

DECLARATORIA DE DESIERTA: ADOPCIÓN DE LA DECISIÓN, SUS EFECTOS Y CONSECUENCIAS¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. Continuando el análisis de la licitación pública, concretamente su finalización, es necesario estudiar con completitud y detalle «otra» posibilidad para su terminación. El procedimiento no siempre termina con la elección de una oferta por considerarla la «más favorable», sino que, por el contrario, se imposibilita adjudicar el contrato y es necesario declarar *desierta* la licitación. En esta última fase se centra el ensayo, el cual se propone estudiar la necesidad de adoptar la decisión en audiencia, el término para adoptarla, sus efectos, la procedencia de recursos y demás características administrativas.

Introducción

Terminar el estudio propuesto de la licitación pública, con la completitud y detalle esperado, implica estudiar las etapas que finalicen el procedimiento de selección. Así que, luego de la evaluación, con todos los aspectos que lo integran, la entidad tendrá y presentará los resultados sobre la acreditación de los requisitos habilitantes y la asignación de puntaje, donde se define si se presentó una oferta que cumpla los requisitos del pliego de condiciones se adjudicará. En caso negativo, es decir, donde se imposibilite elegir a un proponente, se declarará «desierta» la licitación.

Escobar Gil explica que la licitación no siempre culmina satisfactoriamente, debido a que se presentan situaciones que imposibilitan adjudicar el contrato; además, que en esa situación se encuentra ante un fracaso de la misma, casos en los que se procederá a declararla desierta³. De igual forma define la etapa Mrienhoff, al señalar que existen dos supuestos en que la adjudicación es imposible, y que en derecho se denominan «licitación desierta», porque nadie

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 18 de febrero 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 Juan David Montoya Penagos, 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 V básico, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

³ ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis editores S.A., 2000. p. 203.

concurrió a la convocatoria o debido a que las ofertas presentadas son inadmisibles⁴.

La relevancia de la declaratoria de desierta para la licitación es apenas evidente, porque se constituye como el acto definitivo que termina al procedimiento, aunque sea con una decisión contraria a la esperada inicialmente. La relevancia de la fase supone analizarla de forma detallada, por lo cual el escrito se centra en el estudio de la adopción de la decisión, incluyendo la forma en que deberá tomarse, los recursos procedentes, cómo se notifica o comunica y sus efectos.

1. Adopción de la decisión de declaración desierta de la licitación

La apertura del procedimiento de selección se propone elegir un oferente al que adjudicarle el contrato y así proceder a celebrarlo. En esa medida, la Administración tiene la obligación de seleccionar un proponente, siempre que cumpla con las reglas y requisitos establecidas en el pliego de condiciones. Al respecto, Escobar Gil expresa que de la convocatoria se derivan intereses legítimos de los proponentes y un derecho subjetivo de quien presentó la oferta más favorable, por lo que la Administración no tiene facultades discrecionales para declarar desierta la licitación; por el contrario, la frustración del procedimiento solo se configura por las causales definidas en el procedimiento, por ser una competencia reglada. Así que, «La regla de la adjudicación compulsoria le obliga siempre a escoger el contratista que haya presentado la oferta más favorable»⁵.

En el mismo sentido, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado señala que la licitación solo podrá declararse desierta si se presenta una causal que impida la selección objetiva o no se cumpla alguno de los requisitos legislativos, cuando así lo previera el pliego de condiciones⁶. La regla señalada por la jurisprudencia y la doctrina está definida por el legislador, concretamente, el artículo 25, numeral 18, de la Ley 80 de 1993 estableció que la declaratoria desierta *únicamente* procederá por motivos que impidan la escogencia objetiva. Así, como se explicó, la disposición limitó la competencia de las entidades, circunscribiéndola a causales específicas.

⁴ MARIENHOFF, Migue S. Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A. 4° Edición. 2° Reimpresión. Buenos Aires: Abelodo-Perrot, 2011. p. 200 y 201.

⁵ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 203. Dávila Vinueza tiene la misma posición, y concretamente señala que la declaratoria desierta, entendida como la decisión de no seleccionar ninguna oferta, debe limitarse para situaciones excepcionales (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 452).

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 3 de septiembre de 2015. C.P. Stella Conto Diaz del Castillo. Exp. 31.754.

