**CONTRATACIÓN DIRECTA – Contrato de prestación de servicios – Contratos artísticos**

Según el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, las causales para acudir a la modalidad de selección de contratación directa son: […] v) contratos para la ejecución de contratos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. El contrato, para que sea objeto del trámite de la contratación directa, debe estar determinado por las siguientes variables (i) que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, (ii) que el mismo o los mismos sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

**TRABAJOS ARTÍSTICOS – Definición – Causal en estudio – Ejecución de trabajos artísticos**

El “trabajo artístico” a que se refiere la disposición legal, no puede ser otro que el que se entiende como un conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, independientemente de la forma o el modo como se exprese por el autor o los autores, en un producto final, en un producto definitivamente con valor y contenido artístico, no en otro sentido puede ser entendida la disposiciones bajo criterios de excepcionalidad y restricción conforme lo ampliamente explicado en esta providencia.

La causal en estudio, para acudir a la contratación directa, tiene lugar cuando se va a encomendar la ejecución de un trabajo artístico y no cuando el objeto convencional perseguido lejos de ser la prestación de un servicio es la adquisición o compra de una obra de arte.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Contratos artísticos – Contratación directa**

En el caso de que la ausencia de pluralidad de oferentes obedezca a que existe solamente una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, deberá demostrar esta circunstancia de acuerdo con la normativa establecida para tal efecto.

Bogotá D.C., **01/10/2019 Hora 17:24:46s**

**N° Radicado: 2201913000007304**

Señora

Sirley Restrepo

**Radicación:** Respuesta a la consulta 4201912000006026

**Temas:** Adquisición de esculturas

**Tipo de asunto consultado:** Contratación directa y adquisición de esculturas Cordial saludo

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – responde su consulta del 4 de septiembre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, en los siguientes términos:

# Problemas planteado

* 1. “*¿Puede una entidad pública comprar o adquirir una obra de arte o escultura?*.
  2. “*¿En caso positivo bajo que* (SIC) *norma estaría amparada dicha compra?*.
  3. “*¿Qué tipología contractual se utilizaría?*”.

# Consideraciones

Antes de responder las preguntas formuladas, procede hacer unas series de reflexiones en relación con la contratación directa y la adquisición de esculturas.

# Contratación directa

Según el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, las causales para acudir a la modalidad de selección de contratación directa son: i) la urgencia manifiesta; ii) la contratación entre entidades estatales; iii) cuando no exista pluralidad de oferentes[[1]](#footnote-1); iv) contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión[[2]](#footnote-2); v) contratos para la ejecución de contratos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales; vi) adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles; vii) contratos de empréstitos; viii) contratación de bienes y servicios del sector defensa que requieran reserva; ix) contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; y x) contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos.

Sobre la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, conviene citar *in extenso* lo expuesto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sentencia del 2 de diciembre de 2013, expediente 41.719 con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa, que sobre el particular señaló:

“El segundo de los elementos normativos que el legislador ha considerado determinante para la configuración de la causal de contratación directa que ocupa la atención de la Sala, es el que se refiere a otra especie de contratos, que en esencia son de prestación de servicios, **pero de un contenido prestacional diferente porque corresponden a una modalidad tipificada de negocios cuyo objeto es de por sí especialísimo ya que tienen por objeto la generación de patrimonio artístico para la entidad estatal o bien beneficiarla de manifestaciones artísticas**, **para cuyo efecto se encarga a personas que por sus características, dotes, capacidades o aptitudes resultan ser únicas o especiales en el arte que manejan y que en virtud de esta circunstancia se individualizan en el medio nacional o internacional, mediante el reconocimiento como verdaderos y únicos en las técnicas o el arte que desarrollan**.

En consecuencia, el contrato, para que sea objeto del trámite de la contratación directa, debe estar determinado por las siguientes variables **(i) que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, (ii) que el mismo o los mismos sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales**.

En cuanto a la primera de las variables se refiere, se puede afirmar que el concepto que comprende el objeto de esta modalidad contractual es el de “trabajo artístico”, pero no en sí mismo, esto es como medio, sino como un resultado real y efectivo. Se contrata y este es el objeto, la realización de una obra artística y no simplemente una ejecución sin resultado. **Es el trabajo final, el que pueda ser catalogado como una “obra de arte”, u “obra artística” o pieza de la misma naturaleza, la determinante del objeto para los efectos legales que para la materia a la que se está haciendo referencia**, en esto no puede haber confusión de ninguna naturaleza.

Este es el sentido jurídico de la expresión, no otra cosa espera el interés público de un contrato de esta naturaleza, **el de enriquecer con la “obra de arte” el patrimonio público a través de la obtención de una verdadera obra de un artista, una creación del hombre en el campo del arte, lo que comprende también actividades propias de las artes escénicas o aquellas culturales, musicales, por citar algunas manifestaciones concretas que satisfacen el referente artístico**.

Es que el **“trabajo artístico”** a que se refiere la disposición legal, no puede ser otro que el que se entiende como un conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, independientemente de la forma o el modo como se exprese por el autor o los autores, en un producto final, en un producto definitivamente con valor y contenido artístico, no en otro sentido puede ser entendida la disposiciones bajo criterios de excepcionalidad y restricción conforme lo ampliamente explicado en esta providencia.

“… El arte es entendido generalmente como cualquier actividad o producto realizado por el ser humano con una finalidad estética o comunicativa, a través del cual se expresan ideas, emociones o, en general, una visión del mundo, mediante diversos recursos, como los plásticos, lingüísticos, sonoros, o mixtos…”.

