CCE-DES-FM-17

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Pluralidad de oferentes – Inexistencia – Dos eventos**

En la actualidad, la disposición normativa vigente para interpretar el alcance de la causal de contratación directa establecida 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:

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.

**ÚNICO PROVEEDOR – Titular – Propiedad industrial – Derechos de autor**

[…] *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 se debe justificar una situación de derecho que impida que otra lo haga de forma igual o similar.

**ÚNICO PROVEEDOR – Proveedor exclusivo – Territorio nacional**

*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.

**PATENTE – Monopolio – Explotación – Contingente**

La concesión de una «patente» constituye un acto jurídico que permite acreditar la titularidad de los derechos de propiedad industrial de un invento y que en principio otorga exclusividad en su explotación. Sin embargo, esta situación es contingente. En otra palabras, no es inexorable, pues también es posible que el titular de una patente autorice su comercialización por parte de otros proveedores, verbigracia, a través del licenciamiento de la misma. De suceder esto, no puede afirmarse la ausencia de pluralidad de oferentes en el mercado. En consecuencia, tampoco se configuraría la causal del artículo 2, numeral 4º, literal g), de la Ley 1150 de 2007.

**PATENTE – Proveedor exclusivo – Licenciamiento**

Lo anterior permite concluir, entonces, que no siempre que existe una patente hay un único proveedor; o, dicho en otros términos, que la patente, por sí misma, no es algo que permita predicar de manera inequívoca la inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado, puesto que, como se ha expuesto, es factible que el titular de la patente haya concedido licencias para la explotación de la invención a varios sujetos, los cuales podrían concurrir a procedimientos de selección plurales.

Por otra parte, la entidad estatal que requiera adquirir determinado bien o servicio, en los estudios previos, debe identificar si su necesidad solo puede satisfacerse con la invención patentada. Además, podría presentarse el caso de que a pesar de la existencia de la patente, la necesidad pueda ser suplida por otros bienes o servicios, evento en el cual habría pluralidad de potenciales proveedores y no podría aplicarse la causal de contratación directa por la cual se indaga en la consulta.

Bogotá D.C., **14/10/2020**

**N° Radicado: 2202013000009775**

Señor

**Julián Torres Valenzuela**

Ciudad

**Concepto C ‒ 658 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATACIÓN DIRECTA – Pluralidad de oferentes– Inexistencia – Dos eventos / ÚNICO PROVEEDOR – Titular – Propiedad industrial – Derechos de autor / ÚNICO PROVEEDOR – Proveedor exclusivo – Territorio nacional / PATENTE – Monopolio – Explotación – Contingente / PATENTE – Proveedor exclusivo – Licenciamiento. |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000008858 |

Estimado señor Torres:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 5 de octubre del 2020.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente pregunta: «¿Una patente expedida por la SIC, es un documento pertinente para acreditar la causal de contratación directa contenido en el literal g, del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007?».

1. **Consideraciones**

Para abordar el interrogante planteado se analizarán los siguientes temas: i) alcance de la causal de contratación directa prevista en el artículo 2, numeral 4º, literal g), de la Ley 1150 de 2007 y ii) precisión acerca de la posibilidad de que la existencia de una patente configure un supuesto para aplicar tal causal.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto con radicado C-475 del 22 de julio de 2020, estudió la causal de contratación directa objeto de análisis. La tesis desarrollada en aquella oportunidad se expone a continuación y se complementa con algunas precisiones relacionadas con la posibilidad de argumentar la presencia de un único proveedor en virtud de la existencia de una patente.

**2.1. Ausencia de pluralidad de oferentes como causal de contratación directa**

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.

Cuando se interpreta aisladamente, la causal constituye un *concepto jurídico indeterminado*. Lo anterior en la medida que debe precisarse su contenido de acuerdo a las circunstancias, pues confiere una cierta facultad de apreciación interpretativa por la amplitud y abstracción del concepto[[1]](#footnote-2). Sin embargo, teniendo en cuenta la competencia del artículo 189.11 superior para la debida ejecución de la ley, nada obsta para que el reglamento determine los casos en que no existe pluralidad de oferentes, pues aunque el artículo 28 del Código Civil dispone que las palabras se entenderán en su sentido natural y obvio, es decir, de acuerdo a su sentido general, la norma también dispone que cuando se definan expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.

Históricamente, reglamentando la causal de contratación directa prevista en el derogado numeral 1, literal j), del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el derogado Decreto 855 de 1994, en el artículo 12, dispuso la contratación directa cuando la licitación o concurso se declararan desiertos por la ausencia de proponentes, por el incumplimiento de los requisitos del pliego por quienes se presentaban y, en general, por la falta de voluntad de participación. Además, definía la ausencia de pluralidad de ofertes cuando i) no existiese más de una (1) persona inscrita en el registro único de proponentes –RUP– en los contratos que requirieran el cumplimiento de este requisito o ii) solo hubiese un proveedor del bien o el servicio, por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo[[2]](#footnote-3).

