CCE-DES-FM-17

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

La modalidad de selección de contratación directa es una modalidad no competitiva, es decir, que no es abierta al público para que los proponentes presenten sus ofertas. En esta modalidad la entidad estatal determina, de forma directa y no pública, la persona que puede participar y que será seleccionada. Así las cosas, la contratación directa es una excepción al principio de libre concurrencia y competencia, que se aplica en los procesos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta. Por ello, es de aplicación restrictiva, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En tal sentido, su aplicación no puede efectuarse por fuera del contenido normativo citado, ni operar más allá de lo que la misma norma dispone, dentro del contexto del ordenamiento jurídico de la contratación estatal.

**PROVEEDOR EXCLUSIVO – Acreditación**

[…] 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.

[…]

En conclusión, en aquellos casos en donde la calidad de proveedor exclusivo obedece a un contrato de colaboración empresarial –agencia, distribución, franquicia, concesión comercial, etc.– en el que se haya pactado la exclusividad dentro del territorio nacional, dicho contrato se convierte en un mecanismo idóneo para la acreditación de la calidad de proveedor exclusivo, o, bien podría ser una certificación emitida por la compañía extranjera sobre la exclusividad del franquiciado, agente o distribuidor dentro del territorio nacional.

**PROVEEDOR EXCLUSIVO – Proveedor autorizado – Diferencias**

En estas definiciones se puede apreciar que «autorizado» no corresponde a «único o exclusivo» en la facultad o derecho otorgado, por lo que esta autorización puede ser otorgada a múltiples sujetos, mientras que, si es exclusivo, será el único excluyendo a cualquier otro. De acuerdo con esto, pueden presentarse situaciones donde existan varios proveedores autorizados o facultados para la comercialización de un determinado bien o servicio en el territorio nacional, lo cual sería un indicador de pluralidad de oferentes en el mercado que descartaría la causal de contratación directa establecida en el literal g) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 obligando a la entidad estatal a acudir a las modalidades de contratación competitivas para garantizar el principio de libre concurrencia.

****

**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 25 Octubre 2021

Señor

**Yesid Hernando Cabuya Ortiz**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 598 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATACIÓN DIRECTA – Pluralidad de oferentes – Inexistencia /PROVEEDOR EXCLUSIVO – Acreditación / PROVEEDOR EXCLUSIVO – Proveedor autorizado – Diferencias  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210910008296 |

Estimado señor Cabuya:

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 10 de septiembre de 2021.

**1. Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente consulta, en relación con la acreditación del proveedor exclusivo en territorio nacional:

«[…]

1. ¿Cómo puede el proveedor demostrar o soportar que es exclusivo en el territorio nacional?

2. ¿El proveedor únicamente puede demostrar o soportar su exclusividad en el territorio nacional con una certificación o constancia que lo establezca de manera

expresa e inequívoca?

3. ¿La certificación o constancia de “proveedor autorizado” es un documento válido como soporte o prueba para demostrar la exclusividad en el territorio nacional?

4. En el caso que el proveedor no cuente con la certificación o constancia que demuestre o soporte su exclusividad en el territorio nacional, y con base en que estas circunstancias deben constar en el estudio previo que soporta la contratación, ¿se puede argumentar, fundamentar y/o justificar la exclusividad del proveedor en el territorio nacional con un adecuado y detallado Estudio del Sector que soporte y demuestre dicha exclusividad?».

**2. Consideraciones**

Para responder a sus interrogantes se estudiarán los siguientes temas: i) la modalidad de contratación directa; ii) el alcance de la causal de contratación directa prevista en el artículo 2, numeral 4º, literal g), de la Ley 1150 de 2007; iii) acreditación de la calidad de proveedor exclusivo; y iv) diferencias entre proveedor exclusivo y proveedor autorizado.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre las generalidades de la modalidad de contratación directa en los Conceptos C-701 del 7 de diciembre de 2020, C-715 del 9 de diciembre de 2020, C-726 del 14 de diciembre de 2020 y C-150 del 9 de abril del 2021. En relación con la causal de contratación directa objeto de análisis, esta Agencia se pronunció en los Conceptos C-475 del 22 de julio de 2020, C-658 del 14 de octubre de 2020, C-038 del 5 de abril del 2021 y C-389 del 03 de agosto de 2021. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Modalidad de contratación directa: generalidades**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 2, establece las cinco (5) modalidades de selección para la escogencia del contratista y fija las reglas de cada una de ellas: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y contratación directa. Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 señala las razones por las cuales se establecieron las modalidades de selección, pues «A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto»[[1]](#footnote-1).

