

INFORME FINAL DE INVESTIGACION

LOS PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

DIOMEDES DUQUE RAMIREZ

Investigador

DR. JUAN ESTEBAN ALZATE ORTIZ

Asesor

**UNIVERSIDAD DE MEDELLIN
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN CONTRATACIÓN ESTATAL
2021**

Tabla de contenido

RESUMEN.....	4
ABSTRACT	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO I.....	7
1.1. Planteamiento del Problema	7
1.2. Pregunta de Investigación	8
1.3. Objetivo General.....	8
1.4. Objetivos Específicos	8
1.5. Hipótesis	10
1.6. Justificación	12
CAPÍTULO II.....	13
2.1. Marco de Referencia - Antecedentes	13
2.1.1. Dr. Ernesto Matallana Camacho	13
2.1.2. Colombia Compra Eficiente.....	14
2.1.3. Trabajos de grado	14
2.2. Marco Contextual	15
2.3. Marco Conceptual	16
2.4. Marco Teórico.....	18
2.5. Metodología	21
CAPITULO III.....	23
3.1. Resultados Objetivo No 1:	23
3.1.1. Principios de la Administración Pública	23
3.1.1.1. Principio de planeación.	24
3.1.1.2. Principio de Buena fe.....	26
3.1.2. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y su Decreto Reglamentario.....	28
3.1.3. Jurisprudencia	31
3.1.4. Agencia Nacional para la Contratación Pública Colombia Compra Eficiente	37
3.1.4.1. Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación. ...	41
3.2. Resultados Objetivo No 2:	43
3.2.1. Estudios y Documentos Previos	44
3.2.2. Cotizaciones.....	44
3.2.3. Requerimiento de justificación de precios.....	46
3.2.3.1. Caso No 1.	46
3.2.3.2. Caso No 2.	47
3.2.3.3. Caso No 3.	47
3.2.3.4. Caso No 4.	48

3.2.3.5.	Análisis	49
3.2.4.	Respuesta de justificación de precios por el proponente	50
3.2.5.	Experiencia	51
3.2.6.	Corrupción	52
3.2.7.	Optimización de recursos públicos asignados	54
3.3.	Resultados Objetivo No 3	56
3.3.1.	Contraloría General de la República – Control Fiscal	56
3.3.2.	Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación (PGN) – Control Disciplinario ...	59
3.4.	Resultados Objetivo No 4	61
3.4.1.	Mayores Costos en la Ejecución de los Contratos:.....	61
3.4.2.	Corrupción como Consecuencia de un Precio Artificial	62
3.4.3.	Lavado de Activos	63
3.4.4.	Repercusiones sociales y económicas.....	64
CAPÍTULO IV		66
4.1.	Conclusiones	66
4.2.	Referencias	69

RESUMEN

Las entidades estatales requieren adquirir bienes y servicios; para ello, realizan procesos de contratación ya sea de forma directa o sometido a un concurso público en donde bajo igualdad de condiciones cualquier interesado puede participar siempre y cuando la oferta económica presentada se encuentre acorde con el mercado para dicho bien o servicio; es así como la entidad estatal debe determinar si ese precio final ofrecido es artificialmente bajo o por el contrario puede soportar la ejecución del contrato; sin embargo, existen diversos factores desde la normativa vigente, desde la entidad estatal y desde el proveedor que pueden incidir a que un precio sea artificial y que quizás no encuentre sustento en el normal tráfico comercial de dicho bien o servicio, por lo cual es de suma importancia conocer estos factores con el fin de evitar confundir un precio competitivo con un precio artificialmente bajo, por cuanto la justificación requerida por la entidad estatal al momento de identificarlo y otorgada por parte del oferente deben ser objetivas y no basados en supuestos que pueden favorecer prácticas ilegales que afectan el entorno social y económico en el cual funcione al entidad estatal.

Palabras clave: precio artificial, factores, tráfico comercial, proceso de contratación.

ABSTRACT

State entities are required to acquire goods and services; For this, they carry out contracting processes either directly or subject to a public tender where, under equal conditions, any interested party can participate as long as the economic offer presented is in line with the market for said good or service; This is how the state entity must determine if that final price offered is artificially low or, on the contrary, it can support the execution of the contract; However, there are various factors like the current regulations, like the state entity and from the supplier that may influence that a price is artificial and that it may not find support in the normal commercial traffic of said good or service, for which it is extremely important to know these factors in order to avoid confusing a competitive price with an artificially low price, since the justification required by the state entity at the time of identifying it and granted by the offeror must be objective and not based on assumptions that may favor illegal practices that affect the social and economic environment in which the state entity operates.

Keywords: artificial price, factors, commercial traffic, contracting process.

INTRODUCCIÓN

Un precio bajo como resultado de una contratación estatal, si bien puede representar un ahorro o una optimización de recursos para la entidad estatal, también puede tener inmerso una serie de prácticas por fuera del marco legal, que al hacerse reiterativas generan consecuencias económicas y sociales; por lo cual es importante conocer cuales son esos factores que inciden o favorecen para que se de dicha práctica.

En el presente escrito se abordará los precios artificialmente bajos en la contratación estatal desde los factores que influyen para su establecimiento, para ello se plantean como objetivos a desarrollar aspectos referidos a la normatividad vigente, llámese leyes, decretos, jurisprudencia y la guía para establecer precios artificiales emitida por Colombia Compra eficiente como ente rector de las entidades Estatales, partiendo de los principios que regulan el actuar administrativo y en particular el principio de planeación y de buena fe; también se evidencian factores desde la entidad estatal y desde el oferente participante en el proceso, así como la identificación de algunos de ellos que convergen o son compartidos desde ambas partes (Estado y proponente) tales como la corrupción, el estudio de mercado por medio de cotizaciones y el requerimiento y la justificación de los precios ofrecidos; para ello se analizan algunos casos particulares desde una óptica de la entidad estatal e igualmente desde el proponente con los cuales se logra evidenciar el actuar de estos en la dinámica del proceso de contratación.

Como resultado se encuentra que la normatividad existente resulta ser insuficiente pues no establece claramente de qué forma la entidad estatal debe analizar la justificación de precios al igual que tampoco indica bajo qué condiciones se debe requerir y cómo debe ser sustentada objetivamente por el proponente; igualmente existe falta de concreción frente al principio de planeación por parte de la entidad estatal y el abuso o mala utilización del principio de buena fe tanto por parte de la administración como del oferente participante; esto aunado a que la guía para establecer precios artificiales emanada por Colombia Compra Eficiente no resulta ser vinculante ni de obligatorio aplicación y en tal entendido toda esta normativa deficiente incide en un precio artificial.

Finalmente, estos factores que inciden en el establecimiento de precios artificiales favorecen prácticas indebidas como la corrupción que genera mayores costos en la adquisición de bienes y servicios, y el lavado de activos; produciendo efectos devastadores en la economía y en la sociedad; pues aumentan la inseguridad, favorecen la ilegalidad y desincentivan la inversión nacional y extranjera.

CAPITULO I

1.1. Planteamiento del Problema

Los precios artificiales en la contratación estatal son aquellos que resultan muy disminuidos y se evidencian irrisorios frente al normal tráfico comercial de los bienes o servicios que se están ofreciendo; es decir, debe existir una utilidad mínima esperada; y tanto las Entidades estatales como los proponentes participantes en un proceso de contratación regido por la ley 80 de 1993 “Estatuto general de contratación de la administración pública” no conocen a fondo cuales son esos factores que pueden llegar a incidir en el establecimiento de un precio artificial a pesar de que de forma constante las desarrollan, ejecutan los procesos de contratación de forma mecánica sin mayor profundidad o análisis.

Si bien el estatuto de contratación “ley 80 de 1993” endilga la responsabilidad al oferente que ha ofrecido un precio artificioso, en ningún aparte de su articulado establece claramente la forma como la entidad estatal debe requerir su justificación al igual que la forma como debe analizar esa información requerida al oferente; ante la ausencia en la ley ha sido extensiva esta necesidad a la jurisprudencia; sin embargo, existen pocas sentencias proferidas por el Consejo de Estado que han logrado complementar mínimamente todo lo referente al precio artificialmente bajo en la contratación estatal; por lo cual Colombia Compra Eficiente como ente rector de las entidades Estatal promulgó la guía para precios artificialmente bajos en la contratación estatal, no obstante, esta guía no resulta ser de obligatoria aplicación; lo que deja como resultado una normatividad laxa que deja a criterio subjetivo de la entidad estatal indicar cuando se está o no frente a un precio artificialmente bajo en la contratación pública.

Aunado a la normativa se vislumbra igualmente la imprecisión en la estipulación de precios de referencia o precios techo para la adquisición de bienes y servicios esto en aplicación del principio de planeación pues quienes participan en el estudio de mercado normalmente incrementan los precios para evitar que con antelación se coloque en conocimiento de la competencia los precios reales de sus productos; y ni qué decir de la mala praxis que tanto las proponentes como las entidades estatales realizan del principio de buena fe, el cual es utilizado para justificar sus precios por parte de los primeros y aceptado como justificación por parte de los segundos, sin que medie soporte alguno que de cuenta de las afirmaciones expresadas.

Toda esta situación se encuentra concatenada con posibles actos de corrupción, la cual es otro de esos factores que sin ser ajeno a la contratación estatal ha hecho evidente su presencia con acuerdos entre entidades estatales y proponentes para el pago de dádivas con el fin de obtener favorablemente la adjudicación de contratos de lo cual existen diversos ejemplos que han sido de conocimiento público en nuestro territorio.

Estos factores inciden directamente en el establecimiento de los precios artificialmente bajos en la contratación estatal; empero, al no ser identificados de forma clara impiden que se pueda establecer una oferta como artificialmente baja y sea rechazada oportunamente; a contrario sensu de dicha situación, es adjudicada; lo que conlleva a problemas durante la ejecución del contrato como puede ser ajuste de precios lo que genera modificaciones quizás con precios superiores de aquellos que tenía el oferente que estaba catalogado en segundo lugar durante el proceso de selección; o quizás la instrumentalización que puede hacer el contratista sobre la entidad estatal para un posible lavado de activos; y finalmente no menos gravoso que los anteriores, constituye el acrecentar el problema socioeconómico que se ha generado por la presencia constante de la corrupción y que se hace imperioso el actuar mancomunado de todas las partes que intervienen en el proceso contractual para propender por su eliminación definitiva.

1.2. Pregunta de Investigación

¿Qué factores conllevan al establecimiento de precios artificialmente bajos en la contratación estatal y cuáles son sus efectos en el campo social y económico?

1.3. Objetivo General

Determinar los factores que conllevan al establecimiento de precios artificialmente bajos en la contratación estatal, y sus efectos en el campo social y económico.

1.4. Objetivos Específicos

- Identificar los elementos normativos que inciden en el establecimiento de precios artificialmente bajos en la contratación estatal.

- Determinar los aspectos que desde la Entidad Estatal y desde el proponente puedan conllevar a establecer precios artificialmente bajos en la contratación.
- Determinar los elementos que desde los entes de control y vigilancia, infieren en los precios artificialmente bajos en la contratación estatal.
- Identificar las consecuencias de un precio artificialmente bajo en la contratación estatal y sus efectos económicos y sociales.

1.5. Hipótesis

Existen diversos factores que conllevan al establecimiento de precios artificialmente bajos en la contratación estatal; estos se avizoran desde tres perspectivas: desde la normativa y jurisprudencia vigente, desde la entidad compradora o entidad estatal y desde la entidad vendedora, proveedor o contratista.

El factor normativo y jurisprudencial como primera perspectiva, enfoca principalmente la ley 80 de 1993 “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” y en su artículo 26 numeral 6° nos ilustra de manera clara la responsabilidad que debe asumir un contratista, proveedor u oferente cuando presente a la entidad estatal precios bajos con el ánimo de que pueda ser adjudicatario del contrato futuro, y concatenado con lo antecedido la misma ley en su artículo 29 que fue modificado por la ley 1150 de 2007 en su artículo 5° brinda claridad sobre las condiciones que debe suplir una selección objetiva y la obligación que le asiste a la entidad estatal de realizar el análisis correspondiente frente a cada uno de los ofrecimientos realizados; comparando el mercado, las condiciones particulares, verificando estudios de sector realizado, y en conjunto cualquier otra condición que pueda dilucidar un precio presuntamente artificial.

Es decir, que si bien existe normativa vigente en nuestra legislación Colombiana, así como jurisprudencia del consejo de estado y directrices de Colombia Compra eficiente como máximo ente rector de las entidades estatales sujetas el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993 y demás normas que la modifican o la complementan; encontrando en ellas la posibilidad de que las entidades estatales una vez evaluadas las ofertas en un proceso de contratación pública, establezcan la posible presencia de precios artificiales, no se decreta de forma taxativa cuando se está en presencia un precio artificial, ni mucho menos establece o indica valoración que la entidad estatal debe realizar y los documentos adecuados que debe requerir al oferente incurso en dicha condición para que este logre sustentar objetivamente las razones que le asisten para soportar el precio final ofrecido.

Una segunda perspectiva corresponde a la entidad estatal como entidad compradora y se ubican allí varios factores como la planeación, el pliego de condiciones o la invitación pública según el caso, la evaluación realizada; y por último, pero no menos importante, la corrupción; aspectos que inciden directamente en la posibilidad que una entidad esté incurso o no en un

precio presuntamente bajo y que básicamente se identifica una actuación unilateral desde la entidad estatal.

Y finalmente evidenciamos una tercera perspectiva que le es asignada al proponente, entidad vendedora o futuro contratista; acá se encuentran factores como la falta de experiencia en la elaboración de ofertas, errores en la presentación de precios de los requisitos exigidos, el pliego de condiciones o invitación pública y el la corrupción, esta última avizorada igualmente desde la perspectiva de la entidad, en tanto no es posible que exista sin la participación de ambas partes, tanto la entidad compradora como la entidad vendedora; situaciones todas que influyen fuertemente en el establecimiento de precios artificialmente bajos en la contratación estatal.

1.6. Justificación

El presente estudio es de gran utilidad para la entidad estatal en el entendido que pueden dilucidar los factores que generan o inciden para que se pueda establecer un precio artificialmente bajo en la contratación pública que esté adelantando, y si la entidad estatal es conocedora de estos factores a fondo puede lograr determinar de una manera más clara, puntual y efectiva si la oferta aludida incurre o no en causal de rechazo por precio artificialmente bajo.

En el mismo sentido, representa utilidad para el proponente en tanto evita que le sean vulnerados derechos cuando desafortunadamente no cuenta con los conocimientos suficientes para controvertir una decisión unilateral de la entidad contratante en la cual puedan ser acusados de incurrir en precios artificialmente bajos con base en la concepción subjetiva derivada de la decisión de un comité económico evaluador; vulnerando igualmente de forma directa los principios rectores de la contratación estatal como lo son el de transparencia, economía y responsabilidad a favor del proponente participante.

El conocimiento de los aspectos que inciden en el establecimiento de los precios artificiales no sólo permite a las entidades estatales dar aplicabilidad en sus procesos de selección mediante la implementación de condiciones que se encuentren acordes con los preceptos normativos; sino también, a los futuros contratistas que participan como oferentes con el ánimo de obtener un beneficio mediante el incremento de su patrimonio gracias a la prestación de un servicio o al suministro de un bien y que estarán seguros que durante el proceso de selección se han surtido la totalidad de etapas de una forma diáfana, cumpliendo los principios que rigen la contratación estatal.

Este documento puede servir como cimiento para posteriormente realizar una reforma legislativa en la cual se pueda establecer claramente de los factores que inciden en el establecimiento de precios artificialmente bajos y la forma clara y objetiva como tanto las entidades estatales como los proponentes puedan justificar los precios ofrecidos.

Contratar un precio de un bien o servicio que no es sustentado en debida forma, representa un peligro para la entidad contratante y para el contratista, puesto que puede traer repercusiones durante la etapa de ejecución del contrato, por esto y todo lo anterior es preciso su conocimiento de forma íntegra por parte de las partes intervinientes en el proceso de contratación.

CAPÍTULO II

2.1. Marco de Referencia - Antecedentes

Los precios artificialmente bajos en la contratación pública y en especial los elementos que influyen ya sea de forma positiva o de forma negativa para que se puedan presentar, no han sido objeto de mucha escritura en nuestro país; sin embargo, se encuentran algunos antecedentes que sirven como punto de partida para su estudio.

2.1.1. Dr. Ernesto Matallana Camacho

Según publicación realizada por la Universidad Externado de Colombia en el año 2008, el Dr. Ernesto Matallana Camacho elaboró un escrito el cual titula “Criterios para determinar propuestas artificialmente bajas”, en él aborda la normativa que en su momento se tenía sobre los precios artificialmente bajos y enfatiza la potestad que le asiste a las entidades del estado analizar y decidir en que momento se está frente a un precio artificialmente bajo en la contratación estatal; es decir, corresponde a una decisión subjetiva que recae sobre la entidad estatal y que no versa sobre ningún tipo de soporte que pueda permitirle tomar dicha decisión determinante para el futuro del contrato y que puede estar acompañada de yerros y quizás más gravosa acompañada de favoritismos y condiciones de afecto que vulneran directamente los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva que rigen la contratación pública.

El Dr. Matallana concluye su escrito; no obstante, no establece factores que puedan influir para su establecimiento, pues una cosa puede ser en qué momento se está incurso en precios artificialmente bajos y otra muy diferente cuáles son esos factores que llevaron al proponente, proveedor o futuro contratista a ofrecer unos precios presuntamente bajos y si estos tienen relación con el mercado.

En el mismo sentido, en el año 2015 este autor publica la cuarta edición de su libro “Manual de Contratación de la Administración pública reforma de la ley 80 de 1993” en cuyo contenido se encuentra un sustrato de lo que corresponde a una oferta artificialmente baja con base en la normatividad aplicable y algunos apartes ya previstos en el escrito publicado en el año 2008 sin que en igual sentido se evidencie expresamente la alusión a factores que conllevan a un precio artificialmente bajo en la contratación estatal.

