**CCE-DES-FM-17**

**MARCAS ESPECÍFICAS – Solicitud – Procesos de contratación – Jurisprudencia – Tesis negativa**

La primera tesis en materia de la exigencia de marcas en los procesos de contratación pública quedó reseñada en una providencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En esta se declaró la nulidad absoluta de un contrato de compraventa de 35 motocicletas para la Policía Nacional, celebrado entre el Municipio de Armenia y la sociedad Yamavalle Ltda., al considerar que se violaron los principios de transparencia y de selección objetiva, porque la entidad solicitó que las motocicletas fueran Marca Yamaha, de un modelo y unas características determinadas.

[…] las entidades estatales no pueden exigir marcas en sus procesos de selección, porque restringe la posibilidad que otros potenciales proponentes, que son fabricantes o comercializadores de otras marcas, con similares características técnicas a las requeridas por la Administración puedan concurrir a ofertar los mismos bienes o productos. Al quedar excluidas marcas diferentes a las que solicita la entidad se cierra el espectro de proponentes que pueden ofrecer los mismos bienes o productos, sin que se justifique, situación que viola el principio de transparencia y selección objetiva, por cuanto la entidad, *ab initio,* excluye ofertas que podrían ser las más favorables.

A pesar de que este es el único pronunciamiento jurisprudencial sobre el tema, la Subdirección de Gestión Contractual también ha conceptuado, en oportunidades anteriores, sobre la posibilidad de que las entidades exijan marcas en los procesos de contratación pública y la tesis que ha sostenido es que las entidades estatales no lo pueden hacer. En un concepto del 14 de diciembre de 2017, esta Subdirección sostuvo: «[…] las Entidades Estatales no pueden requerir marcas particulares dentro de sus Procesos de Contratación. Sin embargo, la Entidad Estatal puede requerir que los proponentes indiquen en sus ofertas las marcas de los bienes que ofrecen para efectos de la evaluación de las ofertas y de las especificaciones técnicas establecidas en los pliegos de condiciones».

En este concepto, la Subdirección señaló que la entidad puede fijar condiciones técnicas que aseguren la eficacia de los bienes, obras o servicios que necesite, pero no puede implicar la exigencia de marcas particulares. Este tipo de exigencias en los pliegos de condiciones limitaría la concurrencia de oferentes que fabriquen o comercialicen otras marcas, lo que vulnera los principios de transparencia, selección objetiva y la libre competencia.

**MARCAS – Exigencias – Tratados de Libre Comercio**

Si bien dentro de la normatividad del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni de sus normas reglamentarias no se prohíbe la exigencia de marcas en los procesos de contratación, en algunos tratados de libre comercio suscritos por Colombia se establece la prohibición de su exigencia. A modo de ejemplo, el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos establece que la entidad está obligada a no establecer condiciones técnicas que afecten la participación de los futuros proponentes. De este modo, la entidad debe: i) precisar la especificación técnica, en términos de desempeño y requisitos funcionales; y ii) basar las condiciones del producto en estándares internacionales, cuando existan y sean aplicables a la entidad, excepto el uso de un estándar internacional que no cumpla con los requerimientos del programa de la entidad o imponga una carga mayor que el empleo de un estándar nacional reconocido. Por tanto, se prohíben las marcas o nombres comerciales, salvo que no exista otra forma de precisar el bien requerido, pero con la condición que se describa acompañado de la expresión «o equivalente». Así mismo, no es posible un asesoramiento para la determinación de las especificaciones técnicas, si hay un interés comercial para participar en el proceso de contratación.

En otros tratados de libre comercio suscritos con Colombia se aplican estas mismas reglas de restricción de la exigencia de marcas. En principio, se niega la posibilidad que en determinadas circunstancias las entidades destinatarias de los acuerdos comerciales puedan adquirir productos de determinadas marcas, bajo la justificación de las calidades técnicas que esta posea. Lo que busca garantizarse es el principio de transparencia y de igualdad, a pesar que la marca que establezca la entidad en el proceso de contratación, sea la más acorde para el cumplimiento del objeto contractual.

Así las cosas, los procesos de contratación que estén sujetos a tratados de libre comercio, de acuerdo al ámbito de aplicación, valor del contrato, tipo de bien o servicio y no se encuentre en exclusión deberá aplicar la restricción de no exigir marcas. En otras palabras, la prohibición de exigencia de marcas en la configuración de los pliegos de condiciones debe tenerse en cuenta en aquellos procesos de contratación sujetos a acuerdos comerciales.

**MARCAS ESPECÍFICAS – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Tesis positiva**

La segunda tesis sostiene que es posible que una entidad exija marcas en un proceso de selección, pues esta conducta no está prohibida por una norma del Estatuto General de Contratación Pública, y no implica, *per se*, una violación de los principios de libre concurrencia y selección objetiva. Esta postura se presentó en el salvamento de voto a la Sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado ya citada.

