industrial o de autor.

Por ello, en la medida que la prestación no esté cubierta por derechos de la naturaleza anteriormente señalada, posibilita que la entidad satisfaga sus necesidades con equivalentes o sustitutos, ya que la presión de la competencia aumenta la oferta y disminuye los costos de adquisición. Para la doctrina, en ausencia de una barrera de entrada –como la que se concreta con los derechos de propiedad industrial o de autor– es necesario aplicar el principio de concurrencia [...].

CONTRATACIÓN DIRECTA – Pluralidad de oferentes – Ausencia – Proveedor exclusivo – Alcance

En segundo lugar, el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone que tampoco existe pluralidad de oferentes cuando existe una sola persona que puede celebrar el contrato por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional. A modo de ejemplo, esta causal se comprende en el marco de los contratos de colaboración empresarial –agencia, distribución, franquicia concesión comercial, etc.– que celebran los productores extranjeros con los proveedores nacionales, los cuales contienen usualmente cláusulas de exclusividad como elemento accidental del negocio.

Al igual que la hipótesis precedente, la presencia de un proveedor exclusivo supone una barrera de entrada para otros posibles oferentes, por lo que no es posible aplicar el principio de concurrencia. Sin embargo, para aplicar la causal de contratación directa, la exclusividad del proveedor debe cubrir el territorio nacional, pues –por ejemplo– si se limita a un municipio o un departamento, es posible encontrar proveedores de bienes y servicios similares o sustitutos en otros lugares del país, por lo que es necesario aplicar procedimientos de selección que permitan la pluralidad de oferentes.

CONTRATACIÓN DIRECTA – Pluralidad de oferentes – Ausencia – Interpretación estricta

Fuera de estas dos (2) situaciones, no es posible aplicar el artículo 2, numeral 4, literal g), de la Ley 1150 de 2007, ya que las normas citadas integran una causal de contratación directa que excepciona los mecanismos de selección objetiva por





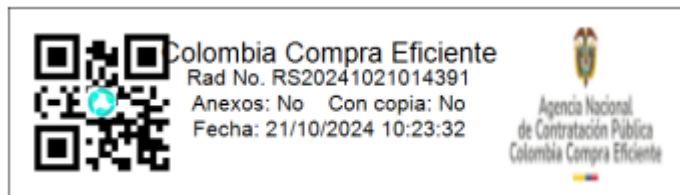
Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

convocatoria pública definidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que se interpretan restrictivamente, es decir, conforme al tenor literal de las normas.



Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]



Señora
Nayda Geraldine Betancourt Parrafo
asesoriajuridicabp@gmail.com
Ciudad

Concepto C-567 de 2024

Temas: CONTRATACIÓN DIRECTA – Pluralidad de oferentes – Ausencia – Dos eventos/ CONTRATACIÓN DIRECTA – Pluralidad de oferentes – Ausencia – Proveedor exclusivo – Alcance / CONTRATACIÓN DIRECTA – Pluralidad de oferentes – Ausencia – Interpretación estricta

Radicación: Respuesta a consulta con radicado No. P20240907009132

Estimado señor Rojas:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de petición de fecha del 07 de septiembre de 2024, en la que realiza la siguiente consulta:

“Deseo saber que se entiende por proveedor exclusivo en una contratación y la justificación jurisprudencia, legal y normativa que permite dentro de la contratación directa contratar un proveedor

exclusivo, y cuales son las excepciones que existen para no poder hacerla” [sic]

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

1. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, le informamos que la misma se resolverá desde los siguientes problemas jurídicos: i) ¿a quiénes se les considera como proveedores exclusivos?, y ii) ¿en qué circunstancias puede contratarse directamente con un proveedor exclusivo?

2. Respuesta:

i) De manera preliminar, debe precisarse, que en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y demás normas que lo adicionan o complementan–, no se definió el término “proveedor exclusivo”. Sin embargo, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, considera que el término “proveedor exclusivo”, es empleado cuando existe en el mercado,



una sola persona con la capacidad de celebrar el contrato en el territorio nacional.

ii) Teniendo en cuenta la interpretación de las normas generales de la materia, la causal de contratación del artículo 2, numeral 4, literal g), de la Ley 1150 de 2007 supone que la inexistencia de pluralidad de oferentes se limita a los dos (2) casos previstos en el 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015, esto es, cuando sólo una persona puede proveer el bien o servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor; o puede celebrar el contrato por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional.

En este contexto, la presencia de un proveedor exclusivo supone una barrera de entrada para otros posibles oferentes, por lo que no es posible aplicar el principio de concurrencia. Sin embargo, para la aplicación de la causal de contratación directa, la exclusividad del proveedor debe cubrir el territorio nacional, pues –por ejemplo– si se limita a un municipio o un departamento es posible encontrar bienes y servicios similares o sustitutos en otros lugares del país, por lo que es necesario aplicar procedimientos de selección que permitan la pluralidad de oferentes.

