

LICITACIÓN PÚBLICA DESIERTA: CONCEPTO, RÉGIMEN Y PARTICULARIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO ¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. La expedición de la Ley 80 de 1993 transformó la aplicación de la «declaratoria de desierta» en las licitaciones públicas. En lugar de disponer causales taxativas, reguló un presupuesto genérico para su procedencia: la imposibilidad de selección objetiva de un adjudicatario. El texto estudia esta institución, expone los antecedentes normativos y su régimen actual, la aplicación en los regímenes exceptuados, el Decreto 92 de 2017 y caracteriza brevemente el acto administrativo. Se analiza teórica y prácticamente el numeral 18 del artículo 25 del Estatuto contractual.

Introducción

La contratación pública es un medio, probablemente el principal, para que el Estado cumpla con funciones y tareas constitucional, legal y socialmente asignadas. Es la herramienta que permite concretar el interés público o general a través de la adquisición de bienes y la prestación de servicios. De allí que la celebración de contratos estatales sea una necesidad, un objetivo y una prioridad. Tratándose de un sujeto cualificado y sobre el cual sobreviene una alta demanda de intereses, la celebración de contratos estatales es antecedida por un procedimiento que debe garantizar *transparencia, economía, selección objetiva, publicidad e igualdad*.

El objetivo de los procedimientos precontractuales o de selección de contratistas es *adjudicar* el contrato a un proponente interesado que acreditó, entre otras cosas, tener capacidad de cumplir con el objeto y la oferta más favorable entre aquellos que también podrían hacerlo. En pocas palabras, el acto de adjudicación es un acto administrativo particular que crea la obligación y el derecho de celebrar el contrato en un término preestablecido, poniendo fin al procedimiento e iniciando la etapa *contractual*, una vez se suscriba el contrato.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 4 de marzo de 2023, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Richard Steve Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es el *Régimen de la Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

Atendiendo a esta teleología, es claro que la regla general en la licitación y demás procedimientos de selección es la adjudicación. En el marco del estudio de la licitación pública, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– investiga en esta sesión la institución que se ha propuesto como su *antónimo*, aquello que ocurre cuando no se logra adjudicar, cuando se ha visto *frustrado* el trámite: la declaratoria de desierta. Se analiza la excepción a la regla, aquella circunstancia que el legislador ha prescrito como indeseable en el literal b del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–: «Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la *declaratoria de desierta de la licitación*» (énfasis fuera de texto).

1. Concepto

No existe en el ordenamiento una norma que defina la «declaratoria de desierta» de la licitación; por el contrario, su regulación es escasa y sintética. En ausencia de una noción que provenga de autoridad técnica o disciplinar, el lenguaje común es una vía para acercarse conceptualmente a la institución. En el diccionario de la Real Academia Española –RAE– se define el verbo declarar como «Manifestar, hacer público» y «Dicho de quien tiene autoridad para ello: Manifestar una decisión sobre el estado o la condición de alguien o algo». Por su parte, el vocablo «desierta» significa «Despoblado, solo, inhabitado» o «Dicho de una subasta, de un concurso o de un certamen: Que no ha tenido adjudicatario o ganador»³.

Sin acudir a la doctrina del derecho o a la jurisprudencia, el lenguaje común presenta una definición clara: la *declaratoria de desierta* es la manifestación pública, por autoridad competente, de que una subasta, certamen o concurso no ha sido adjudicado, pues resulta despoblada o sin concurrencia de interesados. En un área más técnica, como es la doctrina del derecho, Dromi –con fundamento en la lectura de Gordillo, Marienhoff y Sayagués Laso– explica que una licitación pública desierta es «Cuando no se ha presentado ningún proponente a una licitación pública»⁴. Del lenguaje común y el aporte doctrinal, una licitación pública se califica como *desierta* cuando nadie acude a participar de ella.

Con fundamento en el ordenamiento argentino, el doctrinante plantea que una licitación «fracasa» en por lo menos cuatro escenarios: *i)* el procedimiento *desierto*, ya comentado, donde la consecuencia es la habilitación para contratar directamente; *ii)* la licitación fracasada por inadmisibilidad de las ofertas, que se configura cuando ninguna oferta se ajusta a las exigencias del pliego de

³ Disponible en: <https://dle.rae.es/declarar>; <https://dle.rae.es/desierto>.