En esta línea, existen al menos tres razones por las cuales es posible que en los contratos estatales las entidades puedan exigir marcas de bienes o productos en los pliegos de condiciones. La primera, porque ni la Ley 80 de 1993 ni la Ley 1150 de 2007, ni otra norma de rango legal -o reglamentario- prohíbe que las entidades soliciten marcas. Por el contrario, una interpretación integral de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 se deduce que las entidades estatales pueden contratar como se hace en el derecho privado, salvo norma en contrario.

El artículo 13, sobre la normatividad de los contratos estatales, dispone que los contratos que celebren las entidades a las que les aplica el estatuto se «regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley». Seguidamente, el artículo 32 define el contrato estatal como el acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades estatales previstos en el derecho privado o derivados de la autonomía de la voluntad. Y el artículo 40, sobre el contenido del contrato estatal, establece que las estipulaciones de los contratos estatales serán aquellas que de acuerdo con las normas civiles y comerciales correspondan a su esencia y naturaleza.

**MARCAS ESPECÍFICAS – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Tesis positiva - Excepción tratados de libre comercio**

[…] es necesario precisar que la ley no le prohibió a la Administración solicitar o exigir marcas en los procesos de selección. La redacción casuística que hizo el legislador en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 sobre el principio de transparencia, o las reglas que introdujo el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, sobre la selección objetiva, habrían sido el escenario ideal para que prohibiera la exigencia de marcas -como ocurre en otros ordenamientos o como temporalmente lo establecieron los Decretos 2474 de 2008 y 734 de 2012- pero no lo hizo, lo que significa que no consideró que la solicitud de marcas, en abstracto, implicara la violación de estos principios.

A pesar que no está prohibida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública la exigencia de marcas en los procesos de contratación, esto se permitirá solo en aquellos que no estén sujetos a tratados de libre comercio que las prohíban, de acuerdo al ámbito de aplicación, valor del contrato, tipo de bien o servicio y se encuentren excluidos. Por tanto, en cumplimiento de los acuerdos comerciales las entidades revisarán si su proceso de contratación se somete, para definir la exigencia o no de marcas dentro del pliego de condiciones.

Ahora bien, es importante resaltar que la exigencia de marcas no implica que se autorice o convalide la desviación de poder, la cual, para que se configure, debe probarse en cada caso. En otras palabras, la tesis positiva no promueve la violación de los principios de libre concurrencia y de selección objetiva, pues no se violan por el solo hecho de que la entidad solicite una marca en particular, sino con la demostración efectiva de que, en el proceso de selección particular, la entidad incurrió en desviación de poder a través de esa decisión para direccionar la selección de un contratista.

Las entidades estatales en su discrecionalidad administrativa podrán exigir marcas si no están prohibidas en acuerdos y tratados comerciales, en las que sean destinatarios, pero garantizando el principio de proporcionalidad, que exige que dichos requisitos o condiciones sean razonables, es decir, que guarden congruencia con el objeto, necesidad de la contratación, alcance, valor, plazo del contrato, entre otros aspectos, que sean necesarios y no restrinjan injustificadamente la libre concurrencia y pluralidad de oferentes. En este sentido, la discrecionalidad del comité de contratación y en último término del ordenador del gasto o el delegado en contratación de cada entidad está condicionada a la proporcionalidad de las decisiones que toma en aras de garantizar la pluralidad de oferentes y la selección objetiva.



Bogotá D.C., 26 Septiembre 2022

Señor

**Rodrigo Gómez**

Cali- Valle del Cauca

 **Concepto C ‒ 616 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | MARCAS ESPECÍFICAS – Exigencia – Procesos de contratación – Jurisprudencia – Tesis negativa / MARCAS – Exigencias – Tratados de Libre Comercio / MARCAS ESPECÍFICAS – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Tesis positiva / MARCAS ESPECÍFICAS – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Tesis positiva / MARCAS ESPECÍFICAS – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Tesis positiva - Excepción tratados de libre comercio. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220814008059 |

Estimado Señor Gómez:

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 12 de agosto de 2022.

1. **Problema planteado**

El contexto de la consulta gira en torno a la posibilidad de solicitar o exigir marcas en los procesos de contratación pública, por lo que se formula la siguiente consulta: «¿puede una entidad estatal requerir experiencia general y especifica que solo un fabricante en este caso la multinacional SIEMENS pueda cumplir vulnerando así el derecho a la igualdad y libre concurrencia a PROVEEDORES Y/O DISTRIBUIDORES, ENTIENDASE QUE ESTOS PUEDEN SUMINISTRAR ESTOS EQUIPOS Y LA MARCA DEBE PRESTAR SOPORTE TECNICO» (énfasis dentro del texto).

