

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

MARCAS – Exigencias – Tratados de Libre Comercio

[...] Si bien ni el EGCAP 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 de 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 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 de que la marca que establezca la entidad en el Proceso de Contratación sea la más acorde para el cumplimiento del objeto contractual. [...]

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

[...] existen al menos tres (3) 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 razón*, porque ni la Ley 80 de 1993 o la Ley 1150 de 2007 ni otra norma de rango legal –o reglamentario– prohíbe que las entidades soliciten marcas. Por el contrario, de 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. [...]

La *segunda razón* es que no puede pensarse que la exigencia de una marca específica beneficie *per se* al productor de esta. Dicho 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. [...] 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

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

conurrencia, 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. [...]

MARCAS – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Tesis positiva – Excepción – Tratados de libre comercio

[...] En suma, la exigencia de marcas en los procesos de contratación estatal se permitirá solo en aquellos procedimientos que no estén sujetos a tratados de libre comercio que las prohíban, de acuerdo con el 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.

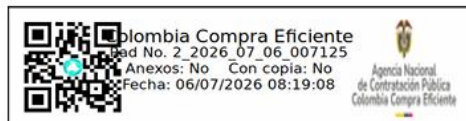
Ahora bien, es importante resaltar que la exigencia de marcas no implica que se autorice o convalide la desviación de poder, la cual, para que se configure, debe probarse en cada caso. En otras palabras, la tesis prohijada en el presente oficio no promueve la violación de los principios de libre concurrencia 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, 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 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 [...]

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

Bogotá D.C., 06 Julio 2026

Señora
Karen Vélez Zapata
karenvelez5927@gmail.com
Medellín, Antioquia



Concepto C-884 de 2026

Temas: MARCAS – Exigencias – Tratados de Libre Comercio /
MARCAS – Estatuto General de Contratación de la
Administración Pública – Tesis positiva / MARCAS –
Estatuto General de Contratación de la Administración
Pública – Tesis positiva – Excepción – Tratados de libre
comercio

Radicación: Respuesta a consulta con radicado No.
1_2026_05_26_007105

Estimada señora Vélez,

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 469 de 2025 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 26 de mayo de 2026, en la cual manifiesta lo siguiente:

"[...] ¿Es jurídicamente viable que una entidad estatal regida por el estatuto general de contratación pueda incorporar marcas específicas en el presupuesto oficial de un proceso de selección de mantenimiento u obra pública, basado en instalaciones actuales, homogeneidad de sistemas y calidad de especificaciones, sin que dicha previsión configure un direccionamiento contractual o una restricción ilegal del mercado? [...]"

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

extraordinario, que no concibió a la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición, se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero señalando algunas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Es jurídicamente posible exigir marcas específicas en los procesos de selección adelantados por las Entidades Estatales?

2. Respuesta:

Para resolver el problema jurídico planteado, es necesario precisar que el ordenamiento jurídico vigente no establece una prohibición general para que las Entidades Estatales exijan marcas específicas en los procesos de selección. Sin embargo, el ejercicio de esta facultad debe armonizarse con las restricciones previstas en los acuerdos comerciales que resulten aplicables y con los principios que orientan la contratación estatal.

Aunque los derogados Decretos 2474 de 2008 y 734 de 2012 establecieron una regla general de no exigir marcas para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, dicha restricción no fue incorporada a la reglamentación vigente. En efecto, ni el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni el Decreto 1082 de 2015 contienen una prohibición expresa sobre la exigencia de marcas en los

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

procesos de selección. Por ello, de la interpretación sistemática de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el principio de autonomía de la voluntad, se concluye que las Entidades Estatales pueden establecer especificaciones técnicas que incluyan marcas cuando ello responda a una necesidad objetiva de la contratación.

No obstante, es importante tener en cuenta, en primer lugar, que debe verificarse si el proceso está sometido a un tratado o acuerdo comercial que prohíba la exigencia de marcas, pues en tales casos la entidad deberá formular especificaciones técnicas basadas en desempeño, requisitos funcionales o estándares, o, cuando resulte indispensable mencionar una marca, hacerlo con la expresión "o equivalente", según lo previsto en el respectivo acuerdo.