⁴ DROMI, José Roberto. La licitación pública. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 181.

condiciones, que también implica la contratación directa; *iii*) la licitación fracasada por inconveniencia de las ofertas, que es aquella donde las ofertas cumplen con los mínimos del pliego de condiciones pero que son excesivamente costosas o, en general, *inconvenientes* para la Administración, caso en el cual no se admite la contratación directa y *iv*) la licitación pública anulada, aquella que es invalidada por vicios en el procedimiento y que tampoco implica la facultad de contratar directamente.

Nótese que, a su juicio, la licitación *desierta* es tan solo *una* de las formas en que es posible que fracase una licitación, entendiendo el fracaso como el cierre de la etapa precontractual sin un acto de adjudicación. Otros doctrinantes no diferencian entre los escenarios descritos y equiparan, verbigracia, la inadmisibilidad de las ofertas con la ausencia de ofertas, en el entendido de que una oferta que no cumple con los estándares mínimos del pliego de condiciones —requisitos habilitantes— ni siquiera es una oferta⁵. De este modo, al estudiar el tema, es preciso tener una *sensibilidad* especial sobre la noción de oferta, pues según las ideas del doctrinante, se confundirán o no los casos como una declaratoria de desierta.

En Colombia, la doctrina no se ha ocupado ampliamente de conceptualizar sobre la declaratoria de desierta, pues se han concentrado los esfuerzos en definir parámetros de procedibilidad en este sentido; sin embargo, el Consejo de Estado ha propuesto que:

«[...] la declaratoria de desierta es aquella determinación que adopta la Administración de *no elegir ninguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido*, cuando se presentan motivos o causas que hacen imposible cumplir con una *selección objetiva*, debiendo la entidad dar cuenta en forma expresa en el respectivo acto administrativo de las circunstancias que propiciaron dicha declaración»⁶ (énfasis fuera de texto).

Se destacan dos elementos: en primer lugar, la declaratoria de desierta implica abstenerse de seleccionar una propuesta y, en consecuencia, de adjudicar un contrato y; en segundo lugar, la razón para abstenerse de adjudicar el contrato se circunscribe a la imposibilidad de cumplir con una selección objetiva,

⁵ Escola, por ejemplo, sostiene: «La adjudicación, como es obvio, no se puede realizar cuando no ha habido ofertas, es decir, cuando todas las ofertas, por ser defectuosas o irregulares, deben ser rechazadas de manera fundada. La legislación administrativa determinará los efectos que se producirán en estos casos, que en el supuesto de las licitaciones desiertas es el de habilitar a la administración pública para efectuar la selección del cocontratante por otros procedimientos» (ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Volumen I. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 354).

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

circunstancia que deberá evaluarse en cada caso concreto. Los elementos adicionales para la comprensión casuística de la procedibilidad se desarrollan en acápites posteriores.

Es importante diferenciar, a efectos conceptuales, entre la terminación de un procedimiento de selección y una declaratoria de licitación pública desierta, pues no todo cierre del proceso diferente a la adjudicación del contrato se entiende como una declaratoria de desierta. En España, por ejemplo, el artículo 152 de la Ley de Contratos del Sector Público –LCSP– dispone dos escenarios: *i)* los órganos de contratación son competentes para desistir de la adjudicación y de la celebración de un contrato, siempre que existan razones de interés público debidamente justificadas en el expediente y que se indemnice a los proponentes por los gastos en que hayan incurrido; *ii)* también pueden «desistir del procedimiento» cuando evidencien una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación⁷. En el primer escenario está proscrito iniciar una nueva licitación y en el segundo es permitido. En un tercer escenario, el numeral 3° del artículo 150 *ibidem*, preceptúa:

«El órgano de contratación adjudicará el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación. En los procedimientos negociados, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato.

»No podrá *declararse desierta una licitación* cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego» (énfasis fuera de texto)⁸.