1.1. Término para declarar desierta la licitación

La declaratoria de desierta es una decisión que se adopta mediante acto administrativo, pues cumple con todos los requisitos para serlo⁷; además, el legislador definió directamente su naturaleza en el artículo 24, numeral 7, y el artículo 25, numeral 18, *ibidem*⁸. Este deberá motivarse, porque las disposiciones también agregaron una carga especial, teniendo que señalar expresa y detalladamente las razones que conducen a esa decisión.

El artículo 30 *ibidem* define las reglas conforme a las que se tramita la licitación, y concretamente en el numeral 9 establece que la entidad estatal señalará en el pliego de condiciones los plazos para adjudicar el contrato, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía. Adicionalmente, permite que el competente para tramitar el procedimiento los prorrogue antes de su vencimiento, cuando las necesidades de la Administración lo exijan. La disposición agrega, aclarando la situación para la declaratoria desierta, que en ese mismo momento podrá adoptarse esa decisión.

Está normativamente definido el término que tiene la entidad para declarar desierta la licitación, pero no es invariable, definitivo, y común para todos los procedimientos, sino que, por el contrario, cambiará dependiendo del tramitado, porque el legislador designó la facultad a cada entidad para que determine qué tiempo se demorará adoptando la decisión. Así que es ella misma la que define, luego de ponderar las circunstancias y características de su contratación, el

⁷ En el texto se adopta la noción de acto administrativo expuesta por Marín Cortés, quien lo definió como una declaración de voluntad de carácter unilateral, proveniente de un órgano del Estado en ejercicio de función administrativa, de control o electoral –o de particulares en ejercicio de función pública– y que produce efectos jurídicos (MARÍN CORTÉS, Fabián G. El concepto de acto administrativo. Texto inédito del Centro de Estudios de Derecho Administrativo. p. 9). Además, y solo de forma tangencial –porque no es el objeto del texto– se señala que se considera que la declaratoria de desierta cumple con todos los requisitos para ser un acto administrativo.

⁸ Las disposiciones señalan: «Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

»[...]

»7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia [...]».

«Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

»[...]

»16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley [...]»

momento es que está preparada para determinar la oferta más favorable, es decir, cuánto requiere para evaluar, responder observaciones y consolidar sus conclusiones.

Si bien la Administración tiene la posibilidad de prorrogar el plazo establecido, como define la misma disposición, la competencia no es ilimitada, es decir, que es posible extender el período de forma indefinida, sino que la misma norma introdujo una restricción, aceptando que solo sea la mitad del inicialmente fijado. Así, si originalmente se dispuso que el tiempo para adjudicar era de 12 días, solamente podría adicionar 6 días más para tomar la decisión.

En ese contexto, es posible que a la Administración se le cumpla el término para emitir su decisión sin hacerlo, situación en la cual es importante identificar si aun así puede hacerlo, o si por el contrario, esta se trata de una competencia *pro tempore*, por lo que quedaría sin facultad para adoptar la decisión, concretamente, si perdería la competencia para declarar desierta la licitación. El análisis supone identificar la naturaleza de la potestad, y específicamente si su existencia está sometida al plazo definido en el pliego de condiciones para adjudicar, es decir, declarar desierta la licitación.

Existen argumentos tanto para sostener que la competencia se afecta por la finalización del término como para sustentar que no lo hace. La primera posición se basa en la lectura sistemática de varias disposiciones, concretamente, el artículo 25, numeral 1, de la Ley 80 estableció que en las normas de selección y en los pliegos de condiciones se prescribirán las etapas necesarias para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, para lo cual señalará términos preclusivos y perentorios⁹.

Eso sería lo que realizó el legislador, y designó hacer a las entidades estatales en sus pliegos, precisar el término para decidir sobre la adjudicación y por tanto la declaratoria de desierta. De forma que ese plazo es preclusivo y perentorio, es decir, que al finalizar concluye la posibilidad para desarrollar la actividad designada. En ese orden, una vez cumplido el tiempo de la entidad para tomar la decisión fenecerá, terminando la oportunidad de declarar desierta la licitación, y en caso de hacerlo, el acto expedido estará viciado de nulidad, porque falta de competencia.