Tratándose de la segunda de las variables, esto es, la que indica que los “trabajos artísticos” (…) “… que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales…” debe ser entendida en coherencia con lo anterior, en el sentido de que el contratista debe ser sustancialmente un artista, es decir, una persona reconocida como realizador o productor de arte, de obras de arte, ejecutor de trabajos artísticos, un ser humano que dada su sensibilidad en relación con el mundo tiene la aptitud, la capacidad, la disposición natural o adquirida; el talento y estilo o forma original de hacer las cosas; y la genialidad, naturalidad y el carácter que lo hace distinto a otros artistas, esto es, su capacidad de inventiva que lo hace influyente en el medio, un ser único y excepcional, todo esto, para producir obras artísticas, de aquí la razonabilidad de la expresión utilizada por la disposición en comento según la cual, los trabajos artísticos sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales. **En todo caso, destaca la Sala que la motivación para la celebración de este tipo de contratos debe surgir de la ponderada valoración de las necesidades de la Entidad pública, reflejadas, siempre, en los procesos de planeación adelantados con antelación**”. (Negrilla fuera de texto)

Así, la causal en estudio, para acudir a la contratación directa, tiene lugar cuando se va a encomendar la ejecución de un trabajo artístico y no cuando el objeto convencional perseguido lejos de ser la prestación de un servicio[[3]](#footnote-3) es la adquisición o compra de una obra de arte.

Ahora bien, otra de las causales para acudir a la contratación directa es que no exista pluralidad de oferentes en el mercado. El artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015 reglamenta esta contratación de la siguiente manera:

“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”.

En consecuencia, las características del proveedor exclusivo están relacionadas con que sea el único que suministre los bienes o servicios que pretende adquirir la Entidad Estatal.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – explicó en anterior oportunidad[[4]](#footnote-4) que i) “dentro del Sistema de Compra Publica no existe una definición legal de qué se entiende por proveedor exclusivo, por lo cual los términos utilizados en el Decreto 1082 de 2015 deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio” y

ii) “La normativa del Sistema de Compra Pública no contempla la existencia de ningún certificado para acreditar la calidad de proveedor exclusivo en el mercado colombiano, por el contrario, esta circunstancia deberá ser determinada por la Entidad Estatal en el estudio del sector”.

Tratándose del segundo asunto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – señaló:

“La Entidad Estatal en su calidad de directora del Proceso de Contratación, debe solicitarle al proponente que acredite la calidad de proveedor exclusivo del bien o servicio requerido para adelantar el Proceso de Contratación por la modalidad de contratación directa. **El proveedor acreditará su situación teniendo en cuenta factores como la regulación del mercado, existencia de registros para el efecto, y en general todas aquellas circunstancias que permitan determinar la existencia de único proveedor, como por ejemplo el certificado emitido por el productor donde conste quién es el único distribuidor o comercializador autorizado para Colombia.**

Lo anterior, como quiera que para acreditar tal situación no existe una tarifa probatoria, y por el contrario la prueba que debe allegarse debe ser conducente y pertinente para determinar tal calidad”. (Negrilla fuera de texto)

En el caso de que la ausencia de pluralidad de oferentes obedezca a que existe solamente una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, deberá demostrar esta circunstancia de acuerdo con la normativa establecida para tal efecto.

# Respuestas

Con base en las consideraciones expuestas en el numeral anterior, se responden las preguntas en el mismo orden en el que fueron formuladas, no sin antes recordar que los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, son orientaciones de carácter general y no suponen la solución directa de controversias específicas o el análisis de actuaciones particulares de entidades estatales.

1. En opinión de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente es viable que las entidades estatales adquieran obras artísticas; sin embargo, se recuerda que “la motivación para la celebración de este tipo de contratos debe surgir de la ponderada valoración de las necesidades de la Entidad pública, reflejadas, siempre, en los procesos de planeación adelantados con antelación”, como lo señaló el Consejo de Estado en la providencia citada en este documento.
2. Este contrato se ampara en las normas generales de la contratación pública, particularmente en la Ley 80 de 19935, Ley 1150 de 20076 y el Decreto 1082 de 20157.
3. La definición de la tipología convencional aplicable corresponde a las entidades estatales, quienes durante la planeación del respectivo contrato deberán determinarla. Sin perjuicio de ello, si lo que se pretende es “comprar o adquirir” un bien, la tipología más próxima a esos efectos es el contrato de compraventa8.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



Proyectó: Felipe Antonio Hadad Álvarez

5 El artículo 32 prevé que son contratos estatales “*todos los actos jurídicos generadores de* obligaciones”. A su turno, el artículo 40 dispone que “*las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales*”.

6 El literal g) del numeral 4 del artículo 2 estatuye que “*la modalidad de selección de contratación directa (…) procederá (…) cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado*”.

7 El artículo 2.2.1.2.1.4.8 dispone que no existe pluralidad de oferentes cuando sólo hay una persona que pueda proveer el bien o servicio, bien sea por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, bien sea por ser el proveedor exclusivo en el territorio nacional.

8 En los términos del artículo 1849 del Código Civil, aplicable en materia de contratación estatal en virtud de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, define esta tipología en los siguientes términos: “*La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio*”.

1. No existe pluralidad de oferentes cuando sólo hay una persona que pueda proveer el bien o servicio, bien sea por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, bien sea por ser el proveedor exclusivo en el territorio nacional, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-1)
2. Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión son aquellos de naturaleza intelectual que se derivan del cumplimiento de funciones de la Administración, como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-2)
3. Servicio que consiste en la elaboración de una obra artística. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento de respuesta a la consulta 4201713000007187. [↑](#footnote-ref-4)