3. Razones de la respuesta

Las respuestas anteriores se sustentan en las siguientes consideraciones:

- Si bien la licitación pública es la modalidad de selección que constituye la regla general para las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 consagra algunas excepciones, que atienden a la necesidad de proteger principios como la eficiencia, la eficacia, la economía, la celeridad o la integridad de las personas. Una de las excepciones es la causal de contratación directa prevista en el literal g) del mencionado numeral que se refiere a la ausencia de pluralidad de oferentes.
- En la actualidad, la norma vigente para interpretar el alcance de la causal de contratación directa dispuesta en el artículo 2, numeral 4, literal g), de



la Ley 1150 de 2007 está compilada en el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.2.1.4.8. Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes cuando existe solamente una persona que puede proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional. Estas circunstancias deben constar en el estudio previo que soporta la contratación.”
[Énfasis fuera de texto]

- La norma consagra dos (2) hipótesis. *En primer lugar*, no existe pluralidad de oferentes cuando sólo una persona puede proveer el bien o servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor. De esta manera, no basta con que sea la única persona capaz de ejecutar el contrato, pues la misma se debe justificar una situación de derecho que impida que otra lo haga de forma igual o similar. Para los proponentes, cada bien o servicio tiene características únicas frente a los de la competencia; sin embargo, desde el punto de vista del contratante, no existe mayor diferenciación entre los bienes y servicios cuando ninguno de los aspirantes tiene la titularidad de un derecho industrial o de autor.
- Por ello, en la medida que la prestación no esté cubierta por derechos de la naturaleza anteriormente señalada, posibilita que la entidad satisfaga sus necesidades con equivalentes o sustitutos, ya que la presión de la competencia aumenta la oferta y disminuye los costos de adquisición. Para la doctrina, en ausencia de una barrera de entrada –como la que se concreta con los derechos de propiedad industrial o de autor– es necesario aplicar el principio de concurrencia. Por ello, explica que es posible la contratación directa con el oferente que es titular de una marca o privilegio, agregando que:

“La tutela de la propiedad intelectual del oferente o de un privilegio otorgado en modo expreso, vuelven imposible proceder por licitación, ya que solamente la persona, entidad o empresa que posee el privilegio de invención o fabricación, podría presentarse formulando ofertas. Desde luego no habría pluralidad de



concurrentes, ni puja que hiciera posible el cumplimiento de las finalidades básicas perseguidas por la licitación¹.”

- *En segundo lugar*, el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone que tampoco existe pluralidad de oferentes cuando existe una sola persona que puede celebrar el contrato por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional. A modo de ejemplo, esta causal se comprende en el marco de los contratos de colaboración empresarial –agencia, distribución, franquicia concesión comercial, etc.– que celebran los productores extranjeros con los proveedores nacionales, los cuales contienen usualmente cláusulas de exclusividad como elemento accidental del negocio.
- Al igual que la hipótesis precedente, la presencia de un proveedor exclusivo supone una barrera de entrada para otros posibles oferentes, por lo que no es posible aplicar el principio de concurrencia. Sin embargo, para aplicar la causal de contratación directa, la exclusividad del proveedor debe cubrir el territorio nacional, pues –por ejemplo– si se limita a un municipio o un departamento, es posible encontrar proveedores de bienes y servicios similares o sustitutos en otros lugares del país, por lo que es necesario aplicar procedimientos de selección que permitan la pluralidad de oferentes.
- En línea con lo anterior, puede colegirse entonces, que fuera de las dos (2) situaciones previamente planteadas, no es posible aplicar el artículo 2, numeral 4, literal g), de la Ley 1150 de 2007, ya que las normas citadas integran una causal de contratación directa que excepciona los mecanismos de selección objetiva por convocatoria pública definidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que se interpretan restrictivamente, es decir, conforme al tenor literal de las normas.

¹ DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. pp. 173-174. Para el autor, la aplicación de la causal supone que: i) las prestaciones están amparadas legalmente por un derecho de marca; ii) la necesidad no puede satisfacerse con equivalentes no sujetos a privilegio, pues de lo contrario la causal es inaplicable; iii) la necesidad solo pueda satisfacerla el titular de estos derechos, excluyendo que otros aspirantes en condiciones similares también puedan hacerlo; y iv) la existencia de informes técnicos que acrediten la imposibilidad de sustitutos convenientes (Ibidem., p. 174).



- Finalmente, debe destacarse que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, por vía consultiva no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del Sistema de Compras y Contratación Pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

- Ley 1150 de 2007. Artículo 2, Numeral 4
- Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.4.8.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de mayo de 2018. Exp. 50.222. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.
- DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. pp. 173-174.

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Sobre el alcance de la modalidad de contratación directa, esta Subdirección se ha referido en los Conceptos número Conceptos 2201913000005631 del 6 de agosto de 2019, C-090 del 24 de febrero de 2020, C-359 del 4 de junio de 2020, C-475 de 2020, C-619 del 06 de diciembre de 2021, C-321 del 23 de agosto de 2024, entre otros. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual. Accede a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/>.

Te invitamos también a revisar la tercera edición del Boletín de Relatoría de 2024 en el cual podrás consultar en detalle el marco normativo de documentos tipo: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/boletin_de_realtoria_iii.pdf.

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:



Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

Twitter: [@colombiacompra](#)

Facebook: [ColombiaCompraEficiente](#)

LinkedIn: [Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente](#)

Instagram: [@colombiacompraeficiente_cce](#)

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Nasly Yeana Mosquera Rivas
Analista T2-06 de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Adriana katerine López Rodríguez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE