

Criterio para determinar el concepto de propuesta artificialmente baja

ERNESTO MATALLANA CAMACHO*

1. INTRODUCCIÓN

En una conferencia programada por el canal institucional¹ donde, a través de la Escuela Superior de la Administración Pública (ESAP) y con apoyo de los organismos de control del Estado, se pretende capacitar a los colombianos en la reforma de la Ley 80 de 1993, que se surtió con la expedición de la Ley 1150 de 2007, el Secretario Jurídico de la Gobernación de Cundinamarca, doctor GERMÁN LOZANO, preguntó al expositor cuál era el criterio para determinar qué se entiende por "propuesta artificialmente baja". Se señaló entonces que la propuesta artificialmente baja es aquella que está por debajo del promedio de los precios de mercado.

Consideramos que la respuesta se queda corta, pues si bien puede ser que la propuesta esté por debajo del promedio de los estudios de mercado, ¿cuál sería el límite hacia abajo para poder eliminar una oferta que consideramos se presenta en esas condiciones? Por lo anterior, creemos que el criterio de propuesta artificialmente baja requiere de una profundización para determinar, desde el punto de vista legal, cómo se llega a su definición.

* Abogado, Especialista y Magíster en Derecho Público. Docente universitario en contratación estatal, de la Universidad Externado de Colombia. Autor del libro *Manual de contratación de la administración pública. Ley 80 de 1993*, publicado por la Universidad Externado de Colombia, 2005.

¹ Canal Institucional. Programa *Capacitación en contratación estatal*, diez de la mañana del día 9 de junio de 2008. Expositor: JORGE PINO RICCI.

2. ANTECEDENTES

El artículo 26 de la Ley 80 de 1993 que regula el principio de responsabilidad nos remite por primera vez al concepto de propuesta artificial cuando en el numeral sexto señala:

6.º 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.

Esta norma descalifica el comportamiento del aquel oferente que con la intención de obtener la adjudicación en un proceso de selección decide ofrecer un precio que se encuentra por fuera de su propio interés, el cual, según lo preveía el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993, corresponde a la obtención de la utilidad esperada. Cuando se sacrifica esta utilidad, pero incluso se llega al punto de pérdida porque afecta su propio patrimonio, nos encontramos ante una primera aproximación al concepto de propuesta artificialmente baja. Como la norma habla de responsabilidad y ella parte de un juicio de valor —con el propósito de obtener la adjudicación del contrato—, creemos que lo que castiga el legislador es la mala fe del oferente que al obtener la adjudicación del contrato en estas condiciones exija luego la reparación de perjuicios producto del desequilibrio económico del contrato que le ocasiona una oferta lesiva para sus propios intereses; y así sea por su propia culpa, hay un principio del derecho que indica que el Estado no se puede enriquecer a costa del particular, lo cual no excluye que pueda ser investigado penalmente por la conducta descrita.

A raíz de la consagración de esta norma que preveía la responsabilidad del contratista cuando él mismo, para lograr la adjudicación del contrato presentara una oferta artificialmente baja, las entidades estatales, para evitar que se presentaran propuestas en estas condiciones, decidieron incluir dentro de los pliegos de condiciones y términos de referencia lo que se ha denominado "pisos", asociados a determinar márgenes dentro del presupuesto oficial destinado para financiar el proyecto, por debajo de los cuales se consideraba que era una propuesta artificialmente baja y ello generaba su rechazo.