En segundo lugar, la exigencia de una marca no puede utilizarse para direccionar el proceso de selección ni restringir injustificadamente la pluralidad de oferentes. La sola referencia a una marca no implica, por sí misma, una vulneración de los principios de transparencia, libre concurrencia o selección objetiva; sin embargo, si se demuestra que dicha exigencia carece de justificación técnica o persigue favorecer a un determinado proveedor, podrá configurarse una desviación de poder y, en consecuencia, la ilegalidad de la actuación administrativa.

En consecuencia, las Entidades Estatales únicamente podrán exigir marcas cuando la decisión sea razonable, necesaria y proporcional, guarde relación con el objeto contractual y esté sustentada en razones técnicas, funcionales, de compatibilidad, homogeneidad de sistemas, mantenimiento, calidad u otras circunstancias objetivas que justifiquen la necesidad de acudir a una marca determinada.

Finalmente, se precisa que esta Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, acorde con el principio de juridicidad. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

3. Razones de la respuesta:

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

Las respuestas anteriores se sustentan en las siguientes consideraciones:

i. La solicitud o exigencia de marcas ha sido objeto de regulación en los Decretos 2474 de 2008 y 734 de 2012. El párrafo 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 3º. 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 párrafo 3º del artículo 3.2.1.1 del Decreto 734 del 2012, que también sería derogado por el artículo 163 del Decreto 1510 de 2013¹. 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

¹ Artículo 163. *Derogatorias*. El presente decreto deroga el Decreto número 734 de 2012 y el Decreto número 1397 de 2012.

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

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 EGCAP 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 de 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 contratación².

En otros tratados de libre comercio suscritos con Colombia se aplican estas mismas reglas de restricción de la exigencia de marcas³. En principio, se

² Estas reglas están contenidas en el Capítulo IX del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, el cual dispone en los 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.

³ 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.

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

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 de 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 con el 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.

Lo que se desarrolla en este Concepto es la postura asumida en el Concepto con radicado 2201913000009143 del 11 de diciembre de 2019 y el C-616 del 26 de septiembre de 2022, también ha explicado que existe la posibilidad que una entidad exija marcas en un proceso de selección, pues esta conducta no está prohibida por una norma del EGCAP, y no implica *per se* una violación de los principios de libre competencia y selección objetiva.

ii. En esta línea, existen al menos tres (3) 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 razón*, porque ni la Ley 80 de 1993 o la Ley 1150 de 2007 ni otra norma de rango legal –o reglamentario– prohíbe que las entidades soliciten marcas. Por el contrario, de 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 dispone que los contratos que celebren las entidades a las que les aplica el EGCAP se “regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”⁴. Seguidamente, el artículo 32 define el contrato estatal como el acto jurídico

⁴ 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”.

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

generador de obligaciones que celebren las Entidades Estatales previstos en el derecho privado o derivados de la autonomía de la voluntad⁵. 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 naturaleza⁶.

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 de la Sentencia del 24 de marzo de 2011:

“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”⁷.

La lógica y los principios del derecho privado, que según las normas

⁵ 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 [...]”.

⁶ 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 del 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”.

⁷ 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.

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

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 de que no contraríen el orden público o prohibiciones expresas. En materia de marcas, al no existir una prohibición o norma expresa 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 esta. Dicho 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 de la Sentencia del 24 de marzo de 2011 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

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

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”⁸.

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 referenciada en el salvamento de voto de la Sentencia del 24 de marzo de 2011:

“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

⁸ *Ibidem*.

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

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”⁹.

Finalmente, 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 se permitirá solo en aquellos procedimientos que no estén sujetos a tratados de libre comercio que las prohíban, de acuerdo con el 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 prohijada en el presente oficio no promueve la violación de los principios de libre competencia 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

⁹ *Ibidem*.