Nótese que la legislación española diferencia entre estos tres términos, les asigna supuestos de hecho y consecuencias diferentes. Esta tesis la ratifica el inciso segundo del literal *e* del numeral 3° del artículo 63 *ejusdem*, que regula la información que las entidades estatales deben publicar en su página web –perfil del contratante–, entre esta se menciona «[...] la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, el desistimiento del procedimiento de adjudicación, la declaración de desierto, así como la interposición de recursos y la eventual suspensión de los contratos con motivo de la interposición de recursos». Sin lugar a dudas, este

⁷ Al respecto, Muñoz Machado sostiene: «Cuando concurren razones de interés público debidamente justificadas en el expediente, el órgano de contratación podrá desistir de la adjudicación. También puede desistir del procedimiento cuando constate la existencia de infracciones no subsanables de las normas de preparación del contrato» (MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. 2° ed. Madrid: AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 2018. p. 153).

⁸ Se identifica una redacción particularmente similar a la del numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, objeto de estudio en el siguiente acápite.

régimen distingue entre declarar desierta una licitación y terminarla por algún otro motivo —desistir de ella—.

Esta reflexión sobre el derecho español es relevante para sostener; primero, que la reflexión teórica sobre esta y cualquier institución del derecho contractual público es importante, al margen de su concepción pragmática y simplista. Segundo, apoya la idea que se sostiene sobre la declaratoria de desierta en Colombia: no toda terminación del procedimiento precontractual que no corresponda a una adjudicación representa una declaración de desierto de este.

En esta confusión incurre Palacio Hincapié al considerar que, si bien el presupuesto es la imposibilidad de selección objetiva «No podría declararse desierta una licitación por causas diferentes, ni basadas en razones de conveniencia, pero tal regla no puede ser dogmática toda vez que pueden darse casos en los cuales esta sea la decisión más adecuada»⁹. A partir de esta idea, propone como ejemplo una licitación para construir una cárcel dedicada exclusivamente a privar de la libertad a ciudadanos por la comisión de un delito en específico donde, previo a adjudicar, se identifica la despenalización del delito. A su juicio, esta situación configura una causal para declarar desierto el procedimiento, reconociendo a los proponentes los costos en que hayan incurrido; sin embargo, confunde la terminación del procedimiento en acto administrativo debidamente motivado con la declaratoria de desierto del mismo.

El criterio diferencial es claro: si bien es posible evaluar objetivamente las ofertas y seleccionar la más favorable, el acto de adjudicación representa la vulneración del interés general a largo plazo, desconociendo el fin último de todo procedimiento precontractual. Esto deviene en una terminación anticipada en acto administrativo motivado, pero no equivale, no encaja, no se ajusta a la noción de «declaratoria de desierto» que se ha expuesto.

2. Regímenes

El estudio por la declaratoria de desierto y su régimen legal implica una recapitulación de sus antecedentes históricos y una presentación de la legislación vigente. El artículo 42 del Decreto Ley 222 de 1983 disponía las causales de procedencia de la declaración. Estas fueron: *i)* que no se presente el número mínimo de participantes determinado en el pliego de condiciones; *ii)* cuando se ignore un requisito previsto en el estatuto contractual; *iii)* que ninguna de las ofertas se ajuste a los condicionamientos del pliego de condiciones; *iv)* cuando se haya quebrantado la reserva de las ofertas antes del cierre del procedimiento y *v)* que las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad

⁹ PALACIO, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8° ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. p. 353.

contratante. Finalmente, se ordenaba que la declaratoria se realizara mediante resolución motivada en los primeros cuatro casos, sin añadir un procedimiento o requisito alternativo en el último escenario. En términos prácticos, la norma reprodujo las reglas del Decreto Ley 150 de 1976 que lo precedía, pues la única variación entre una y otra regulación es que en la más antigua el lenguaje daba a entender la posibilidad de realizar licitaciones privadas, mientras que la posterior prescinde de la diferenciación.