1. **Consideraciones**

De conformidad con el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»[[1]](#footnote-1). Esto significa que la entidad no puede pronunciarse sobre situaciones o casos particulares, pues la competencia de esta entidad se establece con límites claros con el objeto de evitar que los conceptos sean una instancia de validación de las actuaciones de las demás autoridades públicas.

 Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá las solicitudes conforme a las normas generales en materia de contratación y compra pública. En este sentido, se analizarán las dos tesis que se han planteado frente a la exigencia de marcas en los procesos de contratación pública: i) la tesis negativa y ii) la tesis positiva.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se refirió a este tema en los Conceptos con radicados 2201813000007170 del 10 de agosto de 2018, 2201713000007506 del 14 de diciembre de 2017, 2201913000009143 del 11 de diciembre de 2019. Lo que se desarrolla en este Concepto es la postura asumida en el Concepto con radicado 2201913000009143 del 11 de diciembre de 2019 y se complementa en lo pertinente.

**2.1. Exigencia de marcas en procesos de contratación: tesis negativa.**

La primera tesis en materia de la exigencia de marcas en los procesos de contratación pública quedó reseñada en una providencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En esta se declaró la nulidad absoluta de un contrato de compraventa de 35 motocicletas para la Policía Nacional, celebrado entre el Municipio de Armenia y la sociedad Yamavalle Ltda., al considerar que se violaron los principios de transparencia y de selección objetiva, porque la entidad solicitó que las motocicletas fueran Marca Yamaha, de un modelo y unas características determinadas[[2]](#footnote-2). La mayoría de magistrados de la Subsección C de la Sección Tercera consideró que exigir una marca de motocicletas, sin razón legal que lo justificara, impidió que fabricantes o comercializadores de otras marcas concurrieran al proceso de selección:

Se observa entonces que la entidad contratante circunscribió la posibilidad de presentar ofertas a quienes pudieran venderle motocicletas de marca YAMAHA y por lo tanto impidió, sin que aparezca razón legal alguna que lo justifique, que aquellos que fabrican o comercializan otras marcas, o lo uno y lo otro, pudieran concurrir a presentar sus ofrecimientos, conducta esta que desconoce abiertamente el principio de transparencia y el deber de selección objetiva cuya observancia de manera reiterada y categórica exigían los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Reglamentario 855 de 1994.

El hecho de aparecer en el expediente una cotización de una motocicleta marca Honda, antes que desvirtuar lo que se acaba de expresar, lo que hace es poner de relieve el fundamento de la consideración de la Sala pues la limitación que impuso la Administración había condenado al fracaso, “ex ante”, la propuesta de cualquier competidor diferente a YAMAHA pues las ofertas debían ceñirse a lo requerido en la invitación a contratar. Y la anomalía se corrobora con el hecho de haber sido un proveedor de esta marca el adjudicatario del contrato[[3]](#footnote-3).

La sentencia precitada entendió que solicitar o exigir marcas de un producto dentro de los procesos de contratación pública contrarían los principios de contratación pública, como la transparencia, selección objetiva y libre concurrencia. Al respecto, dicha Sentencia se expresa:

El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.

La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes.

Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta[[4]](#footnote-4).

Según la providencia citada, las entidades estatales no pueden exigir marcas en sus procesos de selección, porque restringen la posibilidad de que otros potenciales proponentes, que son fabricantes o comercializadores de otras marcas, con similares características técnicas a las requeridas por la Administración, puedan concurrir a ofertar los mismos bienes o productos. Al quedar excluidas marcas diferentes a las que solicita la entidad se cierra el espectro de proponentes que pueden ofrecer los mismos bienes o productos, sin que se justifique, situación que viola el principio de transparencia y selección objetiva, por cuanto la entidad, *ab initio,* excluye ofertas que podrían ser las más favorables.

A pesar de que este es el único pronunciamiento jurisprudencial sobre el tema, la Subdirección de Gestión Contractual también ha conceptuado, en oportunidades anteriores, sobre la posibilidad de que las entidades exijan marcas en los procesos de contratación pública y la tesis que ha sostenido es que las entidades estatales no lo pueden hacer. En un concepto del 14 de diciembre de 2017, esta Subdirección sostuvo: «[…] las Entidades Estatales no pueden requerir marcas particulares dentro de sus Procesos de Contratación. Sin embargo, la Entidad Estatal puede requerir que los proponentes indiquen en sus ofertas las marcas de los bienes que ofrecen para efectos de la evaluación de las ofertas y de las especificaciones técnicas establecidas en los pliegos de condiciones»[[5]](#footnote-5).