2.1.2. Colombia Compra Eficiente

En el mismo sentido, el día 31 de julio de 2017, Colombia Compra Eficiente como máximo ente rector de las entidades estatales, profirió una guía para que las entidades sujetas al estatuto general para la contratación pública “ley 80 de 1993” pudieran identificar las principales características de las ofertas artificialmente bajas presentadas en los procesos de contratación y dar pautas para su manejo (...), esto en razón a que no existía un documento que sirviera como derrotero o base a estas entidades del estado y que en razón a la normativa se da una aplicabilidad bajo el entendimiento que cada una de ellas efectúe.

En esta guía encontramos pautas que le sirven a la entidad estatal para lograr identificar cuando un oferente podría estar incurso en precios artificialmente bajos, al igual que algunas formas como deben hacer el requerimiento al proponente y la valoración o análisis de las aclaraciones presentadas.

Sin embargo, este documento no es vinculante para las entidades estatales en tanto constituye tan sólo una guía que puede ser adoptada o no, al igual que presenta una serie de postulados y supuestos que en la práctica contractual se encuentra alejada de la realidad; y al igual que el estudio realizado por el Dr. Matallana, Colombia Compra Eficiente no evidencia dentro de su guía, los factores determinantes que pueden entrar a afectar positiva o negativamente el establecimiento de precios artificialmente bajos en la contratación estatal, en tanto sólo de manera tangencial logra relacionar algunos de ellos.

2.1.3. Trabajos de grado

Si bien existen algunos trabajos de grado publicados que versan sobre los precios artificialmente bajos, su estructura y esencia no se fundan sobre aquellos factores que inciden para establecer precios artificialmente bajos; para el año 2011, Patricia Peralta en trabajo de grado titulado “*El proceso de selección objetiva en la contratación estatal y su oferta artificialmente baja*”, toma como sustento de una oferta artificialmente baja únicamente el principio de selección objetiva; sin embargo, no existe dentro de su estructura un factor diferenciador que influya en establecimiento del precio artificioso, lo cual es el fundamento del presente trabajo. La misma situación acontece con respecto al trabajo de grado publicado en el año 2017 por Ana María Rodríguez y Jeisson Andrés Rodríguez el cual titulan “*Criterios para determinar de forma objetiva la existencia de precios artificialmente bajos*”, en él toman los principios que rigen la contratación pública como sustento para determinar un precio artificialmente bajo. Finalmente, en el año 2018 María Xiomara Mosquera en trabajo de grado titulado “*precios artificialmente*

bajos en procesos de contratación adelantados por subasta inversa electrónica” desarrolla su argumento y sustenta su posición aplicado de forma exclusiva al proceso de subasta inversa electrónica y también se observa que se enfoca mayormente al procedimiento de la subasta, más no evidencia unos criterios objetivos que logren determinar en que momento un oferente se encuentra incurso en precios artificiosos.

De los trabajos de grado evidenciados, los dos primeros tienen como común denominador un desarrollo de criterios para establecer precios artificialmente bajos desde diferentes principios que rigen la contratación estatal, mientras que el último describe básicamente el procedimiento que realiza la entidad estatal y el proponente durante la modalidad de contratación pública por subasta inversa electrónica; sin que en ninguno de ellos se evidencie de forma más completa los factores determinantes que pueden entrar a afectar positiva o negativamente el establecimiento de precios artificialmente bajos en la contratación estatal.

2.2. Marco Contextual

El Estado Colombiano posee diversas entidades que si bien son catalogadas como públicas, no tienen similar régimen de contratación, esto debido a las características principales de cada una de ellas con respecto a su funcionalidad, su constitución y el origen del capital que la conforma; sin embargo, todas ellas se encuentran encaminadas en dar cabal cumplimiento a los fines esenciales del estado consagrados en el artículo segundo de la Constitución Política de Colombia. Y para su cumplimiento ha obligado al desarrollo de diferentes normas que permitan la ejecución efectiva de tan deseados fines. Ello ha conducido a la proliferación normativa y regulatoria que ha invitado a una permanente evolución jurisprudencial, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

La distinción de los elementos constitucionales que enmarcan el poder contractual del Estado, así como su forma de participar en el mercado, obliga a que se identifiquen los elementos distintivos o diferenciadores del Contrato Estatal, y que se obliga a su cumplimiento sin importar el tipo de entidad pública que contrate. (Universidad de Medellín, 2020).

Es decir que existe una norma general de contratación estatal, la cual es utilizada por las entidades sujetas a este régimen para realizar la adquisición de bienes y servicios necesarios para dar cabal cumplimiento a los fines del estado.

Estas entidades realizan sus procesos precontractuales y contractuales en la plataforma SECOP I o SECOP II respectivamente, su obligatoriedad en la actualidad se encuentra

supeditado a la Circular No 1 de Colombia Compra Eficiente del año 2019 modificada mediante la circular 2 del mismo año, en la cual claramente indicó que entidades sujetas a este régimen de contratación debían publicar sus procesos de contratación bajo la plataforma transaccional en línea SECOP II y el plazo que otorgó bajo esta última modificación correspondió al 01 de abril de 2020, situación que por conducta concluyente deja a las demás entidades estatales no relacionadas en dicha circular a continuar sus procesos bajo la plataforma SECOP I.

Durante la realización de los procesos de contratación, se surten diferentes etapas en las cuales participan de forma directa los proponentes, como lo son el estudio de mercado que se ven obligadas a realizar para establecer un precio techo o máximo de los bienes y servicios a adquirir; y finalmente durante la presentación de ofertas en donde se plasma de manera definitiva el ofrecimiento realizado con el costo que para la entidad estatal tendrá su adquisición.

Tanto durante la etapa de estudio de mercado, como en la etapa de presentación y evaluación de ofertas se evidencian falencias en el establecimiento de los precios, lo que conduce a la posibilidad de incurrir en precios artificialmente bajos por parte de los oferentes, sin que se tengan en cuenta los factores que pueden conllevar a su establecimiento o por el contrario a determinar una justificación valedera.

Tal como se indicó, en atención a que estas entidades publican sus procesos en la plataforma SECOP I o SECOP II, serán estas plataformas el escenario propicio para su verificación y para ello se evidenciarán procesos de contratación publicados durante la vigencia 2019 y la vigencia 2020 primer semestre, para estudiar la forma de actuar de las entidades estatales sujetas a este régimen de contratación.

2.3. Marco Conceptual

En la adquisición de bienes y servicios que realizan las entidades estatales, convergen diferentes actores que hacen posible que dicha entidad logre su cometido y lleven a feliz término sus contrataciones; entre ellos y como factor determinante se encuentran los proveedores y los compradores; los proveedores son definidos como las personas o empresas que abastecen con algo a otra empresa o a una comunidad (Pérez y Merino, 2014), los compradores son las personas que en nombre de la Entidad Estatal toma decisiones de gasto público para poner a disposición de las personas los bienes, obras y servicios que están a cargo de las Entidades Estatales. (Colombia Compra Eficiente).

Esta adquisición de bienes y servicios es llevada a cabo mediante procesos de contratación mediante el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) conformado por el conjunto de plataformas o soluciones tecnológicas puestas a disposición del Sistema de Compra Pública por Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces. (Colombia Compra Eficiente); en la actualidad existen dos versiones, el SECOP I que es la plataforma meramente de publicidad de actos que se surten dentro del proceso de contratación, y el SECOP II que es la plataforma transaccional de mayor uso en la actualidad que permite una interacción en tiempo real entre quienes tienen interés y concurren en un proceso de contratación con el estado, esta plataforma permite evidenciar una trazabilidad en tiempo de la totalidad de documentos publicados por las partes en el proceso, y ha mejorado y privilegiado ostensiblemente el principio de transparencia en la contratación estatal.

La plataforma es administrada por Colombia Compra Eficiente (CCE), también llamada Agencia Nacional para la Contratación Pública y es el ente rector del Sistema de Compra Pública en el país y se encarga de impulsar políticas, normas y mejores prácticas en los procesos de contratación (Decreto-Ley 4170, 2011)

La entidad compradora o entidad estatal, publica su proceso de contratación para lo cual de manera obligatoria debe elaborar el estudio previo que es el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato (Colombia Compra, 2017) y el cual debe cumplir con un contenido mínimo según la modalidad de selección que se vaya a aplicar; en el mismo sentido debe hacer público la invitación pública en caso de corresponder a un proceso de mínima cuantía o en caso de proceder otro tipo de proceso debe hacer público el pliego de condiciones el cual es definido por el Consejo de Estado de la siguiente manera:

El pliego de condiciones es la clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general. (Consejo de Estado, 2013).

Tanto a la invitación pública como al pliego de condiciones, le son aplicables las adendas que son documento por medio cual la entidad estatal modifica los pliegos de condiciones (artículo 2.2.1.1.1.3.1, decreto 1082 de 2015) y tienen como finalidad ajustar aspectos que quizás no quedaron claros en este o que por petición de algún interesado en el proceso es necesario adicionarlo o eliminarlo.

Una vez cumplida esta etapa y recepcionadas las ofertas, el comité evaluador procede revisar la totalidad de documentos y evidenciar el cumplimiento de la totalidad de requisitos exigidos por la entidad estatal; dentro de estos aspectos es preciso destacar el precio pues es factor determinante para la adjudicación del proceso de contratación, y es menester del comité evaluador correspondiente verificar que estos no se constituyan como artificialmente bajos; el consejo de Estado define los precios artificialmente bajos así:

(...) Es aquel que resulta “artificialmente o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, pero además, que no encuentre sustentación o fundamento alguno en su estructuración dentro del tráfico comercial en el cual se desarrolla el negocio, es decir, que dicho precio no pueda ser justificado”, por lo tanto, la administración estaría imposibilitada para admitirlo, so pena de incurrir en violación de los principios de transparencia, equilibrio, responsabilidad e imparcialidad que gobiernan la actividad contractual del Estado. (Consejo de Estado, 2014).

Una vez la entidad estatal decide requerir al oferente del cual sospecha la presencia de precios artificialmente bajos, el oferente está en la obligación de presentar de forma objetiva los argumentos que permiten a la entidad estatal inferir que el precio ofrecido obedece a condiciones probables, verificables y particulares del oferente; adicional a que no representa ningún tipo de riesgo durante la ejecución del contrato en caso de resultar adjudicatario. En caso no encontrar suficiente sustento sobre el precio ofrecido, la entidad estatal puede rechazar la oferta y proceder a adjudicar al oferente que se encuentre en segunda posición o en su defecto declarar desierto el proceso.

2.4. Marco Teórico

El primer aspecto que se abordará será los principios de la contratación estatal, en tanto constituyen los pilares fundamentales que marcan un derrotero a seguir por parte de la administración, al igual que delimitan su actuar; y para ello se tomará los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, y concatenado con estos principios se encuentran aquellos enmarcados directamente en la contratación estatal que se encuentran descritos en la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007, la ley 1474 de 2011, ley 1712 de 2014, el decreto 1082 de 2015, la ley 1882 de 2018 los cuales corresponden a el principio de transparencia, principio de economía, principio de planeación, principio de selección objetiva, principio de libre concurrencia y principio de responsabilidad; así

como se tomarán sentencias emitidas por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura.

De estos se destacará de forma extensa el principio de planeación, ya que principalmente en este principio residen aspectos puntuales para el desarrollo de la investigación como lo es el estudio previo o estudio de conveniencia de oportunidad que es obligatorio en todo tipo de contratación y que sirve como base y derrotero sobre los precios que deben ofrecer los oferentes interesados en el proceso; para su desarrollo se tomará como referente Sentencias del Consejo de Estado y en particular la sentencia 23839 de 2013 que trata sobre la ausencia de estudios previos en los procesos de contratación estatal.

Los elementos y solemnidades del contrato estatal serán abordados según lo descrito por el Doctor Orlando Santofimio Gamboa en el año 2017 en su libro “Compendio de Derecho Administrativo”, al igual que en el concepto que brinda la ley 80 de 1992 en su artículo 32; pues se debe considerar de suma importancia en tratándose de contratación pública conocer los elementos diferenciadores y la solemnidad que tiene un contrato estatal frente a un contrato meramente celebrado entre particulares.

Los factores normativos que inciden en los precios artificialmente bajos se analizarán desde la perspectiva de la ley 80 de 1993 en su artículo 26 sobre el cual fueron elaborados decretos reglamentarios y que a su vez incluyeron aspectos referenciadores sobre los precios artificialmente bajos, como lo son: el decreto 2474 de 2008 artículo 13, el decreto 734 de 2012 el cual en su artículo 2.2.10, decreto 1510 de 2013 el cual artículo 28, decreto 1082 de 2015 artículo 2.2.1.1.2.2.4, y evidenciar en ello que tan profunda, puntual y objetiva es dicha normativa.

En el mismo sentido se hace necesario buscar apoyo en la jurisprudencia que al respecto existe en el momento, encontrando que en la relatoría de la Corte Constitucional no se evidencia pronunciamiento sobre precios artificiales en la contratación pública, al igual que la Corte Suprema de Justicia; por lo cual en particular el Consejo de Estado, se ha pronunciado al respecto en varias providencias que han servido como fundamento y complemento a la normatividad existente.

Mediante sentencia 17783 de 2008, definió expresamente el significado de precio artificialmente bajo y se indicó que:

El denominado “precio artificialmente bajo” de que trata la Ley 80, es aquel que resulta artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, pero además, que no encuentre sustentación o fundamento alguno en su estructuración dentro del tráfico comercial en el cual se desarrolla el negocio, es decir, que dicho precio no pueda ser justificado y por lo tanto, la

Administración estaría imposibilitada para admitirlo, so pena de incurrir en violación de los principios de transparencia, equilibrio e imparcialidad que gobiernan la actividad contractual y como parte de ella, el procedimiento de la licitación.

Posteriormente en el año 2014 mediante sentencia 27883, ese alto tribunal ratifica el concepto sobre precio artificialmente bajo y en el año 2020 mediante sentencia 43738 determina la obligatoriedad de la entidad estatal ante una presunción de precios artificiales requerir al oferente para su justificación y este tiene la carga obligacional de presentar en debida forma todos los aspectos necesarios que justifique el precio ofrecido.

La jurisprudencia descrita del Consejo de Estado es la que versa en la actualidad en alto tribunal y servirá como complemento a la norma existente, ya que ayuda sobre el manejo que se deben dar a los precios artificialmente bajos al igual que permite fácilmente su identificación.

Retomaré la “Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación” emitida por Colombia Compra Eficiente para establecer los precios con el fin de indagar allí aspectos adicionales que puedan servir para entender las entidades establecen precios artificialmente bajos, la forma como analizan la información o sustento de los proveedores y la decisión que adoptan frente a estos.

Un aspecto imposible de no tener en cuenta, es la plataforma SECOP I y SECOP II, de donde se extraerá información fidedigna sobre la realidad de la actuación tanto de la entidad estatal como de los proponentes, y evidenciar allí aquellos aspectos que desde cada una de estas partes infieren para que se establezcan precios artificiales en la contratación pública o estatal.

Desde la perspectiva es el control que se debe ejercer sobre la actuación de la entidad estatal, para ello se verificará lo concerniente al control disciplinario que ejerce la Procuraduría General de La Nación, el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, el control Penal que ejerce la Fiscalía y el control ciudadano que ejerce cualquier persona por medio de las veedurías ciudadanas (ley 850 de 2003), con la finalidad de entender si estas entidades o actores tienen algún tipo de influencia frente a los precios artificialmente bajos o cual es su forma de actuar cuando están frente este tipo de situaciones.

Todos estos aspectos repercuten en el campo social y económico Colombiano desde una perspectiva general, es decir, esas afectaciones que indistintamente el tipo de proceso de contratación que realice la entidad, o el objeto con el cual nomine su necesidad, o el bien o servicio que desee suplir; ante la existencia de unos precios artificialmente que tenga su génesis en actos de corrupción, lavado de activos, entre otros aspectos; terminan afectando la economía y la sociedad Colombiana, por cuanto generan sensación de inseguridad no sólo para los

nacionales, sino también para los foráneos; se ven incrementados los impuestos por parte del estado para lograr suplir los mayores costos que la adquisición de bienes y servicios genera, en la sociedad se produce una desconfianza por el actuar de las instituciones; en el mismo sentido existe una desigualdad económica pues la oportunidad de concurrir a procesos de contratación se ve sesgada por la corrupción.

Se tomará la experiencia vivida desde mi perspectiva como trabajador vinculado a las entidades estatales durante cerca de 15 años desempeñando funciones en el área de contratación pública, y en el mismo sentido la experiencia adquirida y vivencias desde la perspectiva como proveedor desde hace más de tres años, en los cuales se han encontrado elementos importantes desde la perspectiva de la entidad compradora como desde el proveedor todo esto con la finalidad de lograr complementar cada uno de los referentes relacionados previamente.

2.5. Metodología

Esta investigación se desarrolló a partir del método analítico, pues se hizo necesario el estudio documental existente tanto en la normatividad, jurisprudencia y doctrina, así como el actuar de algunas entidades estatales y los proponentes entorno de las cuales giran los precios artificialmente bajos, constituyéndose en causal de rechazo en un proceso de contratación pública, y de esta manera se logró evidenciar aspectos objetivos que permiten coadyuvar en la decisión que le asiste a la entidad estatal el determinar si se está o no frente a un precio artificialmente bajo, así como de los factores que inciden para su establecimiento.

La población estuvo compuesta por las entidades estatales que se encuentran sujetas al estatuto general para la contratación pública “ley 80 de 1993”, al igual que los proponentes que recurrentemente hacen parte de dichos procesos de contratación para ofrecer bienes y servicios; así como también las normas, jurisprudencia y doctrina que se relacionan directamente con la materia de investigación.

La información se obtuvo de fuentes primarias y secundarias; de fuentes primarias como el Senado de la república en donde se encuentran publicadas las leyes de nuestra Nación, al igual que los decretos reglamentarios que han surgido a raíz de estas leyes, todas ellas de carácter nacional; en el mismo sentido, dentro de estas fuentes primarias se encuentran libros como “Compendio de Derecho Administrativo” escrito por el Dr. Orlando Santofimio Gamboa, “Manual de contratación de la Administración Pública Reforma de la ley 80 de 1993” del Dr. Ernesto Matallana Camacho, al igual que Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en

Procesos de Contratación, emanada por Colombia Compra Eficiente como máximo ente rector de las entidades estatales sujetas o regidas por la ley 80 de 1993, y aunado a lo anterior la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado; de fuentes secundarias se tomó el Sistema electrónico para la Contratación Pública SECOP II, para extraer de allí la información que publican las entidades estatales y los proveedores en sus procesos de contratación; así como algunos artículos de revista y de investigación que fueron utilizados para extraer información que sirvió igualmente como sustento de la presente investigación; todo esto con un enfoque de análisis de profundización sobre el tema propuesto.

