

CONCEPTO 69476 DE 2018

(noviembre 26)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Único proveedor exclusivo /proveedor autorizado/AUTORIZACION Director Regional

DE. Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa.

Respetado Doctor,

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 25 de octubre de 2018, Rad. 8-2018-062836, nos pronunciamos en el siguiente sentido.

#### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

Sin embargo, en aras de brindar elementos de juicio para la toma de decisiones, se analiza en abstracto la situación.

#### CONCEPTO JURÍDICO

##### a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 25 de octubre de 2018, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

“El Centro XXXXXXXXXX se encuentra adelantando un proceso de contratación cuyo objeto hace referencia a: “Contratar el servicio de mantenimiento preventivo del espectrómetro XXXXXXXX - RegionalXXXX”, siendo indispensable contar con la Autorización del Director Regional.

El único representante para Colombia de comercializar xxxxxx y suministrar el servicio de mantenimiento xxxxxx con sede en la ciudad xxxxxxxxx, tal como se puede apreciar en el certificado.

Dentro del paquete de documentos enviados a la Dirección Regional para su autorización, se encuentra, entre otros, la anterior Certificación; sin embargo, no ha sido posible contar con dicha autorización por cuanto, en concepto de la Dirección Regional ésta no es suficiente y solicita al Centro exigir al proveedor copia del contrato celebrado entre la firma xxxxxxxx y xxxxxxxx donde se detalle el alcance de la exclusividad otorgada (contrato de distribución).

Consulta: Para obtener la citada autorización de contratación por parte de la Dirección Regional es requisito indispensable contar con el contrato de distribución o, en su defecto, la certificación aportada por xxxxxxxxx en donde se deja constancia de que

La firma está autorizado para realizar ventas, servicio y soporte técnico para todos los productos manufacturados producidos por xxxxxxxxx en toda Colombia”, cumple con la normatividad vigente para proceder a autorizar la contratación ?”

En estos términos procedemos a resolver la consulta planteada, advirtiendo de antemano que no fue puesto en nuestro conocimiento información adicional a la anteriormente relacionada.

## b) ANÁLISIS JURÍDICO

### 1. Modalidades de Selección

La Ley [1150](#) de 2007 y la Ley [1474](#) de 011 establecieron 5 modalidades de selección, las cuales son procedimientos reglados para la adquisición de bienes, servicios y obras para la administración pública. Las 5 modalidades de selección corresponden a Licitación pública, Selección Abreviada con sus cuatro procedimientos (menor cuantía, subasta inversa, bolsa de productos, acuerdo marco), Concurso de Méritos, Mínima Cuantía y Contratación Directa.

Cada una de las anteriores modalidades tiene unas condiciones particulares para ser procedente. De acuerdo con la Ley [1150](#) las causales son las siguientes.

1. Por regla general el procedimiento de licitación pública aplica cuando por su cuantía y objeto, la contratación no deba adelantarse por otra modalidad de selección.

2. La selección abreviada procede para la contratación de bienes y servicios por sus características y cuantía. Nos permitimos enlistar a continuación las causales de procedencia:

a. Para la contratación de Bienes y Servicios de Características técnicas uniformes y de Común utilización –BCTUCU-

b. La contratación de bienes y servicios de menor cuantía

c. La celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.

d. La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto

e. La enajenación de bienes del Estado

f. Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas

g. Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta

h. Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley

i. La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

Como se advirtió con anterioridad, esta modalidad consta de 4 procedimientos: el procedimiento de subasta inversa, de acuerdo marco de precios, la adquisición a través de bolsa de productos, y la menor cuantía. Los primeros 3 procedimientos (subasta inversa, acuerdo marco y bolsa de productos) deben ser adelantados cuando la causal corresponde a la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Respecto al resto de causales, deberá adelantarse el procedimiento de menor cuantía.

3. El concurso de méritos por su parte es procedente para la contratación de consultores e interventores de proyectos de infraestructura y arquitectura. Esta modalidad debe adelantarse cuando el objeto de la contratación encuadra taxativamente en una de las causales establecidas en el numeral 3 del artículo [2](#) de la Ley 1150.