La falta de voluntad de participación y la inexistencia de pluralidad de oferentes son dos (2) eventos distintos. Aunque ambos suponen un conocimiento del mercado en el que los proponentes desarrollan sus actividades, en el segundo escenario no es posible adelantar un proceso de selección abierto, pues no existe concurrencia de participantes. En esta medida, conservando lo dispuesto en el citado artículo 12, parágrafo 2, del Decreto 855 de 1994, tanto el artículo 17 del Decreto 2170 de 2002 como el artículo 81 del Decreto 2474 de 2008 limitaron la falta de pluralidad de oferentes en los casos donde: i) no existiese más de una (1) persona inscrita en el RUP o ii) solo hubiera un proveedor del bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo de acuerdo con la ley.

Continuando con la evolución histórica, el contenido del derogado Decreto 2474 de 2008 era más acorde con los procedimientos de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ya que –conforme al numeral 2, literal d)– cuando se declara desierta una licitación pública, no es procedente la contratación directa sino la selección abreviada. Incluso aunque la orientación del párrafo precedente también se conservó en el artículo 3.4.2.4.1 del Decreto 734 de 2012, el artículo 80 del Decreto 1510 de 2013 eliminó la ausencia de pluralidad de oferentes cuando no existiese más de una (1) persona inscrita en el RUP, así como la expresión «de acuerdo con la ley», al tratar los proveedores exclusivos.

En la actualidad, la disposición normativa vigente para interpretar el alcance de la causal de contratación directa establecida 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:

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.

La norma 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 se debe justificar una situación de derecho que impida que otra lo haga de forma igual o similar.

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. Lo anterior 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 licitación[[3]](#footnote-4).

*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 garantizar el principio de libertad 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.

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 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.

**2.1. «Patente» e inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado: posibilidad y contingencia**

Como se indicó en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.8. del Decreto 1082 de 2015, una de las circunstancias que permiten justificar la causal de contratación directa prevista en el artículo 2, numeral 4º, literal g), de la Ley 1150 de 2007 –o sea, por inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado–, es cuando haya solo 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».

La concesión de una «patente» constituye un acto jurídico que permite acreditar la titularidad de los derechos de propiedad industrial de un invento y que en principio otorga exclusividad en su explotación. Sin embargo, esta situación es contingente. En otra palabras, no es inexorable, pues es posible que el titular de una patente autorice su comercialización por parte de otros proveedores, verbigracia, a través del licenciamiento de la misma. De suceder esto, no puede afirmarse la ausencia de pluralidad de oferentes en el mercado. En consecuencia, tampoco se configuraría la causal del artículo 2, numeral 4º, literal g), de la Ley 1150 de 2007.

En efecto, el artículo 14 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, aplicable a Colombia en materia de propiedad industrial y derechos de autor, dispone que «Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial». De esta manera, la *patente* «es un privilegio que le otorga el Estado al inventor como reconocimiento de la inversión y esfuerzos realizados por éste para lograr una solución técnica que le aporte beneficios a la humanidad. Dicho privilegio consiste en el derecho a explotar exclusivamente el invento por un tiempo determinado»[[4]](#footnote-5).

La Corte Constitucional recientemente tuvo oportunidad de pronunciarse acerca del concepto, los atributos y el régimen jurídico de las patentes de invención, señalando que es acorde con el ordenamiento que se proteja esta modalidad *sui géneris* del derecho de propiedad, debido a «[…] la naturaleza intangible del objeto sobre el que se ejerce el derecho; su protección temporal; y, la sujeción de su eficacia a otras condiciones previstas por el Legislador»[[5]](#footnote-6).

De igual forma, el artículo 22 de la mencionada Decisión prevé que a pesar de que el derecho de la patente pertenece al inventor, aquel «podrá ser transferido por acto entre vivos o por vía sucesoria». En esta misma perspectiva, aunque el artículo 52 de dicho cuerpo normativo establece que uno de los derechos que otorga la patente a su titular es impedir que terceras personas fabriquen, usen o vendan el producto sin su consentimiento, el artículo 57 le permite a aquel otorgar licencias «para la explotación de la invención respectiva» a «uno o más terceros»[[6]](#footnote-7).

Lo anterior permite concluir, entonces, que no siempre que existe una patente hay un único proveedor, o, dicho en otros términos, que la patente, por sí misma, no es algo que permita predicar de manera inequívoca la inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado. Así, tal como se ha expuesto, es factible que el titular de la patente haya concedido licencias para la explotación de la invención a varios sujetos, los cuales podrían concurrir a procedimientos de selección plurales.

Por otra parte, la entidad estatal que requiera adquirir determinado bien o servicio, en los estudios previos, debe identificar si su necesidad solo puede satisfacerse con la invención patentada. Podría presentarse el caso de que, no obstante la existencia de la patente, la necesidad pueda ser suplida por otros bienes o servicios, evento en el cual habría pluralidad de potenciales proveedores y no podría aplicarse la causal de contratación directa por la cual se indaga en la consulta.

