

Efectos en los procesos de mínima cuantía en atención al precio artificialmente bajo

Effects on The Minimum Amount Processes in Response to The Artificially Low Price

Luis Armando López Valera¹

Manuela Moya Bernier²

Resumen

El presente artículo científico se propuso como objetivo general determinar las posibles consecuencias de validar propuestas con precios artificialmente bajos en procesos de mínima cuantía. Lo anterior en el entendido, que por mandato de la Ley 80 de 1993, los contratos celebrados por las entidades del Estado deben estar anteceditos por estudios previos encargados de examinar aspectos económicos, sociales, ambientales, logísticos y otros relacionados con el contrato, emprendimiento que se desprende el principio de planeación. Uno de los estudios previos a llevar a cabo obligatoriamente es el estudio de mercado y análisis del sector, lo cual tiene como finalidad conocer las dinámicas comerciales y económicas vigentes antes de celebrar determinados contratos. Sin embargo, en algunos escenarios dicho mandato no es cumplido a la cabalidad, lo que conlleva al surgimiento de anomalías como la celebración de propuestas con precios artificialmente bajos, es decir, una adjudicación en la cual la oferta presentada por el proponente no se ajusta a la realidad y genera desequilibrio no solo en el trámite de adjudicación, sino también en el cumplimiento efectivo del contrato. A tal efecto, resulta necesario que desde la academia se examinen aspectos relacionados con dicha irregularidad. El anterior cometido fue llevado a cabo mediante una metodología jurídica, de tipo descriptiva y con un enfoque cualitativo basado en la revisión documental.

Palabras clave: contratación pública, principio planeación, precios artificialmente bajos, estudios previos, estudio mercado análisis sector, libre competencia.

Abstract

The general objective of this scientific article was to determine the possible consequences of validating proposals with artificially low prices in minimum value processes. The foregoing is with the understanding that, by mandate of Law 80 of 1993, contracts entered by State entities must be preceded by prior studies in charge of examining economic, social, environmental, logistical and other aspects related to the contract, an undertaking that the planning principle emerges. One of the mandatory prior studies to be carried out is the market study and analysis of the sector, which aims to know the current

¹ Abogado titulado. Aspirante a especialista en contratación estatal. Universidad libre de Colombia, 2023. correo electrónico. Luis.a-lopez@unilibre.edu.co

² Abogado titulado. Aspirante a especialista en contratación estatal. Universidad libre de Colombia, 2023. correo electrónico manuela-moyab@unilibre.edu.co

commercial and economic dynamics before entering into certain contracts. However, in some scenarios this mandate is not fully fulfilled, which leads to the emergence of anomalies such as the celebration of proposals with artificially low prices, that is, an award in which the offer presented by the proponent does not comply with reality and generates imbalance not only in the award process, but also in the effective fulfillment of the contract. To this end, it is necessary for the academy to examine aspects related to said irregularity.

The previous task was carried out using a legal methodology, descriptive in nature and with a qualitative approach based on documentary review.

Keywords: public procurement, planning principle, artificially low prices, prior studies, market study, sector analysis, free competition.

INTRODUCCIÓN

La contratación administrativa en Colombia es un área de derecho estrictamente reglamentada y regulada, siendo necesario el sometimiento de dichos tramites a un mínimo de principios y protocolos que determinan el deber ser en la celebración, ejecución y liquidación de contratos.

Uno de los principios de obligatorio cumplimiento en la contratación administrativa es la planeación, el cual ordena a las entidades planificar en debida forma la ejecución del contrato. Lo anterior con miras a anticipar resultados esperados, adecuar sus expectativas a la realidad, y corregir previamente la posible aparición de errores y anomalías susceptibles de desviar el negocio.

El principio de planeación se materializa mediante estudios previos, los cuales examinan previamente aspectos económicos, ambientales, logísticos y sociales relacionados con el cumplimiento de los contratos. Uno de estos estudios previos es el análisis del mercado y el sector, el cual busca establecer las bases económicas y mercantiles sobre las cuales debe soportarse los contratos, siendo este estudio principalmente exigible a los contratos de suministro.

Sin embargo, contrario al mandato normativo, en algunos escenarios existe una vulneración del principio de planeación y los estudios previos, lo anterior conlleva a que se presenten fenómenos negativos, siendo uno de estos la celebración de contratos con precios artificialmente bajos, anomalía que se genera cuando se adjudica un contrato cuyas bases económicas y mercantiles no se encuentran ajustadas a la realidad vigente.

La celebración de un contrato con previos artificialmente bajos genera un deterioro de diferentes intervinientes en el proceso de adjudicación, por un lado, se genera riesgo sobre

la administración, puesto esta celebra un contrato que no se encuentra ajustado a la realidad, lo que puede conllevar al incumplimiento por parte del contratista, conexo a esto, también se genera un desequilibrio de la plataforma competitiva, puesto los otros oferentes no pueden superar una oferta que carece de sustentación real.

Expuesto lo anterior, el presente artículo científico se propuso como objetivo general determinar las posibles consecuencias de validar propuestas con precios artificialmente bajos en procesos de mínima cuantía.

METODOLOGÍA

El presente artículo científico fue llevado a cabo mediante una metodología jurídica, de tipo descriptiva y con un enfoque cualitativo basado en la revisión documental. A tal efecto, resulta necesaria la consulta de tipo normativo, jurisprudencial y doctrinario encaminado a sustentar los resultados, conclusiones y recomendaciones del presente emprendimiento académico.

Generalidades de la contratación pública en Colombia

La contratación administrativa es un área del derecho administrativo colombiano, por medio de la cual se regula la celebración de pactos y negocios contractuales entre el Estado y los particulares, los cuales se encuentran soportados en una necesidad de promover y materializar los fines sociales del Estado, siendo necesario que todos los escenarios de dicho trámite se encuentren sometidos al principio de interés general.

Los contratos administrativos surgen de la necesidad de potencializar y optimizar el cumplimiento de los fines sociales del Estado por parte de la administración, puesto muchas veces el cumplimiento de la totalidad de funciones y obligaciones impuestas a las entidades no puede ser adelantada directamente, siendo necesaria la celebración de negocios con particulares con miras a concretar dicho cometido.

En palabras de Bahamón (2018) el contrato administrativo surge ante la necesidad de dotar a la administración de herramientas eficaces y diligentes para el cumplimiento de sus funciones, siendo necesaria la celebración de negocios con particulares para concretar dichos mandatos.

De igual forma, Salazar (2019) confirma que la finalidad del contrato administrativo es permitir a la administración cumplir con la totalidad de obligaciones que emanan de los fines sociales del Estado, las cuales dada la logística limitada de las entidades no pueden ser cubiertas directamente, siendo necesario que se celebren negocios con particulares que coadyuven a la concreción de dicho cometido.

Complementando lo expuesto, Volio (2018) afirma que el contrato administrativo es una necesidad en Colombia, puesto en muchos escenarios resulta imposible para la administración cumplir directamente las obligaciones y funciones que le son impuestas, siendo por el contrario necesario que se pacte con particulares para cumplir dicho cometido.

La Legislación encargada de regular los contratos administrativos en Colombia es la Ley 80 de 1993, la cual ha sido complementada con diferentes iniciativas encaminadas a reglamentar todos los aspectos relacionados con la celebración de contratos por parte del Estado colombiano.

Conexo al ejercicio legislativo, la jurisprudencia colombiana de igual forma ha generado contenido relacionado con el contrato estatal, siendo estas algunas de las entradas más relevantes de dichas líneas jurisprudenciales.

En lo referente a la teleología de los contratos administrativos, la sentencia de radicado C – 713 de 2009, expedida por la Corte Constitucional, confirma que la finalidad de la contratación estatal es la promoción y materialización de los fines sociales del Estado, siendo necesaria la celebración de negocios y convenios con los particulares que faciliten el cumplimiento de muchas de las funciones y obligaciones de las entidades estatales.

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 713, 2009)

La temática es igualmente abordada en sentencia de radicado C - 932 de 2007, expedida por la misma corporación judicial, la cual reitera que los contratos administrativos se encuentran fundamentados en una necesidad de promocionar los fines sociales del Estado. por tal razón, la celebración de contratos es admisible siempre y cuando mediante dichos tramites que coadyuve a la consecución de dichos cometidos.

La defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, pues sólo es válido y admisible jurídicamente el procedimiento precontractual, el contrato y los actos de ejecución del mismo que se inspiran o tienen como propósito el cumplimiento o la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Desde esta perspectiva, el concepto de interés público se consolida como el sustento más importante y la justificación de la contratación administrativa, por lo que la ausencia del mismo en el acuerdo de voluntades genera graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseñaron. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 932, 2007)

En conclusión, del presente apartado, el contrato administrativo es un instrumento del ordenamiento jurídico colombiano mediante el cual se le permite a la administración la celebración de pactos y convenios con particulares, siendo la finalidad de dicha asociación la promoción y materialización de los fines sociales del Estado.

Dada la relevancia constitucional de la contratación administrativa, el Legislador estableció que dichos tramites deben ajustarse a una especialmente reglada axiología y teleología, siendo obligatorio el cumplimiento de dichos parámetros con miras a impedir la desviación de tales actuaciones.

Una de las principales normas rectoras de la contratación administrativa en Colombia es el principio de planeación, mandato que ordena a las entidades planificar debidamente la totalidad de aspectos relacionados con la ejecución del contrato, cometido necesario para tener expectativas reales respecto al cumplimiento del contrato y en lo posible corregir previamente errores susceptibles de presentarse.

El principio de planeación y el estudio de mercado en la contratación publica

El principio de planeación es una norma rectora de la contratación administrativa en Colombia, la cual ordena la debida, preventiva y adecuada planificación de las diferentes actuaciones y aspectos que harán parte de la celebración, ejecución y liquidación de los contratos. Lo anterior con miras a anticipar y predecir, y en lo posible limitar, reducir y corregir errores susceptibles de presentarse en el trámite.

Acorde a la Ley 80 de 1993, la finalidad del principio de planeación es reducir el margen de error en la contratación administrativa, emprendimiento que se lleva a cabo mediante la previsión y corrección anticipada de posibles irregularidades y anomalías. Lo anterior se hace efectivo mediante la configuración de distintos estudios previos que buscan anticipar los resultados esperados de la actuación, tal como lo expone la norma en cuestión.

Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. (Congreso de la República, 1993)

El principio de planeación ha sido objeto de estudio en la jurisprudencia nacional, la cual ha examinado diferentes aspectos de la norma rectora con miras a determinar su utilidad y alcance.

En sentencia de radicado C – 300 del año 2012, expedida por la Corte Constitucional colombiana, la corporación indica que el principio de planeación es una herramienta jurídica por medio de la cual la administración se anticipa a anomalías susceptibles de presentarse en un contrato y procede a la corrupción preventiva y efectiva de estas.

Complementando lo expuesto, la providencia confirma que la identificación de tales irregularidades se lleva a cabo mediante el despliegue de estudios previos, los cuales examinan aspectos económicos, sociales, jurídicos, ambientales y logísticos del contrato administrativo.

Así mismo, la providencia resalta la especial relación entre el principio de planeación

y otras normas rectoras de la contratación administrativa, indicando que mediante el principio en cuestión se salvaguardan aspectos como la eficacia y economía del trámite contractual.

El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados, con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos. Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia y racionalidad de la intervención estatal, pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios (Corte Constitucional. Sentencia C – 300, 2012)

La temática es igualmente abordada por el Consejo de Estado en sentencia de radicado 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489) del 28 de mayo del año 2012, la cual reconfirma que la finalidad del principio de planeación es asegurar y garantizar el debido y correcto cumplimiento del trámite contractual, siendo necesario y obligatorio que las entidades solemnizen estudios previos con miras a examinar la viabilidad y posibilidades de ejecución correcta de los contratos.

El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden. (Consejo de Estado, 2012)

La temática es igualmente abordada en sentencia de radicado 19730 de 2012, expedida por la misma corporación judicial, la cual establece que el principio de planeación se encuentra fundamentada en muchos principios y normas rectoras de la contratación administrativa.

De igual manera, la providencia insiste que la celebración, ejecución y liquidación de contratos en Colombia no es un emprendimiento que deba ser llevado a cabo de forma desorganizada, siendo necesario que las entidades adopten una postura profiláctica frente a los resultados esperados del trámite, cometido que lleva implícita la previsión y corrección anticipada de irregularidades.

En efecto, si, de acuerdo con la normatividad, se persigue que los contratos del Estado deben ser debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público, un pacto semejante resulta siendo el mejor indicativo de la improvisación. Y es que la ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales. (Consejo de Estado, 2012)

El principio de planeación también ha sido objeto de estudio en el interior de la doctrina, la cual ha expedido contenido de relevancia relacionado con la materia, siendo estas algunas de las entradas relevantes de dicho estado del arte.

Acorde a Amaya (2016) el principio de planeación es una norma rectora de especial importancia en el trámite contractual, puesto mediante este la administración anticipa y corrige irregularidades y anomalías susceptibles de presentarse en el contrato estatal. Dicha norma rectora se encuentra soportada en una necesidad de fortalecer principios como el de economía, transparencia y eficacia.

Complementando lo expuesto, Blandón (2021) considera que la planificación de los contratos administrativos es una obligatoriedad impuesta a las entidades, puesto la celebración, ejecución y liquidación de tales instrumentos no debe ser un emprendimiento llevado a cabo a la ligera, sino resultado de una debida organización en la cual se anticipan

los resultados esperados y sus posibilidades de materialización.

Para concluir, Ochoa (2018) expone que la planificación de los contratos administrativos es un emprendimiento de incuestionable e innegable importancia, puesto mediante dicho trámite se anticipan los resultados esperados de la actuación y se adoptan medidas preventivas para corregir irregularidades susceptibles de presentarse.

El principio de planeación se hace efectivo mediante la solemnización de diferentes estudios previos, los cuales buscan examinar anticipadamente aspectos sociales, económicos, logísticos y jurídicos necesarios para culminar correctamente el contrato estatal.

En palabras de Ureña (2016) los estudios previos son una expresión del principio de planeación y revisten de especial importancia en los tramites contractuales, puesto gracias a estos se examinan y comprenden aspectos de relevancia para la conclusión correcta del contrato, lo anterior con miras a limitar la imprevisibilidad y aleatoriedad en la materialización del negocio.

Siguiendo con dicha línea de pensamiento, Castillo (2018) afirma que el despliegue de estudios previos en los tramites contractuales es una obligatoriedad, puesto dichos emprendimientos permiten comprender aspectos relacionados con la celebración, ejecución y liquidación de contratos susceptibles de ser corregidos, mejorados y replanteados.

La importancia y necesidad de los estudios previos también ha sido objeto de análisis en la jurisprudencia contencioso-administrativa, la cual ha resaltado la relevancia y imprescindibilidad de la figura. En sentencia de radicado 11001-03-25-000-2012-00762-00(2520-12) del 20 de octubre del 2014, la corporación expone que adelantar estudios previos es una obligatoriedad impuesta a las entidades en los procesos de contratación, puesto solamente de esta forma la administración puede determinar el alcance del contrato en diferentes aspectos sujetos a estudios.

De igual forma, la sentencia indica que los estudios previos se desprenden del principio de planeación, siendo también emprendimientos por medio de los cuales se salvaguardan la transparencia, selección objetiva, eficacia y economía de los contratos estatales.

En materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, pues resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un proceso contractual. El desconocimiento de este deber legal por parte de las entidades públicas de llevar a cabo los

estudios previos vulnera los principios generales de la contratación, en especial el de planeación y con él los de economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, entre otros. (Consejo de Estado. Sentencia 11001-03-25-000-2012-00762-00(2520-12), 2014)

En conclusión, del presente apartado, el principio de planeación es una norma rectora de la contratación administrativa en Colombia, la cual ordena a las entidades públicas planificar debidamente el trámite contractual con miras a anticipar y corregir posibles errores susceptibles de presentarse durante la ejecución del contrato.

El principio de planeación se materializa o lleva a cabo mediante la solemnización de estudios previos, los cuales examinan previamente aspectos sociales, económicos y logísticos relacionados con el contrato, siendo necesario dichos exámenes con miras a adecuar el trámite a una base ejecutoria coherente.

El estudio de mercado en la contratación administrativa y el problema de los precios artificialmente bajos

Los previos artificialmente bajos son una irregularidad que se presenta en la contratación administrativa en Colombia, principalmente en los contratos de suministro, cuando la propuesta presentada por el oferente no se encuentra ajustada a la realidad desde el punto de vista económico o comercial, lo que conlleva a la celebración de un contrato imposible de ejecutarse efectivamente debido a su carencia de coherencia económica.

La celebración de un contrato con precios artificialmente bajos genera diferentes efectos negativos en el trámite contractual, por un lado, puede presentarse que el contratista no cumpla lo pactado y se genere la suspensión del suministro, por otro lado, se genera el cumplimiento del contrato muy por debajo de los estándares esperados, es decir, mediante el suministro de elementos que no gozan del mínimo de calidad consagrado en la convocatoria y el contrato.

Los precios artificialmente bajos son consecuencia del incumplimiento de los estudios previos, especialmente en lo relacionado con el estudio de mercado, emprendimiento por medio del cual la entidad examina el margen de precios, oferta y demanda vigentes en las dinámicas comerciales. Lo anterior con miras a adecuar el contrato a celebrar a tales dinámicas desde el punto de vista más realista posible.

En palabras de Moyano (2019) los estudios de mercado y el análisis del sector son emprendimientos de vital importancia en el trámite contractual, puesto solamente de esta

forma la administración puede aterrizar sus expectativas a la realidad, y escoger una propuesta que se encuentre ajustada a lo posible y vigente desde el punto de vista económico y comercial.

De igual manera, Murillo (2020) afirma que la administración debe tener expectativas realistas y aterrizadas en el momento de celebrar un contrato de suministro, para tal fin, resulta necesario que la entidad tenga pleno conocimiento de las dinámicas comerciales y económicas vigentes, y de esta manera prevenir aceptar propuestas u ofertas que no se encuentran ajustadas a lo posible y verosímil. Lo anterior se hace efectivo adelantado estudios de mercado y análisis del sector, los cuales examinan la viabilidad económica de las propuestas mediante la comparación y confrontación de estas con la realidad.

Complementando lo expuesto, Correa (2002) establece que la finalidad del estudio de mercado y análisis del sector es impedir que la administración acoja propuestas y ofertas que carecen de una base realista, y por el contrario son una estrategia de los proponentes para desestabilizar el trámite con mentiras y precios que no se ajustan a la realidad.

En lo relacionado con el fenómeno de los precios artificialmente bajos, el portal de la Agencia de contratación pública del Estado, Colombia – Compra eficiente (2021) mediante su Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación, define esta irregularidad como el fenómeno que se presenta cuando la administración celebra un contrato de suministro cuyos precios no se encuentran ajustados a la realidad, dicha anomalía es consecuencia de la ineficacia de los estudios de mercado, especialmente en lo relacionado con el análisis del sector.

Seguido de esto, la misma entidad confirma que son múltiples las circunstancias que pueden conllevar al contratista a generar una propuesta alejada de la realidad desde el punto de económico y comercial. Por un lado, puede que el proponente carezca de conocimientos respecto a las dinámicas mercantiles vigentes, por otro lado, también puede ser que el contratista utiliza dicha anomalía como estrategia para equilibrar a su favor la adjudicación del contrato, lo que contrario a hacerlo más competitivo, lo hará ineficiente en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas.