Tanto las fuentes primarias como las secundarias se encuentran comprendidas desde el año 1993 fecha en la cual fue promulgado el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública “ley 80” hasta el año 2020 de la cual se tiene conocimiento y se relacionó en el presente trabajo la última jurisprudencia que describe en sus apartes aspectos referentes con los precios artificiales en la contratación estatal.

En una primera búsqueda se encontraron aproximadamente 28 fuentes las cuales desde su título parecían contener aspectos relacionados con los precios artificialmente bajos en la contratación estatal, y una vez analizado su contenido se redujo a 19 fuentes con las cuales se elaboraron fichas bibliográficas destacando los apartes más significativo y que sirvieron de apoyo con aspectos que coadyuvaron a la estructuración del tema objeto de investigación; sin embargo, durante el desarrollo del trabajo se incorporaron otras fuentes que fueron encontradas y se hicieron necesarias para complementar el resultado obtenido, consolidado así un total de 64 fuentes.

El alcance de la investigación está dado por varios momentos, primero el exploratorio con la búsqueda de la información para un acercamiento inicial al estudio del tema a investigar, luego el descriptivo en el momento en que se realizaron las fichas y finalmente el analítico con la construcción de los resultados obtenidos.

La recolección de los datos que sirvieron de soporte de la investigación se enfocó básicamente en documentos, al igual que se analizaron cuatro casos particulares tomados de la plataforma SECOP II y en los cuales se evidenció el actuar tanto de la entidad estatal como de los proponentes cuando hay presunción de precios artificialmente bajos y que sirvieron de forma notable para el análisis y el resultado propuesto en la presente investigación.

CAPITULO III

3.1. Resultados Objetivo No 1:

En términos del objetivo número 1 “Identificar los elementos normativos que inciden en el establecimiento de precios artificialmente bajos en la contratación estatal”, se encontró que en Colombia pulula la normatividad, pues casi para cada situación se encuentra una norma que la regule; sin embargo, para el caso de precios artificialmente bajos sobre lo cual se analizan los factores que inciden en su establecimiento y en particular aspectos que lo regulen, no existe gran cantidad de normas, y sólo es posible desarrollarlas a partir de los principios que regulan la administración pública, la ley 80 de 1993 que corresponde al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con su respectivo decreto reglamentario, la jurisprudencia del Consejo de Estado y finalmente guía que emite la Agencia Nacional Para la Contratación Pública Colombia Compra eficiente; ellos evidencian falencias que se ven traducidas a factores que inciden directamente en el establecimiento de precios artificialmente bajos en la contratación Estatal.

3.1.1. Principios de la Administración Pública.

La contratación estatal tiene como base, cimiento o estructura los principios que deben concurrir para todas las entidades del Estado sin distingo alguno, ya sea que se trate de una entidad sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (ley 80 de 1993), o por el contrario se trate de una entidad exceptuada de esta; es decir, con régimen especial para la contratación estatal.

Para Alexy (1993) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa. (pp.86,87)

Estos principios se encuentran consagrados en la constitución política de Colombia en su artículo 209 que entre sus apartes indica lo siguiente: “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 (...)."

Concatenado con lo previsto por la Constitución Política de Colombia (ibídem), la ley 80 de 1993 complementa estos principios y adiciona otros propios de las entidades sujetas a este estatuto contractual como lo son: el principio de transparencia (art 24), el principio de economía (art 25), el principio de responsabilidad (art 26); aunado a estos principios de la ley 80, se encuentran también los principios de planeación, el principio de selección objetiva y el principio de buena fe.

De la universalidad de principios que pueden sostener las bases en un proceso de contratación de una entidad estatal, cada uno de ellos puede estar presente durante todo el desarrollo de la etapa procesal, sin embargo, es preciso destacar aquellos que tienen una inferencia directa en el establecimiento de un precio artificial como lo es el principio de planeación y el principio de buena fe.

3.1.1.1. Principio de planeación.

Este principio da cuenta de la obligatoriedad de las entidades estatales de proyectar sus objetivos; es decir, de planear sus necesidades, lo que implica que su actuar no puede ser objeto de la mera improvisación por parte de sus funcionarios, es así que los contratos estatales "deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad" (Santofimio, 2009, p.42).

El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de pre-factibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), 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. (Consejo de Estado, 2012, p.45).

El artículo 87 de la ley 1474 de 2011 que modificó el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 indica lo siguiente:

ARTÍCULO 87. MADURACIÓN DE PROYECTOS. El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

12. 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.

Este principio es de suma importancia ya que su aplicación en el proceso de contratación influye directamente en el establecimiento de precios artificialmente bajo en los proponentes participantes; puesto que es en la planeación desde donde se desarrolla el estudio de sector o estudio de mercado y de allí se encuentra la base sobre el valor pecuniario que será destinado al proyecto, así como las condiciones económicas que rodearán los posibles precios a ofrecer.

Para Restrepo y Betancurt (2020) la planeación como principio fundamental de la contratación administrativa, implica que el mismo se encuentra inescindiblemente ligado a la viabilidad financiera del contrato estatal. y en el mismo sentido el Consejo de Estado (2014) ya había hecho apreciaciones sobre este principio y lo había relacionado de forma directa con el principio de economía al indicar que la correcta planeación:

(...) es una manifestación del principio de economía que rige los contratos de la administración, en la medida en que su cabal cumplimiento garantiza que la ejecución del futuro contrato, en las condiciones razonablemente previsibles, se adelantará sin tropiezos, dentro de los plazos y especificaciones acordados, puesto que la correcta planeación allana el camino para evitar las múltiples dificultades que se pueden presentar alrededor de las relaciones contractuales de las entidades estatales. Contrario sensu, el incumplimiento de este deber se traducirá en una errática ejecución contractual, que se enfrentará a diversos obstáculos e inconvenientes, los cuales a su vez se pueden traducir en demoras y sobre costos en la obtención del objeto contractual en cuestión, todo lo cual, obviamente, atenta contra el mencionado principio de economía que debe regir en la contratación estatal.

Todas aquellas exigencias que han sido establecidas con anterioridad durante la etapa de planeación, que han sido aceptadas por el oferente al presentar la oferta y que han sido valoradas objetivamente por parte de los comités evaluadores; son en resultado en palabras de Silva (2019) de “la aplicación irrestricta del principio de planeación que implica que los contratos estatales se

ejecuten de conformidad con lo que fueron planeados y de tal forma evitar reclamaciones desde el punto de vista judicial". (p. 55).

La aplicación de forma inadecuada del principio de planeación, implica un precio techo o precio de referencia diferente a la realidad del sector en el cual normalmente se desarrolla el objeto que se vaya a contratar, ya sea en lo referente a bienes o servicios; cuando una entidad estatal no otorga la importancia debida a la solicitud de cotizaciones durante esta etapa precontractual y respectivo análisis una vez recibidas, las cuales las puede comparar con precios históricos que antecedieron las contrataciones de esa entidad; pues al no realizarse adecuadamente terminan estableciendo precios techo altísimos que no corresponden a la realidad del mercado y que en consecuencia a posteriori durante la presentación de ofertas se observan precios ofrecidos supremamente bajos con respecto al precio techo o máximo fijado por la entidad estatal y por consiguiente esta se ve obligada a una presunción de incursión en precios artificialmente bajos; es decir, que independientemente de que la entidad estatal se pueda percatar de que posiblemente su estudio de mercado no fue realizado de forma adecuada, ante diferencias abismales de un estudio de mercado y una oferta presentada debe presumir que existe un precio artificial y por consiguiente debe requerir al proponente para que explique las razones de tal ofrecimiento.

3.1.1.2. Principio de Buena fe.

Tal como lo expresa el artículo 83 de nuestra Constitución Política, "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas", bajo esta actuación según Matallana (2015) "se espera que la entidad estatal realmente esté atendiendo el interés general en su actuación, es decir, que la actuación no se de con desvío de poder para favorecer los intereses propios o los de un tercero", a contrario sensu para Santofimio (2017) "la buena fe es de doble vía, en cuanto se predica de las actuaciones tanto de los particulares como de las autoridades públicas, en todos los casos ceñidas a consideraciones de mutuo respeto y confianza".

La buena fe, como principio general del Derecho, es el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión o la rectitud de una conducta. Exige, entonces, una conducta recta u honesta en relación con las partes

interesadas en un acto, contrato o proceso. En ocasiones se le denomina principio de probidad.

El principio de buena fe en el Derecho Administrativo, significa que los poderes públicos no pueden defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación; de manera que el ciudadano puede confiar en la Administración y a su vez ésta puede confiar en el ciudadano; confianza que en todo caso, debe desprenderse de signos externos, objetivos, inequívocos, que induzcan racionalmente al administrado a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta. No puede deducirse de manera subjetiva o psicológicamente, suponiendo intenciones no objetivas. (Consejo de Estado, 2007).

Es decir, que el principio de buena fe está basado inicialmente en la confianza tanto del oferente hacia la entidad estatal y de la entidad estatal hacia el oferente, lo que deja a favor de este último la posibilidad de que durante el establecimiento de precios artificialmente bajos, pueda evocar esta confianza para justificar el precio; algo que la entidad estatal no debería aceptar, empero en el normal desarrollo del análisis que realizan los comités evaluadores durante el proceso de contratación es usual que tengan en cuenta la buena fe expresada por el participante en el proceso para determinar que sus precios no son artificialmente bajos, sin que junto con esto alleguen soporte adicional alguno que demuestre que su precio se encuentra debidamente alineado con lo descrito.

Ahora bien, existe la presunción de iure et de iure o de pleno derecho, y la presunción iuris tantum o de ley, en tal sentido ha dicho el Consejo de Estado (2018) que “la primera es excepcional, determinada expresamente por la ley y tiene como principal característica que no admite prueba en contrario. Por su parte, la segunda sí admite prueba en contra, es decir, permite ser controvertida y desvirtuada”, es así como presumir la buena fe durante el análisis que realiza la entidad estatal, es una presunción de ley (iuris tantum) más no de pleno derecho (iuris et de iure), por lo cual admiten prueba en contrario; y esta prueba en contrario la constituye el estudio de sector que ha realizado la entidad estatal durante la etapa de planeación en donde ha establecido un precio del mercado, al igual que la pueden constituir las demás ofertas presentadas en el proceso y que demuestran que el valor presumido como artificial dista ostensiblemente de las demás propuestas; por lo cual no sería dable una justificación simple arraigada únicamente en un principio de buena fe, cuando existen pruebas en contrario que si bien no son concluyentes, son indiciarias; por lo cual debería analizar en profundidad de manera objetiva (mediante facturas, cotizaciones, y demás documentos que lo demuestren) las

circunstancias que dieron origen al precio final ofrecido y no basar su concepto sólo en la postura de buena fe que invoca el proponente.

Como se pudo constatar este principio influye ampliamente en el establecimiento de precios artificiales ante la mala utilización que de él realiza por una parte el proponente, quien es conecedor del actuar precontractual e independientemente que su precio ofrecido no guarde relación con el normal desarrollo del mercado en el cual se desenvuelve, decide justificarlo de manera subjetiva simplemente aduciendo el principio de buena fe; y por otra parte la entidad estatal, quién simplemente acepta dicho planteamiento y termina sustentando su cumplimiento sólo en dicho principio, sin que haya verificado aspecto adicional alguno como el estudio de sector realizado, las demás ofertas presentadas, la realidad del mercado, y demás aspectos que puedan servir para esclarecer el precio ofrecido por un proponente; o simplemente si fue verificado pero no dio mayor relevancia a estos aspectos.

3.1.2. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y su Decreto Reglamentario

En el año 1993 el Congreso de la República de Colombia expidió la ley 80, mediante la cual se disponen las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, y cuando se refiere a contratos, abarca la totalidad de sus etapas; es decir, la etapa precontractual, contractual y post-contractual, y en lo que respecta a las entidades estatales es preciso indicar que no todas se encuentran sujetas a esta disposición normativa pues existe un gran número de ellas que poseen un régimen especial.

El artículo 26 de la ley 80 de 1993 contiene en su numeral 6° el aparte que da inicio a la posibilidad que la entidad estatal ahonde sobre un posible precio artificialmente bajo, así como le endilga la responsabilidad de dicha situación al oferente, esto bajo los siguientes términos:

ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

(...)

6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que **se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas** con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. (negrilla y subrayado propios)

Este artículo se constituye en un factor que incide en los precios artificialmente bajos, pues es el único que dentro de dicha normativa relaciona o establece referencia alguna sobre precio

artificialmente bajo, y resulta insuficiente para los administrados, por cuanto sólo endilga de forma directa y expresa al proponente una responsabilidad frente al ofrecimiento de precios artificialmente bajos, sin que sea expedito la forma como la entidad estatal puede entrar a determinar que un precio es artificial, o la forma como el proponente puede justificar objetivamente el precio final presentado dentro de un proceso de contratación.

En virtud del poder reglamentario que le asiste al Presidente de la República cuyo objeto, según el consejo de Estado (2019) “consiste en la expedición de normas de carácter general destinadas a lograr la correcta ejecución, cumplimiento y efectividad de la ley para así volverla activa y plenamente operante”; es por ello que el gobierno nacional desde la creación de la ley 80 de 1993 ha expedido diferentes decretos reglamentarios con el fin de que se pueda ejecutar dicha ley, para ello en la actualidad se encuentra en vigencia el decreto 1082 proferido por El Departamento Nacional de Planeación, en el año 2015 y por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, en cuyo artículo 2.2.1.1.2.2.4 establece frente a precio artificialmente bajo los siguiente:

Artículo 2.2.1.1.2.2.4. Oferta con valor artificialmente bajo. Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal **debe requerir al oferente** para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.

Cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas.

En la subasta inversa esta disposición es aplicable sobre el precio obtenido al final de la misma. (negrilla y subrayado propios)

En el mismo sentido este artículo incluyó la remisión al artículo 2.2.1.1.1.6.1 de la misma norma la cual alude que “la Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo”; aspecto que obliga a un estudio comercial y financiero en el cual se encuentra directamente relacionado con los precios que podrían ser tenidos en cuenta durante los ofrecimientos de los interesados,

y sobre el cual la entidad estatal tendría una base sólida para realizar una primera comparación al momento de evaluar las ofertas o en el caso de la subasta inversa, al momento de finalizar la misma.

Si bien esta normativa reglamentaria dio un orden de obligatoriedad en lo que respecta a requerir al proponente cuando al verificar el análisis del mercado que ha realizado la entidad estatal puede inferir que la oferta está incurrida en precio artificialmente bajo, pues al determinarse **“debe requerir al oferente”**, constituye un mandato que no deja opción o potestad a la entidad estatal diferente a la de requerir al proponente; sin embargo, esta normativa no brinda un alcance de dicho requerimiento, pues no le sería dable a posteriori rechazar una justificación por considerarla insuficiente, si desde el mismo requisito que ha hecho la entidad no alude a los aspectos mínimos que deben ser justificados y esto obedece a que la normativa tampoco lo exige de esta manera.

Si bien cada proceso de contratación tiene sus particularidades y el normal desarrollo del mercado no es el mismo; ni para todos los objetos con el cual la entidad estatal pretenda adquirir bienes y servicios, ni para todos los oferentes; en tanto, cada uno tiene variables desde diversas perspectivas como su capacidad de compra cuando se trata bienes, el lugar de ubicación geográfica de la entidad estatal frente a la del oferente, la calidad del producto o servicio ofrecido, la capacidad financiera propia de cada oferente, la capacidad logística con que se cuente para el desarrollo de proyecto, el conocimiento del mercado en el cual se desarrolle, entre otras; persiste una variable de suma importancia para todos los oferentes y es la necesidad de mantenerse en el mercado pues tal como lo expresa López (2015) “si bien es difícil entrar en los mercados, más difícil es mantenerse en ellos y, por lo tanto, que el éxito no es permanente. Para conquistar el mercado hay vías, como la invención o la innovación, que permiten el surgimiento de nuevos procesos de producción y de bienes” (p. 90); son este tipo de variables las que el comité evaluador debe valorar de forma objetiva para de esta forma lograr tomar una decisión ajustada a la realidad económica no sólo del sector sino también a la realidad propia de cada oferente.

Finalmente la normativa deja en poder de la entidad estatal por medio de su comité evaluador la función de analizar la información o la justificación que presenta el oferente con el fin de adecuar el precio ofrecido a una realidad económica del sector y de esta forma poder continuar en el proceso de selección; y se reitera que dicho análisis se hace difícil si no ha sido requerida en debida forma; adicional a ello, indica el artículo que si dicha justificación corresponde a circunstancias objetivas y estas no colocan en riesgo la ejecución y cumplimiento del futuro

contrato, está debe continuar en el proceso es decir que debería catalogarse como cumplido o en su defecto justificados los precios ofrecidos; sin embargo surge una duda y es ¿cuándo serían objetivas las justificaciones?, pues lo que para una entidad estatal pueda ser objetivamente justificado, para otra entidad estatal no lo puede ser; es decir, no es taxativo en un entendimiento unánime frente al término “circunstancias objetivas”.

Corolario de lo anterior el ordenamiento normativo, impositivo y vinculante que en la actualidad regula aspectos referentes sobre al precio presuntamente artificial ofrecido en un proceso de contratación con el estado, no evidencia una concreción normativa al respecto, pues deja vacíos que las entidades estatales llenan de la forma como mejor les conviene o frente al mejor entendimiento que posean al respecto, convirtiéndose así en un factor más que influye en el establecimiento de precios artificialmente bajos.

