

PROBLEMAS DEL ALCANCE DE LA DECLARATORIA DE DESIERTA DE LA LICITACIÓN¹

Santiago Álvarez Hernández²

RESUMEN. La Administración puede encontrarse con problemáticas al declarar desierta la licitación pública o al identificar las posibilidades que tiene luego de adoptar esta decisión. Omitiendo el análisis integral de la naturaleza jurídica de la institución, así como el alcance de las normas que consagran la competencia, este escrito analiza varios supuestos problemáticos asociados a la *forma* como puede declararse desierto el procedimiento o a sus *efectos*, concretamente a: *i*) la obligatoriedad de hacer una audiencia, *ii*) la procedencia de recursos contra la decisión y *iii*) la facultad de iniciar un nuevo procedimiento y de modificar el pliego de condiciones.

Introducción

La declaratoria de desierta de la licitación es una decisión mediante la cual se termina el procedimiento, por considerarse que no existen circunstancias que permitan escoger al contratista³. En efecto, el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone que dicha decisión procede, exclusivamente, ante motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, y conforme al numeral 7 del artículo 24 la decisión debe motivarse, con detalle y precisión⁴. Omitiendo el análisis integral

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 adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Fabián G. Marín Cortés, 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: Régimen de la Contratación Estatal, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián 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 PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8a ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2020. p. 352.

⁴ Las normas preceptúan lo siguiente: «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:

[...]

»18. 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».

de la naturaleza jurídica de la institución, así como del alcance de las disposiciones que consagran esta competencia de la Administración, en los siguientes acápites se plantean unas problemáticas que pueden presentarse respecto a la *forma* en que debe tomarse la decisión, o en cuanto a sus *efectos*.

1. El paradójico estado de la audiencia para declarar desierta la licitación

Un problema inicial que se puede plantear, respecto a la declaratoria de desierta, consiste en identificar si forzosamente se debe realizar en audiencia. Recuérdese que existen normas de orden constitucional, legal y reglamentario que así lo disponen para la adjudicación, decisión que puede adoptar la Administración en el mismo momento que debe expedir la declaratoria de desierta, esto es, en la etapa final del procedimiento de selección⁵. En ese sentido, *a priori* podría pensarse que en tanto la adjudicación o la declaratoria de desierta son decisiones que pueden tomarse en el mismo momento, por la obligatoriedad de cierta forma para aquella también se impone para esta. De ese modo, si la adjudicación debe adoptarse en audiencia, la declaratoria de desierta debe correr la misma suerte.

Sin embargo, lo prescrito en los artículos 273 constitucional, 30.10 de la Ley 80 de 1993, 9 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015, aplica exclusivamente a la adjudicación, porque solo dispusieron la obligatoriedad de adoptar dicha decisión en audiencia. En el mismo sentido, las normas que regulan la declaratoria de desierta de la licitación no obligan a que se adopte en audiencia, y las normas generales sobre publicidad y transparencia tampoco ordenan la realización de audiencias de forma general. En cambio, el artículo 24, que contiene las reglas que desarrollan el principio de transparencia en el EGCAP, dispone simplemente que las actuaciones contractuales sean públicas, que las entidades garanticen la posibilidad de controvertir decisiones –presentando observaciones– y que los actos –como el que declara desierta la licitación– se motiven suficientemente⁶.

⁵ El CEDA analizó la obligatoriedad de la audiencia de adjudicación, entre otros problemas, en la sesión del 4 de febrero de 2023 (<https://www.ceda.com.co/tema-adjudicaciondelalicitacionpublica>).

⁶ Dichas reglas se encuentran en los numerales 2, 3 y 7 del artículo 24: «Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

[...]

»2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

»3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

[...]

De lo anterior no se sigue, necesariamente, que para declarar desierta una licitación haya que celebrar una audiencia. Mientras las entidades motiven la decisión de forma detallada y precisa, y permitan que los interesados presenten observaciones, ya sea al informe de evaluación que concluyó que no existían oferentes habilitados o que cumplieran los requisitos del pliego de condiciones, o en una comunicación que informe que en el procedimiento no se presentaron oferentes, se cumple lo ordenado en el artículo 24. Incluso, como se discute a continuación, la posibilidad de interponer recursos permite que los interesados controviertan la decisión, impidiendo vulnerar irreflexivamente sus derechos.