Una oferta es artificialmente baja cuando, a criterio de la Entidad Estatal, el precio no parece suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo a la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector. Las ofertas artificialmente bajas llevan a: (a) los sobre costos en que pueden incurrir las Entidades

Estatales pues deben invertir tiempo y dinero adicional para gestionar el bajo desempeño del contratista con ocasión del precio artificialmente bajo o para encontrar un nuevo proveedor que entregue los bienes o servicios requeridos² ; y (b) distorsiones del mercado. Hay dos explicaciones iniciales para una oferta artificialmente baja: (i) el proponente desconoce los costos e ingresos verdaderos del contrato; (ii) el proponente utiliza su oferta como parte de una estrategia colusoria o pretende debilitar a otros proponentes durante el proceso de selección. (Agencia de contratación pública del Estado, 2021)

Seguido de esto, el texto indica que los precios artificialmente bajos generan un desequilibrio de las dinámicas mercantiles y económicas que orbitan en torno a los tramites de contratación, siendo una forma de colusión de precios.

Así mismo, la entidad aclara que no debe confundirse previos artificiales con precios competitivos, puesto mientras los primeros conllevan a una ejecución ineficiente y mediocre del contrato, los segundos se basan en dinámicas comerciales y económicas admisibles y aterrizadas a la realidad.

La presentación de una oferta con precios artificialmente bajos puede ser parte de una estrategia para proteger una posición en el mercado o incursionar en un mercado nuevo, sacrificando ganancias para evitar la participación la competencia de otros actores de ese mercado. La eficiencia del Sistema de Compra Pública está sustentada en la selección de contratistas con capacidad de cumplir el contrato para el que fueron seleccionados y en la competencia entre los diferentes agentes para obtener el mejor precio y calidad de manera sostenible en el tiempo, sin sacrificar valor por un beneficio en el corto plazo. Las ofertas artificialmente bajas no deben confundirse con ofertas competitivas. Los proponentes con ofertas competitivas que resultan de su estructura de costos o de economías de escala o economías de alcance⁶ que permiten generar un bien o un servicio a costos menores que el resto de proveedores en el mercado. La Entidad Estatal debe identificar la posible participación de este tipo de empresas en el Estudio del Sector asociado al Proceso de Contratación específico y solicitar aclaraciones a los proponentes. (Agencia de contratación pública del Estado, 2021)

La misma entidad mediante concepto de radicado C – 299 de 2022, define el precio artificialmente bajo como el fenómeno que se presenta en los procesos de adjudicación cuando la administración celebra un contrato que desde el punto de vista económico y

mercantil no se encuentra ajustado a la realidad, lo que conlleva a que el contratista no pueda cumplir efectiva y diligentemente la obligación, sea porque no puede concretar el cometido o porque elige bienes muy por debajo de lo esperado por parte de la entidad convocante.

Una oferta es artificialmente baja cuando a criterio de la Entidad Estatal, el precio no parece suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo con la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector. Es importante diferenciar las «ofertas artificialmente bajas y las ofertas competitivas», entendiendo por estas últimas aquellas que tienen en su estructura de costos economías de escala o economías de alcance, que permiten generar un bien o un servicio a menor costo que el del resto de proveedores en el mercado», según lo establece la Guía mencionada. (Corte Constitucional. Sentencia de radicado C – 299, 2022)

Seguido de esto, el mismo documento propone una serie de criterios y estrategias para identificar un precio artificialmente bajo, siendo estos algunos de los parámetros a tener en cuenta con miras a impedir la configuración de dicha irregularidad.

Para identificar las ofertas, la entidad puede tener como insumos: i) el promedio del valor de las ofertas; ii) la mediana del valor las ofertas ; iii) la desviación estándar del valor de las ofertas; iv) la diferencia entre el costo estimado del contrato y el promedio o mediana del valor de las ofertas; v) la diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el promedio del valor de las ofertas; vi) la diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el costo estimado del contrato y vii) la información histórica de ofertas y contratos del objeto del proceso de contratación. Con esta información, la Guía propone dos (2) «herramientas» y una (1) «metodología», y su aplicación depende de la cantidad de ofertas que se presentaron al procedimiento. Para la primera herramienta, la entidad puede acudir a la comparación absoluta, para contrastar el valor de cada oferta con el costo estimado de la provisión del bien o servicio, de acuerdo con el estudio del sector, siempre y cuando haya recibido menos de cinco (5) ofertas. La regla consiste en que si después de la comparación se encuentran ofertas menores en un 20% o un mayor porcentaje respecto del costo estimado por la entidad, se considerará que ofrecen precios artificialmente bajos. Por consiguiente, no se recomienda utilizar esta herramienta cuando se reciben cinco (5) o más ofertas, y no todas las ofertas deben ser tratadas por posibles «precios artificialmente bajos» sino aquellas con un valor por debajo del 20% o un porcentaje superior, respecto del valor que la entidad definió como precio del bien, obra o servicio, de acuerdo con el presupuesto del proceso. La segunda

herramienta, denominada comparación relativa, corresponde a la «comparación de cada oferta con las demás presentadas», sin que se indique la cantidad de ofertas que debió recibir la entidad, por lo cual nada obsta para aplicarla, independientemente del número de ofertas presentadas al procedimiento. Sin embargo, las herramientas mencionadas no son funcionales cuando el mercado se encuentra coludido, ya que los precios están distorsionados y no permiten una comparación objetiva. (Corte Constitucional. Sentencia C – 299, 2022)

Los precios artificialmente bajos también han sido objeto de estudios en la dogmática jurídico-administrativa, la cual ha examinado aspectos como sus causas e impacto sobre los tramites contractuales.

Acorde a Duque (2021) los precios artificialmente bajos son una irregularidad que se presenta cuando la oferta que conlleva a la adjudicación de un contrato administrativo no se encuentra ajustada a la realidad, lo que reduce la eficacia en el posterior cumplimiento de dicho contrato. Los precios artificialmente bajos tienen origen en la mala intención del proponente, el cual con miras a desestabilizar la dinámica competitiva y equilibrar los beneficios a su favor, genera propuestas que carecen de sustento efectivo desde el punto de vista comercial y económico.

De igual manera, Matallana (2008) afirma que los precios artificialmente bajos son una irregularidad que limita la igualdad de oportunidades y libre concurrencia en el trámite de adjudicación, puesto el oferente genera una propuesta que carece de sustento real y por el contrario es imposible de ejecutar dada su alcance inverosímil.

Finalmente, Rodríguez (2017) afirma que los precios artificialmente bajos generan un deterioro sobre los intereses de la administración y los sectores económicos, puesto, por un lado, la entidad celebra un negocio sin examinar si existe la posibilidad de cumplimiento por parte del contratista, adicional, los demás oferentes carecen de la posibilidad de competir no por la diligencia de la propuesta, sino por su fundamentación irreal.

Para concluir, el presente apartado, los precios artificialmente bajos son una irregularidad que se presenta cuando la administración adjudica un contrato de su ministerio que desde el punto de vista económico y mercantil no se encuentra ajustado a la realidad.

Los precios artificialmente bajos son una irregularidad contraria al principio de planeación, y son consecuencia de que la entidad no adelanto estudios de mercado, especialmente en lo relacionado con el análisis del sector.

Los precios artificialmente bajos son un acto mal intencionado del contratista, el cual

busca desestabilizar a su favor el trámite de adjudicación mediante la generación de ofertas que no se encuentra soportadas en la realidad, lo que conlleva a que se genere una ilusión imposible de cumplir en la etapa de ejecución.

Los precios artificialmente bajos generan un deterioro de los intereses de la administración y de la ciudadanía, puesto no solo se está engañando a la administración para la celebración de contratos no coherentes con la realidad, sino que también se están excluyendo otros proponentes que si tienen la capacidad de cumplir lo pactado desde un punto de vista verosímil.

CONCLUSIONES

La contratación pública es uno de los tramites especialmente reglados por el ordenamiento jurídico colombiano, siendo necesario que la Legislación reglamente la totalidad de actuaciones que componen la celebración, ejecución y liquidación de contratos administrativos.

La contratación pública se encuentra gobernada por una serie de principios y normas rectoras de obligatorio cumplimiento, siendo una de estas el principio de planeación, el cual ordena a las entidades la debida planificación de la totalidad de aspectos que componen el negocio. Lo anterior con miras a impedir la presentación de irregularidades posteriores susceptibles de desviar el emprendimiento.

El principio de planeación se materializa mediante la solemnización de estudios previos, los cuales son el examen anticipado de aspectos sociales, ambientales, logísticos y económicos cuya comprensión resulta necesaria para la ejecución correcta del contrato. Uno de estos exámenes es el estudio de mercado y análisis del sector, lo cual aplica principalmente para contratos de suministro.

Una de las irregularidades que se presenta por la indebida materialización del principio de planeación es la celebración de contratos con precios artificialmente bajos, anomalía que se genera cuando la entidad adjudica el negocio con base a una propuesta que desde el punto de vista económico y comercial no se encuentra ajustada a la realidad.

Los precios artificialmente bajos son consecuencia de dos causales, por un lado, la inaplicabilidad del principio de planeación por parte de la entidad convocante, y, por otro lado, la mala intencionalidad del proponente al desequilibrar el trámite de libre competencia

al presentar precios que no son coherentes con la realidad.

Los precios artificialmente bajos generan deterioro de los intereses de la administración, puesto será imposible que el contratista cumpla a cabalidad el contrato, o en su defecto, lo cumpla muy por debajo de la eficacia esperada por parte de la entidad contratante.

La Agencia de contratación pública del Estado ha desarrollado una serie de criterios con miras a guiar a las entidades en el proceso de identificación de propuestas con precios artificialmente bajos, siendo obligatoria la aplicación de dichos estándares para corregir dicha irregularidad.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrinarios

- Amaya, C. (2016) El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado Revista VIA IURIS, núm. 20, enero-junio, 2016, pp. 105-119 Fundación Universitaria Los Libertadores.
- Bahamón, M. (2019) Elementos y presupuestos de la contratación estatal. Universidad católica de Colombia.
- Blandón, Y. (2021) El principio de planeación en la contratación pública. Universidad libre de Colombia.
- Castillo, E. (2018) La trascendencia de los estudios previos, como materialización del principio de planeación en los contratos estatales de obra. Universidad del Rosario.
- Correa, I. (2002) Manual de licitaciones públicas. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social- ILPES.
- Duque, D. (2021) Los precios artificialmente bajos en la contratación estatal. Universidad de Medellín.
- Matallana, E. (2008) Criterio para determinar el concepto de propuesta artificialmente baja. Universidad Externado de Colombia.
- Moyano, G. (2019) La Importancia de los Estudios de Mercado en las Contrataciones Públicas. Universidad militar de nueva granada.
- Murillo, A. (2020) Incidencias de los estudios de mercado, como fundamento esencial del principio de planeación en la contratación estatal. Universidad libre de Colombia.

- Ochoa, P. (2018) Principio de planeación en la contratación estatal. Universidad cooperativa de Colombia.
- Rodríguez, A. (2017) Criterios para determinar de forma objetiva la existencia de precios artificialmente bajos. Universidad de Santo Tomas.
- Salazar, J. (2021) Cumplimiento del Principio de Planeación en contratación estatal como manifestación de una buena administración. Universidad Externado de Colombia.
- Ureña, O. (2016) Los estudios previos en la actividad contractual de las administraciones públicas. Universidad libre de Colombia.
- Volio, A. (2018) planificación de contratos estatales y debido proceso. Universidad de Medellín.

Normativas

- Asamblea nacional constituyente. Constitución Política de Colombia. Editorial Legis.
- Agencia de contratación pública del Estado. Concepto C – 299 de 2022.
- Agencia de contratación pública del Estado (2021) Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación. Agencia de contratación pública del Estado
- Congreso de la República de Colombia. Ley 80 de 1993
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 713 de 2009
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 932 de 2007
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 300 de 2012
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 299 de 2022
- Consejo de Estado. Sentencia 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489) del 28 de mayo del año 2012
- Consejo de Estado. Sentencia 19730 de 2012
- Consejo de Estado. Sentencia 11001-03-25-000-2012-00762-00(2520-12) del 20 de octubre del 2014