3.1.3. Jurisprudencia

La jurisprudencia o el precedente lo ha definido la Corte Constitucional (2017) como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”; según esta misma corporación cataloga la jurisprudencia desde una perspectiva horizontal y vertical, en ambos sentidos posee fuerza vinculante con base en el principio de igualdad constitucional teniendo en cuenta los siguientes preceptos:

La uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces permite, entonces, que los ciudadanos tengan certeza sobre el ejercicio de sus derechos y la efectividad de los mecanismos para su protección, con lo cual se concreta la seguridad jurídica y la igualdad en las actuaciones judiciales. Para ello, la jurisprudencia ha fijado diferentes instrumentos: (i) la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, “lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley”; (ii) la ley establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas; (iii) la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias “la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las

diferentes áreas del ordenamiento jurídico”; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, “tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad”; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102).

Si bien el artículo 230 constitucional catalogó a la jurisprudencia como un criterio auxiliar de la actividad judicial, para Santofimio (2017) “los precedentes contenidos en la jurisprudencia le otorgan fundamentos al sistema jurídico administrativo en la medida en que configura normas interpretativas y de aplicación vinculante que atribuyen consistencia a los principios del sistema del ordenamiento jurídico en especial al de legalidad”; en este sentido, si bien es el derecho positivo el que prevalece, en diversas ocasiones no describe de forma íntegra la manera como debe ser aplicado, o la ruta como deba ser interpretado; haciéndose necesaria su complementación por medio del precedente judicial, esto, claro está que bajo ninguna perspectiva se pueda contrariar la norma, pues lo que se genera mediante este criterio auxiliar es la posibilidad de un mejor entendimiento o una ampliación de la norma positivizada.

Tal como se pudo observar en la descripción de la ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario en lo que respecta a la regulación por parte del legislador frente al actuar de las entidades estatales en lo relacionado a los precios artificialmente bajos al momento de evaluar las ofertas, encontrando que esta es precaria al respecto y deja una serie vacíos o interrogantes que deben ser resueltos y para ello se debe acudir al precedente jurisprudencial y en particular aquellos proferidos por el Consejo de Estado como tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y en tal virtud conoce entre otras las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, y controversias contractuales; como principales cuando se trate de algún tipo de controversia suscitada por la presencia de precios artificiales en la contratación pública.

En el año 2008 el Consejo de Estado mediante sentencia 17783, al decidir un recuso de apelación frente a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante el rechazo de una oferta por precios artificialmente bajos, indicó aspectos puntuales frente a esta situación particular, y brindó un camino a seguir para las entidades estatales que hasta la fecha no había sido posible avizorar. Esto bajo los siguientes términos:

Si bien es cierto que La Ley 80 de 1993, no contiene una disposición que expresamente establezca el rechazo de la oferta por contener precios artificialmente bajos, como tampoco

ha definido aquellas situaciones que podían generar precios artificialmente bajos en las ofertas presentadas por los proponentes; también lo es, que en algunas de sus regulaciones hizo referencia al tema de los precios del mercado como aspecto determinante en la comparación de los ofrecimientos recibidos, tal como quedó registrado al tratar el contenido y alcance del artículo 29, e igualmente lo hace en el artículo 26 al consagrar el principio de la responsabilidad que informa la actividad contractual, concretamente en el numeral 6º que determina responsabilidad para el contratista por la presentación de propuestas en las cuales se fijaran condiciones económicas y de contratación **artificialmente bajas** con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. (negrilla y subrayado originales).

(...) el precio señalado por el proponente debe guardar proporcionalidad con el valor del objeto ofrecido, de lo contrario se generaría una evidente discrepancia entre el objeto contratado y su valor. El precio no puede ser irrisorio o vil, pues ello puede significar un eventual incumplimiento del contrato, o eventuales conflictos por imprevisión, lesión, abuso de derecho etc., que la contratación administrativa debe evitar.

El denominado “precio artificialmente bajo” de que trata la Ley 80, es aquel que resulta artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, pero además, que no encuentre sustentación o fundamento alguno en su estructuración dentro del tráfico comercial en el cual se desarrolla el negocio, es decir, que dicho precio no pueda ser justificado y por lo tanto, la Administración estaría imposibilitada para admitirlo, so pena de incurrir en violación de los principios de transparencia, equilibrio e imparcialidad que gobiernan la actividad contractual y como parte de ella, el procedimiento de la licitación.

Pero puede suceder que el precio, aunque bajo, encuentre razonabilidad y justificación por circunstancias especiales que tienen suficiente explicación, las cuales deberán ser evaluadas por la Administración en su contexto, para determinar si la oferta puede o no ser admitida.

En este orden de ideas, para que pueda establecerse si el precio de la oferta es artificialmente bajo, el punto de referencia al cual ha de acudir es el de los precios del mercado, los cuales deberán ser consultados por la Administración, tal como lo ordena el artículo 29 tantas veces citado, con el fin de hacer las respectivas comparaciones y cotejos de aquellos que han sido determinados en la propuesta para los diferentes ítems, teniendo especial cuidado en relación con aquellos que tienen mayor repercusión o incidencia en el valor global de la oferta.

Otro parámetro para establecer si la propuesta presentada resulta artificialmente baja, se encuentra en el precio establecido por la entidad pública licitante como presupuesto oficial, cuya determinación debe obedecer a estudios serios, completos y suficientes, formulados por

la Administración con antelación a la apertura de la licitación o el concurso, tal como lo dispone el artículo 25-12 de la Ley 80 de 1993.

Hechas estas precisiones resulta pertinente establecer si la Administración está facultada para rechazar una propuesta, impidiéndole pasar a la siguiente fase para la asignación de puntaje o calificación numérica, por presentar precios artificialmente bajos.

El aspecto principal y preponderante de esta sentencia lo constituye la definición que el alto tribunal le otorga al precio artificialmente bajo y que lo constituyen dos presupuestos o criterios a saber: 1) que el precio sea artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido y 2) que no encuentre sustento en el tráfico comercial en el cual se desarrolla el negocio; y para ello brinda herramientas a las cuales la entidad estatal puede acudir con el fin de lograr determinar si el precio que está siendo objeto de valoración cumple con estos presupuestos.

- a) Los precios del mercado consultados por parte de la entidad estatal al momento de realizar el estudio de sector o los estudios previos.
- b) El precio establecido por la entidad como presupuesto oficial o en algunos casos corresponde a los precios techo que establece la entidad estatal y que es fijado con base en los precios cotizados por los oferentes en el estudio de sector.

Aunado a estas herramientas, el Consejo de Estado indica la obligatoriedad para la remisión tanto a los precios del mercado como al presupuesto fijado o precio techo, los estudios que haya adelantado la entidad estatal debieron haber sido efectuados de manera “seria, completa y suficientes”, y de esta forma al ser comparados con los precios ofrecidos se revistan de una total confianza tanto para la entidad estatal como para el oferente.

Sin embargo, esta providencia indica que “puede suceder que el precio bajo encuentre razonabilidad y justificación por circunstancias especiales, las cuales deben ser evaluadas por la administración en su contexto y en cada caso específico, para determinar si la oferta puede o no ser admitida” lo que nos lleva a interrogantes como: ¿cuáles podrían ser esas circunstancias especiales?, ¿cuál es la mejor forma para que sean objeto de valoración por la entidad estatal? ¿a partir de qué monto o diferencia sobre el presupuesto o precio techo fijado puede ser presumido un precio artificialmente bajo?, interrogantes estos, que al no ser respondidos desde la jurisprudencia, influyen en el establecimiento de precios artificialmente bajos, estos interrogantes serán retomados en el desarrollo en lo concerniente a la entidad estatal y al oferente o proveedor.

Cuando se habla de precio en una oferta consideramos intrínseco una utilidad esperada por quien entregará el bien o prestará el servicio, y en tal sentido el artículo 3° de la ley 80 de 1993 establecía que “los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, **además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado**, colaboran con ellas en el logro de sus fines (...), aspecto en negrilla y subrayado fue derogado por la ley 1150 de 2007, lo que implica que la obtención de utilidades no será una protección en cabeza del estado y a juicio de Matallana (2017),

La apreciación que hagan las entidades estatales para determinar cuándo una propuesta es artificialmente baja, debe excluir la consideración de la utilidad esperada por el contratista al momento de presentar la oferta, por cuanto el estado ya no está obligado a garantizar dicha utilidad, es decir, el Estado hoy está autorizado para decepcionar ofertas sin márgenes de utilidad (p. 444).

No obstante, se observa en la práctica y el normal funcionamiento de las entidades estatales que durante la adquisición de bienes y servicios al momento de valorar la respuesta a requerimientos efectuados a los oferentes por presuntamente presentar precios artificialmente bajos, uno de los factores fundamentales a tener en cuenta es que exista una utilidad esperada frente a los costos incurridos con la ejecución del contrato, e inclusive muchas de ellas exigen la presentación de discriminación de costos y otras simplemente basan su decisión en el principio de buena fe, con el simple escrito del oferente que indica que su oferta contiene utilidades, no lesiona su propio patrimonio y es lo suficientemente sostenible durante la etapa contractual en caso de resultar adjudicatario.

Posteriormente en sentencia 43738 proferida por el Consejo de Estado en el mes de marzo de 2020, mediante la cual se revocó el acto administrativo de adjudicación y condenó a una entidad estatal a pagar al demandante los daños y perjuicios por la no adjudicación del contrato en tanto logró demostrar que su oferta era la más ventajosa para la entidad, al haber omitido la descalificación de aquella que había determinado con menor valor y que bajo consideraciones del alto tribunal existían “precios tan dramáticamente diferentes” empero la entidad estatal no requirió al oferente para que los explicara y por el contrario ante observaciones efectuadas por otros participantes en el proceso de contratación procedió a dar respuestas lacónicas sin tener en cuenta lo peticionado por los observadores.

De dicha jurisprudencia es preciso destacar los siguientes apartes:

(...) la Sala debe precisar que con independencia de la forma en que la entidad decida realizar la evaluación económica de los precios ofertados por cada proponente, el proponente debe

asegurar que el precio de cada uno de los elementos ofertados se encuentre justificado. Por su parte, como se advirtió en precedencia, la entidad está obligada, al momento de efectuar la comparación de las propuestas, a consultar los precios del mercado y a requerir al proponente que presente una oferta con precios dudosos frente a su correspondencia con la realidad comercial, para que justifique la razón de su oferta en las condiciones así planteadas. La exigencia anterior, no tiene otro propósito distinto al de asegurar la ejecución del futuro contrato, y evitar modificaciones que pretendan conjurar los efectos de la presentación de una oferta bajo condiciones económicas artificialmente bajas.

(...) Es inadmisibles que las entidades estatales ante precios tan dramáticamente diferentes se limiten a dar respuestas lacónicas que dan lugar a escenarios indeseables como permitir a los proponentes la formulación de ofrecimientos ilimitados o artificiales por parte de los proponentes o, incluso, dar pie al direccionamiento indebido de la selección del futuro contratista. Aquellos son escenarios que el ordenamiento debe castigar con la máxima sanción, la ilegalidad del acto administrativo.

Reviste de imperativa obligatoriedad a la administración comparar los precios ofrecidos con los precios del mercado, pues la cataloga como un deber de la entidad estatal, esto constituye un “deber jurídico que no es más que la individualización, la particularización de una norma jurídica aplicada a un sujeto” (Rodríguez, 1979, p.74), y que para el caso particular el sujeto atañe a la entidad estatal; estos precios no corresponden únicamente a aquellos que ha realizado mediante el estudio de sector o estudios previos; sino que también, a las de aquellos oferentes participantes, pues son estas las que pueden estar revestidas de mayor realidad en tanto contienen todos los gastos aplicados por cada uno de ellos y han sido elaboradas con base a las exigencias o factores que puedan afectar o variar su ofrecimiento como pueden ser: el lugar de entrega, la forma de pago, las condiciones particulares del bien o servicio a contratar, el tipo de selección realizada, el plazo de ejecución, entre otros.

En la práctica cotidiana, los procesos de contratación están diseñados para ser adjudicados ya sea de forma total según cada uno de los ítems requeridos, de forma individual o adjudicados por grupos o lotes, indistintamente sea para el suministro de bienes o para la prestación de servicios; en cualquiera de estos tres casos, ha dicho el Consejo de Estado que es el oferente quien debe garantizar que cada uno de los precios se encuentre debidamente justificado; descartando de esta manera que pueda entenderse bajo una integralidad cuando deba ser presentadas ofertas bajo la totalidad de ítems o por grupos, ya que establece que dicha situación es completamente independiente a la forma como la entidad vaya a realizar la evaluación; sin

embargo, la jurisprudencia tampoco determina cual es la forma adecuada de justificar los precios por parte del oferente acusado con precios artificiales.

Finalmente reitera esa potestad que otorgó la normativa a la entidad estatal de valorar la justificación que brinda el proponente pero que aunada a la jurisprudencia persiste la ausencia de una manera horizontal del contenido del requerimiento objetivo que debería realizarse al oferente, así como del análisis de dicha justificación a cargo de la entidad estatal, puesto que nada establece al respecto, constituyéndose así en otro aspecto que influye en el establecimiento de precios artificiales, por cuanto la jurisprudencia siendo fuente de derecho no concreta esos vacíos normativos que ha dejado la ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario en lo que respecta a la manera idónea de requerir justificación de precios artificiales, así como de la manera adecuada y objetiva de analizar su justificación y soportes presentados.

3.1.4. Agencia Nacional para la Contratación Pública Colombia Compra Eficiente

Ante la falta de un ente rector de las entidades estatales que orientara la manera adecuada de adquisición de bienes y servicios, en el año 2011 mediante el decreto – ley 4170 expedido por la presidencia de la República a través del Departamento Administrativo para la Función Pública se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente (CCE); este decreto fue expedido bajo la potestad reglamentaria concedida por el Congreso de la República al Gobierno Nacional en el marco de la ley 1444 de 2011. teniendo sus funciones debidamente establecidas en el artículo 3º de dicha normativa, y de los cuales se destacan los siguientes:

1. Proponer al Gobierno Nacional las políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado y criterios de racionalización normativa, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.
 2. Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas.
- (...)

5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.

(...)

8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo.

9. Desarrollar mecanismos de apoyo a los oferentes que les permitan una mayor y mejor participación en los procesos de compras y contratación pública de las entidades estatales.

10. Difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública; y promover y adelantar con el apoyo y coordinación de otras entidades públicas cuyo objeto se los permita, la capacitación que considere necesaria, a fin de orientar a los partícipes en el proceso contractual.

(...)

11. Brindar apoyo a las entidades territoriales para la adecuada aplicación de las políticas, instrumentos y herramientas en materia de compras y contratación pública.

Dentro de sus funciones, se le otorga a CCE la potestad de “desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a asegurar que el sistema de compras y contratación pública obtenga resultados óptimos en términos de la valoración del dinero público a través de un proceso transparente”, tal como quedó afianzado en las consideraciones del decreto 1510 del 2015.

Para Pachón (2014) “los manuales, instructivos y guías de la agencia interpretan las normas, establecen pautas técnicas y orientan a las entidades para mejorar los procedimientos de trabajo en la operación de los asuntos contractuales” (p.59); sin embargo, existe duda si estos documentos emitidos por CCE son vinculantes, obligatorios y cuál sería su alcance para las entidades estatales, y para ello es Safar Díaz (2017) quien indicó que:

Las facultades que le son conferidas a dicha entidad para la expedición de dichos documentos no son producto de lo establecido en las normas de rango legal, y ni siquiera en las funciones consagradas en su norma de creación, sino que, precisamente derivan de una disposición de orden reglamentario, tesis bajo la cual podría considerarse que dichas disposiciones son contrarias al principio de reserva legal, frente a lo cual algún sector de la doctrina considera que “al carecer tales normas (rectius) los lineamientos, guías, y manuales de CCE de fundamento legal expreso que les reconozca carácter vinculante y ser expedidos en una

función orientadora, pedagógica, instructiva, y meramente promocional de las mejores prácticas jurídicas en este campo no cabe duda de que se trata de actos jurídicos desprovistos de tales efectos”.

A lo que se opone otro sector según el cual “si la circular que emite la Agencia como manifestación de la voluntad tiene, en el marco de las normas que regulan la contratación estatal, la potencialidad de producir efectos jurídicos se tendrá como un verdadero acto administrativo revestido de presunción de legalidad y de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios” lo cual se haría extensible a los manuales, guías y lineamientos que expida la Agencia, cuando ellos se encuentren plasmados en una, o sean presentados por una circular externa de esta entidad. (p.172).

Mientras que para Pachón, (2014) estos documentos expedidos por CCE “combinan diferentes grados de obligatoriedad: En algunos apartes son imperativos mientras que otros son indicativos o instructivos como en su redacción por lo general se advierte cuando un contenido se expide a título de sugerencia o recomendación” (p. 59); la Corte Constitucional (2017) ha dispuesto que CCE “no se trata de un órgano con competencias reglamentarias, sino doctrinales y de fijación de políticas públicas, encargado legalmente de interpretar las normas del sector, en desarrollo de su competencia” y precisamente el sector referido por el alto tribunal corresponde al de “contratación pública”.

Cualquier discrepancia o duda fue resuelta por el Consejo de estado (2019) quien indicó particularmente lo siguiente:

Para la Sala resulta claro que con el Decreto-Ley 4170 de 2011 el legislador extraordinario no quiso modificar –como en efecto no lo hizo– el esquema de producción normativa establecido en la Constitución Política y, por lo mismo, las funciones asignadas a Colombia Compra Eficiente guardan una estricta lógica de jerarquía normativa respecto de las facultades reglamentarias reservadas al presidente de la República y, por supuesto, respecto de los lineamientos legislativos. No podría considerarse que con el Decreto-Ley mencionado se distribuyeron las competencias reglamentarias entre el presidente de la República y la nueva agencia, asignando a esta última todo aquello relativo a la contratación del Estado. Por el contrario, lo que resulta evidente es que el presidente de la República cuenta ahora con una entidad especializada que lo apoya técnicamente tanto en la formulación de una política pública en materia de compras y contratación pública, como en su labor de producción normativa, sin que por ello se desprenda de las normas pertinentes alguna suerte de escisión de las facultades.

(...)