Estas modalidades de selección se pueden dividir en i) competitivas y ii) no competitivas. Sobre el particular, la guía de competencia en las compras públicas de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente señala que «[…] la competencia, entendida como rivalidad efectiva entre empresas de un mismo mercado, incentiva la reducción de precios, el aumento de la calidad, la lucha contra la corrupción y la innovación por parte del sector privado»[[2]](#footnote-2).

Por tanto, modalidades como la licitación pública y el concurso de méritos son modalidades de selección competitivas o abiertas a competencia, pues en ellas tiene lugar la participación de varios proponentes en una fase pública de presentación de ofertas. Esto permite que todas las personas interesadas concurran al proceso en igualdad de condiciones y compitan en el mismo. En contraste, la modalidad de selección de contratación directa es una modalidad no competitiva, es decir, que no es abierta al público para que los proponentes presenten sus ofertas. En esta modalidad la entidad estatal determina, de forma directa y no pública, la persona que puede participar y que será seleccionada.

Lo expuesto se complementa con lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-713 de 2009, la cual estudió la constitucionalidad de los artículos 2 ‒parcial‒ y 5 ‒parcial‒ de la Ley 1150 de 2007. En esa decisión judicial se desarrollaron los principios de libre concurrencia y selección objetiva en la contratación pública, como expresiones del derecho a la igualdad de oportunidades para quienes tengan interés en participar en la contratación estatal. La materialización de esos principios pretende que no exista discriminación y que las entidades no impongan limitaciones a través de reglas que impidan la concurrencia para obtener mejores condiciones de contratación. Sin embargo, se admiten excepciones que busquen condiciones del contratista que sean favorables a los intereses del Estado y aseguren la transparencia del procedimiento como las inhabilidades e incompatibilidades[[3]](#footnote-3).

Así las cosas, la contratación directa es una excepción al principio de libre concurrencia y competencia, que se aplica en los procesos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta. Por ello, es de aplicación restrictiva, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En tal sentido, su aplicación no puede efectuarse por fuera del contenido normativo citado, ni operar más allá de lo que la misma norma dispone, dentro del contexto del ordenamiento jurídico de la contratación estatal.

Igualmente, esta excepción al deber de procurar la pluralidad de ofertas es considerada por el Consejo de Estado como un método que permite satisfacer la selección objetiva. De esta manera, aunque en la contratación directa no es necesaria la comparación de ofertas, no desconoce lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Por ello, la jurisprudencia explica que:

[…] se ha aceptado que la selección objetiva fundada en el ofrecimiento más favorable no depende únicamente del cotejo entre ofertas sino también de métodos que, aún prescindiendo de dicha comparación, garanticen que la respectiva escogencia se ajuste a los criterios legales de selección objetiva, a los precios o condiciones del mercado y a los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello[[4]](#footnote-4).

De este modo, en la contratación directa no es necesario que la entidad reciba más de una oferta, pues la contratación se realiza con quien la entidad escoja libremente, bajo criterios que permitan adoptar una decisión objetiva en procura del cumplimiento de las necesidades de la administración[[5]](#footnote-5). Esta contratación puede estar fundada en que el proponente es único, o en que el legislador privilegió algunos objetos contractuales u oferentes para contratarlos de manera directa, teniendo en cuenta las causales expresamente señaladas en la ley.

Todo lo anterior implica que el proceso de contratación directa sea simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir el agotamiento de una convocatoria pública o la realización de un proceso competitivo. Sin embargo, estas características no eximen a las entidades estatales de garantizar los principios rectores de la contratación pública. Por ello, cabe destacar que existe otra diferencia fundamental con las modalidades de selección competitivas mencionadas: en la contratación directa no se otorga puntaje a las ofertas para ponderarlas y elegir el ofrecimiento más favorable, pues la entidad recibe solo una oferta. Sobre este particular el Consejo de Estado explica que:

Se define la expresión contratación directa entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata[[6]](#footnote-6).