Salvo la causal referente a la inconveniencia, entre las demás se identifica un factor común: la imposibilidad de realizar una selección objetiva por diversas circunstancias. Este criterio se refleja en la reforma de 1993, donde el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 redujo las cinco causales a una genérica que debería evaluarse en cada caso concreto: «La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión»¹⁰.

Una diferencia relevante entre el EGCAP y los estatutos precedentes es la validez de la propuesta única. Como lo explica Juan Ángel Palacio, en vigencia del numeral 1 del artículo 42 del Decreto 222 de 1983 los operadores presumían que, salvo disposición expresa del pliego de condiciones, era necesario contar con, por lo menos, dos ofertas válidas¹¹. Se consideraba que la naturaleza del procedimiento, eminentemente plural, demandaba la concurrencia de por lo menos dos proponentes, garantizando así un procedimiento mínimamente competitivo¹². La Ley 80 no solo prescindió de una causal por carencia del número mínimo de participantes, sino que el reglamento previó esta posibilidad explícitamente en el artículo 2.2.1.1.2.2.6 del Decreto 1082 de 2015.

Sobre la oportunidad para expedir este acto, el inciso 3° del numeral 9 del artículo 30 del EGCAP dispuso que este sería dentro del «término de adjudicación», establecido previamente en el pliego de condiciones. De allí que un primer interrogante sobre esta facultad se trate sobre su ejercicio de forma extemporánea,

¹⁰ Esta idea la comparte el Consejo de Estado. En sus palabras: «Pues bien, de las cinco causales establecidas en el Decreto-ley 222 de 1983, la Ley 80, expedida en el año de 1993, según los términos del numeral 18 de su artículo 25, *redujo las causales de declaratoria de desierta a una sola que recoge todas las hipótesis en las cuales resulte imposible efectuar la escogencia de manera objetiva*, al tiempo que determinó de manera imperativa que en el correspondiente acto administrativo deben consignarse, de forma expresa y detallada, las razones que hubieren conducido a la respectiva declaratoria de desierta, [...]» (énfasis fuera de texto) (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2014. Exp. 24059. C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

¹¹ El artículo prescribía: «El jefe del organismo respectivo declarará desierta la licitación o el concurso de méritos: 1. Cuando no se presente el número mínimo de participantes que se haya determinado en el pliego o invitación [...]».

¹² PALACIO, Juan Ángel. Op. cit., p. 355.

es decir, por fuera del «término de adjudicación». Antes de cualquier consideración, el término de adjudicación comprende el período que va desde la fecha límite para recibir propuestas hasta el día en que el pliego de condiciones haya señalado como máximo para expedir el acto de adjudicación, bien sea que se proceda en audiencia pública o por escrito, según sea el procedimiento. Ahora bien, piénsese en una entidad que declara la licitación desierta previo al cierre de la oportunidad para presentar propuestas. En este escenario, y considerando las ideas del acápite anterior, el cierre anticipado del procedimiento no es una *declaratoria de desierta*, pues no se ha imposibilitado de ninguna forma la selección objetiva en esta etapa. De modo que este contexto no ocupa la respuesta al cuestionamiento.

En contraposición, ¿qué sucede si la facultad para declarar desierto el procedimiento se ejerce una vez concluido el término de adjudicación? ¿la entidad pierde la facultad para proceder en este sentido? Sobre este problema, considero que el propósito del inciso 3° del numeral 9 del artículo 30 es cumplir con el principio de economía y la regla que dispone en el numeral 1° del artículo 25 *ibidem*, es decir: que se señalen términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección. La entidad, como rectora del proceso, no pierde competencia para declarar desierta la licitación de forma extemporánea; no obstante, la inobservancia del término dispuesto en el estatuto puede implicar la responsabilidad disciplinaria del funcionario que omitió el mandato imperativo.

Por otra parte, entre los efectos que asigna la legislación a la declaratoria de desierta de una licitación, se encuentra la *obligación* de desarrollar un procedimiento de selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes, como lo dispone el literal *d* del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En desarrollo de ese mandato, el artículo 2.1.2.1.2.22. del Decreto 1082 de 2015 dispuso que las entidades «pueden» iniciar esta nueva selección prescindiendo de recibir manifestaciones de interés y sin sortear la participación entre los oferentes¹³. En caso de que el procedimiento licitatorio se rigiera por documentos tipo, el artículo

¹³ El literal *d* del numeral 2 de la Ley 1150 dispone: «Serán causales de selección abreviada las siguientes:

[...]