Si bien no tenemos antecedentes para señalar que las entidades estatales realizaban estudios técnicos para ser exactos y no rechazar ofertas por un mal cálculo en dicho porcentaje, lo cierto es que esta medida en nada era lesiva para los interesados en participar en el proceso de selección, pues si le aplicáramos el modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad con el test de igualdad²,

2 Sentencia T-577 del 27 de mayo de 2005. Magistrado ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Señala esta sentencia:

Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así,

llegaríamos a la conclusión de que la medida —evitar propuestas artificialmente bajas— es razonable para proteger un valor constitucional superior como es el interés general. En virtud de este valor se debe sacrificar un derecho fundamental como es el derecho a la igualdad: a aquellos a quienes por presentar una propuesta artificialmente baja —propuesta por debajo del porcentaje establecido en los pliegos de condiciones— no se les debía permitir su derecho de participación y deberían quedar excluidos del proceso de selección correspondiente, porque pondrían en riesgo los intereses del Estado cuando una vez adjudicado el contrato reclamaran desequilibrio económico de este.

¿Cómo hacían las entidades estatales para calcular este porcentaje?: realizaban estudios previos o cálculo de precios de mercado de que habla el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 60 de 1993, en concordancia con el artículo 3.º, el cual reconocía que los particulares persiguen con la celebración del contrato la "obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado"; entonces, dichos estudios deberían comprender la obtención de un porcentaje del contrato asociado a la utilidad esperada por el contratista en caso de que se le llegase a adjudicar el contrato.

3. EL CONCEPTO DE PROPUESTA ARTIFICIALMENTE BAJA CON LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1150 DE 2007 Y EL DECRETO 2474 DE 2008

La norma que vuelve a mencionar el término "artificialmente bajo" es el Decreto 2474 de 2008, que en su artículo 13 establece:

Artículo 13. Oferta con valor artificialmente bajo. Cuando de conformidad con la información a su alcance la entidad estime que el valor de una oferta resulta artificialmente bajo, requerirá al oferente para que explique las razones que sustenten el valor por él ofertado. Oídas las explicaciones, el comité evaluador recomendará al jefe de la entidad o su delegado, el rechazo o la continuidad de la oferta en el proceso.

se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial. De otra parte, se toman los distintos niveles de intensidad en la aplicación de los escrutinios o *tests* de igualdad. Dichos niveles pueden variar entre (i) estricto, en el cual el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; (ii) intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto; y (iii) flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Lo anterior debe tener aplicación, según el carácter de la disposición legislativa o la medida administrativa atacada.

Procederá la recomendación de continuidad de la oferta en el proceso de selección, cuando el valor de la misma responde a circunstancias objetivas del proponente y su oferta, que no ponen en riesgo el proceso, ni el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso que se adjudique el contrato a dicho proponente.

Como vemos, sigue a cargo de la entidad estatal la definición de qué es una propuesta artificialmente baja, pues el decreto reglamentario solo da dos presupuestos para habilitar una oferta de la que se tenga "sospecha" de que es artificial:

1. Que no ponga el riesgo el proceso de selección.
2. Que no ponga en riesgo el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de adjudicarse.

Sin embargo, la pregunta del doctor Lozano, a la luz de la reforma, puede estar generando un interrogante que quizás se encuentra en otras entidades estatales, por lo cual debemos proceder a su definición con las normas que hoy están regulando la materia.

En primer lugar, las regulaciones que en el pasado se hacían vía pliegos de condiciones o términos de referencia para evitar propuestas artificialmente bajas deben ser revisadas a la luz de la reforma de la Ley 80 de 1993. El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó el siguiente texto del artículo 3.º de la Ley 80 de 1993:

[...] la expresión "además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado" [...]

Lo anterior significa que 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 aceptar ofertas sin márgenes de utilidad.

En otras palabras, si anteriormente las entidades incluían dentro de sus análisis de precios de mercado la utilidad esperada por el contratista, ya no tienen la obligación de hacerlo, y en esos términos el "piso" bajó, tomándose el equivalente al margen de utilidad. Debido a lo anterior, consideramos que podemos tomar como referencia para definir la propuesta artificialmente baja un derecho consagrado en el numeral 1 del artículo 5.º de la Ley 80 de 1993, que establece como un derecho de los contratistas que el valor intrínseco de la remuneración pactada no se altere o modifique durante la vigencia del contrato, por lo que tendrán derecho a que la administración mantenga la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida. Si bien esta previsión se refiere a la ejecución del contrato, puede ser útil para preservar dicho derecho desde el momento en que se presenta el ofrecimiento.