Por consiguiente, en la contratación directa la entidad no establece puntaje para ponderar ofertas, porque se presenta una sola oferta, la cual corresponde a la de la persona a quien la entidad invitó y seleccionó en forma directa. En todo caso, se debe garantizar el cumplimiento de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

**2.2. 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 conforme a las circunstancias, pues confiere una cierta facultad de apreciación interpretativa por la amplitud y abstracción del concepto[[7]](#footnote-7). 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. Lo anterior teniendo en cuenta que a pesar de que el artículo 28 del Código Civil dispone que las palabras se entenderán en su sentido natural y obvio, es decir, de acuerdo con su sentido general, la norma también dispone que cuando se definan expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.

Como contexto histórico, es relevante recordar que, mediante el artículo 12 del derogado Decreto 855 de 1994, se reglamentó la causal de contratación directa prevista en el derogado numeral 1, literal j), del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. En efecto, el artículo 12 del citado Decreto 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[[8]](#footnote-8).

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:

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. Por lo anterior explica que es posible la contratación directa con el oferente que es titular de una marca o privilegio, agregando lo siguiente:

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[[9]](#footnote-9).

*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. Como se explicó en el acápite anterior, las normas citadas integran una causal de contratación directa que es excepcional a 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.

**2.3. Acreditación de la calidad de proveedor exclusivo y su diferencia con el proveedor autorizado**

Si bien el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015 indica en qué situaciones se considera que no existe pluralidad de oferentes, no determina expresamente los medios para acreditar tales circunstancias, es decir, para acreditar la titularidad de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor y/o la exclusividad en el territorio nacional. No obstante, esta disposición enfatiza que estas circunstancias deben constar en el estudio previo que soporta la contratación, de manera que debe entenderse que el alcance de esta condición impone evidenciar claramente la ausencia de pluralidad de oferentes, que en efecto, sustrae el proceso de contratación del ámbito de la competencia y la libre concurrencia que se presenta en las demás modalidades de contratación.

Hacer constar en el estudio previo, comprende una carga argumentativa y probatoria por parte de la entidad estatal como responsable de la estructuración del estudio previo y del proceso de contratación. Lo anterior implica el detalle de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean la configuración de esta causal de contratación directa para el objeto a contratar. No basta con señalar las razones por las que se presenta la situación de ausencia de pluralidad de oferentes, sino que es necesario demostrarlo, es decir, aportar los respectivos soportes para que hagan parte integral del estudio previo y del expediente contractual, con el propósito de brindar certeza a la entidad estatal, los entes de control y la comunidad en general sobre el cumplimiento de las excepciones establecidas en la contratación directa para acudir a otra modalidad de selección con pluralidad de oferentes.

Si se presta atención a la descripción de cada circunstancia descrita en el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015, es posible inferir cuál es el documento o requisito que lo acredita. En tal sentido, si la circunstancia argumentada por la entidad es la de la titularidad de los derechos propiedad industrial o de los derechos de autor, la prueba de ello será el documento expedido por la autoridad competente donde conste dicha situación. Por otra parte, si la circunstancia que determina la ausencia de pluralidad de oferentes es la de proveedor exclusivo en el territorio nacional, el mecanismo idóneo para acreditarla será el acuerdo de exclusividad que hace que quien aspira a contratar con el Estado sea el único que puede proveer el bien y/o servicio requerido en el territorio nacional.

Respecto de los acuerdos de exclusividad, la doctrina señala que es «el pacto en virtud del cual uno o ambos contrayentes se comprometen a contratar exclusivamente con la otra parte, y en virtud de tal exclusividad asumen la obligación de no estipular un contrato igual con terceros en el ámbito de un cierto territorio o por un determinado plazo»[[10]](#footnote-10). Agrega que la exclusividad no se presume, siendo necesario que se haya pactado expresamente, puesto que solo tiene origen contractual, y como acuerdo voluntario puede pactarse en múltiples contrataciones, adquiriendo especial trascendencia en los contratos de distribución, suministro, compraventa, arrendamiento, edición transferencia de tecnología, concesión de uso del *know-how* y de licencias[[11]](#footnote-11).

En conclusión, en aquellos casos en donde la calidad de proveedor exclusivo obedece a un contrato de colaboración empresarial –agencia, distribución, franquicia, concesión comercial, etc.– en el que se haya pactado la exclusividad dentro del territorio nacional, dicho contrato se convierte en un mecanismo idóneo para la acreditación de la calidad de proveedor exclusivo. También podría probarse esta circunstancia a través de una certificación emitida por la compañía extranjera sobre la exclusividad del franquiciado, agente o distribuidor dentro del territorio nacional.