»d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial»

Por su parte, el artículo 2.2.1.2.1.2.22. dispone: «Contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto. La Entidad Estatal que haya declarado desierto una licitación puede adelantar el Proceso de Contratación correspondiente aplicando las normas del proceso de selección abreviada de menor cuantía, para lo cual debe prescindir de: a) recibir manifestaciones de interés, y b) realizar el sorteo de oferentes. En este caso, la Entidad Estatal debe expedir el acto de apertura del Proceso de Contratación dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierto».

2.2.1.2.6.1.6. *ejusdem* ordena que estos sean tenidos en cuenta para el trámite abreviado¹⁴.

Se hace énfasis en que la Ley prescribió un mandato imperativo mediante el verbo «deberán» mientras que el reglamento dispone una competencia discrecional o facultativa al incluir el verbo «pueden». Sin incurrir de forma detallada en esta discusión, se precisa que prevalece la redacción de la norma de mayor jerarquía y las entidades que declaran desierta una licitación deben iniciar el procedimiento descrito, entre otras cosas, para cumplir con el interés general representado en la necesidad que motivó en primera instancia la realización de una licitación pública.

2.1. Entidades sin ánimo de lucro – Decreto 92 de 2017

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe que las ramas del poder público decreten auxilios o donaciones en favor de personas jurídicas o naturales de derecho privado. Sin embargo, el inciso segundo de la norma permite que las entidades estatales suscriban contratos con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad –ESAL– con el fin de impulsar programas acordes con el plan nacional de desarrollo o los planes territoriales. A su vez, dispuso que el Gobierno Nacional reglamentaría este asunto.

En virtud de esta habilitación se expidió el Decreto autónomo 92 de 2017, el cual configura un régimen alternativo al EGCAP. Ahora bien, si en aplicación de estas normas se realiza un procedimiento de selección donde no concurre ningún oferente ¿es posible declararlo desierto? y en caso afirmativo ¿con qué fundamento? Al respecto, el reglamento fue excesivamente sucinto y, en sus escasos 11 artículos omitió pronunciarse sobre esta posibilidad. Sin embargo, se sostiene que las entidades son competentes para declarar desiertos estos procedimientos en atención a dos remisiones normativas.

Primero, el artículo 8 prescribe que «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto». Si bien se regularon asuntos como la procedencia de la contratación, la reconocida idoneidad de los contratistas, el proceso competitivo de selección y la celebración de convenios de asociación; los supuestos de hecho donde tiene utilidad práctica la declaratoria de desierto no fueron tratados. En este sentido, es lógico concluir que las normas del EGCAP son aplicables en el régimen de las ESAL.

Segundo, el artículo 7 dispone que «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables». De allí que la remisión a los principios

¹⁴ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 26 de septiembre de 2019. Rad. 220191300007164

axiológicos de la Ley 80 permita aplicar el principio de economía, específicamente, la regla del numeral 18 del artículo 25. Debatir sobre la norma que habilita la aplicación de la institución en este régimen carece de sentido, pues en este caso los artículos 7 y 8 se complementan, su interpretación individual no implica un conflicto interpretativo con consecuencias adversas.

2.2. Entidades exceptuadas

A diferencia del régimen del Decreto 92, las disposiciones sobre la declaratoria de desierta en el EGCAP no son aplicables en los distintos regímenes exceptuados. En los términos del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las entidades que cuentan con un régimen excepcional contractual excepcional están obligadas a aplicar: *i)* el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993; *ii)* los principios de la función administrativa del artículo 209 *superior*; *iii)* los principios de la gestión fiscal dispuestos en el artículo 267 *ibidem* y *iv)* deben publicar sus actuaciones contractuales en la plataforma SECOP. Los demás asuntos se encuentran en el margen de libre configuración de la entidad en su manual de contratación y las normas civiles y comerciales que sean aplicables al caso.