4. La contratación directa es una modalidad de contratación restringida, es decir solo aplica para las causales explícitamente señaladas en la ley, de manera que no puede darse interpretaciones extensivas a dichas causales. A continuación nos permitimos enlistarlas:

a. Urgencia manifiesta;

b. Contratación de empréstitos;

c. Contratos interadministrativos

d. La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;

e. Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

f. Los contratos de encargo fiduciario

g. Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;

h. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i. El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

j. La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI)

5. Finalmente, la última modalidad de contratación es la Mínima Cuantía. Esta modalidad es procedente solamente cuando la cuantía de la contratación corresponde al 10% de la menor cuantía de la entidad.

En razón a la temática de la consulta elevada a nosotros, procederemos a pronunciarnos sobre la modalidad de contratación directa, bajo la causal de inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado.

**2. MODALIDAD DE SELECCIÓN: Contratación Directa.**

La contratación directa es una modalidad de selección prevista dentro del Estatuto General de contratación de la Administración Pública, la cual se caracteriza por ser procedente de manera

excepcional cuando se materializa alguna de las causales contempladas en la normativa.

Esta modalidad de contratación, a pesar de que no cuenta con un concurso de propuestas como las demás modalidades, debe garantizar una selección acorde con los principios de selección objetiva, igualdad, transparencia, publicidad y demás principios de la contratación pública. Puntualmente, respecto de la causal consultada – proveedor exclusivo- señalamos que ésta fue definida en el Decreto [1082](#) de 2015, de acuerdo con el cual se considera que no existe pluralidad de oferente cuando solamente una persona (natural o jurídica) puede proveer el bien o servicio, nos permitimos citar:

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

Tal como puede evidenciarse de la lectura de la citada normativa, ésta hace referencia a que existan razones de hecho o de derecho que tengan como consecuencia que una sola persona natural o jurídica pueda proveer el bien o servicio para satisfacer la necesidad de la entidad. Dentro de las razones de orden jurídico suele identificarse la titularidad de derechos de propiedad industrial o derechos de autor, es decir que la persona a contratar tenga registro de derechos de propiedad intelectual (industrial o de autor) sobre un bien o producto que requiera la entidad y que sea el único con el que se satisface la necesidad. Sin embargo, en ocasiones su registro de propiedad intelectual no es suficiente para concluir que el proveedor es exclusivo.

Ahora bien, la consulta constante es cómo determinar la existencia de dicha situación fáctica y jurídica que conlleve a un proponente exclusivo. La normativa señala que la circunstancia que acredita la condición de proponente o proveedor exclusivo debe constatar dentro del estudio previo de la contratación, de manera que traslada a la entidad, dentro de su ejercicio de planeación y elaboración del estudio del mercado la carga de ver qué soluciones a la necesidad ofrece el mercado y quién ofrece dichas necesidades. Si a estas dos últimas preguntas la respuesta lleva a que solo hay un producto y un solo proponente se estará ante el escenario de proveedor exclusivo.

Al respecto del tema, el Departamento Nacional de Planeación se pronunció en su oportunidad, señalando:

“De esta forma, cuando se desee contratar directamente haciendo uso de la causal prevista en el literal (g) del numeral 4 del artículo [2](#) de la Ley 1150 de 2007, referida a la inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado, cada entidad en sus estudios previos deberá cumplir de forma general con las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y en forma particular con los artículos 3 y 81 del Decreto 2474 de 2008. [Norma derogada, hoy Decreto [1082](#) de 2015]

Así, la entidad respectiva deberá comprobar por medios idóneos que en el mercado no existen más oferentes del bien o servicio que se quiere adquirir, lo cual deberá constatar en los estudios previos del respectivo proceso contractual, los cuales deben contener los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.”<sup>[1]</sup>

Por su parte, la Doctrina reconocida en la materia señaló:

“Si hay certeza que el bien, servicio u obra que la entidad requiere solo puede ser realizado por una persona que existe en el mercado, no hay necesidad de convocar proceso de selección que se sabe de antemano serán inoficiosos.

[...]

La identificación acerca de la inexistencia de más de un proponente es el resultado de los estudios y análisis que debe efectuar la entidad durante la fase previa o preparatoria, tal como de manera expresa lo reconoce dicha norma”

Como puede resaltarse de las anteriores citas, son reiterativos los pronunciamientos que señalan que la determinación de las condiciones del mercado debe ser la fuente para que la entidad pueda concluir si está ante un escenario ausencia de pluralidad de oferentes, o si por el contrario, hay diversas formas de satisfacer la necesidad o diferentes proponentes en el mercado de manera que pueda adelantarse otra modalidad de selección.

En cuanto a la condición de ser titular de derechos de propiedad industrial o derechos de autor, vale la pena aclarar que la exclusiva existencia de un certificado de registro, ya sea ante la Superintendencia de Industria y Comercio o ante el Dirección Nacional de Derechos de Autor, no es razón suficiente para que la entidad justifique el cumplimiento de la causal de proveedor exclusivo y sea procedente la contratación directa, pues es necesario evidenciar que la solución técnica patentada o registrada no tenga sustitutos en el mercado que cumplan con la misma función y puedan satisfacer la necesidad de la entidad.

El Dr. Gonzalo Suarez, en su libro La nueva Contratación Pública en Colombia, señaló lo siguiente al respecto:

“La ausencia de pluralidad de oferentes puede estar dada por dos circunstancias específicas en las que se presume tal circunstancia: [...], y por el otro, por la existencia de una sola persona que pueda proveer el bien o servicio ya sea porque es titular de los derechos de propiedad industrial o intelectual sobre los mismos o por ostentar la calidad de proveedor único.

(...)

En cuanto hace a la condición de distribuidor exclusivo, ella será admisible en tanto y en cuanto no se oponga a las normas que protegen el derecho a la competencia. En tal caso bastará con acreditar tal circunstancia, siempre que, desde luego, el estudio previo del proceso de que se trate evidencie la necesidad de contratar específicamente ese producto y la imposibilidad de contar con sustitutos en el mercado para el efecto.<sup>[2]</sup>”.

En cuanto a la definición de sustituto, me permito citar la Real Academia de la Lengua española según la cual, sustituto hace referencia a:

Sustituto, ta

Tb. substituto.

Del part. irreg. de sustituir; lat. substitūtus.

1. m. y f. Persona que hace las veces de otra. U. t. c. adj.

En este sentido, se advierte que cuando la entidad evidencia la existencia de un certificado que

acredita la titularidad de derechos de autor o propiedad industrial, éste no es suficiente para acreditar la inexistencia de pluralidad de oferentes pues debe, adicionalmente, acreditarse que no existen sustitutos en el mercado.

Por otra parte, una de las razones de derecho que pueden configurar la causal de inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado en la contratación directa, es que se requiera un producto específico del cual solo haya un proveedor o comercializador autorizado en Colombia para venderlo. Respecto de dicha autorización es importante indicar que deberá diferenciarse del proveedor autorizado al proveedor exclusivo. Al respecto nos permitimos citar concepto de la Contraloría General de la Nación, en la cual se desarrolla dicha diferenciación:

Debe aclararse que hay una diferencia entre ser proveedor exclusivo y proveedor autorizado, pues lo primero, indica que no existe otro comerciante que pueda adelantar tales negocios, y lo segundo se refiere a que se cuenta con la facultad para adelantar los actos de comercio de que se trate, pero pueden existir otros comerciantes a quienes también se les puede haber dado tal autorización<sup>[3]</sup>

En ese sentido, tal como lo identifica la Contraloría General de la Nación, para que exista único proveedor es necesario que quién vende el bien o servicio esté autorizado por el fabricante, que tenga exclusividad en la comercialización y que no haya un sustituto en el mercado de ese bien o servicio de determinada marca.

### 3. Deber de Control y vigilancia de los Directores Regionales a los procesos de contratación.

En virtud del principio de desconcentración administrativa el SENA ha otorgado autonomía a las Direcciones Regionales y Centros de Formación. En materia contractual se dotó de autonomía para la adelantar, de manera general, el proceso contractual con el fin de abastecer las necesidades territoriales de la entidad.

El mencionado principio se materializa con la expedición de la normativa interna de delegación en donde se transfieren funciones y competencias a los funcionarios de las Sedes Regionales y de los Centros de Formación. En este marco se expidió la Resolución 069 de 2014, en la cual, el Director Nacional delegó a los Directores Regionales y Subdirectores de los Centros de Formación la competencia para la ordenación del gasto, la realización de los procesos de contratación, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los contratos.