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

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, 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 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 objetiva¹⁰.

iii. Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para calificar conductas con presunta incidencia disciplinaria debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos del expediente disciplinario que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales.

¹⁰ 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. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. pp. 13-14).

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

Dentro de este marco, el órgano disciplinario definirá en cada caso concreto lo relacionado con la tipicidad de las conductas investigadas en el expediente No 1226-2024. Dado que sólo tiene a cargo la interpretación abstracta de las normas del sistema de compras y contratación pública, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones frente a las autoridades que cumplen funciones de control y vigilancia.

Finalmente, se precisa que esta Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo o es acorde con el principio de juridicidad. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, corresponderá a cada contratante definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de establecer un proceso de contratación, así como determinar la forma en la que estos grupos se estructuran atendiendo a las normas que regulan el sector objeto del contrato.

4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

- Ley 80 de 1993. Artículos 13, 27, 32 y 40.
- Ley 1150 de 2007, artículo 5.
- 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.

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se ha pronunciado sobre la exigencia de marcas en los conceptos 4201614000005100 de 2019, 4201714000004927 de 2019, 4201912000002040 del 9 de mayo de 2019, 2201913000009143 del 11 de diciembre de 2019, C-616 del 26 de septiembre de 2022, C-721 del 17 de diciembre de 2024, C-670 del 8 de julio de 2025, C-1487 del 24 de octubre de 2025 y C-520 del 14 de abril de 2026, entre otros.

Estos y otros se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

La sostenibilidad no es una opción, es una obligación. Por ello, la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– te invita a realizar el **Curso de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable**, una herramienta clave para fortalecer las capacidades de todos los compradores públicos, proveedores, servidores públicos y para generar mayor valor público. Accede al curso y aprende como implementar criterios sociales y ambientales en las diferentes etapas del proceso de contratación: <https://formacionvirtual.colombiacompra.gov.co/mod/page/view.php?id=3718>

De otro lado, te contamos que esta Agencia ha da un paso decisivo en la estandarización y modernización del **sector social** con la expedición de las **Resoluciones 539, 540, 541, 952 y 953 de 2025, mediante las cuales adoptó Documentos Tipo** para las modalidades de selección de **licitación pública (versión 2), selección abreviada de menor cuantía, mínima cuantía, consultoría e interventoría**, promoviendo procesos más transparentes, eficientes competitivos y sostenibles en sectores estratégicos como educación, salud, cultura, recreación, deporte, institucional y vivienda. Consulta y descarga los documentos aquí: <https://www.colombiacompra.gov.co/normativa-y-relatoria/documentos-tipo>

Si quieres conocer más sobre la aplicación de Documentos Tipo puedes consultar la última versión de la **Guía para la comprensión e implementación de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte**. En esta actualización se incorporaron orientaciones prácticas dirigidas a entidades

FORMATO DE RESPUESTA PQRS

públicas, proveedores, organismos de control y demás interesados, con el propósito de facilitar la adecuada implementación de estos instrumentos en los procesos contractuales. Además se incluyeron lineamientos que orientan la implementación de los criterios ambientales y sociales incluidos en los documentos tipo: Consulta la guía aquí: <https://www.colombiacompra.gov.co/archivos/manual/guia-para-la-comprension-e-implementacion-de-los-documentos-tipo-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte-bajo-las-diferentes-modalidades-de-contratacion-vigentes>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: [@colombiacompra](https://twitter.com/colombiacompra)

Facebook: [ColombiaCompraEficiente](https://www.facebook.com/ColombiaCompraEficiente)

LinkedIn: [Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente](https://www.linkedin.com/company/agencia-nacional-de-contratacion-publica-colombia-compra-eficiente)

Instagram: [@colombiacompraeficiente_cce](https://www.instagram.com/colombiacompraeficiente_cce)

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Carolina Quintero Gacharná
Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró:	Camila Alejandra Naranjo Gómez Analista T2-02 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Diana Lucía Saavedra Castañeda Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Carolina Quintero Gacharná Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE