



PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN – Igualdad y concurrencia – Alcance

Por regla general, los principios de igualdad y concurrencia rigen en los procedimientos de selección competitivos de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación. Esto significa que debe promoverse la pluralidad de oferentes como condición necesaria para escoger la oferta más favorable a los intereses de la entidad. Aunque existen algunas limitaciones, la posibilidad que tienen los proponentes de presentarse a las licitaciones o concursos es acorde al principio de selección objetiva, el cual define el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 como la escogencia realizada sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

DECLARATORIA DE DESIERTA – Concepto

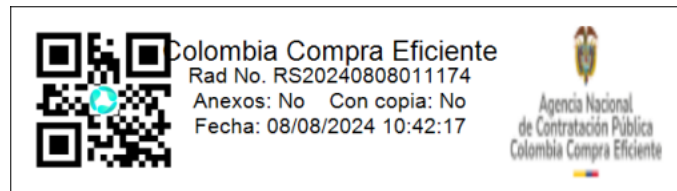
[...] la declaratoria de desierta no es más que una decisión negativa respecto a la adjudicación del contrato, como consecuencia de la imposibilidad de aplicar el principio de selección objetiva. Ésta se adopta mediante un acto definitivo –no de trámite–, pues con él finaliza el procedimiento contractual, lo que impide su continuación. En efecto, mediante dicho acto la entidad manifiesta su decisión de no adjudicar el contrato, esto es, de no seleccionar a su futuro contratista.

DECLARATORIA DE DESIERTA – Recursos – Procedencia – Vacíos – Regulación

[...] la regla especial respecto a que frente al “acto de adjudicación” no proceden recursos, no es posible extenderla a la declaratoria de desierta, por tratarse de un acto con una naturaleza y contenido diferente, además de que, bajo el entendido de que dicha disposición limita el ejercicio de un derecho, como sería la interposición de un recurso, su interpretación debe ser estricta. Por ello, esta Agencia considera que la declaratoria de desierta hace parte de aquellos actos regulados en el inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, es decir, que frente a ella procede el recurso de reposición.

Así, frente al acto administrativo que declara desierto un procedimiento de selección procede el recurso de reposición, independientemente de los hechos y fundamentos que aduzca la entidad en el respectivo acto. Ahora bien, el EGCAP, si bien establece los recursos que proceden frente a los actos proferidos en desarrollo de la actividad contractual, no regula aspectos como: frente a quién se interponen, la oportunidad o término con que se cuenta para presentarlos, el efecto en que se conceden, los requisitos para interponerlos, etc. Por tanto, estos aspectos deben regularse conforme a las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, esto es, con los artículos 74 y ss. Lo anterior con fundamento en la remisión que realiza el inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que resulta armónico con los artículos 2 y 34 del CPACA, sin perjuicio que, como se ha indicado, se observen prevalentemente las disposiciones establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Bogotá D.C., 08 de Agosto de 2024



Señor

Mario Alfonso Nieves Carrasquilla

marioanc96@hotmail.com

Cartagena de Indias, Bolívar

Concepto C – 377 de 2024

Temas: PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN – Igualdad y
conurrencia – Alcance / DECLARATORIA DE DESIERTA
– Concepto / DECLARATORIA DE DESIERTA – Recursos
– Procedencia – Vacíos – Regulación

Radicación: Respuesta a la consulta con radicado No.
P20240722007541

Estimado señor Nieves Carrasquilla:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su solicitud de consulta de fecha 22 de julio de 2024, en la cual pregunta sobre:

“[...] la procedencia o no del recurso de reposición frente al acto administrativo que declara desierto un proceso, cuando la causal invocada obedezca a que no se recibieron ofertas durante el plazo del cronograma [...]”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter



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

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

I. Problemas planteados:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿cuál es el recurso procedente frente al acto que declara desierto un proceso de selección? y ii) ¿depende de que exista o no pluralidad de oferentes?

II. Respuestas:

Conforme al inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, esta Agencia considera que frente al acto que declara desierto un procedimiento de selección procede el recurso de reposición, que podrá interponerse en los términos establecidos en el artículo 76 del CPACA. Incluso, debido a que las disposiciones no sujetan la procedencia de los recursos a los hechos o argumentos a que acuda la entidad estatal para declarar desierto el procedimiento de selección, estos procederán, incluso en los eventos en que la entidad argumente no haber recibido ofertas o que estas fueron presentadas de forma extemporánea, pues incluso este sería un contenido del acto sujeto a discusión, bajo el entendido de que algún interesado podría considerar que sí presentó oferta o que lo hizo dentro del término.



III. Razones de las respuestas:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

Por regla general, los principios de igualdad y concurrencia rigen en los procedimientos de selección competitivos de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación. Esto significa que debe promoverse la pluralidad de oferentes como condición necesaria para escoger la oferta más favorable a los intereses de la entidad. Aunque existen algunas limitaciones, la posibilidad que tienen los proponentes de presentarse a las licitaciones o concursos es acorde al principio de selección objetiva, el cual define el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 como la escogencia realizada sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En el mismo sentido, la doctrina considera que:

“La concurrencia tiene por objeto lograr que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes; porque si lo que la Administración pretende para satisfacer en la mejor forma sus intereses públicos, es contratar con el particular que ofrezca las mejores garantías para el cumplimiento del objeto contractual, es necesario que a la compulsa hayan podido acudir todos los interesados en participar que estén capacitados para brindar la prestación requerida.

[...]

La concurrencia no significa enfrentamiento en el sentido de disputa entre los interesados, ella no supone el litigio en el sentido técnico procesal; es decir, que no hay litis, porque los participantes no acuden ante la autoridad administrativa para que ésta resuelva, como juez, un conflicto jurídico; los participantes son, en realidad, proponentes cuya actividad se limita, en principio, a presentar sus antecedentes y propuestas, en orden al emprendimiento licitado.

Existe, sí, oposición, la que consiste en un procedimiento selectivo que da lugar a que se comparen y evalúen las distintas ofertas, para escoger de entre ellas la más conveniente; pero no se da entre los postulantes una situación de contienda, sino, en todo caso, de competencia industrial, comercial, profesional, técnica o de todas ellas



combinadas, entre quienes aspiran a ser admitidos en igualdad de condiciones en ese procedimiento y tratados con equidad”¹.

La concurrencia depende de que el pliego de condiciones defina reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de los ofrecimientos –lit. b) del art. 24.5 de la Ley 80 de 1993–. Especialmente, los *requisitos habilitantes* deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato y a su valor –art. 5.1 de la Ley 1150 de 2007 y art. 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015–. Por su parte, los *criterios de escogencia* y su respectiva ponderación deben ser proporcionados, objetivos y razonables, pues sólo así resultarán respetuosos de los principios de imparcialidad e igualdad de trato para todos los oferentes². En este contexto, de cara a los principios de la función administrativa y la contratación estatal, los procesos de selección están regulados con el propósito de escoger la mejor propuesta para la realización del interés general. Dicho objetivo se concreta una vez concluye la fase de evaluación, momento en el cual la entidad determina la oferta más favorable.

No obstante, en algunos casos ésta decide no adjudicar el contrato, porque no le es posible realizar una escogencia objetiva: es así como se presenta una decisión negativa de la Administración que comporta la frustración del proceso contractual. La configuración de esta circunstancia está prevista en el artículo 25.18 de la Ley 80 de 1993, pues –en el marco del principio de economía– la norma dispone que “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”.

Si bien resulta problemático que la disposición solo aluda a la licitación, esta Agencia considera que su entendimiento debe ser amplio, para acoger a los demás procedimientos adoptados posteriormente por la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 2 creó nuevas modalidades de selección que no existían bajo la Ley 80 original, esto es, además de la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la mínima cuantía. Esta interpretación encuentra fundamento en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, cuya redacción es más amplia, al prescribir que “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de

¹ COMADIRA, Julio Rodolfo. La licitación pública como procedimiento administrativo especial: protección jurídica al oferente. En: El procedimiento administrativo y el control judicial de la administración pública. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2001. pp. 305-307.

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Rad. 24059. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa". Es decir, las actuaciones de las entidades estatales deben observar el principio de economía, por lo que el artículo 25.18 aplica a las demás modalidades competitivas del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

En este sentido, la declaratoria de desierta no es más que una decisión negativa respecto a la adjudicación del contrato, como consecuencia de la imposibilidad de aplicar el principio de selección objetiva. Ésta se adopta mediante un acto definitivo –no de trámite–, pues con él finaliza el procedimiento contractual, lo que impide su continuación. En efecto, mediante dicho acto la entidad manifiesta su decisión de no adjudicar el contrato, esto es, de no seleccionar a su futuro contratista.

La declaratoria de desierta es una figura de vieja data en nuestro ordenamiento, pues ha sido una constante histórica estatutos contractuales derogados. Así, el Decreto Ley 150 de 1976 señalaba las circunstancias en que procedería su declaración –art. 30–; además, exigía establecer en el pliego de condiciones el número mínimo de participantes para no procediera su declaratoria –art. 22–, y habilitaba a la Administración para celebrar el contrato siguiendo el procedimiento de la contratación directa –art. 31–. Por su parte, el Decreto Ley 222 de 1983 establecía la posibilidad de declarar desierta la licitación, determinando las causales para su procedencia –art. 42–. También estipulaba el plazo en el que había de efectuarse y algunas de las consecuencias de tal determinación –nums. 8 y 9 del art. 30–. Ambos estatutos regularon motivos de oportunidad y conveniencia como fundamento de la declaratoria.

En contraste, bajo la regulación vigente, esta "únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva". De esta manera, cualquier declaratoria de desierta de un proceso contractual implica que la entidad en el acto mediante el cual se declara exprese las razones por las cuales considera que no es posible realizar una selección objetiva de la mejor oferta y cómo esta circunstancia se presenta efectivamente en el procedimiento de selección. Esto hace que el acto administrativo mediante el cual se adopta decisión tenga carácter reglado³. Lo anterior no obsta para reconocer que la

³ PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2005. Pp. 305-306. Como explica la jurisprudencia, "[...] la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierta la licitación, decisión que sólo resulta procedente cuando medien causales y circunstancias contempladas en las normas, por cuanto, como ya se anotó, la facultad de adjudicar o no un contrato estatal es reglada. No cualquier hecho conduce a la declaratoria de desierta de una licitación, sino que es menester que el mismo impida la selección objetiva de la propuesta dentro del marco



facultad para declarar desierto un proceso contractual depende de concretar un concepto jurídico indeterminado, pero esto no hace que la potestad tenga naturaleza discrecional⁴.

La doctrina ha tratado de llenar de contenido los supuestos de hecho que permiten la declaración de desierto. Por ejemplo, para PALACIO HINCAPIÉ, la selección objetiva es imposible cuando “[...] la entidad detecte la existencia de acuerdos entre los proponentes para manejar artificialmente la adjudicación, o cuando las propuestas sean incompletas o contengan precios artificialmente bajos o desproporcionados, cuando las desviaciones sean sustanciales o cuando existe violación de la reserva de las propuestas, etc. y también ‘cuando no se presente propuesta alguna o ninguna de las propuestas se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación’[...]”⁵. Por su parte, DÁVILA VINUEZA que la adjudicación del contrato sólo es imposible cuando “[...] *no haya ofertas convenientes para la entidad, bien sea porque ninguna cumple con el pliego de condiciones [...] o porque no se presentaron ofertas [...] o porque la entidad detecta acuerdos para manejar artificialmente la licitación [...]*”⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde analizar si proceden recursos contra esta decisión de la entidad contratante, y de ser así cuáles serían procedentes. Para ello, es indispensable acudir al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone lo siguiente:

“En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la

dispuesto por el ordenamiento jurídico” (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 27 de abril de 2011. Rad. 28293. CP. Ruth Stella Correa Palacio).

⁴ Mientras que los conceptos determinados “[...] delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca [...]”, en los indeterminados “[...] La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación [...]” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Vigésima edición. Madrid: Civitas, 2022. Libro en formato EPUB). En esta perspectiva, “[...] el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o de estimación, que ha atenerse, necesariamente, por una parte a la circunstancias reales que ha calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto indeterminado que su precepto emplea. Justamente por eso, el proceso de aplicación de conceptos jurídicamente indeterminados es un proceso reglado [...], porque no admite más que una solución justa [...]” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. Madrid: Civitas. 1989. pp. 36-38).

⁵ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Octava edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R SAS, 2020. p. 352.

⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Bogotá: Legis, 2016. pp. 452-453.



función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

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.

Parágrafo 1o. 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”.

De la disposición transcrita se destacan varios aspectos relevantes para el asunto que se analiza: i) se establece que los actos administrativos que se expidan en desarrollo de la actividad contractual sólo son susceptibles del recurso de reposición; ii) se establece que frente al “acto de adjudicación” no proceden recursos; iii) el inciso primero prescribe que los vacíos en el procedimiento administrativo contractual serán llenados con las normas que “rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa”, esto es, mediante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–.

En relación con lo anterior, cabe destacar que la regla especial respecto a que frente al “acto de adjudicación” no proceden recursos, no es posible extenderla a la declaratoria de desierto, por tratarse de un acto con una naturaleza y contenido diferente, además de que, bajo el entendido de que dicha disposición limita el ejercicio de un derecho, como sería la interposición de un recurso, su interpretación debe ser estricta. Por ello, esta Agencia considera que la declaratoria de desierto hace parte de aquellos actos regulados en el inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, es decir, que frente a ella procede el recurso de reposición.

Así, frente al acto administrativo que declara desierto un procedimiento de selección procede el recurso de reposición, independientemente de los hechos y fundamentos que aduzca la entidad en el respectivo acto. Ahora bien, el EGCAP, si bien establece los recursos que proceden frente a los actos proferidos en desarrollo de la actividad contractual, no regula aspectos como: frente a quién se interponen, la oportunidad o término con que se cuenta para presentarlos, el efecto en que se conceden, los requisitos para interponerlos, etc. Por tanto, estos aspectos deben regularse conforme a las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, esto es, con los artículos 74 y ss. Lo anterior con



fundamento en la remisión que realiza el inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que resulta armónico con los artículos 2 y 34 del CPACA⁷, sin perjuicio que, como se ha indicado, se observen prevalentemente las disposiciones establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Agencia considera que frente al acto que declara desierto un procedimiento de selección procede el recurso de reposición, que podrá interponerse en los términos establecidos en el artículo 76 del CPACA⁸. Incluso, debido a que las disposiciones no sujetan la procedencia de los recursos a los hechos o argumentos a que acuda la entidad estatal para declarar desierto el procedimiento de selección, estos procederán, incluso en los eventos en que la entidad argumente no haber recibido ofertas o que estas fueron presentadas de forma extemporánea, pues incluso este sería un contenido del acto sujeto a discusión, bajo el entendido de que algún interesado podría considerar que sí presentó oferta o que lo hizo dentro del término.

En conclusión, esta Agencia considera que frente al acto que declara desierto un procedimiento de selección procede el recurso de reposición, independientemente de la causa o argumento en que se apoye la entidad para dicha decisión, sin perjuicio de tener en cuenta que tal declaración sólo procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, circunstancia que deberá motivar la entidad en el respectivo acto administrativo.

IV. Referencias normativas:

⁷ Estos artículos de la Ley 1437 de 2011 establecen: "Artículo 2o. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

[...]

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código".

"Artículo 34. Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código".

⁸ "Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar".



- Ley 80 de 1993, artículos 23, 24.5, 25.18 y 77.
- Ley 1150 de 2007, artículos 2 y 5.1.
- Ley 1437 de 2011, artículos 2 y 34.
- Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.1.1.3.1 y 2.2.1.1.1.6.2.

V. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Esta Subdirección se ha pronunciado sobre la declaratoria de desierta en el Concepto C-001 del 17 de febrero de 2022. Estos y otros se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual puede accederse a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>.

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

Atentamente,

Original Firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1 - 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE



Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