En este concepto, la Subdirección señaló que la entidad puede fijar condiciones técnicas que aseguren la eficacia de los bienes, obras o servicios que necesite, pero no puede implicar la exigencia de marcas particulares. Este tipo de exigencias en los pliegos de condiciones limitaría la concurrencia de oferentes que fabriquen o comercialicen otras marcas, lo que vulnera los principios de transparencia, selección objetiva y la libre competencia. Posteriormente, en un Concepto del 10 de agosto de 2018, esta Subdirección reiteró la anterior postura, pero introdujo una excepción a la regla, relativa a la adquisición de tecnología que debe integrarse con la existente en la entidad:

Sólo en algunos casos plenamente justificados y acreditados por la Entidad contratante podrá exigirse una marca, como por ejemplo cuando se pretende adquirir tecnología que deberá integrarse con la ya existente en la Entidad Estatal, de manera que sea posible exigirse marcas que sean compatibles con la que cuenta la Entidad y que permita la interoperabilidad requerida, dado que resultaría mucho más oneroso cambiar todo un sistema en atención a la marca ofertada por la propuesta adjudicataria[[6]](#footnote-6).

Se destaca que la solicitud o exigencia de marcas ha sido objeto de regulación, a nivel reglamentario, en los Decretos 2474 de 2008 y 734 de 2012. El parágrafo 3º del artículo 16 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 –ya derogado– prescribía que para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, en principio, no se podían exigir marcas, a menos que la satisfacción de la necesidad así lo exigiera:

Artículo 16**.** *Bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización*. Son bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

[…]

Parágrafo 3°. No se individualizarán los bienes o servicios de carácter homogéneo mediante el uso de marcas, salvo que la satisfacción de la necesidad de que se trate así lo exija, circunstancia esta que deberá acreditarse en los estudios previos elaborados por la entidad, sin que la justificación pueda basarse en consideraciones puramente subjetivas.

Esta norma fue derogada, pero el contenido fue adoptado nuevamente por el parágrafo 3º del artículo 3.2.1.1. del Decreto 734 del 2012, que también sería derogado por el artículo 163 del Decreto 1510 de 2013[[7]](#footnote-7). No obstante, se resalta de estas normas reglamentarias derogadas la instauración de una regla general sobre la imposibilidad de exigir marcas, pero limitada a la compra de bienes y servicios de características técnicas uniformes y, además, la inclusión de una excepción, de conformidad con la cual la entidad podía solicitar este tipo de bienes con una marca específica cuando «la satisfacción de la necesidad de que se trate así lo exija», situación que debía quedar suficiente y debidamente sustentada en los pliegos de condiciones.

 Es necesario advertir que el Decreto 1510 de 2013, que derogó el Decreto 734 de 2012 y que luego fue compilado por el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, «Por medio del cual se expide El Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional», eliminó la prohibición de exigir marcas para la compra de bienes de características técnicas uniformes. Es decir, la norma vigente no prohíbe la solicitud de marcas para la compra de este tipo de bienes ni para algún proceso de selección.

 Si bien ni el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni sus normas reglamentarias prohíben la exigencia de marcas en los procesos de contratación, en algunos tratados de libre comercio suscritos por Colombia se establece la prohibición de su exigencia. A modo de ejemplo, el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos establece que la entidad está obligada a no establecer condiciones técnicas que afecten la participación de los futuros proponentes. De este modo, la entidad debe: i) precisar la especificación técnica, en términos de desempeño y requisitos funcionales; y ii) basar las condiciones del producto en estándares internacionales, cuando existan y sean aplicables a la entidad, excepto el uso de un estándar internacional que no cumpla con los requerimientos del programa de la entidad o imponga una carga mayor que el empleo de un estándar nacional reconocido. Por tanto, se prohíben las marcas o nombres comerciales, salvo que no exista otra forma de precisar el bien requerido, pero con la condición que se describa acompañado de la expresión «o equivalente». Así mismo, no es posible un asesoramiento para la determinación de las especificaciones técnicas, si hay un interés comercial para participar en el proceso de contratación[[8]](#footnote-8).

 En otros tratados de libre comercio suscritos con Colombia[[9]](#footnote-9) se aplican estas mismas reglas de restricción de la exigencia de marcas. En principio, se niega la posibilidad de que en determinadas circunstancias las entidades destinatarias de los acuerdos comerciales puedan adquirir productos de determinadas marcas, bajo la justificación de las calidades técnicas que esta posea. Lo que busca garantizarse es el principio de transparencia y de igualdad, a pesar que la marca que establezca la entidad en el proceso de contratación, sea la más acorde para el cumplimiento del objeto contractual.

 Así las cosas, en los procesos de contratación que estén sujetos a ciertos tratados de libre comercio –de acuerdo al ámbito de aplicación, valor del contrato, tipo de bien o servicio– deberá aplicarse la restricción de no exigir marcas, cuando en el correspondiente acuerdo comercial haya quedado pactada tal prohibición. En otras palabras, la prohibición de exigencia de marcas en la configuración de los pliegos de condiciones debe tenerse en cuenta en aquellos procesos de contratación sujetos a acuerdos comerciales en los que se establezca dicha restricción.

En conclusión, la tesis conforme a la cual no es posible exigir marcas en los procesos de selección de contratistas tiene fundamento en los principios de transparencia, selección objetiva y libre concurrencia. De este modo, se concibe que al exigir bienes o productos de una marca especial se excluyen a otros proponentes que podrían ofertar bienes de la misma calidad, quizá a menor precio, pero de una marca diferente a la solicitada por la entidad.

**2.2. Exigencia de marcas en procesos de contratación: tesis positiva**

La segunda tesis sostiene que es posible que una entidad exija marcas en un proceso de selección, pues esta conducta no está prohibida por una norma del Estatuto General de Contratación Pública, y no implica, *per se*, una violación de los principios de libre concurrencia y selección objetiva. Esta postura se presentó en el salvamento de voto a la Sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado ya citada.

 En esta línea, existen al menos tres razones por las cuales es posible que en los contratos estatales las entidades puedan exigir marcas de bienes o productos en los pliegos de condiciones. La primera, porque ni la Ley 80 de 1993 ni la Ley 1150 de 2007, ni otra norma de rango legal -o reglamentario- prohíbe que las entidades soliciten marcas. Por el contrario, una interpretación integral de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 se deduce que las entidades estatales pueden contratar como se hace en el derecho privado, salvo norma en contrario.

El artículo 13, sobre la normatividad de los contratos estatales[[10]](#footnote-10), dispone que los contratos que celebren las entidades a las que les aplica el estatuto se «regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley». Seguidamente, el artículo 32 define el contrato estatal como el acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades estatales previstos en el derecho privado o derivados de la autonomía de la voluntad[[11]](#footnote-11). Y el artículo 40, sobre el contenido del contrato estatal, establece que las estipulaciones de los contratos estatales serán aquellas que de acuerdo con las normas civiles y comerciales correspondan a su esencia y naturaleza[[12]](#footnote-12).

 A partir de una interpretación sistemática de estas normas, cualquier análisis sobre la posibilidad de exigir marcas en los procesos de selección debe partir, en principio, de la lógica del derecho privado para luego determinar si en el derecho público existen restricciones o limitaciones. Así se expuso en el salvamento de voto:

A la luz de estas disposiciones, identificar lo que puede y no puede contratarse, así como sus condiciones, requiere un análisis que parte del derecho privado, para llegar luego al derecho público y concretar si en éste hay norma especial que establezca limitaciones concretas. En este horizonte, si en el derecho privado es permitido comprar determinadas marcas de productos, entonces también lo es en el derecho público, porque la ley 80 no lo prohíbe -porque no dispone nada a este respecto-. De no ser así, que alcance tendría la remisión al derecho privado, hecha por los arts. 13, 32 y 40, es decir, a los mismos acuerdos o pactos que allí se permiten.

Entenderlo de manera distinta desconoce la filosofía de la reforma contractual introducida en la ley 80 de 1993, cuando la intención de actualizar el derecho público a las necesidades de un Estado moderno sugirieron ampliar la libertad de contratación del Estado, facilitando que pueda servirse de la autonomía de la voluntad como centro de gravedad de los negocios públicos[[13]](#footnote-13).

La lógica y los principios del derecho privado, que según las normas citadas ilustra la contratación pública, salvo regla en contrario, indica que el comprador puede elegir la marca del producto que necesita y por el que va a pagar. ¿Por qué para la Administración debería ser diferente? Salvo norma en contrario, la Administración, al contratar, se sujeta al principio de la autonomía de la voluntad, que permite que las estipulaciones contractuales sean libremente consensuadas por las partes, con la condición que no contraríen el orden público o prohibiciones expresas. En materia de marcas, al no existir una prohibición o norma expresa -ni tácita- que impida a la Administración solicitarlas, puede acudir a la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual tiene la libertad de tomar decisiones en materia de contratación, dentro de lo que el ordenamiento jurídico le permite, y como es obvio atendiendo el deber de sujeción al principio de legalidad que impone el Estado de Derecho a las autoridades.

 La *segunda razón* es que no puede pensarse que la exigencia de una marca específica beneficie *per se* al productor de la misma. Este análisis no puede hacerse en abstracto, pues en muchos casos no se relacionan con los fabricantes -usualmente multinacionales- con quienes comercializan o distribuyen sus productos en el país. El salvamento de voto sostiene lo siguiente:

Es equivocado creer en abstracto que pedir una marca determinada en un pliego de condiciones beneficia a determinada empresa que la produce, pues tal visión del tema confunde al productor o fabricante con los distribuidores y vendedores. En el caso concreto, una cosa es la empresa Yamaha del Japón -fabricante- y otra todos los almacenes que venden sus productos en este país. Lo importante, para la ley de contratación pública, es que todo el que venda el bien que la entidad necesita pueda participar del proceso de selección.