Sin perjuicio de lo anterior, en la *praxis* se presentan circunstancias que problematizan la estructura normativa señalada, conforme a la cual solo existe obligación de celebrar la audiencia para adjudicar, no para declarar desierta la licitación. Se trata –una vez más– de hechos que cuestionan la suficiencia y completitud del sistema, debido a que, aunque la regulación no generaliza la obligatoriedad de hacer audiencia para adoptar la decisión, de facto las entidades terminan cumpliendo dicha forma, de ahí que esa lectura gramatical y restrictiva de los artículos que obligan a realizar la audiencia de adjudicación carezca un poco de sentido, dado que su eficacia se amplía incluyendo la adopción de una decisión no prevista en la literalidad de las normas.

Piénsese que la licitación transcurre con normalidad, según lo esperado y planeado, y se presentan varios proponentes, quienes cumplen los requisitos habilitantes, e incluso se les asigna puntaje, ya que se corresponden con todas las exigencias del pliego. No obstante, un día antes de la audiencia de adjudicación todos incurrir en alguna causal de inhabilidad e incompatibilidad, impidiendo que la entidad escoja a uno. Si bien podría considerarse que la entidad no está obligada a celebrar la audiencia para expedir el acto de declaratoria de desierta, hacerlo de ese modo permitiría informar a los proponentes que adoptará dicha decisión, por conocerse que ninguno tenía la aptitud para ser adjudicatario, luego puede otorgar un traslado de observaciones y garantizar el derecho de contradicción de los oferentes.

En suma, pueden presentarse circunstancias donde las entidades identifican que existen motivos o causas que impiden la escogencia objetiva del contratista, poco antes de la audiencia de adjudicación o durante su desarrollo. En estos eventos se sugiere, como razonamiento en términos de proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones administrativas, que la audiencia se realice, y

»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.

[...].».

finalice con las etapas con que suele hacerse, y se otorgue la oportunidad para presentar observaciones, aunque sea medianamente claro que la entidad declarará desierta la licitación. Así se preserva la posibilidad de cumplir el ordenamiento en el evento de que la Administración modifique su valoración y considere que puede adjudicar el contrato, adoptando dicha decisión en la audiencia.

En lo anterior subyace un planteamiento: si bien no existe norma que ordene realizar una audiencia para declarar desierta una licitación, hay normas que permiten hacerlo con fundamento en criterios de oportunidad y conveniencia. Es el caso del artículo 35 del CPACA, aplicable a las actuaciones contractuales, en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, y conforme al cual las entidades pueden realizar audiencias para asegurar, entre otros, el derecho de contradicción⁷. Aunque este fundamento es suficiente para concluir que pueden realizarse audiencias, de oficio, un apoyo adicional lo ofrece el artículo 32 de la Ley 489 de 1998, según el cual las entidades pueden convocarlas con el fin de incentivar la participación ciudadana y democratizar la gestión pública, que en el ámbito contractual puede traducirse en promover la intervención de interesados y proponentes⁸.

⁷ El artículo 77 de la Ley 80 de 1993 preceptúa: «Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

»[...]». Por su parte, el artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 dispone: 'Artículo 35. Trámite de la actuación y audiencias. [...]

»Las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones. De toda audiencia se dejará constancia de lo acontecido en ella'.

⁸ El artículo 32 de la Ley 489 de 1998 ordena: «Artículo 32. Democratización de la administración pública. Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

»Entre otras podrán realizar las siguientes acciones:

»a) Convocar a audiencias públicas;

»[...]». Desde nuestra interpretación de sus planteamientos, Javier Barnés estaría en desacuerdo en considerar que ordenar una audiencia para recibir observaciones a los presupuestos para declarar desierta una licitación, o incluso a la decisión misma, sea una forma de democratizar el procedimiento contractual, porque no es lo suficientemente representativa e inclusiva, en el sentido de que la población que efectivamente intervendría en la actuación no provendría de todos los sectores sociales, económicos o políticos (BARNÉS, Javier. Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo. Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia [En línea]. Primer semestre de 2019, No. 21, pp. 77-123. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5701/7097>).