En igual sentido, un sector de la doctrina[[12]](#footnote-12) ha analizado los medios idóneos para probar la calidad de proveedor exclusivo, señalando los siguientes: i) «Copia del contrato en el que se encuentre incorporada la cláusula de exclusividad que aduce tener quien se ha presentado como “proveedor exclusivo” de un bien o servicio» y/o ii) «Certificación proveniente de la matriz del bien o servicio en donde consten los derechos de exclusividad que aduce tener el proveedor o comercializador».

Otro aspecto a considerar es el *ámbito geográfico* definido por el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015, puesto que exige que la exclusividad del proveedor se extienda al *territorio nacional.* Al respecto, puede suceder que haya proveedores exclusivos de un bien o servicio por regiones o zonas. En dichos casos, se deberán analizar detalladamente los principios de libre concurrencia y pluralidad de oferentes, puesto que, si el análisis del sector indica la viabilidad de un proceso competitivo siendo posible encontrar proveedores de bienes y servicios similares o sustitutos en otros lugares del país, será necesario aplicar procedimientos de selección que permitan la pluralidad de oferentes.

Finalmente, vale la pena tener en cuenta que en el análisis del sector podría identificarse la presencia de proveedores autorizados por otras compañías para la comercialización, producción o fabricación de un bien en el territorio nacional, por lo que no debe confundirse la calidad de proveedor exclusivo con la de proveedor autorizado, puesto que se trata de dos conceptos diferentes que tienen un impacto en la modalidad de selección del contratista que se escoja. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el término exclusivo significa «Que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir», «Único, solo, excluyendo a cualquier otro». Por su parte, el término «autorizado» del verbo «autorizar» que significa «Dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo».

En estas definiciones puede apreciarse que «autorizado» no corresponde a «único o exclusivo» en la facultad o derecho otorgado, por lo que esta autorización puede ser otorgada a múltiples sujetos, mientras que si es exclusivo, será el único excluyendo a cualquier otro. De acuerdo con esto, pueden presentarse situaciones donde existan varios proveedores autorizados o facultados para la comercialización de un determinado bien o servicio en el territorio nacional, lo cual sería un indicador de pluralidad de oferentes en el mercado. Así, se descartaría la causal de contratación directa establecida en el literal g) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, obligando a la entidad estatal a acudir a las modalidades de contratación competitivas para garantizar el principio de libre concurrencia.

Por el contrario, si se trata de proveedor exclusivo, como su nombre lo indica, será el único autorizado para la comercialización o distribución del bien y/o servicio en el país, lo que de entrada excluye la presencia de otros proveedores del mismo bien y/o servicio en el territorio nacional. Esto genera, por consiguiente, la situación de ausencia de pluralidad de oferentes en el mercado prevista en el literal g) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y reglamentada en el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015, habilitando la causal de contratación directa.

**3. Respuesta**

1. ¿Cómo puede el proveedor demostrar o soportar que es exclusivo en el territorio nacional?

2. ¿El proveedor únicamente puede demostrar o soportar su exclusividad en el territorio nacional con una certificación o constancia que lo establezca de manera

expresa e inequívoca?

De conformidad con las consideraciones expuestas, se indica que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no establece expresamente un medio específico para acreditar la circunstancia de proveedor exclusivo en el territorio nacional. Sin embargo, de cada circunstancia descrita en el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015, puede inferirse cuál es el documento o requisito que lo acredita. En tal sentido, si la circunstancia que determina la ausencia de pluralidad de oferentes es la de proveedor exclusivo en el territorio nacional, el mecanismo idóneo para acreditarla será el acuerdo de exclusividad que hace que quien aspira a contratar con el Estado sea el único que puede proveer el bien y/o servicio requerido en el territorio nacional.

Por tanto, esta Agencia considera que en aquellos casos en donde la calidad de proveedor exclusivo obedece a un contrato de colaboración empresarial –agencia, distribución, franquicia, concesión comercial, etc.– en el que se haya pactado la exclusividad dentro del territorio nacional, dicho contrato se convierte en un mecanismo idóneo para la acreditación de la calidad de proveedor exclusivo. También podría probarse esta circunstancia a través de una certificación emitida por la compañía extranjera sobre la exclusividad del franquiciado, agente o distribuidor dentro del territorio nacional.