Adicionalmente, las funciones asignadas a la Agencia, si bien pueden comportar una facultad de regulación de la actividad contractual pública, ella debe ser ejercida con sometimiento al esquema jerárquico normativo del sistema jurídico, por lo que deberá sujetarse, como consecuencia, a los dictados constitucionales, legales y a la reglamentación expedida por el presidente de la República.

(...)

Un acto administrativo de carácter general, lo será en la medida en que contenga unas disposiciones, reglas o normas objetivas, impersonales y abstractas, a las que deban ajustarse los destinatarios indefinidos e indeterminados de la respectiva disposición. Siempre que responda a las características anotadas, un acto administrativo de carácter general puede revestir distintas formas, tales como decretos, resoluciones, reglamentos, acuerdos, circulares, etc. En consecuencia, no es el nombre que recibe el que le otorga la naturaleza de acto administrativo, sino su contenido reglamentario o normativo de obligatoria aplicación, y ello es predicable, incluso, de los manuales expedidos por las distintas autoridades.

Es decir que aquellos documentos expedidos de forma unilateral por Colombia Compra Eficiente con característica de acto administrativo general y con efectos jurídicos vinculantes, como el caso de las circulares externas en tanto “existe consenso institucional ya que el Consejo de Estado las reconoce como actos administrativos generales y, por tanto, gozan de la presunción de legalidad –obligatoriedad- y de carácter ejecutorio” (Álvarez Patiño, 2020), aspecto que se encuentra concatenado con respuesta emitida por CCE en el año 2017 en virtud a su función de absolver consultas, y en la cual un ciudadano preguntó directamente sobre la fuerza vinculante de los documentos que dicha entidad expide y su respuesta indicó que:

Los manuales, guías y documentos tipo son la manifestación de la función de Colombia Compra Eficiente de desarrollar e implementar estándares para las distintas etapas del Proceso de Contratación y son lineamientos generales que recogen las prácticas en los temas que desarrollan. Si el manual o guía fue adoptado por Colombia Compra Eficiente mediante Circular Externa y está a su vez fue divulgada, es de obligatorio cumplimiento para todas las Entidades Estatales que deban aplicar las disposiciones del Sistema de Compra Pública en su actividad contractual.

Las Circulares Externas son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas al público en general o a las Entidades, y son de obligatorio cumplimiento siempre que hayan sido publicadas y/o divulgadas

Lo anterior evidencia que, para el caso concreto de Colombia Compra eficiente, sólo resulta vinculante de forma general aquellos documentos expedidos en calidad de circulares externas; mientras que las guías y demás documentos son orientadores del actuar de las entidades estatales sin que puedan hacerse coercitivos a todas ellas ni mucho menos obligatoria su aplicación, aspecto que redundante en otro factor que incide en el establecimiento de precios artificiales en la contratación estatal.

Dentro de los documentos expedidos por Colombia Compra Eficiente en su función de crear políticas públicas en temas de contratación estatal, en el año 2017 fue publicada la Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación.

3.1.4.1. Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación.

Tal como se definió previamente, esta guía no posee una fuerza vinculante para las entidades estatales al no constituirse como circular externa, y son estas quienes ante la presencia de un precio artificialmente bajo deciden su aplicación, o en su defecto realizan el análisis del precio por medio de otra manera, afianzando así la ausencia de una regla clara que permita a la entidad estatal seguir un procedimiento definido desde la manera como se debe identificar un precio artificialmente bajo, pasando por los requisitos y exigencias mínimas que deben ser estipuladas en el documento de requerimiento al oferente y finalmente al análisis que de dicha respuesta del oferente junto con los soportes presentados haga la entidad estatal por medio de su comité evaluador en virtud de ese deber de análisis que se le asignó por medio del decreto 1082.

Esta guía entre su contenido relaciona los pasos que la entidad estatal debe seguir cuando está en presencia de un precio artificial, en su orden: identificar, solicitar aclaraciones, analizar, y decidir; sin embargo, adicional a no ser obligatorio ni vinculante para las entidades estatales, se torna insuficiente frente a una realidad avizorada en el normal desarrollo de los procesos de contratación y en donde cada una de ellas actúa de forma independiente bajo la interpretación unilateral sobre la mejor forma en la cual deben identificar, solicitar, analizar y decidir sobre un precio artificialmente bajo en la contratación estatal.

Identificar: Para la identificación de los precios recomienda que se tome una comparación absoluta y una comparación relativa; frente a la primera, consiste en comparar la oferta de cada proponente con respecto al precio techo establecido con base en el estudio de sector realizado, pero en este caso la guía no establece que aspectos se deben tener en cuenta en dicha

comparación para obtener un resultado; indica igualmente cuando que sean menos de 5 ofertas, se debe requerir a quienes haya ofrecido menores a un 20% o mayor porcentaje al precio techo o de referencia; esta condición genera confusión pues ejemplificando podría suceder que de un precio techo de \$100 un oferente presenta oferta por 79% y con base en la recomendación de CCE deba requerir para que aclare el precio, o si por el contrario ante los mismos \$100 de precio de referencia, se requeriría es a aquellas ofertas que presenten precios inferiores a 20\$.

Esta situación fue aclarada por CCE

Con respecto a la segunda (relativa) indica CCE que se debe contrastar cada oferta con las demás presentadas; sin que se evidencia aspecto adicional alguno que indique una vez comparada de que forma se determina la oferta artificial.

Complementa la guía los casos en los cuales existan más de 5 ofertas y para ello recomienda tomara todas las ofertas, determinar la media, luego la desviación estándar y con esta información establecer un valor mínimo aceptable para la entidad.

Solicitar aclaraciones: la guía indica que la entidad estatal debe solicitar al oferente del cual se sospecha un precio artificial para que explique sus razones por escrito y en detalle la oferta presentada, y en el mismo sentido recomienda incluir la desagregación de la oferta desagregando el costo del bien o servicio, los gastos generales, los imprevistos y la utilidad; indica igualmente que la entidad puede indagar sobre el costo marginal, al igual que puede hacer la misma solicitud a los demás oferentes y cuantas veces sea necesario; si bien, se incluye una desagregación de la oferta pero a modo potestativo, en ninguno de los apartes indica que dicha explicación debe ser objetiva, es decir que deba corresponder a documentos soportes como facturas, cotizaciones, y demás documentos con los cuales se pueda contrastar lo que el oferente plasme en su escrito, pues si solamente se indica un escrito, este puede contener falacias que sin los soportes suficientes no queda más que aceptarlos bajo el principio de buena fe que rige la contratación pública; esto cuando se trate de bienes y servicios que puedan ser soportados con este tipo de documentos.

Analizar: el análisis que recomienda la guía que si la oferta es baja por los siguientes aspectos; se omitió diligenciar algún ítem de la oferta, se cometió algún error aritmético, se ofreció una unidad de medida diferente a la requerida, y se ofrece una condición de ejecución del contrato diferente a la requerida; frente a la identificación de estos aspectos indica CCE que la oferta debe ser rechazada; sin embargo, no tiene en cuenta el modo como haya sido estructurado el proceso de contratación, si para el caso particular era obligatorio ofertas individuales, por grupo; si para ello la entidad requirió el apoyo con equipos o requerimientos

adicionales no descritos en los precios que son obligatorios en las especificaciones técnicas; y por el contrario lo relacionado en este acápite de la guía más parece una reevaluación económica sobre aspectos que pudo haber olvidado verificar el comité económico que el análisis que efectuaría sobre la justificación que al respecto brinde el oferente requerido.

Decidir: la decisión que relaciona la guía se centra en determinar el rechazo cuando el proponente no presente justificación, o lo presente incompleto a lo requerido por la entidad, o la justificación no sea satisfactoria y no desvirtúa la teoría de utilización de la oferta como estrategia colusoria o de competencia desleal; en ningún momento establece la forma adecuada de la forma como se deba realizar el análisis de la justificación presentada y que en el convergen diferentes factores que deben ser tenidas en cuenta tanto por el oferente requerido como por la entidad estatal.

Como es evidente, esta guía no exige que la justificación que se sustente sea objetiva y que corresponda a aspectos reales del mercado y de la situación actual del oferente, en el mismo sentido no establece unas exigencias mínimas contentivas en el requisito que se deba hacer al oferente y que sea con base en estos que una vez recibida la respuesta del oferente se proceda a su análisis; y finalmente tal como lo indicó el CCE (2020):

La referida Guía contiene criterios orientadores para las entidades públicas, los cuales, en consecuencia, no son de obligatorio acatamiento por partes de estas últimas. En otras palabras, las entidades están facultadas para aplicar los criterios contenidos en la Guía o acudir, si bien lo tienen, a otro tipo de criterios que consideren más apropiados para cada proceso de contratación.

3.2. Resultados Objetivo No 2:

En términos del objetivo número 2 “Determinar los aspectos que desde la Entidad Estatal y desde el proponente puedan conllevar a establecer precios artificialmente bajos en la contratación”, se encontró que es desde estos dos actores de los procesos de contratación que a diario ejercen y vivencias situaciones fácticas propias de los precios artificialmente bajos en donde se evidencia la realidad o la aplicación que en la actualidad se está dando y que efectivamente desde cada uno de ellos existen unos factores que inciden, fomentan o facilitan para que se presenten precios artificialmente bajos, como lo son los estudios y documentos previos, el requerimiento que efectúa la entidad estatal para que sean justificados los precios, la respuesta emitida por el proponente, la experiencia, la corrupción y la búsqueda permanente de la entidad estatal por optimizar los recursos asignados.

3.2.1. Estudios y Documentos Previos

Los estudios y documentos previos son de obligatorio cumplimiento para cualquier entidad estatal que tenga dentro de su proyección la adquisición de bienes y servicios, pues tal como lo expresa el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del decreto 1082 “son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato”, y inmerso en su contenido indica su numeral 4º que se debe incluir “el valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos”; esto concatenado con el artículo 2.2.1.1.1.6.1 de la misma norma la cual alude que “la Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo”.

Es así como dentro de la etapa de planeación se encuentra inmerso el estudio de sector bajo esa obligatoriedad de análisis que ha impuesto la normativa a la entidad estatal y en la que se debe tener en cuenta aspectos financieros y comerciales que en otras palabras corresponde al estudio de mercado.

Los precios del mercado servirán como base no sólo para que los proponentes puedan realizar sus ofrecimientos, sino que también servirán como base para que el comité evaluador correspondiente pueda comparar objetivamente los valores ofrecidos por cada uno de los interesados en el proceso de contratación y lograr determinar si pueden ser catalogados presuntamente como artificialmente bajos.

Sin embargo, a la entidad estatal le es imposible de forma unilateral cumplir con este requisito legal sin la coadyuvancia de las empresas del mercado y para ello durante esta etapa de planeación requieren cotizaciones.

3.2.2. Cotizaciones.

Según la Real Academia de la Lengua Española define este término como la “acción o efecto de cotizar”, y a su vez cotizar lo define como “poner o fijar precio a algo”; bajo estos términos, la entidad estatal solicita a las empresas del mercado para que pongan un precio a los bienes o servicios que requiere contratar y de esta forma conocer el mercado en el que normalmente se desarrolla, sin embargo desde este documento se evidencian falencias que se endilgan tanto a la entidad estatal como a las empresas que presentan cotizaciones y que influyen directamente

en el establecimiento de precios artificialmente bajos una vez se realiza el proceso de selección y se presentan ofertas.

3.2.2.1. Entidad estatal. La entidad estatal emite un documento dirigido a las empresas en general en caso de SECOPII o a empresas determinadas, mediante el cual requiere las cotizaciones; sin embargo, este documento no es contentivo de la totalidad de información necesaria por parte de las empresas para lograr determinar un precio del bien o servicios a requerir, por cuanto carece de factores que inciden en el precio a cotizar; pues en su mayoría solo se limitan a enlistar los bienes y servicios requeridos y se olvidan de relacionar aquellas especificaciones propias de los bienes que a contrario sensu son contemplados a posteriori en el proceso de contratación; en el mismo sentido no contiene cantidades estimadas, no establece el lugar o lugares donde se ejecutará el futuro contrato, no contiene la forma de pago; todos estos aspectos que ante su ausencia imposibilita a la empresa cotizante proyectar en debida forma un precio basado en la necesidad real de la entidad estatal, y por consiguiente finalmente opta por indicar un precio alto con el objetivo de lograr la cobertura de esos factores que inicialmente desconoció pero que en caso del proceso de contratación debe asumir una vez presentada la oferta.

3.2.2.2. Proponente o empresa cotizante. Si bien, el hecho de que una empresa no presente cotización durante la etapa de planeación de una entidad estatal, no genera ningún tipo de impedimento para que una vez publicado el proceso de contratación pueda participar como oferente bajo igualdad de condiciones; sin embargo, cotizar le permite a la empresa hacer parte del estudio de mercado que servirá para establecer un presupuesto en la futura contratación y definir un posible precio techo de los elementos, bienes o servicios que pretenda adquirir; a pesar de ello, una empresa no presenta como cotización el precio real del mercado, ya que al ser conocedor del normal desarrollo de un proceso de contratación estaría anticipando los precios a ofrecer en un futuro proceso de contratación, es decir, dando a conocer a sus competidores cual sería su precio; bajo esta premisa procede a incrementarlos en el documento de cotización y de esta manera en caso de llegar a participar en el proceso una vez sea publicado, tener la posibilidad de ofrecer unos valores inferiores a los cotizados; pues normalmente en la etapa de ofertas, los precios a ofrecer deberán corresponder a valores inferiores a las cotizaciones, para de esta forma tener oportunidad de resultar adjudicatario, por cuanto son estas las que sirvieron de base para el estudio de sector lo que quiere decir que en caso de presentarse al proceso de contratación propiamente dicho, cada uno de los participantes en las cotizaciones, estos presentan un precio que normalmente no se excede del precio que presentaron en su cotización.

Es muy diferente que una empresa remita una cotización a otro particular para que con base en el precio defina su compra o no, que emitir una cotización a una entidad estatal para un estudio de mercado que estará alineado con un proceso de contratación sujeto indiscutiblemente a la participación del interesado para poder llegar a ser apenas considerado como posible adjudicatario.

Lo anterior quiere decir que, en su mayoría y en la praxis normal de las cotizaciones para entidades estatales, estas no corresponden a la realidad económica del sector en el que se desarrolla el objeto, lo que genera que los precios techo establecidos en el proceso de selección sean altos y ante dicha situación, al momento de los ofrecimientos o proceso de selección estos disten ostensiblemente del estudio de mercado realizado por la entidad estatal, viéndose obligados a requerir a los oferentes para que sustenten los valores ofertados.

3.2.3. Requerimiento de justificación de precios

Este documento por mandato normativo del decreto 1082 de 2015, es menester exclusivo de la entidad estatal; sin embargo, tal como se ha descrito en apartes que anteceden, ni la norma, ni la jurisprudencia, ni la guía de CCE para establecer precios artificialmente bajos en la contratación estatal; dan cuenta del contenido y la forma como debe ser requerido un oferente de quien se presume con precios artificialmente bajos.

Con el fin de lograr ilustrar la realidad del actuar de las entidades estatales, se toman algunos casos ejemplificantes que evidencian el actuar de las entidades estatales y para ello se hará sobre la plataforma transaccional SECOP II.

3.2.3.1. Caso No 1.

Entidad estatal: Agencia Logística de las Fuerzas Militares

No de proceso: SASI 002-141-2020

Modalidad de contratación: Subasta inversa

La entidad estatal realiza requerimiento a los proponentes que resultaron vencedores en la subasta bajo los siguientes términos:

Una vez surtido el proceso de subasta electrónica, se realizó la respectiva verificación de los precios por lote, frente a los precios referencia establecidos por la entidad de cada una las ofertas presentadas, concluyendo que se presentaron precios artificialmente bajos, por lo que en atención a lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015 en su art. 2.2.1.1.2.2.4 que a la letra

dice "...si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo No. 15 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido...", se requiere a las siguientes firmas allegar la respectiva justificación con base en la guía "para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente", los PROPONENTES deben desagregar su precio así:
Oferta de LOTE = Costo de servicio (equipos, personal) + gastos generales +utilidad + IVA
NOTA. El resultado del formulado relacionado anteriormente debe ser igual precio ofertado en la subasta electrónica.

Fuente de información: Colombia Compra eficiente SECOP 2

3.2.3.2. Caso No 2.

Entidad estatal: Policía Nacional - Unidad Prestadora de Servicios de Salud del Valle

No de proceso: PN UPRES VALLE SA MIC 0-499/2020

Modalidad de contratación: Proceso de Mínima cuantía

La entidad estatal realiza requerimiento al proponente quien ofreció el menor valor económico bajo los siguientes términos:

En virtud y al verificar el porcentaje de descuento por ustedes presentados, dentro de la oferta con la que atendió el proceso PN UPRES VALLE MIC No 0-499/2020, se encuentra que presuntamente podamos estar frente a un evento de precios artificialmente bajos, por tal razón y con el fin de desvirtuar dicha presunción, con toda atención me permito solicitarles se sirvan hacernos llegar a la oficina de contratos a través de la plataforma SECOP II, con destino al proceso: la justificación del porcentaje de descuento ofertado para el proceso en mención.

Fuente de información: Colombia Compra eficiente SECOP 2

3.2.3.3. Caso No 3.

Entidad estatal: Dispensario Médico Suroccidente (DMSOC)

No de proceso: 601-DISAN-DMSOC-2020

Modalidad de contratación: Selección abreviada de menor cuantía

La entidad estatal realiza requerimiento a los proponentes que presentan menores valores para algunos ítems, así:

(...) Matriz de Costos con los soportes donde se demuestre que existe un equilibrio económico y comprobación de los precios ofertados (Cuando el comité económico evaluador solicita soportes hace referencia a facturas, órdenes de compra, cotizaciones, órdenes de servicios, contratos etc., que pueden generar evidencia de que realmente cumplen la condición de precios artificialmente bajos, los soportes que se anexen debe resaltar el ítem se está justificando resaltado, con el fin de validar la información de forma precisa teniendo en cuenta que muchas de los nombres señalados en las especificaciones técnicas varían de acuerdo a nombres comerciales).

Así mismo, debe manifestar por escrito que mediante este valor ofertado no pone en riesgo el proceso de selección y el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de adjudicarse.

Fuente de información: Colombia Compra eficiente SECOP 2

3.2.3.4. Caso No 4.

Entidad estatal: Policía Metropolitana de Popayán (MEPOY)

No de proceso: PN MEPOY SA 037 DE 2020

Modalidad de contratación: Selección abreviada subasta inversa

La entidad estatal realiza requerimiento a los proponentes que resultaron vencedores en la subasta bajo los siguientes términos:

De manera atenta y respetuosa, en atención al proceso de contratación PN MEPOY SA 037 DE 2020, me permito solicitarle la aclaración de los precios estipulados en la oferta económica presentada por la empresa que usted representa para el presente proceso precontractual, de acuerdo al decreto 1082 de 2015 artículo 2.2.1.1.2.2.4. (...) así mismo en lo estipulado en la “Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación”, emitida por Colombia Compra Eficiente, la cual se toma como herramienta sugerida para realizar análisis a las ofertas.

Fuente de información: Colombia Compra eficiente SECOP 2

3.2.3.5. Análisis.

Si bien el requerimiento efectuado por cada una de las entidades estatales concreta la norma y la base sobre la cual sustenta su exigencia, los escritos no dan cuenta de una condición objetiva en la que se sustente en debida forma los precios que cada uno de los oferentes presentó, o resultó vencedor para el caso particular de la subasta; exceptuando el caso 3 DMSOC quien incluyó dos aspectos: el primero la desagregación de los precios, y el segundo los soportes que den cuenta de inexistencia de un posible desequilibrio económico; es decir, incorporó una exigencia objetiva al oferente para de esta manera lograr una unidad horizontal entre la desagregación y su soporte correspondiente, sin embargo, se evidencian imprecisiones frente a los documentos a adjuntar pues en ningún momento establece un periodo o fecha sobre la cual deban encontrarse estos, ya que no es lo mismo que estos hayan sido expedidos recientemente con precio real y actual, a que hayan sido expedidos con fecha quizás superior a un año en donde vamos a encontrar valores no actualizados y por consiguiente su sustento generaría duda salvo que en el mismo escrito se haga la actualización a valor presente y este sea aún inferior al precio ofrecido.

En lo referente al caso 1(Agencia Logística) la entidad sólo exigió una desagregación de costos, sin que para dicha desagregación pudiera hacer una símil con otro documento que evidenciara su veracidad; mientras que para el caso 2 (UPRES VALLE) y caso 4 (MEPOY) no se incluyó exigencia puntual alguna salvo la generalidad, que es sustentar los precios presuntamente artificiales ofrecidos.

La diferencia que existe entre cada una de las exigencias que hacen las entidades estatales, se debe a una interpretación diferente de la norma que regula dicha materia, pues el decreto 1082 de 2015 establece esa obligatoriedad a cargo de la entidad estatal de requerir al oferente más no indica claramente de qué forma debe hacerlo, aspecto que lo deja básicamente al arbitrio de la administración.

Esta situación influye en el establecimiento de precios artificialmente bajos, en tanto ante la inexistencia de un debido requerimiento al oferente donde se evidencie de forma completa los aspectos que la entidad estatal verificará con el fin de determinar si continúa o no el proceso de selección, impide que se valore objetivamente las condiciones reales de la empresa participante y que ante la falta de documentos soportes puede incurrir en falacias inobservadas por la entidad estatal.

3.2.4. Respuesta de justificación de precios por el proponente

Con el fin de abarcar este aspecto, se tomarán los mismos casos planteados en el acápite anterior para así dar una continuidad desde el requerimiento efectuado por la entidad estatal, y se evidencia que para los casos en los cuales la entidad estatal relacionó algún aspecto necesario para que con él se justificara el precio ofrecido, así fue realizado por parte del oferente, salvo para los casos 2 y 4 en los cuales no se puntualizó el requisito.

Para el Caso 1, el oferente discriminó los costos del precio final ofertado relacionado el costo del bien, los gastos de administración, imprevistos y utilidad, sin adicionar documento soporte alguno, en tanto el requisito no se estableció dicha condición.

Para el caso 3, el oferente en el mismo sentido cumple el requisito efectuado, discrimina los costos del bien, y adjunta documentos soportes que dan cuenta que el valor de compra del bien es inferior al precio de venta a la institución, en el mismo sentido adjunto otros documentos soportes como cotizaciones.

Para el caso 2 y el caso 4, en razón a que no se puntualizó por parte de la entidad estatal aspecto alguno como requerimiento, los proponentes procedieron a justificar el precio ofrecido desde otros aspectos que si bien sirven como soporte, no se convierten en factores determinantes para aclarar la oferta presentada, pues se basan en compras por grandes volúmenes, se aduce compra directa a fabricantes, se indica que poseen vehículos propios, se relaciona la existencia de descuentos financieros directos de fabrica, indican que los precios están acordes con el mercado; y terminan manifestando bajo el principio de buena fe que su oferta no lesiona ni su propio patrimonio, ni mucho menos coloca en riesgo la ejecución del futuro contrato en caso de resultar adjudicatarios; ninguno de estos aspectos aludidos por los proponentes son acompañados de soportes que confirmen lo descrito; sin embargo, la entidad estatal los avala como suficientes para aclarar el precio presumido como artificialmente bajo.

Para el caso de los proponentes, se evidencia que la manera diferente de justificar el precio ofrecido depende directamente del requerimiento efectuado por parte de la entidad estatal, pues queda demostrado en la totalidad de los casos planteados que cada uno de ellos procedió a justificar lo pedido, y en lo referente a aquellos en los cuales la entidad estatal no relacionó ningún parámetro a verificar o soportar, los proponentes optaron por acudir al principio de buena fe y a otros factores que como se indicó, si bien pueden llegar a afectar el valor final ofertado, no resulta ser determinante para aclarar un precio y menos cuando no son acompañados de soportes

suficientes que afiancen lo argüido en el escrito de respuesta como sustento de un precio bajo ofertado.

La respuesta al requerimiento de precios artificialmente bajos, constituye otro factor que influye en su establecimiento, por cuanto en su mayoría no demuestran objetivamente las condiciones reales del precio ofrecido y por consiguiente suelen justificarse con base en factores tangenciales no determinantes y mucho menos son acompañadas de soportes suficientes que evidencien la veracidad de lo escrito, pues no basta con invocar el principio de buena fe; y a pesar de que no dejan en claro la justificación de precios, la entidad estatal las acepta.

3.2.5. Experiencia

La experiencia “es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato” (Colombia Compra Eficiente, 2014), esta se hace obligatoria como requisito habilitante en los procesos de contratación que adelanta la entidad estatal, lo que quiere decir, que si una persona (natural, jurídica o promesa de sociedad futura) está interesada en participar en un proceso de selección, independientemente su modalidad, debe cumplir cabalmente con la experiencia requerida en los documentos del proceso, so pena de incurrir en causal de rechazo; es decir, la exclusión de su oferta.

La verificación de la experiencia por parte de la entidad estatal o la forma de acreditación por parte del oferente, generalmente se hace por medio del Registro Único de Proponentes (RUP) ya que, en razón a algunas modalidades y excepciones, este documento no aplica y es verificado directamente con copia de contratos, actas de liquidación, certificaciones emitidas por quien ha recibido los bienes o ha sido beneficiaria del servicio. La experiencia requerida por la entidad estatal discrepa una de otra, en tanto no existe una homogeneidad en su exigencia salvo lo previsto por Colombia Compra Eficiente (2014) quien indica que “la experiencia requerida en un proceso de contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor”; sin embargo, esa proporcionalidad y adecuación a la naturaleza y al valor del contrato depende única y exclusivamente a la interpretación que la entidad estatal contratante considere y por consiguiente plasme en su requisito, encontrando discrepancias como estas:

Algunas entidades, la realizan exclusivamente Bajo el Registro Único de Proponentes, sin exigir documento adicional alguno sólo con la acreditación de los códigos UNSPS (United

Nations Standard Products and Services Code) - Código Estándar de Productos y Servicios de Naciones Unidas, y que es utilizado.

Otras entidades, la realizan con base en el RUP, constatando los códigos UNSPSC y adicionalmente exigen la presentación de certificados de los contratos registrados, copias de los mismos o inclusive actas de liquidación.

Algunas entidades en procesos de mínima cuantía no exigen experiencia pues la normatividad no establece taxativamente dicha condición en esta modalidad de selección, a contrario sensu de otras que si lo exigen por medio de certificados o copias de contratos con objetos similares o incluso iguales al requerido por la entidad estatal.

Y son las exigencias laxas en la verificación de la experiencia, la que los proponentes interesados aprovechan, en el sentido de que les permiten: generar experiencia en áreas que no la tienen cuando no hay exigencia o cuando su exigencia es de fácil cumplimiento.

Es aquí donde se evidencia el factor que desde la experiencia influye en el establecimiento de precios artificiales, ya que con el ánimo de lograr la adjudicación del contrato, el oferente participante baja a tal punto los precios, que ninguno de los demás oferentes pueda resultar con un valor inferior, sólo con la proyección de que a futuro resulte adjudicatario y con la ejecución de dicho contrato acumule o mejore su experiencia y con ella poder acreditarla a posteriori en otros procesos de contratación.

Se observa una injerencia de la entidad estatal quien establece condiciones de experiencia laxas o en su defecto las omite, y el oferente quien básicamente sacrifica sus utilidades con la finalidad de adquirir experiencia en el mercado.

3.2.6. Corrupción

La corrupción es un cáncer que Colombia lleva sufriendo desde hace muchos años, y en materia de contratación estatal no ha sido para nada ajeno, pues a diario se evidencian noticias que dan cuenta de procesos administrativos, disciplinarios y judiciales que son realizados con el fin determinar responsables por actos que van en contra de la normatividad regulatoria; Farfán Molina (2010) define la corrupción administrativa bajo los siguientes términos:

Un fenómeno vinculado a la órbita de la función pública, y “se configura a través de una gama de comportamientos realizados por agentes estatales, cuyo común denominador es el abuso de la función pública o el desvío de poder, usado para una finalidad distinta de la legítima, y movidos por el ánimo de lograr una ventaja personal, patrimonial o de otra índole”. Así, “quien

incurre en el acto de corrupción degrada la autoridad de la que ha sido investido, desestima la protección y garantía de los intereses generales, con la pretensión de obtener beneficios de tipo particular, y utilizando métodos que contrastan con los principios que gobiernan la ética pública”

Los factores que favorecen su actuar, a juicio de Matallana (2015) corresponden a “la desigualdad social, los inadecuados diseños institucional, los incentivos perversos para el oportunismo, la impunidad frente a las prácticas corruptas y la aceptación social de la corrupción”; sin embargo, conviene precisar, que en materia de contratación estatal no es sólo el funcionario público quien se ve inmiscuido en actos de corrupción, pues para su configuración es necesario la participación de un particular denominado oferente o proveedor quien al unísono del servidor público o complementa los actos que son propuestos por el servidor o un delegado, o a su vez propone los actos que a posteriori serán complementados por el servidor público.

Si bien, la condición normal que se presenta cuando existen actos de corrupción, constituye al incremento ostensible de los precios ofrecidos, y esta condición se debe a la obligatoriedad de pagar coimas una vez adjudicado el contrato; también existe la inclusión de precios ostensiblemente bajos para de esta forma resultar adjudicatario, y esta práctica se está evidenciando más comúnmente a partir de la implementación de la plataforma SECOP II por cuanto no existe la posibilidad de realizar modificaciones a la oferta presentada y mucho menos a los valores, ya que esta plataforma es transaccional en tiempo real, lo que implica que se genera una línea de tiempo con la trazabilidad correspondiente de la totalidad de documentos presentados, sin que sea dable modificación alguna ni por parte de la entidad estatal ni mucho menos por parte del proveedor o del oferente sin que se evidencie su modificación o cambio en la plataforma, la cual se hace visible a cualquier interesado en el proceso.

Para superar este obstáculo que las nuevas tecnologías han impuesto a los corruptos, han optado por incluir en sus procesos de contratación bienes o servicios que no van a ser utilizados durante la ejecución del contrato lo que le permite al oferente bajar su precio a lo más mínimo para de esta manera tener una diferencia razonable frente a las demás ofertas; mientras que los demás bienes o servicios requeridos se encuentran a valores superiores del mercado lo que le permite pagar las coimas exigidas por los funcionarios de la entidad estatal.

En reciente sentencia del Consejo de estado (2020) indicó que “con independencia de la forma en que la entidad decida realizar la evaluación económica de los precios ofertados por cada proponente, el proponente debe asegurar que el precio de cada uno de los elementos ofertados se encuentre justificado”, y este pronunciamiento lo realizó al analizar un caso similar en el cual

en un proceso de contratación no se descartó una oferta por incurrir en precio artificialmente bajo, e inclusive no requirió su justificación al oferente al considerar que no había mérito para hacerlo por cuanto el pliego de condiciones estableció como forma de evaluar por sub-ítem (grupo) y no por precio unitario, y que al cotejar el precio total no existía una diferencia razonable que diera cuenta de un presunto precio artificial.

Con la finalidad de probar la repercusión del ítem en el total del grupo o subitem, el alto tribunal retiró el elemento aludido de la totalidad de ofertas y procedió a establecer un nuevo orden de elegibilidad con la sumatoria total, con lo cual logró evidenciar que efectivamente quien había resultado adjudicatario realmente no lo era y el precio total por grupo o subitem lo había favorecido.

Es claro que esta nueva forma de actuar es un factor que influye ostensiblemente en el establecimiento de precios artificialmente bajos en la contratación estatal, pues si bien pareciera que sus precios se encuentran elevados, uno de ellos es artificialmente bajo, empero la entidad estatal no requiere su aclaración; por cuanto ante la obligatoriedad de presentar oferta en bloque, por grupo o por la totalidad de bienes o servicios requeridos; así mismo, realiza el análisis de precio; o llegado el caso que haga requerimiento al oferente por precio presuntamente artificial, simplemente aprovecha la insuficiencia normativa y cualquier justificación otorgada es aceptada.

3.2.7. Optimización de recursos públicos asignados

Toda entidad estatal requiere de presupuesto para su funcionamiento y sostenimiento; es así como cada año, antes de terminar la vigencia fiscal, el congreso de la República aprueba la ley anual de presupuesto que contiene el presupuesto de rentas, el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones y las disposiciones generales y es proferida con vigencia de un año; es decir, comprende desde el 1 de enero al 31 de diciembre.

La optimización de los recursos, es conocida comúnmente en el argot público como “austeridad del gasto” que es el conjunto de estrategias o métodos que debe desarrollar una entidad estatal con la finalidad de generar una eficiencia en la utilización de los recursos asignados, ya sea ejecutando el mismo presupuesto por un periodo superior de tiempo, o ejecutando el mismo presupuesto con mayor cantidad de bienes o servicios durante un mismo tiempo, este último aspecto bajo la premisa que efectivamente se hacía necesario incrementar estos bienes o servicios; es decir, los recursos deben ser limitados a lo indispensable.

La austeridad del gasto es medida mediante un aplicativo manejado directamente por la Presidencia de la República de Colombia, en el cual cada entidad estatal que hace parte del presupuesto general de la Nación debe registrar las metas y medidas adoptadas con el fin de propender por un adecuado gasto público, dicha actividad debe ser efectuada dos veces al año en cumplimiento del artículo 19 del decreto 1009 del 14 de Julio de 2020 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que indica lo siguiente:

ARTÍCULO 19. SEGUIMIENTO E INFORME. Cada entidad que hace parte del Presupuesto General de la Nación, debe hacer seguimiento al cabal cumplimiento de este decreto, e implementará las medidas adicionales que considere pertinentes para hacer prevalecer la austeridad en el gasto público y los principios de economía y eficiencia de la Administración Pública.

Las Entidades serán responsables del reporte semestralmente de las metas y medidas adoptadas para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente decreto, mediante el “Aplicativo de Medición de la Austeridad del Gasto Público”, o el que haga sus veces, administrado por la Presidencia de la Republica. Esta información quedará guardada en la plataforma www.datos.gov.co, “Datos Abiertos”, para consultas posteriores de la ciudadanía, en concordancia con la política de transparencia y acceso a la información.

Las Oficinas de Control Interno evaluarán de forma semestral el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente decreto y presentarán un informe al Representante Legal de la entidad.

Esta normativa relaciona gastos puntuales que deben omitirse o disminuirse durante la ejecución del presupuesto, y si bien, no hace referencia expresamente a aspectos de la contratación pública como uno de esos accionares, se evidencia en el artículo citado previamente, referencia a que la entidad estatal “implementará las medidas adicionales que considere pertinentes para hacer prevalecer la austeridad en el gasto público y los principios de economía y eficiencia”, aspecto que da cabida a que se genere un factor más que incide en el establecimiento de precios artificialmente bajos.

La entidad Estatal al momento de recibir las ofertas en un proceso de contratación y evidenciar que una de ellas se encuentra con diferencia ostensible frente a las demás presentadas; o en su defecto en caso de ser la única oferta en el proceso, su diferencia es comparable sobre el presupuesto asignado; ve aquí una medida adicional para hacer prevalecer la austeridad del gasto, pues está optimizando los recursos asignados; y por consiguiente es muy poco probable

que llegue a descartarla por considerarla artificialmente baja, a contrario sensu opta por aceptar la justificación que brinde el proponente; es decir, la entidad estatal evidencia un claro ejemplo de eficiencia, pues está adquiriendo los mismos bienes o servicios requeridos con una menor cantidad de recursos, obteniendo un ahorro que podrá ser mostrado dentro de su gestión de austeridad del gasto.

Si bien, este actuar es reprochable desde el punto de vista social, pues hace primar su deseo de optimizar recursos, frente a una realidad contractual que podría corresponder efectivamente a un precio artificialmente bajo ya que no encuentra sustento de forma objetiva en el normal desarrollo del sector en el que se desenvuelve; desde el punto de vista económico representa mayores beneficios a la entidad estatal, pues según lo previsto en el artículo 26 numeral 6º (ibídem) es el contratista quien tiene la responsabilidad por haber ofrecido condiciones económicas y de precios artificialmente bajas; esto aunado a la presión constante del mismo estado de exigir resultados frente a la optimización de recursos influyen directamente en el establecimientos de precios artificialmente bajos.