Es seguro que la selección de los contratistas que adelantan las entidades estatales-concretamente el Municipio de Armenia -no están dirigidas a beneficiar a una fábrica en particular- en este caso la de motocicletas-, pues la relación de los representantes legales de nuestras entidades no tendrán con dicha organización un vínculo que sugiera que pretenden alterar la selección objetiva o la transparencia, dirigiendo la contratación hacia aquél. Resulta absurdo -salvo prueba en contrario- pensar en algo así.

Sin embargo, en aquellos casos en los cuales la exigencia de la marca busque un beneficio particular y no el interés general, entonces en esos casos, y sólo en esos, existirá una desviación de poder, que desde luego vulnera la ley 80 y el principio de transparencia y de selección objetiva. Pero la diferencia en la forma de abordar el problema, y de resolverlo -quiero decir, entre la Sala y yo- es que se requiere la prueba de esa anomalía para anular el contrato[[14]](#footnote-14).

De este modo, no se niega que mediante la exigencia de una marca puedan direccionarse los pliegos de condiciones a ciertos oferentes, o que se restrinja la libre concurrencia, situación que no se avala. Sin embargo, la sola exigencia de la marca no implica en abstracto la violación de los principios de selección objetiva y libre concurrencia, pues esta situación deberá comprobarse en cada caso.

 La *tercera razón* que se esgrime en favor de la posibilidad que tiene la Administración de exigir marcas es la condición técnica y de calidad ínsita a ellas y que son aspectos propios del mercado. La lógica de mercado necesariamente estratifica todos los productos que se comercian, a partir de una multiplicidad de factores que tienen que ver con la calidad, el precio, la durabilidad, entre muchos otros. Estos son los factores que tiene en cuenta todo comprador al decidir qué producto comprar -de la variedad que ofrece el mercado-. Además, en algunos casos, la solicitud de una marca podría, inclusive, representar no incurrir en mayores costos de mantenimiento, por tratarse de productos que ya tiene.

 De esta forma, establecer una prohibición que la ley no introdujo limita de manera excesiva e injustificada la libertad de la Administración y, sin duda, compromete su eficiencia. Así lo expuso la posición minoritaria:

Quien comparte la sentencia no podría, entonces, adquirir computadores o vehículos de determinada marca para una entidad. Incluso, tampoco podría exigir en una construcción que la tubería del acueducto o de la energía sea de un determinado producto, ni tantas otras cosas que el Estado compra con la actitud de negocio de cualquier otro ciudadano. En esta línea de pensamiento, se desconoce si la posición de la mayoría de la Subsección implica la existencia de una prohibición absoluta, o si admite excepciones; y de admitirse lo último, cuáles son y por qué.

Un ejemplo más problemático, que muestra el error de dicha posición, se concreta en la posibilidad de que las entidades pavimenten sus vías en asfalto o en concreto- cemento-. ¿Significa esto que una entidad no puede poner en las especificaciones técnicas de la contratación cuál de los dos quiere usar? Con la lógica de la sentencia, si exige asfalto entonces se violaría la igualdad, selección objetiva y transparencia de quienes venden concreto, y lo mismo acontece a la inversa. La solución lógica indicaría que hay que dejar abierta la posibilidad a cualquier producto que sirva para pavimentar, siempre que cumpla las condiciones técnicas para ello.

De aceptarse esta tesis, se limita excesivamente la libertad de contratación, en detrimento de las posibilidades que tiene el derecho administrativo de ofrecer a la administración pública un derecho ágil, moderno y eficiente. Este tipo de soluciones ancla al derecho público en una época que no se corresponde con la del mercado moderno[[15]](#footnote-15).

Finalmente y de acuerdo a la pregunta, motivo de consulta, es necesario precisar que la ley no le prohibió a la Administración solicitar o exigir marcas en los procesos de selección. La redacción casuística que hizo el legislador en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 sobre el principio de transparencia, o las reglas que introdujo el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, sobre la selección objetiva, habrían sido el escenario ideal para que prohibiera la exigencia de marcas -como ocurre en otros ordenamientos o como temporalmente lo establecieron los Decretos 2474 de 2008 y 734 de 2012- pero no lo hizo, lo que significa que no consideró que la solicitud de marcas, en abstracto, implicara la violación de estos principios.

 En suma, la exigencia de marcas en los procesos de contratación estatal, según la tesis afirmativa que se analiza, se permitirá solo en aquellos procedimientos que no estén sujetos a tratados de libre comercio que las prohíban, de acuerdo al ámbito de aplicación, valor del contrato y tipo de bien o servicio. Por tanto, en cumplimiento de los acuerdos comerciales, las entidades estatales deben revisar si su proceso de contratación se somete al tratado, para definir la exigencia o no de marcas dentro del pliego de condiciones.