3. ¿La certificación o constancia de “proveedor autorizado” es un documento válido como soporte o prueba para demostrar la exclusividad en el territorio nacional?

No debe confundirse la calidad de «proveedor exclusivo» con la de «proveedor autorizado», puesto que pueden presentarse situaciones donde existan varios proveedores autorizados para la comercialización de un determinado bien o servicio en el territorio nacional. Lo anterior sería un indicador de pluralidad de oferentes en el mercado que descartaría la causal de contratación directa establecida en el literal g) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Por el contrario, si se trata de proveedor exclusivo, como su nombre lo indica, será el único autorizado para la comercialización o distribución del bien y/o servicio en el país, lo que de entrada excluye la presencia de otros proveedores del mismo bien y/o servicio en el territorio nacional. Esto genera, por consiguiente, la situación de ausencia de pluralidad de oferentes en el mercado prevista en el literal g) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y reglamentada en el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015, habilitando la causal de contratación directa.

4. En el caso que el proveedor no cuente con la certificación o constancia que demuestre o soporte su exclusividad en el territorio nacional, y con base en que estas circunstancias deben constar en el estudio previo que soporta la contratación, ¿se puede argumentar, fundamentar y/o justificar la exclusividad del proveedor en el territorio nacional con un adecuado y detallado Estudio del Sector que soporte y demuestre dicha exclusividad?

En este caso, la entidad estatal en ejercicio de su autonomía administrativa debe realizar el correspondiente análisis sobre los requisitos de la causal de contratación directa. Esta Agencia no es competente para brindar asesoría en casos particulares, sino para la interpretación general de las normas de contratación estatal. Desde esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015 impone el deber de dejar constancia en el estudio previo de la circunstancia que se alega para la contratación directa, por lo que se entiende que este acto implica soportar la situación de exclusividad en los términos anteriormente explicados, sustentando, además, la imposibilidad o inconveniencia técnica de satisfacer sus necesidades con equivalentes o sustitutos del bien o servicio requerido.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar FlórezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Congreso de la República, Gaceta 466 del 2 de agosto de 2005. Exposición de motivos del Proyecto de Ley 19 de 2005 – Senado. [↑](#footnote-ref-1)
2. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Guía de Competencia en las Compras Públicas. La Guía puede consultarse en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_competencia\_0.pdf [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de mayo de 2018. Exp. 50.222. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-4)
5. En efecto, de acuerdo con el Consejo de Estado: «(...) la administración se encuentra en la obligación de establecer, con antelación al inicio del proceso de contratación, los criterios objetivos de la futura contratación, tales como la necesidad a satisfacer y los mejores medios para tales propósitos, el presupuesto estimado de la contratación, el objeto contractual, las prestaciones específicas a cargo de las partes, las condiciones de calidad y oportunidad, así como las calidades del posible contratista. Con fundamento en tal ejercicio de planeación y estructuración de la contratación, la administración cuenta, sin duda, con criterios que le permitirían adoptar una decisión objetiva en relación con aquello que resulte más favorable para el cumplimiento de los fines ínsitos en la contratación.[…] Ante la ausencia de pluralidad de ofertas –situación que, por lo demás debería ser excepcional, así como lo debe ser acudir a la modalidad de contratación directa, pues memórese que la regla general es la licitación pública en garantía de la máxima publicidad y concurrencia en la contratación estatal–, será procedente comparar el único ofrecimiento con los criterios objetivos elaborados por la entidad. En este evento, por lo tanto, los métodos a los que se debe acudir para garantizar la selección objetiva se ven reducidos en comparación con las demás modalidades de contratación, en tanto no hay comparación de ofertas, sin que ello implique que se incumpla con tal regla, pues persiste, necesariamente una confrontación de la única oferta con los estudios previos que elaboró la entidad, lo cual ofrecerá la objetividad necesaria para evitar imparcialidad en la contratación de los bienes o servicios de que se trate». Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de julio de 2015. Exp. 36.805. C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Sentencia del 20 de febrero de 2006. Exp. 1.727. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. 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-9)
10. REMAGGI, Luis Alberto. Cláusulas de exclusividad. Editorial Astrea. 2017. P. 7 [↑](#footnote-ref-10)
11. Ibídem. Pág.78-79. [↑](#footnote-ref-11)
12. SUÁREZ BELTRAN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. Legis, primera edición, 2014, página 149. [↑](#footnote-ref-12)