3.3. Resultados Objetivo No 3

En términos del objetivo número 3 “Determinar los elementos que desde los entes de control y vigilancia, infieren en los precios artificialmente bajos en la contratación estatal”, se encontró que si bien existen diversas entidades que ejercen control sobre actuaciones del estado, en particular haré referencia a la Contraloría General de la República que efectúa un control Fiscal, y a el Ministerio Público por medio de la Procuraduría General de la Nación que efectúa un control disciplinario.

3.3.1. Contraloría General de la República – Control Fiscal

El control fiscal está establecido en la Constitución Política de Colombia mediante su artículo 167 en el cual indica que se encuentra a cargo de la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos públicos; en prima fase esta función se encontraba dispuesta para que se realizara de manera posterior y selectiva, aspecto que generaba la imposibilidad de su intervención de

manera concomitante durante la realización de un proceso de contratación o de selección del contratista que suministrara los bienes o servicios requeridos.

Sumado a ello, el artículo 65 de la ley 80 de 1993 frente al control fiscal estableció lo siguiente: **ARTÍCULO 65. DE LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES QUE EJERCEN CONTROL FISCAL.** La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales.

Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

La condición descrita en esta normativa, fue confirmado por la Corte Constitucional (1999) en la cual se indicó que el control fiscal en material de contratación estatal tenía dos precisos momentos: “1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades (...) 2. una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero, de gestión y resultados”.

Es decir, no existía forma que se pudiera ejercer funciones preventivas o de alerta, con la finalidad que se evitara un detrimento patrimonial, pues básicamente su función se limitaba ejercer control sobre aspectos ya pasados y evidenciar el detrimento patrimonial ya perpetuado en contratos suscritos y ejecutados en su totalidad.

Para Córdoba (2019) una de las mayores críticas a las que se ha enfrentado el actual sistema, corresponde a que el ente de control solo actúa después de la ocurrencia del daño; es decir, cuando este se ha materializado, lo que implica en muchas ocasiones que, en contratos o ejecuciones plurianuales, el ente de control deba permanecer inerte, mientras el daño al patrimonio tiene lugar y se consolida.

Esta situación se presentó hasta el año 2019 cuando mediante acto legislativo No 04 entre otros artículos, se modificó el artículo 267 ibídem, y se le otorgó a la Contraloría General de la República un control preventivo y concomitante bajo los siguientes términos:

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la

participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

El control concomitante está concebido para manifestarse en procesos o actos en ejecución; es decir, sobre la marcha de la administración, con miras a la detección de riesgos. Es preventivo porque su finalidad es anticiparse a la ocurrencia de daños fiscales y advertirlo oportunamente (Córdoba, 2020); ahora bien, esta nueva potestad funcional del ente de control no es general para todo los procesos de contratación, por el contrario aplica de manera excepcional para aquellos que representen mayor riesgo de malversación o pérdida del erario público y su aplicación se circunscribe a la advertencia sobre los resultados nefastos que se podrían obtener.

Teniendo en cuenta la función que le asiste a la Contraloría General de la República y a pesar de su control concomitante y preventivo instituido a partir del acto legislativo 04 de 2019, no se constituye desde ningún punto de vista como un factor que pueda incidir en los precios artificialmente bajos en la contratación estatal, pues tal como se evidenció, este actuar va enfocado a la prevención del riesgo frente a futuras pérdidas del erario público y bajo ninguna premisa puede incidir en la decisión presupuestal de la entidad estatal, por consiguiente su autonomía continúa incólume en cabeza de la administración; lo que significa que si bien la CGR puede recomendar y advertir, es únicamente la entidad estatal quién toma las decisiones al respecto; ahora bien, la normativa referente a los precios artificialmente bajos como lo es la ley 80 de 1993, deja al proponente como único responsable por ofrecer precios artificiosos; y el decreto 1082 de 2015 le atribuye la función a la entidad estatal en cabeza de su comité evaluador sobre el análisis de la justificación otorgada por el oferente. Por consiguiente no se evidencia ningún tipo de responsabilidad u obligatoriedad de la entidad de control frente a precios artificiosos.

Esto aunado a que si la función de la CGR es la proteger el erario público, no sería bien recibido que intervenga en un proceso de contratación para que sean catalogados unos precios como artificialmente bajos lo que significaría que la entidad adquiriera a un mayor costo los mismos bienes y servicios.

En el mismo sentido, este aspecto no tendría mayor relevancia, ni mayor riesgo de un detrimento patrimonial a futuro, para que la CGR pueda verse obligada a realizar una intervención concomitante y preventiva, y de llegar a hacerse de forma excepcional; el tiempo transcurrido desde el requerimiento que haga cualquier interesado hasta obtener la respuesta del ente de control, serían superiores a los plazos para su análisis por parte de la entidad estatal; esto en el entendido que dentro del proceso de contratación existen plazos preclusivos y perentorios que

regulan tanto las actuaciones de la entidad estatal como la de los proponentes o interesados, y cuando una entidad estatal evidencia presuntamente precios artificiales y requiere al proponente para su justificación, los plazos que otorga o en los que sucede dicho procedimiento son menos de 3 días aproximadamente; salvo si la entidad estatal decide suspender el proceso para así permitir la intervención del ente de control; sin embargo, en la praxis esta situación no se ha evidenciado en ninguna entidad estatal.

Esto desde una perspectiva bajo la nueva función concomitante y preventiva de dicho ente de control; pues desde la función posterior y selectiva tiene menos o nula injerencia frente a los precios artificialmente bajos, puesto que al momento de realizar el control, el contrato se ha suscrito y los pagos se han realizado, lo que deja fuera órbita algún actuar al respecto, pues si realmente existieron precios artificiosos la entidad estatal por medio de su comité evaluador debió identificarlos en la etapa precontractual del proceso, y si no fueron identificados debidamente y tuvieron alguna injerencia en la ejecución del contrato, es esta injerencia la que el ente de control entrará a verificar.

En suma, el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República desde su función preventiva y concomitante, y posterior y selectiva no se constituyen como factor alguno que pueda incidir en el establecimiento de precios artificialmente bajos en la contratación estatal.

3.3.2. Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación (PGN) – Control

Disciplinario

Según La Constitución Política de Colombia de 1991, “El Ministerio Público es ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales”, y dentro de sus funciones se encuentra la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas

Las actuaciones de los funcionarios públicos y de los particulares que ejerzan funciones públicas, deben encontrarse ajustadas a derecho; es decir, deben respetar, privilegiar y aplicar exhaustivamente los principios que rigen la administración pública consagrados en el artículo 209 de ibídem, más aún en tratándose de aspectos relacionados directamente con la contratación estatal, en donde es necesario un actuar incólume con el objeto de alcanzar los fines esenciales del estado y es así según la Procuraduría General de la Nación (2011) “de las funciones que cumple la PGN porque es transversal en la misión institucional y porque en

Colombia son muchas las razones para querer evitar la violación de los derechos humanos, la corrupción y el despilfarro de los dineros públicos”

La Ley 80 de 1993 en su artículo 62 consagró lo siguiente:

ARTÍCULO 62. DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. La Procuraduría General de la Nación y los demás agentes del ministerio público, de oficio o a petición de cualquier persona, adelantarán las investigaciones sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y promoverán las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten tal normatividad.

Aquella persona que ejerce funciones públicas, está obligado a conocer la normatividad que regula la materia en la cual se desenvuelve, por lo tanto, si ejerce funciones en materia de contratación estatal es obligatorio que conozca su normativa, pues su desconocimiento no le exime de la responsabilidad cuando hayan ocurrido sucesos que las contraríen.

La intervención de la procuraduría no está circunscrita a un periodo o etapa particular en el proceso de contratación; a contrario sensu, puede ser efectuada en cualquier momento y es claro que versa sobre la actuación que ejerce el funcionario, por lo cual puede realizarse de manera preventiva con el fin de lograr alinear su actuar, evitando así que a posteriori se vea inmerso en un proceso disciplinario.

Es así que si bien, la PGN puede actuar durante la etapa precontractual en un proceso de contratación, este actuar no representa un mandato para la entidad estatal por medio de sus funcionarios, pues son estos quienes valoran la recomendación dada por la PGN y toman la decisión de aceptarla y modificar el actuar, o en su defecto continuar con la trayectoria normal del proceso de selección.

En particular para el caso de los precios artificialmente bajos en la contratación pública, no se evidencia algún tipo de injerencia por parte de la Procuraduría General de la Nación que pueda generar un ambiente que propenda por su existencia o potencie su actuar; es el funcionario público quien decide directamente la presunción de precios artificiales en un proceso de contratación, es quien requiere al oferente para que brinde sus explicaciones con respecto a su ofrecimiento y finalmente es el mismo funcionario quien tiene la obligación de analizar los documentos y justificación aportada para determinar si existe o no un precio artificialmente bajo en la oferta presentada; y si bien, la intervención de la PGN puede ser preventiva mediante la cual busca “anticiparse y evitar la ocurrencia de hechos que afecten los derechos de las personas mediante la detección y advertencia temprana de riesgos en la gestión pública” (Procuraduría General de la Nación, 2014), y puede sancionatoria cuando ya se haya finiquitado o generado el

daño y es este ente de control quien determina la responsabilidad disciplinaria endilgada al funcionario y procede a su aplicación.

Mondragón y Torres (2016) citando a Mejía Ossman (2009) la responsabilidad disciplinaria en materia de contratación estatal indica que:

Consiste en aquellas conductas provenientes de un funcionario o empleado público, quien en uso de sus atribuciones para intervenir en la celebración, ejecución, terminación y liquidación de un contrato perturba el normal, cabal y adecuado funcionamiento de la administración pública, por lo que su acción u omisión conlleva la imposición de una sanción disciplinaria.

Como es evidente ninguna de estas dos funciones de la PGN inciden directamente en los precios artificialmente bajos en la contratación estatal.

3.4. Resultados Objetivo No 4

En términos del objetivo número 4 “Identificar las consecuencias de un precio artificialmente bajo en la contratación estatal y sus efectos económicos y sociales”, se encontró lo siguiente:

Aspectos como los mayores costos en la ejecución de los contratos, la corrupción surgida con posterioridad a la suscripción del contrato y el lavado de activos; son consecuencias de un precio artificialmente bajo en la contratación estatal y que no solamente deben ser visibles frente a la administración que realiza el proceso, sino que también deben ser visibles en la comunidad en general ya que en el mismo sentido tiene grandes repercusiones desde una perspectiva social y económica en nuestro país.

3.4.1. Mayores Costos en la Ejecución de los Contratos:

La economía de Colombia es escasa, los recursos públicos destinados a la provisión de bienes y servicios son adquiridos en ínfima parte por medio de la actividad económica del estado y en gran parte gracias a los aportes que realizan los ciudadanos a través de los tributos ordenados por el gobierno.

Un precio bajo en una oferta, si bien a prima facie puede representar un ahorro o una optimización de los recursos de la entidad estatal, lo cual enaltecen los funcionarios responsables del proceso de selección pues podrían pensar que su gestión ha sido excelente por los resultados generados; bajo una perspectiva de fondo si la situación acaecida es el resultado de una falencia por parte del funcionario evaluador destinado por la entidad estatal quien no efectuó de forma

correcta un análisis exhaustivo sobre el precio ofrecido, este podría tener repercusiones durante la ejecución del contrato exigiendo un restablecimiento del equilibrio económico del contrato que presenta un mayor costo para la entidad estatal. No obstante, también puede suceder, que antes de contratar ya existe el acuerdo de modificación del contrato, es decir, el futuro contrato resultante es amañados y previamente consensuado con el proponente para que presente precios artificialmente bajos lo que permite al desde un inicio ofrecer precios irrisorios asegurando la adjudicación, y la entidad Estatal utilizando la potestad excepcional de “modificación unilateral” que la ley 80 de 1993 les otorgó, procede a ajustarlos con posterioridad a la suscripción del contrato bajo el amparo de cláusula de reajuste pactada o ante la inexistencia de esta cláusula, bajo el amparo del artículo 5º numeral 1º ibídem:

ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

(...)

En términos de Castro Cuenca (2017) “la modificación unilateral ha pasado de ser un mecanismo excepcional en beneficio de la administración a ser una situación habitual de la cual se benefician los contratistas”; pues lo que en un inicio podría verse como un optimización de recursos al contratar, se convierte rápidamente en unos mayores costos durante la ejecución del contrato.

3.4.2. Corrupción como Consecuencia de un Precio Artificial

Si bien, este aspecto fue desarrollado desde un factor que influye en el establecimiento de precios artificiales, también es dable su acontecer desde una consecuencia de la existencia de un precio artificialmente bajo; pues puede suceder que desde la presentación de la oferta no existiera la necesidad o la voluntad de una de las partes del proceso, ya sea un funcionario de la

entidad estatal o el proponente, de acordar algún tipo de maniobra ilegal para favorecer un precio artificial y no llegase a lesionar el patrimonio del oferente; una vez presentada la oferta con precios artificiales “*no identificados*” por quien funge como comité evaluador resulte adjudicatario del proceso de contratación y suscriba el contrato; a partir de ese momento el oferente inicia una tarea titánica ante cualquier funcionario que tenga relación con la ejecución del contrato (Representante legal, ordenador del gasto, supervisor del contrato, almacenista) para intentar persuadirlo y de esta manera lograr su cometido; es decir, la conducta volitiva parte del proponente y permea la voluntad del funcionario público, pero en definitiva son las dos partes que de manera consensuada adecúan su actuar para desfalcar el patrimonio público en contraprestación de un beneficio propio.

Por lo cual en tratándose de contratos de obra, los materiales utilizados serían de menor calidad a la ofrecida, o en su defecto disminuyen el personal requerido inicialmente por la entidad estatal; para el caso de contratos de servicios, simplemente estos no se prestan o se disminuyen en intensidad o en cantidad; y cuando corresponde a contratos de bienes o suministros, estos no son entregados o en su defecto son cambiados por otros con características técnicas diferentes y condiciones de calidad inferiores que representan menores costos para quien inicialmente los ofreció.

3.4.3. Lavado de Activos

Cuando en un proceso de contratación resulta adjudicatario una oferta que ha presentado precios ostensiblemente bajos en comparación con el mercado en el cual se desarrolla, y en comparación con los precios que la misma entidad ha fijado como techos o máximos a ofertar; surge una duda y es ¿de qué forma logra el oferente ejecutar en debida manera el contrato adjudicado obteniendo una utilidad razonable o una contraprestación a los servicios o bienes suministrados?.

Para responder esta pregunta es válido señalar que existen diversas formas para que un precio bajo pueda ser justificado, tales como: compras por grandes volúmenes, negociaciones directas con los fabricantes, puede ser que quien participa es el importador del producto o su fabricante, no hay existencia de intermediarios, entre otras más; empero también es válido indicar que existen empresas que simplemente no buscan la utilidad en la contratación estatal sino que lo que buscan es que le sea adjudicado el contrato de cualquier manera, y una forma eficaz de realizarlo es disminuyendo los precios ostensiblemente de tal manera que ningún otro

proponente pueda estar por debajo de este, pues su necesidad se ve enmarcada en “poder justificar las ganancias y activos que posee argumentando que provienen de los ingresos recibidos por el contrato con el Estado como una transacción comercial legal, limpiando o blanqueando sus fondos originadas en actividades ilícitas o provenientes de dinero sucio” (Mella y Alvarez, 2020); es decir, que en aplicación del artículo 2.2.1.1.2.2.1.4 del decreto 1082 de 2015, en donde entre otros apartes indica que:

Cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación ofertas.

Y en virtud que tal como se expresó, la ejecución del contrato no se vería en riesgo, pues para estos casos existe el capital “*de origen ilegal*” suficiente para cumplir cabalmente con las exigencias contractuales de la entidad Estatal, deja básicamente a la administración sin un mecanismo eficiente que pueda determinar un precio artificial en tratándose de lavado de activos, pues tal como se nota en la normativa citada el precio bajo se encuentra supeditado a un riesgo en el cumplimiento del contrato, el cual claramente es inexistente bajo esta perspectiva.

3.4.4. Repercusiones sociales y económicas.

Las consecuencias que generan los precios artificialmente bajos, afectan directamente la economía de la nación y por consiguiente la sociedad en general; así lo afirma Miranzo (2018) con respecto a la corrupción en donde indica que:

Tiene efectos devastadores en el mercado y la eficiencia del mismo, pues envician las normas básicas o ideales por los que deben regirse las leyes de mercado, ya que la competencia y la igualdad de oportunidades dejan paso al abuso de poder, la desigualdad, y la manipulación de las reglas del juego.

Cualquier proceso de contratación pública permeado por la corrupción, termina representando mayores gastos para la administración en razón a los montos de dinero o dádivas que el oferente debe pagar, y que finalmente son aplicados o trasladados al bien o servicio prestado. El oferente no sacrifica su patrimonio ya que su utilidad permanece incólume y este aspecto repercute directamente en cada individuo de la sociedad y la economía del gasto público, pues al verse incrementada, el gobierno de turno requiere de mayores recursos y la mejor manera de obtenerlos es por medio de tributación y es así como proceden a incrementar los impuestos para

recuperar capital; este es el aspecto que durante los últimos años ha enfrentado Colombia y pareciera que fuera el ciudadano quien está financiando con sus impuestos a los corruptos.

La desigualdad económica y social se ve incrementada, pues hay desequilibrio en la oportunidad de concurrir bajo igualdad de condiciones a los procesos de contratación, ya que no existen las mismas garantías para quien bajo un actuar volitivo acuerda actos ilegales con el fin de obtener un contrato, al igual que aquel que no importa el precio de los servicios o bienes a suministrar pues esto no afecta su voluntad de legalizar dineros ilícitos; frente a aquellos que desarrollan lícitamente la actividad económica de sus empresas; en el mismo sentido, la distribución del ingreso se acentúa en sectores particulares de la sociedad, relegando a los menos favorecidos y haciéndolos cada día más pobres.