En conclusión, aunque no sea obligatorio realizar una audiencia para declarar desierta una licitación, se sugiere analizar la necesidad, para garantizar el derecho a la participación y la contradicción de las decisiones administrativas de los interesados y proponentes. Efectuarla no está prohibido por el ordenamiento; por el contrario, está prevista en el ámbito prescriptivo de las normas que otorgan esta facultad a las entidades.

2. Cuestionamientos a la postura mayoritaria: procedencia de recursos contra la declaratoria de desierta

El entendimiento generalizado y pacífico de la Administración, de la doctrina y la judicatura es que al acto que declara desierta una licitación admite el recurso de reposición, con fundamento en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que consagra lo siguiente: «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». En términos de eficacia del subsistema jurídico contractual, debe concluirse que contra este acto puede interponerse el recurso de reposición; asumir una posición distinta genera conflictos innecesarios. No obstante lo anterior, no es mi criterio, como lo expresaré en los siguientes párrafos. A pesar de esto, aquella posición debe valorarse positivamente, especialmente porque procura que los afectados controviertan la decisión administrativa, para revisar la veracidad y validez de los elementos de juicio que la originaron.

Desde mi punto de vista, la coherencia intrasistémica del derecho administrativo, de sus categorías y conceptos, exige mínimamente cuestionar esa pacífica y generalizada postura, en el entendido de que –desde mi punto de vista– no satisface las reglas de la lógica. En efecto, la premisa necesaria para considerar que al acto que declara desierta una licitación admite el recurso de reposición consiste en asumir que se trata de un acto de contenido particular. Esto es lo que yo no admito. Solo así elude el supuesto del artículo 75 del CPACA, que prohíbe interponer recursos contra los actos de carácter general: «No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa».

Como presupuesto de la discusión que propongo, considérese que el acto administrativo puede ser de dos clases, determinadas por los destinatarios: si están identificados es *particular*; de lo contrario es *general*⁹. El ordenamiento los regula

⁹ Muñoz Machado, quien destaca que la distinción tiene relevancia, especialmente en cuanto a la forma de informar a los destinatarios y al control judicial –al igual que en nuestro ordenamiento–, también diferencia esta clase de acto a partir de los destinatarios: «La distinción se refiere fundamentalmente a los destinatarios de los actos administrativos, que puede ser un sujeto concreto y determinado, o una pluralidad inconcreta y sin precisar»

de manera distinta, aunque no exista disposición que los defina. Esto lo ilustra el artículo 65 del CPACA, que establece el deber de *publicar* los actos de contenido general, con el propósito de comunicarlo; mientras que el artículo 66 establece el deber de *notificar* los actos administrativos de contenido particular, de tal forma que los destinatarios conozcan la decisión¹⁰.

A la anterior consecuencia, que distingue esta clase de actos, se suman dos: por un lado, mientras los actos de contenido particular se controlan judicialmente mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos de contenido general se demandan mediante el medio de control de simple nulidad. Asimismo, en cuanto inquieta a la discusión de este acápite, los actos de contenido particular son susceptibles de interposición de recursos, no así los de contenido general –como se transcribió, en los términos del artículo 75–.

Asumir posición frente a la naturaleza de un acto no es intrascendente, porque los efectos son distinguibles. A esto se añade que el objeto mismo de la teoría y la dogmática consiste en establecer fronteras conceptuales, que permitan entender, de manera precisa, el funcionamiento del derecho, sin suponer que sea inútil una perspectiva exclusivamente práctica de los problemas jurídicos.

Desde mi punto de vista, al observar el acto que declara desierta una licitación se constata que no identifica los destinatarios. Simplemente declara desierta una licitación determinada. Que no lo haga implica que la decisión no tiene afectados directos, en la medida en que no existen derechos subjetivos que proteger. Pero, incluso, si hubiera proponentes en todo caso la decisión se dirige al procedimiento, lo afecta a él, en el sentido de que se declara desierta la licitación,

(MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XII. 2ª ed. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1ª ed. 2015, 2ª ed. 2017. p. 26); Santofimio Gamboa, luego de explicar que el acto de contenido general es una expresión especial del poder público, similar a la forma normativa ejercida por el legislador, lo define como el acto que tiene un alcance sobre los derechos subjetivos e intereses de la colectividad: «En esa perspectiva, entendemos por acto administrativo de contenido colectivo toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos en el ámbito de los derechos subjetivos e intereses de la colectividad. Aspecto este último que marca una diferencia sustancial con el simple acto de contenido individual, que impacta únicamente, en los derechos subjetivos e intereses personales e individuales del sujeto que interacciona con la administración» (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Versión electrónica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. § 1.358).

¹⁰ Los artículos referidos disponen respectivamente lo siguiente: «Artículo 65. Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso. [...]».

«Artículo 66. Deber de notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto. Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes».

y no la participación de los oferentes. Esto constituye un elemento que permite diferenciarla de otras decisiones, particularmente de la que rechaza una oferta, que evidentemente tiene un destinatario específico. Como conclusión de lo anterior – resumiendo mi tesis–, forzosamente debe concluirse que se trata de un acto de contenido general, que no debe notificarse sino publicarse, y que no es susceptible de recursos.

Por oposición a mi postura, para la mayoría el tema no genera mayor discusión; por ejemplo, Dávila Vinueza considera que contra este acto proceden recursos, no por su naturaleza de acto particular y definitivo, sino porque critica al sector de quienes consideran que tiene el mismo alcance y se aplica la misma regulación que al acto de adjudicación, en especial sobre su irrevocabilidad¹¹.

Del mismo modo, Colombia Compra Eficiente, en el concepto del 17 de febrero de 2022, asume el mismo planteamiento, concluyendo que el acto que declara desierta la licitación no se rige por las reglas del acto de adjudicación, y en cambio es susceptible de la interposición del recurso de reposición, en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993¹².

El Consejo de Estado, al resolver controversias que tenían por problemas principales el régimen de notificación del acto, el medio de control o acción procedente y su caducidad, ha argumentado superfluamente que los vicios de una declaratoria de desierta no afectan el ordenamiento jurídico en abstracto, de tal forma que no puede catalogarse como un acto de contenido general. Además, en los casos comunes donde se demandó esta clase de actos se pretendió probar que causó perjuicios subjetivos, lo que supuso que la naturaleza del acto fuera una cuestión inadvertida o absolutamente obvia¹³.

¹¹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 453.

¹² Debe precisarse que las preguntas que motivaron el concepto se plantearon sobre el procedimiento de mínima cuantía. No obstante, la Agencia precisó que, ante la falta de regulación especial para dicho procedimiento, se aplicaban las reglas de la declaratoria de desierta de la licitación, razón por la cual en el presente ensayo se analizan sus planteamientos (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 del 17 de febrero de 2022).

¹³ Al resolver apelaciones de auto, la Corporación se ha pronunciado exclusivamente en los problemas relacionados con la acción procedente y la caducidad, sin pronunciarse sobre la naturaleza del acto. Del mismo modo, en la sentencias se ha detenido, sobre todo, en los problemas relacionados con el restablecimiento del derecho, cuando efectivamente se lesionaron intereses subjetivos (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 26 de junio de 2014. Exp. 26.903. C.P. Stella Conto Díaz; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de julio de 2013. Exp. 24.311. C.P. Ramiro Pazos Guerrero; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 14 de marzo de 2012. Exp. 20.395. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Exp. 16.209. C.P. Ramiro Saavedra Becerra; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 2 de

La cuestión no es sencilla, porque la realidad consiste en que un particular demanda un acto que declara desierta una licitación por considerarse afectado, especialmente pretendiendo que se le indemnice lo que hubiera recibido, de ser escogido. Desde esa perspectiva, tiene sentido que ningún sector haya discutido la naturaleza del acto, porque se da por supuesto que, aunque no mencione a los proponentes, los efectos se dirigen y afectan a ellos, motivo por el cual debe considerarse que se trata de un acto de contenido particular.

Pese a lo anterior, la situación en la cual se declara desierto un procedimiento, porque no se presentó un oferente, y la estructura de la decisión en sí misma –que se dirige objetivamente al procedimiento–, devela la falta de coherencia conceptual del sistema. Por lo pronto, el estado del tema concluye que se trata de un acto de contenido particular, pese a que existan aristas que desdibujen la consistencia del razonamiento.

3. Facultad para iniciar un nuevo procedimiento y para modificar el pliego de condiciones

Al efecto principal del acto que declara desierta la licitación –terminar el procedimiento– se le añade la configuración de la facultad para iniciar otro, donde se invite, nuevamente, a presentar ofertas y, de ese modo, permitir que la Administración satisfaga los fines que la motivaron a iniciar la licitación. Pretendiendo reducir el tiempo que supone adelantar una licitación, la Ley 1150 de 2007, numeral 2, literal d), habilita a las entidades a realizar una selección abreviada, del siguiente modo: «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». Este artículo se complementa con el 2.2.1.2.1.2.22 del Decreto 1082 de 2015, que ordena que las entidades deben prescindir de las manifestaciones de interés y de realizar el sorteo de oferentes.

Lo primero que debe precisarse es que las entidades no están obligadas a iniciar un nuevo procedimiento de selección. Desde luego, si desaparecieron las causas o motivos que motivaron a la entidad a iniciar la licitación, no existe necesidad de convocar un procedimiento nuevo, lo cual pudo suceder si la

febrero de 2005. Exp. 28.844. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 24 de junio de 2004. Exp. 15.235. C.P. Ricardo Hoyos Duque; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2003. Exp. 14.107. C.P. Ricardo Hoyos Duque; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 7 de junio de 2001. Exp. 19.583. C.P. María Elena Giraldo Gómez).

necesidad se satisfizo de otro modo durante el tiempo en el que no se escogió al contratista.

Ahora, en caso de iniciarse un nuevo procedimiento de selección, se pregunta si debe ser el de selección abreviada, o si, en cambio, puede ser otra licitación. Pese a esta problemática pragmática, el ordenamiento es claro al establecer que la licitación procede como regla general, pero que al configurarse alguna causal distinta se debe iniciar alguno de los procedimientos especiales¹⁴. De hecho, la estructura normativa de los procedimientos de selección requiere que exista una interpretación medianamente estricta de la procedencia o aplicación de estos, toda vez que supondría un peligro para los interesados y la sociedad que se considerara que las entidades tienen una discrecionalidad absoluta para escoger a su voluntad el procedimiento a realizar.

Esto explica que el reglamento imponga la carga de justificar la modalidad de selección escogida, dado que deben expresar las razones fácticas que configuraron la causal, para aplicar alguno de los trámites especiales o el general¹⁵. Por consiguiente, las entidades, cuando declaran desierta una licitación, no están obligadas a realizar un nuevo proceso de selección, pero de hacerlo deben iniciar una selección abreviada.

En caso de tramitar un nuevo procedimiento de selección, puede presentarse una problemática sobre la modificación del pliego de condiciones.

Actualmente no existe disposición expresa que autorice modificar el pliego, como sí sucedió en otros ordenamiento, como en vigencia del Decreto 2474 de 2008, que habilitaba a las entidades a modificar aspectos de la futura contratación, que en su criterio hubiesen sido determinantes para declarar desierta la licitación, siempre que no modificaran el objeto¹⁶. La ausencia de norma problematiza la

¹⁴ Así lo dispone el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007: «Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo».

¹⁵ El artículo 2.2.1.1.2.1.3 del decreto 1082 de 2015 preceptúa: «Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

[...]

»2. La modalidad del proceso de selección y su justificación».

¹⁶ El Decreto 2474 disponía lo siguiente: «Artículo 48. Selección abreviada por declaratoria de desierta de la licitación. Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 3576 de 2009. En los casos de declaratoria de desierta de la licitación, si persiste la necesidad de contratar y la entidad estatal no decide adelantar un nuevo proceso de licitación, podrá iniciar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierta un proceso de selección abreviada, aplicando las reglas señaladas en el artículo 44 del presente decreto con excepción de lo señalado en los numerales 3 y 4 del citado artículo.