Palacio Hincapié adopta esta posición, sin embargo no aporta demasiados elementos a la discusión, sino que se ciñe a exponer su posición directamente. El

⁹ En la disposición se establece: «Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

»1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones [...]».

autor señala que la resolución que declara desierto el procedimiento se adopta en el término para adjudicar –porque los plazos coinciden–, por lo que si se expide después del momento indicado el acto adolece de nulidad¹⁰. Es evidente que asume posición, y clasifica la potestad como *pro tempore*.

No obstante, la postura tiene oposición, porque la consecuencia de su defensa es gravosa para la Administración, pues la deja con un procedimiento adelantado y sin la oportunidad de adoptar una decisión definitiva, lo cual supone una transgresión a principios de la función administrativa y no contribuyen a mantener la seguridad jurídica. El argumento que sostiene esta perspectiva más que directamente normativo es de interpretación, y se basa en el entendimiento que la existencia del plazo no supone, necesariamente, que la competencia sea *pro tempore*, escindiéndola de aquel.

1.2. Forma de adoptar la decisión de declaratoria desierta

La etapa final del procedimiento, que idealmente se espera termine con la adjudicación tiene una regla especial, por lo menos para esa fase específica. El artículo 30, numeral 10, de la Ley 80, en línea del artículo 273 de la Constitución, prescribió la necesidad de adjudicar en audiencia pública por orden del Contralor general o la autoridad fiscal competente, a solicitud de cualquiera de los proponentes; sin embargo, la disposición se modificó por la Ley 1150, que volvió obligatorio el requisito para *todas* las licitaciones públicas. Allí también se previó que durante su trámite, y previo a la adopción de la decisión definitiva, los interesados pueden pronunciarse sobre la respuesta a las observaciones.

Esto es importante porque la adjudicación y la declaratoria desierta comparten un mismo momento dentro del procedimiento, por lo cual muchas de las reglas de aquella son aplicables a esta, como el caso anterior –el término para decidir–, tanto así que Dávila Vinueza afirma que existe otro sector de la doctrina que las considera como caras distintas de la misma moneda, aunque él no lo comparte¹¹. Por esta razón, es preciso identificar si para declarar desierta la licitación también es obligatorio realizarlo mediante audiencia pública.

La Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció sobre el asunto y explicó que la obligatoriedad de la audiencia satisface los principios de publicidad y transparencia, además de garantizar el derecho de contradicción y defensa, al permitirseles pronunciarse sobre la respuesta a las observaciones¹². En esa línea, destaca que si bien la finalidad de un proceso es que se seleccione la oferta más

¹⁰ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. p. 353.

¹¹ DÁVILA VINUEZA, Op. cit., p. 453.

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de septiembre de 2022. C.P. Nicolás Yepes Corrales.

favorable, excepcionalmente el procedimiento puede declararse desierto, sin perjuicio de que, en todo caso, se adelante obligatoriamente la audiencia pública para adoptar esa decisión¹³.

En la providencia, consideró que cuando la entidad declaró desierta la licitación sin tramitar la audiencia, aunque estaba definida en los pliegos y en el cronograma, se cometió una irregularidad, y concretamente señaló que si bien se notificó personalmente el acto, la omisión de celebrar audiencia «obligatoria» privó a los intervinientes de la oportunidad de pronunciarse sobre las respuestas a las observaciones, transgrediendo el artículo 9 de la Ley 1150 y los principios de publicidad, transparencia y el derecho de contradicción y defensa. Adicionalmente expresó que «[...] aunque la SDH no adjudicó la Licitación [...] sino que procedió a su declaratoria de desierta, dicha circunstancia no es óbice para que se permitiera el desarrollo de la audiencia de adjudicación, pues en efecto, en virtud de la ley, en el marco de los procesos licitatorios aquella es obligatoria»¹⁴.

La posición de la Sección, aunque sea solamente en esa providencia, parece clara, y se decanta por aplicar la regla de la adjudicación a la declaratoria de desierta; sin embargo, se considera que no parece tan claro el razonamiento que se utiliza. Esto no parte de diferenciar ambas decisiones por importancia o alcance de la decisión, porque si bien se admite que no son iguales –la adjudicación y la desierta–, sobre todo en cuanto a sus efectos, ambas los tienen y son relevantes para la contratación. Sin perjuicio de esto, lo que no se comprende del argumento es cómo se extendió una regla dirigida especialmente para una figura a otra.