Las reglas de los artículos 8 y 9 del EGCAP sobre limitaciones a la capacidad son las únicas que se aplican pacíficamente y sin lugar a mayores discusiones. En cuanto a los principios de la gestión administrativa y fiscal, es arriesgado sostener que estos contienen los principios de la Ley 80 de 1993 y que de allí se justifica la aplicación del principio de economía en su artículo 25, numeral 18. De este modo, es claro que la declaratoria de desierta en los regímenes exceptuados podría estar regulada en dos fuentes: el manual de contratación que adopte cada entidad y el derecho civil y comercial. Sin embargo, este último no prevé ausencia de oferentes en la licitación e ignora cualquier mandato imperativo en dicho escenario. Si bien se regula la revocabilidad de la oferta y sus implicaciones —artículo 857 del Código de Comercio—, se trata de una institución diferente, que en el EGCAP sería equiparable a la terminación del procedimiento de selección¹⁵.

Descartada la aplicación de normas del derecho común, la declaratoria de desierta es una institución objeto de regulación en cada manual de contratación de las entidades exceptuadas. Al respecto, se presentan solo dos comentarios: *i)* ante semejante margen de libertad, estas entidades bien podría estructurar un listado amplio de causales pero, en cualquier caso, estas no podrán lesionar los derechos de los proponentes cuando incurran en gastos en el marco de los procedimientos de selección; y *ii)* es conveniente que se regule esta posibilidad siempre, pues garantiza la seguridad jurídica para proceder en escenarios

¹⁵ El artículo 857 del C.Co. preceptúa: «La oferta pública sólo podrá revocarse, antes del vencimiento del término de la misma, por justa causa [...]».

imprevistos de ausencia de contratistas. Se sugiere regulaciones claras, amplias y casuísticas, que aseguren la certeza en el procedimiento.

3. Acto administrativo: caracterización

El numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 dispone que la declaratoria de desierta de la licitación se realiza por medio de un «[...] acto administrativo motivado en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión». El legislador impidió cualquier tipo de debate sobre la naturaleza jurídica del acto que declara desierta la licitación, solo la interpretación literal permite inferir que se trata de un «acto administrativo» y que la entidad estatal tiene una carga motiva importante para su imposición. Teniendo presente la naturaleza del acto, es preciso cuestionar su tipología o clasificación, pues de allí se desprenden múltiples consecuencias.

Respecto de sus destinatarios, podría pensarse que se trata de un acto administrativo general pues se pretende dar por terminado el proceso y esto surte efectos respecto de cualquier ciudadano; piénsese, por ejemplo, en el acto administrativo de apertura. Sin embargo, no existen causales específicas para que proceda la declaratoria, tan solo se dispone la imposibilidad de seleccionar objetivamente, de modo que bien podrían existir múltiples circunstancias para declarar desierta una licitación donde se verían lesionados los intereses particulares de algunos ciudadanos. En otras palabras, no es igual el acto que declara desierta la licitación cuando no concurre ningún proponente —acto administrativo general—, que aquel que se expide cuando se presentaron propuestas, pero estas fueron calificadas como inhábiles —acto administrativo particular—. De allí que el criterio diferencial sea la afectación a intereses particulares.

Esta calificación tiene efectos relevantes en cuanto al control judicial del acto. Cuando se trate de actos administrativos generales, procederá el medio de control de nulidad dispuesto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 y, si se trata de un acto administrativo particular, el de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 138 *ibidem*¹⁶. En esta instancia, se destaca que la Ley impone una carga motiva importante al acto administrativo, pues se deberá acreditar con suficiencia la imposibilidad de seleccionar «objetivamente» un adjudicatario entre los proponentes. El juez, por su parte, es el encargado de verificar dicha imposibilidad y ese será el objeto de su examen. Sobre este asunto el Consejo de Estado ha sostenido que:

¹⁶ Al respecto, se debe tener en cuenta la incorporación de la teoría de los *móviles y finalidades* con origen jurisprudencial al régimen contencioso administrativo, que permite, que de manera excepcional se pretenda el restablecimiento de derechos por medio de la simple nulidad.