La entidad podrá modificar los elementos de la futura contratación que a su criterio hayan sido determinantes en la declaratoria de desierta, sin que en ningún caso se cambie el objeto de la contratación» (énfasis fuera del texto).

situación en la cual la Administración considera que debe modificar los documentos contractuales, particularmente el pliego de condiciones, para solucionar los problemas que impidieron adjudicar.

Aunque no exista norma, debe concluirse que las entidades tienen competencia para adecuar el pliego de condiciones, y prevenir que nuevamente se declare desierto el procedimiento de selección. Esta interpretación no solo se funda en las normas que exigen que la función administrativa sea eficaz, como el artículo 209 superior y los numerales 1 y 3 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993¹⁷, sino en la lógica pragmática de una buena administración, conforme a la cual no tiene sentido ejecutar recursos si *ex ante* puede identificarse que el procedimiento no va a materializar sus fines.

A lo anterior se agrega que reglamentariamente se han introducido variaciones para admitir la modificación del pliego de condiciones en un escenario similar: selecciones regidas por pliegos tipo. El artículo 2.2.1.2.6.1.6 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 342 de 2019, prohibía que las entidades modificaran el pliego tipo¹⁸. Los problemas prácticos que produjo lo anterior exigieron modificar el reglamento, de ahí que el artículo vigente, modificado por el Decreto 594 de 2020, permite que las entidades adapten el pliego tipo de licitación de infraestructura de transporte al de selección abreviada, a excepción de la «Matriz 1 - Experiencia»¹⁹.

¹⁷ «Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones»; «Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

»10. 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.

[...]

»30. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados».

¹⁸ El artículo disponía lo siguiente: «Artículo 2.2.1.2.6.1.6. Declaratoria desierta del proceso de licitación: Ante la declaratoria de desierto de un proceso de contratación amparado por los Documentos Tipo, la entidad estatal que adelante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, del que trata el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.1.2.22. del presente Decreto, *deberá mantener las condiciones y requisitos de los Documentos Tipo*» (cursivas añadidas).

¹⁹ El artículo vigente dispone: «Artículo 2.2.1.2.6.1.6. Declaratoria desierta del proceso de licitación. Cuando se declare desierto un proceso de contratación que aplicó los Documentos Tipo de licitación pública, para el nuevo proceso de contratación la entidad estatal debe utilizar los Documentos Tipo para selección abreviada de menor cuantía de

Si bien la norma aplica a un supuesto específico que inicia una selección abreviada –cuando se declara desierta una licitación–, lo que se destaca es el criterio que motivó transformar el ordenamiento, que no es otro que facilitar el ejercicio de la actividad contractual. En consecuencia, debe reconocerse que es más beneficioso concluir que si se declara desierta una licitación, y debe acudir a una selección abreviada, se ajuste el pliego de condiciones para evitar los mismos problemas que imposibilitaron escoger al contratista.

Bibliografía

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 26 de junio de 2014. Exp. 26.903. C.P. Stella Conto Díaz.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de julio de 2013. Exp. 24.311. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 14 de marzo de 2012. Exp. 20.395. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Exp. 16.209. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28.844. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 24 de junio de 2004. Exp. 15.235. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2003. Exp. 14.107. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 7 de junio de 2001. Exp. 19.583. C.P. Maria Elena Giraldo Gómez.

Conceptos

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 del 17 de febrero de 2022.

obra pública de infraestructura de transporte, adaptando las condiciones y requisitos a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y al artículo 2.2.1.2.1.2.22. del presente Decreto. En todo caso, al nuevo proceso de selección se le aplicará la “Matriz 1 – Experiencia” de los Documentos Tipo de licitación de obra pública de transporte».

Doctrina

BARNÉS, Javier. Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo. Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia [En línea]. Primer semestre de 2019, No. 21, pp. 77-123. Recuperado de:

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5701/7097>.

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

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XII. 2^a ed. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1^a ed. 2015, 2^a ed. 2017. 416 p.

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

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Versión electrónica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. 3.074 §.