Como se evidenció con el recuento de las normas sobre la obligatoriedad de la audiencia pública, la exigencia tiene como destinataria directa a la adjudicación, tanto la disposición constitucional como legal, y en ningún momento el legislador o el constituyente la extienden a la declaratoria de desierta, como sí se hace en el caso del término para adoptar la decisión. Por eso no se advierte ninguna justificación para aplicarlo indistintamente en las dos etapas, cuando estas son diferentes y autónomas.

En todo caso, existen ocasiones donde el cuestionamiento es inocuo, porque en muchas ocasiones la audiencia está previamente programada, y solamente en su celebración la entidad concluirá que ninguna de las ofertas presentadas cumple con los requisitos habilitantes o los de asignación de puntaje. En ese caso no tiene sentido preguntarse por la extensibilidad de la obligación. Sin embargo, también existe el caso contrario, una situación donde es importante resolver la pregunta, justamente en aquellos donde no se presentaron ofertas y la entidad tiene que determinar si necesita convocar una audiencia para declararlo.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

1.3. Características y consideraciones generales del acto administrativo de adjudicación

Un aspecto definitivo para los actos administrativos es la posibilidad de que se recurran, es decir, de que los destinatarios se opongan a su contenido. Entre los admitidos por el procedimiento administrativo se encuentra el de reposición, que según el artículo 74 de la Ley 1437 se interpone ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque¹⁵. Conforme al artículo 77 de la Ley 80, los actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual solo son susceptibles de este recurso. Sin embargo, en el caso de la declaratoria de desierta se cuestiona su procedibilidad, debido a que esa disposición, varía la regla para la adjudicación, porque la exceptúa de ellos, convirtiéndola en irrecurrible.

Nuevamente es importante determinar si la regla que el legislador definió para la adjudicación es trasladable a la declaratoria de desierta. Se comparte la posición de Dávila Vinuesa, quien sostiene que no comparte la tesis de que a la declaratoria desierta le aplica la excepción sobre la procedencia de recursos, debido a que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública las consagra como decisiones diferentes e independientes, con efectos completamente independientes.

Adicionalmente, estas normas limitan la posibilidad de los oferentes de contradecir la decisión, pues eliminar la procedencia del recurso de reposición se limita el derecho al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución, y concretamente, el de defensa y contradicción. Aunque la expedición del acto se parece de varias oportunidades donde los proponentes y demás interesados se pronunciaron sobre el informe de evaluación, el recurso confiere más herramientas a los oferentes para controvertir el acto, y por lo tanto garantiza más plenamente el derecho. En ese orden, se considera que no se aplica la restricción a la declaratoria de desierta de la licitación.

Otro de los aspectos más importantes es definir la forma en que se publicará, notificará o comunicará el acto. En este caso, a diferencia de la redacción original de la Ley 80 de 1993, no se estableció legislativamente una regla especial, por lo cual es preciso definir si es necesario remitirse a las reglas generales del CPACA, conforme al artículo 77 de la Ley 80. Se considera que esto no es procedente porque

¹⁵ en la disposición se señaló: «artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

»1. el de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.

[...].».

existe una regla especial en la Ley 1150 de 2007, que en el artículo 3 definió que las actuaciones, expedición de los actos, los documentos, contratos y los todos los actos derivados de la actividad precontractual y contractual se hará por medios electrónicos. Así, el trámite, notificación y publicación de estos podrá realizarse por los soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Finalmente dispone que para materializar esos objetivos se desarrolló el SECOP¹⁶.

En razón de la norma se considera que este trámite se surtirá o por la notificación por estrados que se realiza de la declaratoria de desierta en la audiencia, donde acudan los proponentes, o mediante la publicación del acto en la plataforma electrónica, porque esta reemplaza el régimen de notificación del CPACA. Esto debido a que se estableció como una herramienta especial para ese propósito.

2. Efectos de la declaratoria de desierta de la licitación

Una vez declarada desierta la licitación se producen varios efectos jurídicos importantes. El primero supone obviar este procedimiento para elegir el contratista del mismo objeto contractual, saltando a otro que garantice en menor forma los principios de libre concurrencia y publicidad. Así lo señala Marienhoff al indicar que: «El “efecto” de una licitación que resulta “desierta” es el de admitir que la contratación se lleve a cabo prescindiendo de la “licitación pública”. [...] Desde luego, el posible procedimiento de contratación a seguir en el supuesto de que la licitación pública resulte “desierta”, depende del derecho positivo vigente en el respectivo lugar»¹⁷.

Efectivamente, como lo señala el autor, el procedimiento está prescrito en la legislación. En el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública está definido desde la redacción original de la Ley 80 de 1993, que el artículo 24, numeral 1, estableció que la escogencia del contratista se realizará por licitación o concurso, salvo por las causales allí definidas, entre las que se encuentra, en el

¹⁶ La disposición estableció: «Artículo 3o. De la contratación pública electrónica. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

»Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

»Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop [...]».

¹⁷ MARIENHOFF, Op. cit., p. 201.

literal g, la declaratoria de desierta. En esa ocasión el legislador prescindió de utilizar un procedimiento con pluralidad de oferentes, permitiéndole a la Administración elegir discrecionalmente al contratista que ejecutará las actividades requeridas.

Sin embargo, el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó la disposición, y en el artículo 2, numeral 2, *ibidem* se prescribió que la selección abreviada es la modalidad objetiva prevista para los casos en que por las características del objeto, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio se permiten procedimientos simplificados para garantizar la eficiencia, y dentro de las causales, en el literal d, incluyó a la contratación producto de la licitación declarada desierta, caso en que se deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria de la licitación¹⁸.

Por su parte, el Decreto 1082 de 2015 integró un artículo para regular de forma especial la contratación cuya licitación se declaró desierta. En la norma se prescribió que la entidad que declarará desierta la licitación puede tramitar una selección abreviada de menor cuantía, para lo que prescindirá de la recepción de manifestaciones de interés y del sorteo de oferentes. Además definió que el acto de apertura se expediría dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria¹⁹.

La nueva legislación mantuvo la regla de admitir otra forma de elegir al contratista, pero modificó el fondo esencialmente, pasando de la contratación directa, donde no existe pluralidad de oferentes sino la elección discrecional, a un

¹⁸ La disposición definió: «Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

»[...]

»2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

»El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

»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 [...].»

¹⁹ La norma establece: «Artículo 2.2.1.2.1.2.22. 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.»

procedimiento más simple pero que, en esencia, mantiene los mismos principios y reglas similares a la licitación, solo que disminuyendo los términos. Igualmente eliminó dos fases de la selección abreviada, para garantizar que no se limite el número de oferentes, debido a que es importante recibir el mayor número de ofertas posibles, pues la elección anterior fallo.

Otra pregunta importante es si se trata de una potestad reglada o discrecional, es decir, si iniciar la selección abreviada es opcional de la entidad u obligatorio. La pregunta se deriva de la forma en que se estableció la causal en la Ley 1150 de 2007, pues parece que incluye una obligación imperativa, pero no es claro si se refiere al inicio del procedimiento o al término para abrirlo. Se considera que la Administración tiene la opción de elegir si optar por la selección abreviada o renunciar a esa contratación, de forma que esto no constituye una obligación, sino una decisión basada en razones de oportunidad y conveniencia.

Lo que sí es imperativo es el término que tiene la entidad para abrir el nuevo procedimiento, el cual se supedita a cuatro meses, como lo prescribe la ley y el reglamento. Palacio Hincapié señala que el condicionamiento es entendible porque si en ese tiempo no se requirió empezar esa forma rápida de selección, significa que la entidad tiene ocasión de tramitar una nueva licitación pública²⁰. Se comparte la idea del autor, porque la excepción prevista por el ordenamiento supone la necesidad de actuar con agilidad, lo cual se materializa en el plazo definido por el legislador.

Otro de los efectos importantes del acto administrativo es la posibilidad de controlarlo ante la jurisdicción administrativa. Este tema es fundamental para entender el alcance y consecuencias de la declaratoria de desierta, y tiene una evolución normativa importante que inicia con el Decreto 01 de 1984. En un primer momento el control implicaba partir de la teoría de los actos separables de los contratos, reservando esta para los expedidos antes del perfeccionamiento del contrato y los contractuales propiamente dichos, controlándose aquellos mediante la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, y esto mediante la acción de controversias contractuales²¹.