«Esa facultad-deber, en cuanto comportaba –al igual que lo sigue comportando en la actualidad– la expedición de un acto administrativo y en consecuencia, por definición, el ejercicio de una potestad que ha sido directa y expresamente atribuida por la ley, también le imponía –como en la actualidad le sigue imponiendo– a la entidad pública contratante la carga de motivar, de manera *real, clara, completa y suficiente* las razones de su decisión» (énfasis fuera de texto)¹⁷.

Tratándose del acto administrativo que pone fin al procedimiento de selección, declarando que ha sido imposible seleccionar objetivamente un adjudicatario, se trata de un acto administrativo *definitivo*. Sin lugar a duda, no puede calificarse como de trámite porque resuelve concretamente el objeto del procedimiento, dando cierre al mismo. No podría alegarse lo contrario por el hecho de que la declaratoria de desierta sea un presupuesto para el inicio de un procedimiento de selección abreviada, pues ambos procedimientos son independientes, aunque versen sobre un mismo objeto: la selección de un adjudicatario para determinado contrato. En conclusión, se trata de un acto administrativo que puede ser general o particular, según las razones que dieron lugar a su expedición, y que en cualquier caso será definitivo.

Sobre la posibilidad de interponer recursos respecto de este acto administrativo, Dávila Vinueza comenta que un sector de la doctrina considera que este acto es «la otra cara de la moneda» del acto de adjudicación y que, por lo tanto, este no es susceptible de recursos, en los términos del párrafo 1° del artículo 77 de la Ley 80, que dispone: «El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso administrativo»¹⁸. Por el contrario, el doctrinante sostiene que, en virtud de la regla general del segundo inciso del artículo 77 *ibidem*, es un acto susceptible de recurso de reposición. La norma prescribe que: «Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo». Se comparte esta postura que, además, cuenta con respaldo jurisprudencial¹⁹.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2014. Exp. 24059. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁸ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 453.

¹⁹ La Corporación ha dispuesto: «Finalmente, es de resaltar que si bien el párrafo 1° del citado artículo 77 de la Ley 80 previó que el acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa y que éste podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo, esta regla no es aplicable al acto de declaratoria de desierta *contra el cual*

Finalmente, la declaratoria de desierta puede ser total o parcial²⁰. Esta característica se consolida cuando la licitación pública se desarrolle por *lotes* o *grupos*. De modo que, si bien es posible que concurren muchos oferentes para un determinado lote, puede que para otro no se presenten o que no acrediten cumplir con los requisitos habilitantes. La particularidad es que, en este caso, el acto de declaratoria de desierta puede concurrir en un mismo documento con el acto de adjudicación, sin que esto imposibilite la viabilidad de realizar control judicial exclusivamente sobre uno u otro.

Bibliografía

Doctrina

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. 922 p.

DROMI, José Roberto. La licitación pública. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. 586 p.

ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Volumen I. Buenos Aires: Depalma, 1977. 519 p.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. 4º ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 1280 p.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. La licitación pública: aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva de contratistas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021. 576 p.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. 2º ed. Madrid: AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 2018. 289 p.

sí procede el recurso de reposición, como quedó dicho» (énfasis fuera de texto) (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 3 de mayo de 2013. Exp. 23734. C.P. Danilo Rojas Betancourth [E]).

²⁰ En palabras del doctrinante: «[...] la declaratoria de desierta, puede ser total o parcial, pues es usual que dentro de un mismo proceso de selección, se contraten varios grupos o módulos y por lo tanto, resulta factible que unos grupos se adjudiquen y otros no. En este caso, las entidades estatales, proferirán la declaratoria de desierta parcial en aquello que no se logre adjudicar» (RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda, 2016. p. 250).

PALACIO, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8° ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. 859 p.

RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda, 2016. 275 p.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 7 de diciembre de 2004. Exp. 13683. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 3 de mayo de 2013. Exp. 23734. C.P. Danilo Rojas Betancourth (E).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2014. Exp. 24059. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Conceptos

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA — COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 26 de septiembre de 2019. Rad. 2201913000007164.