 Ahora bien, es importante resaltar que la exigencia de marcas no implica que se autorice o convalide la desviación de poder, la cual, para que se configure, debe probarse en cada caso. En otras palabras, la tesis positiva no promueve la violación de los principios de libre concurrencia y de selección objetiva, pues no se menoscaban por el solo hecho de que la entidad solicite una marca en particular, sino con la demostración efectiva de que, en el proceso de selección particular, la entidad incurrió en desviación de poder a través de esa decisión, con el fin de direccionar la selección de un contratista.

Las entidades estatales, en su discrecionalidad administrativa, podrán exigir marcas si no están prohibidas en acuerdos y tratados comerciales, en las que sean destinatarios, pero garantizando el principio de proporcionalidad, que exige que dichos requisitos o condiciones sean razonables, es decir, que guarden congruencia con el objeto, necesidad de la contratación, alcance, valor, plazo del contrato, entre otros aspectos, que sean necesarios y no restrinjan injustificadamente la libre concurrencia y pluralidad de oferentes. En este sentido, la discrecionalidad del comité de contratación y, en último término, del ordenador del gasto o el delegado en contratación de cada entidad está condicionada a la proporcionalidad de las decisiones que toma en aras de garantizar la pluralidad de oferentes y la selección objetiva[[16]](#footnote-16).

**3. Respuesta**

«¿puede una entidad estatal requerir experiencia general y especifica que solo un fabricante en este caso la multinacional SIEMENS pueda cumplir vulnerando así el derecho a la igualdad y libre concurrencia a PROVEEDORES Y/O DISTRIBUIDORES, ENTIENDASE QUE ESTOS PUEDEN SUMINISTRAR ESTOS EQUIPOS Y LA MARCA DEBE PRESTAR SOPORTE TECNICO» (énfasis dentro del texto)

En relación a su pregunta, se precisa que la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»[[17]](#footnote-17). Esto significa que no podemos pronunciarnos sobre casos particulares o sobre preguntas que no contengan dudas sobre la aplicación de una norma general en materia de contratación pública. Teniendo en cuenta estas precisiones, es necesario precisar que la ley no le prohibió a la Administración solicitar o exigir marcas en los procesos de selección. Tanto el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como su reglamentación conceden discrecionalidad administrativa a las entidades estatales para determinar los requisitos habilitantes y los criterios de evaluación con puntos, siendo respetuosas de los principios que orientan la actividad contractual y que se comportan como mandatos de optimización, entre ellos los de selección objetiva y libertad de concurrencia.

En tal sentido, la exigencia de marcas en los procesos de contratación estatal se permitiría solo en aquellos procedimientos que no estén sujetos a tratados de libre comercio que las prohíban, de acuerdo al ámbito de aplicación, valor del contrato y tipo de bien o servicio. Por tanto, en cumplimiento de los acuerdos comerciales, las entidades estatales deben revisar si su proceso de contratación se somete al tratado, para definir la exigencia o no de marcas dentro del pliego de condiciones.

 Ahora bien, es importante resaltar que la exigencia de marcas no implica que se autorice o convalide la desviación de poder, la cual, para que se configure, debe probarse en cada caso. En otras palabras, la tesis positiva no promueve la violación de los principios de libre concurrencia y de selección objetiva, pues no se menoscaban por el solo hecho de que la entidad solicite una marca en particular, sino con la demostración efectiva de que, en el proceso de selección particular, la entidad incurrió en desviación de poder a través de esa decisión, con el fin de direccionar la selección de un contratista.

Las entidades estatales, en su discrecionalidad administrativa, podrán exigir marcas si no están prohibidas en acuerdos y tratados comerciales, en las que sean destinatarios, pero garantizando el principio de proporcionalidad, que exige que dichos requisitos o condiciones sean razonables, es decir, que guarden congruencia con el objeto, necesidad de la contratación, alcance, valor, plazo del contrato, entre otros aspectos, que sean necesarios y no restrinjan injustificadamente la libre concurrencia y pluralidad de oferentes. En este sentido, la discrecionalidad del comité de contratación y, en último término, del ordenador del gasto o el delegado en contratación de cada entidad está condicionada a la proporcionalidad de las decisiones que toma en aras de garantizar la pluralidad de oferentes y la selección objetiva.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | José Luis Sánchez CardonaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E)  |

1. En este sentido, el Decreto Ley 4170 de 2011 dispone que «Artículo 3°. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

[…]

»5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.