La Ley 80 de 1993 eliminó la diferenciación propuesta por la jurisprudencia, pues el artículo 77 definió que todos los actos que se produjeran con motivo de la actividad contractual –anteriores, concomitantes o posteriores al perfeccionamiento– se demandarían mediante la acción de controversias contractuales, menos para la adjudicación, declaratoria de desierta y la

²⁰ PALACIO HINCAPIÉ, Op. cit., 354.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 4 de diciembre de 2020. C.P. María Adriana Marín.

clasificación de proponentes ante la cámara de comercio podrían demandarse por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho²².

Posteriormente, el artículo 87 del CCA se modificó por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, estableciéndose la pertinencia de la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho para controlar los actos administrativos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato, siempre que se produjeran con ocasión de la actividad contractual²³. Para ese momento, la caducidad tenía un término de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Esto cambió con la expedición de la Ley 1437 de 2011, que en el artículo 141 estableció la posibilidad de demandar los actos administrativos contractuales, precisando que los proferidos con anterioridad al perfeccionamiento, y que fueran expedidos con ocasión de la actividad contractual, se demandarían mediante el medio de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho –artículo 137 y 138–²⁴.

Para el caso de la declaratoria de desierto el acto es controlable mediante la nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. Este sería demandable, en principio, por este medio, y excepcionalmente por aquel, y dependiendo de esto se definirá la caducidad de la acción, siendo en el primero indefinido y en el segundo de cuatro meses, conforme al artículo 164 del CPACA. En el caso del restablecimiento del derecho es necesario que alguna persona esté afectada con la decisión, como es el caso del oferente que considera que fue rechazado indebidamente y quedaría en primer lugar de elegibilidad.

Así lo definió el Consejo de Estado al señalar que si se demanda la nulidad del acto que declara desierto la licitación, y quien lo hace es el oferente ubicado en el primer lugar de elegibilidad, conforme a los informes de verificación y

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ La norma define: «Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

»Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso

[...].»

calificación, es suficiente acreditar la ilegalidad del acto para que exista la prueba del derecho transgredido del demandante²⁵.

Sin embargo, se considera pertinente aclarar que la forma de probar el perjuicio no siempre será la misma, ni se trata de una regla al interior de toda la jurisprudencia; por el contrario, se entiende que en el asunto aplica el principio de libertad probatoria que rige los procesos. Así se evidencia con otro pronunciamiento de la misma corporación, donde se negó el reconocimiento de perjuicios al considerar que el demandante no cumplió la carga de demostrar que su propuesta económica no excedía el presupuesto oficial y no se probó que tuviera el derecho de estar en primer lugar de elegibilidad, porque no se aportó la oferta²⁶. Nótese que en este caso se requirió una prueba adicional al informe de evaluación.

Aunque sea posible que el demandante sea un proponente afectado con la decisión, esto no es necesario, por el contrario, no es necesario que ninguno de los participantes del procedimiento comparezca para controlarlo, por el contrario, podría hacerlo un tercero con interés, siempre que solo busque la nulidad «simple». Así lo definió el Consejo de Estado en uno de sus pronunciamientos, al señalar que cuando se demanda el acto de desierto: «[...] no es necesaria la comparecencia de quienes participaron en la actuación administrativa fallida, porque no gozan de un derecho que pueda verse afectado como consecuencia de la decisión judicial, lo que significa que no existe un litisconsorcio necesario»²⁷.

Bibliografía

Doctrina

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

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis editores S.A., 2000. 635 p.

MARIENHOFF, Migue S. Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A. 4º Edición. 2º Reimpresión. Buenos Aires: Abelodo-Perrot, 2011. 489 p.

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

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 2 de junio de 2021. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 3 de septiembre de 2015. C.P. Stella Conto Diaz del Castillo. Exp. 31.754.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 4 de diciembre de 2020. C.P. María Adriana Marín.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 2 de junio de 2021. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de septiembre de 2022. C.P. Nicolás Yepes Corrales.