**3. Respuesta**

«¿Una patente expedida por la SIC, es un documento pertinente para acreditar la causal de contratación directa contenido en el literal g, del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007?».

La concesión de una «patente» constituye un acto jurídico que permite acreditar la titularidad de los derechos de propiedad industrial de un invento y que en principio otorga exclusividad en su explotación. Sin embargo, esta situación es contingente. En otras palabras, no es inexorable, pues es posible que el titular de una patente autorice su comercialización por parte de otros proveedores, verbigracia, a través del licenciamiento de la misma. De suceder esto, no puede afirmarse la ausencia de pluralidad de oferentes en el mercado. En consecuencia, tampoco se configuraría la causal del artículo 2, numeral 4º, literal g), de la Ley 1150 de 2007.

Lo anterior permite concluir, entonces, que no siempre que existe una patente hay un único proveedor, o, dicho en otros términos, que la patente, por sí misma, no es algo que permita predicar de manera inequívoca la inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado, puesto que, como se ha expuesto, es factible que el titular de la patente haya concedido licencias para la explotación de la invención a varios sujetos, los cuales podrían concurrir a procedimientos de selección plurales.

Por otra parte, la entidad estatal que requiera adquirir determinado bien o servicio, en los estudios previos, debe identificar si su necesidad solo puede satisfacerse con la invención patentada. Podría presentarse el caso de que, no obstante la existencia de la patente, la necesidad pueda ser suplida por otros bienes o servicios, evento en el cual habría pluralidad de potenciales proveedores y no podría aplicarse la causal de contratación directa por la cual se indaga en la consulta.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual |

1. No en vano, la doctrina anota que «Los conceptos jurídicos indeterminados traen causa, pues, de la dificultad de la completa y acabada programación normativa de la acción administrativa. Aunque por razón de la imprecisión propia de todo lenguaje y también del jurídico, todo concepto jurídico requiere interpretación, lo específico del calificado como indeterminado es su utilización por el legislador por razón de no proceder o no poder realizar una predeterminación precisa de la acción administrativa. El legislador conoce ciertamente el supuesto que quiere establecer, pero las características de éste impondrían —para su definición acabada— el recurso a la casuística, lo que incrementaría la densidad de la programación normativa y la seguridad en su ejecución, pero conllevaría un riesgo cierto de restricción del supuesto normativo. El recurso a conceptos jurídicos indeterminados tiene por objeto prevenir este riesgo» (Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de derecho administrativo. Quinta Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 269). [↑](#footnote-ref-2)
2. En lo pertinente, el artículo 12 del derogado Decreto 855 de 1994 dispuso que: «En los casos de declaratoria de desierta de la licitación o concurso, cuando no se presente propuesta alguna, ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación, la entidad estatal podrá contratar directamente, sin necesidad de obtener previamente ofertas, teniendo en cuenta los precios del mercado, y si es del caso, los estudios y evaluaciones que para el efecto se hayan realizado directamente o a través de organismos consultores o asesores designados para ello.

   […]

   »Parágrafo 2. Se considera que no existe pluralidad de oferentes:

   »a) Cuando no existiere más de una persona inscrita en el Registro de Proponentes, en aquellos contratos respecto de los cuales se requiere dicha inscripción conforme al artículo 22 de la Ley 80 de 1993,

   »b) Cuando solo exista 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, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo». [↑](#footnote-ref-3)
3. 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 los 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). [↑](#footnote-ref-4)
4. Superintendencia de Industria y Comercio. En sitio web: <https://www.sic.gov.co/patentes>; consultado el 8 de octubre de 2020. [↑](#footnote-ref-5)
5. Así continúa el razonamiento de la Corte: «La patente de invención se inscribe dentro de la protección a la propiedad industrial, que, junto a los derechos de autor, dota de contenido el derecho inalienable previsto en el artículo 61 de la Constitución Política, ya referido. Su alcance, esto es, las facetas del derecho que son amparadas por el ordenamiento, constituye un asunto cuya competencia radica en el Legislador, tal como esta Corporación lo ha sostenido en reiteradas decisiones en las que ha advertido su margen de configuración, se insiste, con el fin de armonizar los intereses comprometidos y bajo los criterios que guían la propiedad en general, esto es, su función social, la solidaridad y el respeto por la dignidad y el trabajo» (Sentencia C-234 de 2019, Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera). [↑](#footnote-ref-6)
6. «Artículo 57.-El titular de una patente concedida o en trámite de concesión podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la invención respectiva.

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

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

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

   »En caso exista algún cambio respecto al nombre o dirección del titular de la patente durante el plazo de vigencia del contrato de licencia, el titular del registro deberá informarlo a la oficina nacional competente. En caso contrario, cualquier notificación realizada conforme a los datos que figuren en el registro, se reputará válida» (Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>. Consultado el 8 de octubre de 2020). [↑](#footnote-ref-7)