No obstante lo anterior, la delegación y desconcentración de funciones se realiza en el marco del principio de coordinación administrativa, y sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde a los jefes y directivos de la entidad. Por ello, en el año 2008 el SENA expidió la Resolución 3069, por la cual se materializa en cabeza del Director Regional el deber de vigilancia de los procesos contractuales de la jurisdicción de su regional.

Puntualmente, en la Resolución 3069 de 2008, por la cual se compilan los mecanismos de control y vigilancia de la actividad precontractual, contractual y postcontractual, se genera en cabeza de los Directores Regionales el deber de control y vigilancia de las delegaciones para la ordenación del gasto en materia contractual a cargo de los subdirectores del centro, nos permitimos citar:

**ARTÍCULO 1o. DEL CONTROL Y VIGILANCIA DE LAS DELEGACIONES PARA LA ORDENACIÓN DEL GASTO EN MATERIA CONTRACTUAL A CARGO DE LOS SUBDIRECTORES DE CENTRO.**

Los Directores Regionales, en cumplimiento de lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 14 del artículo [24](#) del decreto 249 de 2004, deberán realizar visitas de seguimiento y control a la gestión de los Centros de Formación, las cuales deberán incluir obligatoriamente la verificación del cumplimiento de las fases precontractuales, contractuales y postcontractuales, de la actividad contractual realizada por los Subdirectores de los Centros de Formación, de conformidad con la matriz adoptada para tal fin por parte de la Dirección de Planeación y Direccionamiento Corporativo de la Entidad, la cual deberá incluir el acta de verificación y la lista de chequeo y de hallazgos específicos de que trata el artículo [cuarto](#) de la presente resolución.

En desarrollo de estos controles, deberán verificar la observancia de las normas, procedimientos y principios contenidos en la ley [80](#) de 1993, la ley [1150](#) de 2007, los decretos reglamentarios, el manual de contratación y demás directrices expedidas.

Toda irregularidad detectada en desarrollo de los controles, deberá ser reportada a la Oficina de Control Interno a efectos de que se garantice la implementación de las medidas correctivas y a la Oficina de Control Interno Disciplinario, para los efectos legales correspondientes.

Para la realización de las visitas de seguimiento y control, los Directores Regionales podrán contar con el apoyo de los funcionarios adscritos a su Despacho, sin que ello implique la delegación de estas funciones a cargo del Director Regional.

En ese sentido, en ejercicio del control y vigilancia de los procesos a su cargo, se les asignó a Directores Regionales, como requisito previo para la contratación, autorizar la contratación de los Centros de Formación en casos de suministro, mantenimiento, contratación de prestación de servicios, adquisición o reposición de parque automotor (Res. 751 y 2800 de 2014).

c) Conclusiones:

Se recuerda que esta coordinación no cuenta con competencia para resolver casos particulares, no obstante, nos permitimos indicar que:

1. Para que proceda la causal de “no existencia de pluralidad de oferentes en el mercado” de Contratación Directa, no es suficiente una certificación como proveedor autorizado, sino es necesario que se pruebe la exclusividad de comercialización del bien o servicio en el mercado colombiano o la región y que, además, dentro del estudio de mercado la entidad verifique que no hay sustitutos en el mercado.

2. Los directores regionales, en ejercicio de su deber de vigilancia y control sobre la ejecución del presupuesto en su jurisdicción, pueden requerir todos los documentos que, a su juicio, den cumplimiento con la normativa y principios de la contratación estatal, así como las directrices internas, antes de dar autorización a un proceso de contratación.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa  
Dirección Jurídica - Dirección General

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Departamento Nacional De Planeación. Concepto 20118010595961 de 25 de octubre de 2011.
2. Suárez Beltrán, Gonzalo. La nueva Contratación Pública en Colombia: Anotaciones sobre la Ley [1150](#) de 2007 y su reglamentación. Bogotá: Legis 2009. Pág. 406
3. Contraloría General de la Nación. Concepto. 80112-IE73988 Bogotá, D.C., diciembre 06 de 2011.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