4. CONCLUSIONES

4.1 De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la definición de "propuesta artificialmente baja", para garantizar que no ponga en riesgo el proceso de selección o el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de adjudicarse (artículo 13 Decreto 2474 de 2008), es: aquella oferta económica que se encuentra por debajo del promedio de precios de mercado, pero que ha superado el punto de no pérdida (numeral 1 del artículo 5.º de la Ley 80 de 1993), en donde el oferente, si se le llega a adjudicar el contrato, vería lesionado su patrimonio.

4.2 La expresión "que no ponga en riesgo el proceso de selección" debe entenderse en los casos en que se afecte el derecho a la igualdad de aquellos oferentes que, actuando bajo el principio de buena fe constitucional previsto en el artículo 83 de la Constitución Política, presentan ofrecimientos *por encima* del punto de no pérdida y se le adjudica a aquel que hace un ofrecimiento *por debajo* del punto de no pérdida.

Así mismo, la expresión "que no se ponga el riesgo el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de no adjudicarse" se refiere a varios casos:

4.2.1 En primer lugar, al caso en que se ponga en riesgo la calidad del objeto contratado cuando, al ejecutarse el contrato, el contratista, para no perder como consecuencia de una oferta artificial, pretenda colocar bienes de menor calidad de la ofrecida con el fin de evitar la pérdida en su patrimonio, con lo cual, si el sistema de control y vigilancia del contrato opera, generaría el incumplimiento de obligaciones a cargo del contratista.

4.2.2 En segundo lugar, al caso en que durante la ejecución del contrato el contratista alegue rompimiento de la ecuación contractual y promueva una reclamación ante la entidad contratante. Para el Estado, esto implica el riesgo de verse obligado a reparar al contratista, por aplicación del artículo 90 de la Constitución Política, que indica que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. ¿Por qué respondería el Estado por el daño antijurídico?: porque actúa con negligencia y descuido al permitir adjudicar una oferta por debajo del punto de no pérdida y quedará obligado a reparar el daño; y al ser un conducta calificada con culpa grave, puede dar lugar a la acción de repetición prevista en la Ley 678 de 2001.

Si se llegase a dar este caso, es posible que la oferta económica ya reparada no necesariamente termine siendo la oferta más favorable a la entidad estatal y a los fines que ella busca (artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007³); es decir, es posible

3 Artículo 5º. *De la selección objetiva*. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al

pensar que al sumar la oferta inicial con la cual se adjudicó el contrato y la reparación reconocida en sede judicial o por cualquier otro mecanismo de solución de controversias, terminará siendo una oferta más alta que otra que también se presentó al proceso de selección y que sí se encontrase por encima del punto de no pérdida.

4.3 Un último punto con respecto a la propuesta artificialmente baja se encuentra en la imposición del párrafo segundo del artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, que establece que las certificaciones de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos. Es probable que los ofrecimientos de aquel particular que ofrece bienes y servicios al Estado y que haya logrado que su empresa haya sido certificada con un sello de calidad sean un poco más altos que aquellos que aún no han agotado dicho proceso. Si estamos de acuerdo con el planteamiento de que el precio artificialmente bajo es aquella oferta económica que se encuentra por debajo del punto de no pérdida, creemos que hay una afectación al derecho fundamental de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, por cuanto el punto de no pérdida de una oferta que provenga de una empresa con sello de calidad o certificada en gestión de calidad es más alto que el de aquella oferta que no se halle certificada; por lo tanto, no estaría en igualdad de condiciones de competencia, ya que cuando se vean enfrentadas dos ofertas en estas condiciones, siempre va a ser seleccionada aquella oferta que no tenga un sello de gestión de calidad.

ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:
[...]