[…]

»Artículo 11. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de marzo de 2011, Rad. 1998- 00752 (18.118). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibídem. [↑](#footnote-ref-3)
4. *Ibídem*. [↑](#footnote-ref-4)
5. Colombia Compra Eficiente. Concepto del 14 de diciembre de 2017, Rad. 2201713000007506. [↑](#footnote-ref-5)
6. Colombia Compra Eficiente. Concepto del 10 de agosto de 2018, Rad. 2201813000007170. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 163. *Derogatorias*. El presente decreto deroga el Decreto número 734 de 2012 y el Decreto número 1397 de 2012. [↑](#footnote-ref-7)
8. Estas reglas están contenidas en el Capítulo IX del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, el cual dispone en el numerales 3 al 7 del artículo 9.6. con respecto a las especificaciones técnicas:

«Especificaciones Técnicas

»3. Una entidad contratante no preparará, adoptará ni aplicará ninguna especificación técnica ni exigirá ningún procedimiento de evaluación de conformidad que tenga como propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las Partes.

»4 Al establecer cualquier especificación técnica para una mercancía o servicio a ser contratado, la entidad contratante deberá:

» (a) precisar la especificación técnica, de ser apropiado, en términos de desempeño y requisitos funcionales, más que en términos de características de diseño o descriptivas; y

» (b) basar la especificación técnica en estándares internacionales, cuando existan y sean aplicables a la entidad contratante, salvo que la utilización de un estándar internacional no satisfaga los requerimientos del programa de la entidad o imponga una carga mayor que el empleo de un estándar nacional reconocido.

»5. Una entidad contratante no establecerá ninguna especificación técnica que requiera o haga referencia a una determinada marca o nombre comercial, patente, derecho de autor, diseño o tipo, origen específico, productor o proveedor, salvo que no exista otra manera suficientemente precisa o comprensible de describir los requisitos de la contratación pública y siempre que, en tales casos, se incluya también en los documentos de contratación expresiones tales como "o equivalente".

»6. Una entidad contratante no solicitará ni aceptará, de manera que pueda tener por efecto impedir la competencia, asesoramiento que pudiera utilizarse para preparar o adoptar cualquier especificación técnica para una contratación pública específica proveniente de cualquier persona que pueda tener interés comercial en esa contratación pública. [↑](#footnote-ref-8)
9. En los tratados de Libre Comercio con AELC, Unión Europea, entre otros se establece la restricción para la exigencia de marcas en los procesos de contratación pública. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 80 de 1993: “Art. 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES.

Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 80 de 1993: «Art. 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación […] [↑](#footnote-ref-11)
12. Ley 80 de 1993: «Art. 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

» Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

» En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de l buena administración.

» En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley». [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de marzo de 2011, Rad. 1998-00752 (18.118). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Salvamento de voto del Consejero Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-13)
14. bídem. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibídem [↑](#footnote-ref-15)
16. Sobre el principio de proporcionalidad en la discrecionalidad administrativa la doctrina nacional ha señalado: «[…] resulta viable sostener que la facultad normativamente atribuida a la administración para confeccionar los pliegos de condiciones o sus equivalentes, en un procedimiento administrativo de selección de contratistas, permite ilustrar, de inigualable manera, la forma como ha de operar la discrecionalidad administrativa, siguiendo los parámetros recién aludidos: en primer lugar, las antecitadas normas de rango legal o reglamentario que regulan el contenido mínimo y los criterios a los cuales deben sujetarse la elaboración y la expedición de los referidos actos administrativos, en la medida en que son deliberadamente incompletas, inacabadas o indeterminadas, defieren a la administración la responsabilidad de fijar, de manera discrecional, las reglas y los criterios que orientarán, a partir del pliego, cada proceso de selección en particular; en segundo término, la administración ejercerá esa facultad discrecional estableciendo, en los pliegos o en sus equivalentes, los mencionados reglas y criterios –objetivos y razonables, de forma completa, precisa y detallada– los cuales –los pliegos– completarán el supuesto de hecho de los preceptos normativos inacabados o incompletos que atribuyen la respectiva facultad, para regir tanto el proceso de selección del contratista como la celebración y ejecución del contrato. Según resulta evidente, esa actividad de la administración es materialmente normativa y en ella se concreta el ejercicio de la discrecionalidad.

»Y, en tercer término, aquello que debe hacer la administración dentro del procedimiento administrativo de selección de contratistas del cual se trate, es subsumir –procedimiento de aplicación reglada del derecho– en las normas legales completadas en su supuesto de hecho con los criterios objetivos y razonables introducidos –en los pliegos de condiciones– por la entidad contratante en cada caso concreto, los presupuestos fácticos de éste para adoptar, así, la decisión más conveniente al interés general, lo cual, en materia de contratación estatal, supone, en especial, escoger la mejor propuesta de conformidad con los parámetros fijados en los mencionados pliegos de condiciones o en sus documentos equivalentes». MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Naturaleza jurídica de las facultades de la Administración para confeccionar pliego de condiciones. En: Revista digital de Derecho Administrativo. Vol I. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2008. pp. 13-14. [↑](#footnote-ref-16)
17. «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

»[...]

 »5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

»Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

»[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-17)