Este inconformismo social repercute en la credibilidad de las instituciones la cual se ve impactada negativamente ante la ausencia de legislación y mecanismos de control que pongan freno a estos proceder, llegando incluso a conflictos sociales internos que exigen un actuar oportuno del estado.

Un país que se ve envuelto en actos de corrupción y en lavado de activos genera inseguridad que no sólo repercute a nivel nacional, ya que a nivel internacional es dable con un mayor impacto puesto que la percepción negativa de los foráneos impide que aquellos grandes inversionistas destinen su dinero en proyectos nacionales que podrían generar nuevos empleos e incentivar la economía local.

CAPÍTULO IV

4.1. Conclusiones

Las entidades estatales, si bien son autónomas en sus decisiones, estas deben encontrarse ajustadas a la normatividad existente, y en lo que respecta a los precios artificialmente bajos en la contratación estatal, la normativa resulta insuficiente e incompleta, pues no establece expresamente el actuar de la entidad estatal ni mucho menos la valoración que debe realizar frente a las justificaciones que presente el oferente al ser requerido por presuntamente haber presentado un precio artificioso y que a todas luces debe ser “objetiva” es decir, no solamente debe corresponder a un escrito emanado por el oferente en donde explique sus razones, sino que igualmente debe adicionar y contener documentos soportes que den cuenta que los precios ofrecidos no resultan irrisorios o muy disminuidos con el único ánimo de resultar adjudicatario del proceso de selección; empero la normativa deja al arbitrio de la entidad estatal tanto los documentos presentados por el proponente como la interpretación que esa administración realiza para analizarla.

Ante la ausencia de concreción normativa con respecto a los precios artificialmente bajos en la contratación estatal, Colombia Compra Eficiente como ente rector de las entidades estatales ha dispuesto una guía para establecer precios artificialmente bajos en la contratación pública; sin embargo, esta guía no resulta de obligatoria aplicación para todas las entidades estatales regidas ya que sólo las circulares externas tienen ese efecto vinculante, por lo cual es decisión de cada entidad estatal si aplica o no esta guía; esta situación se suma a que la guía de CCE posee falencias, en el sentido de que no brinda un paso a paso con respecto a los documentos soportes que deba presentar el oferente requerido, los cuales son fundamentales para una valoración objetiva frente al sustento de un precio artificialmente bajo.

Teniendo en cuenta que la normativa y la jurisprudencia otorgaron la potestad a la entidad estatal de requerir a un oferente cuando presuma un precio artificioso, existen entidades estatales que efectúan un proceso adecuado desde el mismo requisito al oferente hasta el análisis que realizan de los soportes de precio presentado; sin embargo, en el mismo sentido

existen otras entidades del estado que simplemente piden aclaración sin que medie soporte alguno y de esta forma habilitan el precio ofrecido.

Las cotizaciones que los proponentes presentan durante la etapa de planeación en cumplimiento de ese deber legal de la entidad estatal de realizar un estudio de mercado, constituyen en su mayoría un factor que incide en el establecimiento de precios artificialmente bajos, ya que un oferente conocedor de la forma como funcionan los procesos de contratación sabe que estas cotizaciones no son contentivas del precio real del mercado, por lo cual incrementan los precios para que una vez sea publicado el proceso puedan ofrecer los productos a un valor menor lo que genera que en ocasiones ese menor valor sea muy disminuido.

La experiencia, también constituye un factor que incide en los precios artificialmente bajos, y en particular durante el desarrollo de procesos de mínima cuantía, por cuanto un oferente que está incursionando con sus bienes y servicios en el mercado Colombiano le es muy difícil acceder a procesos de contratación de menor cuantía y subastas inversas, por cuanto carece de la experiencia suficiente para cumplir con este requisito habilitante; por lo cual se ve obligado a disminuir sustancialmente la oferta, inclusive sacrificando su propia utilidad con la única finalidad de lograr ser adjudicatario del contrato y de esta manera obtener experiencia para a posteriori poder participar en procesos de contratación con mayores montos.

En lo referente a los entes de control como la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, no se encontraron factores que incidan en el establecimiento de precios artificialmente bajos, pues sus funciones se encuentran debidamente determinadas y para el caso de la CGR si bien hacen control preventivo y concomitante este no es dable sobre los precios artificiales pues la decisión se encuentra acaecida exclusivamente sobre el comité evaluador designado por la entidad estatal, y si bien pueden ejercer una verificación sobre lo actuado por la entidad estatal, esta verificación que realizan siempre será efectuada cuando ya la entidad estatal por medio del comité evaluador ha tomado una decisión con base en la justificación brindada por oferente requerido por presuntos precios artificiales.

La corrupción a todas luces es vista como una factor que incide en los precios artificialmente bajos cuando existe pre acuerdos entre el funcionario público y el oferente; esto en razón a que bajar los precios ofrecidos para de esta forma garantizar eficientemente la adjudicación del

contrato, lo que repercute directamente en la etapa de ejecución en donde ante la necesidad de haber bajado sus precios debe desmejorar la calidad del producto o servicios ofrecido con la única finalidad de poder pagar las coimas pre acordadas, estos aspectos afectan directamente la población desde su enfoque económico y social.

El lavado de activos igualmente constituye un factor que incide en los precios artificialmente bajos, ya que la finalidad del proponente no es la de obtener un lucro por la venta de un bien o por la presentación de un servicio a la entidad estatal; si no que por el contrario el beneficio lo genera de lograr “legalizar” el dinero ya obtenido por actividades fuera del marco legal por lo cual lo que menos le interesa es el precio que ofrece con la presentación de la oferta; esta situación debilita ostensiblemente el sector privado legítimo lo afecta la economía en general.

Todos estos factores que conllevan al establecimiento de un precio artificialmente bajos, junto con sus respectivas consecuencias, producen un efecto negativo en la economía y en la sociedad colombiana, pues generan falta de credibilidad en el gobierno de turno, desigualdad social e inseguridad tanto interna como la percibida por la comunidad internacional; en suma, incentiva la ilegalidad.

4.2. Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdez, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Obtenido de Scribd.
- Alvarez Patiño, L. A. (2020). *La potestad normativa de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el sistema de fuentes de derecho en la contratación estatal*. *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas* 50(132), 50–79. Recuperado de <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n132.a03>.
- Castro Cuenca, C. (2017). *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Colombia Compra Eficiente. (01 de Septiembre de 2014). *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación*. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901_manual_requisitos_habilitantes_4_web.pdf.
- Colombia Compra Eficiente. (14 de Abril de 2020). Concepto C-200. Recuperado de <http://www.contratacionenlinea.co/index.php?section=231&module=navigationmodule>
- Colombia Compra Eficiente. (22 de agosto de 2019). Obligatoriedad del uso del SECOPII en el 2020. [Circular Externa No. 01]. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/circular_externa_no._1_de_2019.pdf
- Colombia Compra Eficiente. (23 de diciembre de 2019). Modificación parcial sobre la obligatoriedad del uso del SECOP II en el 2020, para algunas entidades enlistadas en el Anexo 1 de la Circular Externa No. 1 de 2019. [Circular Externa No. 02]. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/circular_externa_no.2_de_2019_-_0.pdf
- Colombia Compra Eficiente. (29 de Agosto de 2017). Respuesta a consulta #4201713000002961. Recuperado de

<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/concepto/2017/4201713000002961/4201713000002961-original.pdf>

Colombia Compra Eficiente. (31 de Julio de 2017). Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación. [guía]. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_artificialmente_bajas.pdf

Colombia Compra Eficiente. (8 de Agosto de 2017). Definición y contenido mínimo de estudios y documentos previos. Recuperado de <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/definición-y-contenido-m%C3%ADnimo-de-estudios-y-documentos-previos>

Colombia Compra Eficiente. (Sin fecha). Glosario. Recuperado de <https://www.colombiacompra.gov.co/ciudadanos/glosario>

Colombia Compra Eficiente. SECOPII. (2020). Selección abreviada de menor cuantía 601-DISAN-DMSOC-2020. Recuperado de <https://www.secop.gov.co/CO1BusinessLine/Tendering/ContractNoticeView/Index?prevCtxLbl=Buscar+procesos&prevCtxUrl=https%3a%2f%2fwww.secop.gov.co%3a443%2fCO1BusinessLine%2fTendering%2fContractNoticeManagement%2fIndex¬ice=CO1.NTC.1354310>

Colombia Compra Eficiente. SECOPII. (2020). Selección abreviada de mínima cuantía PN UPRES VALLE SA MIC 0-499/2020. Recuperado de <https://www.secop.gov.co/CO1BusinessLine/Tendering/ContractNoticeView/Index?notice=CO1.NTC.1488243&prevCtxUrl=https%3a%2f%2fwww.secop.gov.co%3a443%2fCO1BusinessLine%2fTendering%2fContractNoticeManagement%2fIndex¬ice=CO1.NTC.1488243>

Colombia Compra Eficiente. SECOPII. (2020). Selección abreviada subasta inversa SASI 002-141-2020. Agencia Logística de las Fuerzas Militares. Recuperado de <https://www.secop.gov.co/CO1BusinessLine/Tendering/ContractNoticeView/Index?Notice=CO1.NTC.1418247&PrevCtxLbl=Mostrar+mensaje&PrevCtxUrl=https%3a%2f%2fwww.secop.gov.co%3a443%2fCO1BusinessLine%2fTendering%2fProcedurePublicMessageDisplay%2fIndex%3fid%3d1465159%26contractNoticeUniqueIdentifier%3dCO1.NTC.1418247>

Colombia Compra Eficiente. SECOPII. (2020). Selección abreviada subasta inversa PN MEPOY SA 037 DE 2020 Policía Metropolitana de Popayan. Recuperado de <https://www.secop.gov.co/CO1BusinessLine/Tendering/ContractNoticeView/Index?Notice=CO1.NTC.1309632&PrevCtxLbl=Mostrar+mensaje&PrevCtxUrl=https%3a%2f%2fwww.secop.gov.co%3a443%2fCO1BusinessLine%2fTendering%2fProcedurePublicMessageDisplay%2fIndex%3fid%3d1372186%26contractNoticeUniquelIdentifier%3dCO1.NTC.1309632>

Congreso de Colombia. (Diciembre 30 de 1998). Se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. [ley 489]. D.O: 43464 / Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html

Congreso de Colombia. (Enero 15 de 2018). Se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. [Ley 1882]. D.O: 50477 / Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html

Congreso de Colombia. (Enero 28 de 2019). Se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. [ley 1952]. D.O: 50850 / Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1952_2019.html#LIBRO%20I

Congreso de Colombia. (Julio 12 de 2011). se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. [ley 1474 de 2011]. D.O: 48128 / Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Congreso de Colombia. (Julio 16 de 2007). Artículo 5° [título I]. Se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [ley 1150 de 2007]. D.O: 46691 / Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#15

- Congreso de Colombia. (Julio 24 de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599].
D.O: 44097 / Recuperado de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Congreso de Colombia. (Marzo 06 de 2014). Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. [Ley 1712]. D.O: 49084 / Recuperado de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1712_2014.html
- Congreso de Colombia. (Noviembre 18 de 2003). Por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas. [Ley 850]. D.O: 45376 / Recuperado de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0850_2003.html
- Congreso de Colombia. (Octubre 28 de 1993). Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80]. D.O: 41094 / Recuperado de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#2
- Congreso de Colombia. (Septiembre 18 de 2019). Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal. [Acto legislativo No 04]. D.O: 51080 / Recuperado de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_04_2019.html
- Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil (05 de Marzo de 2019) Concepto 11001-03-06-000-2018-00217-00(2403). [CP. Germán Alberto Bula Escobar] Recuperado de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=84734>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (02 de Marzo de 2020) Sentencia SIII B 43738. [CP. Ramiro Pazos Guerrero].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (04 de Junio de 2008) Sentencia SIII E 17783. [CP. Myriam Guerrero De Escobar].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (08 de julio de 2014) Sentencia SP 01127-00 . [CP. DANILO ROJAS BETANCOURTH].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (09 de Julio de 2014) Sentencia SIII E 27783. [CP. Carlos Alberto Zambrano Barrera].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (23 de julio de 2008) Sentencia SP 36805. [CP. Hernán Andrade Rincón].

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (24 de Julio de 2013) Sentencia SIII E 25642. [CP. Enrique Gil Botero].
- Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991). Artículo 209 [Título VII] / Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Contratación en línea (8 de mayo de 2020). La Corte Constitucional consideró que control preventivo es excepcional y no coadministra. / Recuperado de <http://www.contratacionenlinea.co/index.php?action=view&id=4243&module=newsmodule&src=%40random50ff48e1e3fd3>
- Córdoba, C. F. (2019). Exposición de motivos proyecto de acto legislativo. Bogotá: Congreso de la República / Recuperado de http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2019/gaceta_205.pdf
- Córdoba, C. F. (2020). Informe de Gestión 2019 - 2020. Bogotá: Contraloría General de la República / Recuperado de <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/1853952/Informe+de+Gestión+2019+-+2020.pdf/c9765c5b-c869-4c80-8e51-9303624be651>
- Corte Constitucional, (23 de Agosto de 2017) Sentencia C – 004. [MG. Alejandro Linares Cantillo]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-004-17.htm>
- Corte Constitucional, (25 de Abril de 2012) Sentencia C-300. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub] recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-300-12.htm>
- Corte Constitucional, (25 de Agosto de 1999) Sentencia C-323. [MP. Carlos Gaviria Díaz] recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-623-99.htm>
- Corte Constitucional, (25 de Mayo de 2017) Sentencia SU – 354. [MG. Iván Humberto Escrucería Mayolo]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (Noviembre 03 de 2011). Por el cual se establece el Plan de Austeridad del Gasto. [Decreto 4770]. / Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4170_2011.html

- Departamento Nacional de Planeación. (Mayo 26 de 2015). Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. [Decreto 1082]. / Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>
- Farfán Molina, F. (2010). *Corrupción administrativa, control penal y disciplinario*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Lopez E, L. D. (2020). *La dinámica de la globalización en el comercio internacional*. Revista semestre económico 3(6). Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/economico/article/view/1419>.
- Matallana Camacho, E. (2015). *Manual de contratación de la Administración Pública Reforma de la ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición.
- Mella, R; & Álvarez, C. (15 de octubre de 2020). Contrataciones pública, el lavado de activos y el modelo del compliance / Recuperado de <https://www.antilavadodedinero.com/contrataciones-publica-el-lavado-de-activos-y-el-modelo-del-compliance/>
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (Julio 14 de 2020). Por el cual se establece el plan de austeridad del gasto. [Decreto 1009]. / Recuperado de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201009%20DEL%2014%20DE%20JULIO%20DE%202020.pdf>
- Miranzo, J. (2018). CAUSAS Y EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS. Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado / Recuperado de <https://www.jacobeas.edu.mx/revista/numeros/numero14/1.Javier-Miranzo-D%C3%ADaz-Causas-Efectos-Corrupcion-Sociedades-Democraticas.pdf>
- Mondragón & Torres (2016). Responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos en materia contractual, en el departamento del Tolima. Revista consultorio jurídico garantista Universidad autónoma de Colombia / Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/326241188_Responsabilidad_disciplinaria_de_los_servidores_publicos_en_materia_contractual_en_el_departamento_del_Tolima
- Mosquera, M. (2018). *Precios artificialmente bajos en procesos de contratación adelantados por subasta inversa electrónica*. (Trabajo de grado, Universidad Santiago de Cali).

- Recuperado de <https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/456/PRECIOS%20ARTIFICIALMENTE%20BAJOS.pdf?sequence=1>
- Pachon lucas, C. (2014). *Los modos de selección de los contratistas en el EGCP - Práctico Contratación Estatal*. Ed. Bogotá: ECOE Ediciones.
- Peralta, P. (2011). *El proceso de selección objetiva en la contratación estatal y su oferta artificialmente baja*. (Trabajo de grado, Universidad de la Sabana). Recuperado de https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/2703/Patricia_del_Carmen_Peralta_Ben_tez.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Pérez, J; Merino, M. (2014). Definición de proveedor / Recuperado de <https://definicion.de/proveedor/>
- Procuraduría General de la Nación. (2011). *¿Cómo ejercer control sobre la gestión contractual del estado?*. Recuperado de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/guiacontrolcontratacionestatal.pdf>
- Procuraduría General de la Nación. (30 de abril de 2014). *Por medio de la cual se establece un nuevo enfoque, principios, lineamientos para el ejercicio de la función preventiva a cargo de la Procuraduría General de la Nación, se modifica y fortalece el Sistema Integral de Prevención y se dictan otras disposiciones*. [Resolución 132]. / / Recuperado de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/132.pdf>
- Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. Recuperado de <<https://dle.rae.es>> [28 de octubre de 2020].
- Restrepo Tamayo, J. F., & Betancur Hincapié, G. L. (2020). *Del principio de planeación en la contratación estatal: Un análisis teórico y fáctico en el orden jurídico colombiano*. *Revista Ius et Praxis*. Recuperado de <https://doi.org/10.4067/s0718-00122020000200104>
- Rodríguez Paniagua, J. M. (1979). *El deber jurídico y la obligación de obediencia al derecho en Ley y derecho. interpretación e integración de la ley*. Madrid: Tecnos.
- Rodríguez, A; Rodríguez, J. (2017). *Criterios para determinar de forma objetiva la existencia de precios artificialmente bajos*. (Trabajo de grado, Universidad Santo Tomás). Tomado de

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4442/2017anarodriguez.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Safar Diaz, M. S. (2017). *La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado: ¿nuevo alcance de la potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia?*. Revista digital de derecho administrativo. Recuperado de

<https://usc.elogim.com:2181/#search/jurisdiction:CO/colombia+compra+eficiente/W/vid/736854349>

Santofimio Gamboa, J. O. (2009). *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación estatal. En Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Universidad de Medellín; Monsalve, A. (2020). *Regímenes especiales – Aplicables a la actividad contractual del estado*. Recuperado de

<https://uvirtual.udem.edu.co/mod/scorm/player.php?a=1040¤torg=SCO-1&scoid=2080>

Universidad Externado de Colombia; Matallana, E. (2008). *Criterio para determinar el concepto de propuesta artificialmente baja*. Recuperado de

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/2595/2234/>