

**LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA GESTION CONTRACTUAL DEL
ESTADO. SU IMPLEMENTACIÓN POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE
SANTANDER EN LAS CONVOCATORIAS PÚBLICAS ADELANTADAS EN
VIGENCIA DEL DECRETO 734 DEL 2012.**

**DANIEL RODRIGO ARISTIZABAL VILLA
EFREN RICARDO NAVARRO PEREZ**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
BUCARAMANAGA**

2012

**LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA GESTION CONTRACTUAL DEL
ESTADO. SU IMPLEMENTACIÓN POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE
SANTANDER EN LAS CONVOCATORIAS PÚBLICAS ADELANTADAS EN
VIGENCIA DEL DECRETO 734 DEL 2012.**

**DANIEL RODRIGO ARISTIZABAL VILLA
EFREN RICARDO NAVARRO PEREZ**

Trabajo de investigación como requisito para optar al título de Abogado

**Director
MARIO BARRAGAN PACHON
Abogado Titulado**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
BUCARAMANAGA**

2012

A DIOS, que con sus Bendiciones nos brindó la sabiduría, la tenacidad y el empuje necesario durante nuestro proceso investigativo para hacer posible esta obra.

A mis Padres, WILBERTO NAVARRO y EMILDA PEREZ, por traerme al mundo, al seno de esa gran y próspera familia a la que orgullosamente pertenezco, ellos junto a mis dos hermanos, KENNETH y HAROLD son las personas que más amo y valoro en mi vida, por quienes soy quien soy.

A mis Amigos, que entre tertulias y parrandas siempre están deseándome lo mejor. A mi novia SHEILA quien me acompañó a lo largo de mi carrera brindándome siempre su apoyo incondicional.

Y en general a todos aquellos que participaron directa o indirectamente en este proceso; profesores, director de escuela, calificadores y en especial a nuestro director de proyecto MARIO BARRAGAN.

“Hijo cree en Dios y obra bien; que aquel que obra bien, le va bien” Mi mamá.

“Hijo estudie y sea un profesional para que se la gane en la sombra” Mi papá.

Efrén Ricardo Navarro Pérez.

Este trabajo de grado es el fruto de todas aquellas personas que estuvieron siempre a mi lado apoyándome a lo largo de mi vida escolar y universitaria.

Gracias a mis padres, Guillermo y Rosario porque con su guía y educación supieron llevarme por el camino hacia la meta lograda y por ser lo que soy hoy en día.

A mis hermanos Guillermo y Aura ya que con sus consejos y aliento me transmitieron el entusiasmo necesario para este logro.

A mis sobrino Tomás y sus ojos que me contagian de valor y ganas para brindarme un maravilloso futuro.

A ti Vanessa por aparecer en mi vida y con tu amor convertirme en un motivo más de triunfos y alegrías.

Daniel Rodrigo

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	14
1. CONCEPTULIZACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.	16
1.1 PRINCIPIO DE IGUALDAD.	16
1.2 LA IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD MATERIAL	20
1.3 LA IGUALDAD EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.	26
1.4 ACCIONES AFIRMATIVAS COMO DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.	29
2. LA GESTION CONTRACTUAL COMO DESARROLLO DE LOS FINES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.	36
2.1. LOS FINES DEL ESTADO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.	36
2.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.	39
2.3 LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO PARA LA MATERIALIZACIÓN DE LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES.	46
3. LAS ACCIONES AFIRMATIVAS COMO PROMOCION AL DESARROLLO A TRAVES DE LA GESTION CONTRACTUAL DEL ESTADO.	49
3.1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA GESTION CONTRACTUAL DEL ESTADO	51
3.1.1 La Igualdad de Condiciones en el Acceso a la Contratación Administrativa	56
3.1.2 La Igualdad de Oportunidades para participar en los Procesos de Selección del Contratista	57
3.1.3 Igualdad de Trato entre los Oferentes	58
3.2 LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA GESTION CONTRACTUAL DEL ESTADO	58

3.3 MECANISMOS DEL ESTADO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO	61
3.3.1. Las Sentencias C- 932 de 2007 y T – 724 de 2003 como soporte jurídico para la implementación de Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual del Estado	62
3.3.2 Los Factores de Desempate como mecanismo contemplado en el Decreto 734 de 2012 para la implementación de Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual del Estado	76
3.3.3 Mipymes	83
3.3.2. Discapacitados Físicos	94
3.3.3 Madres Cabeza de Familia	97
3.3.4 Población en Pobreza Extrema, Desplazados por la Violencia, Personas en Proceso de Reintegración, y Sujetos de Especial protección Constitucional	99
4. IMPLEMENTACIÓN DE ACCIONES AFIRMATIVAS EN LAS CONVOCATORIAS PÚBLICAS ADELANTADAS POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DEL 2012	108
4.1 CONVOCATORIAS PÚBLICAS ADELANTADAS POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DEL 2012	109
4.2 CONCURSOS DE MERITOS ADELANTADOS POR EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER ADELANTADAS EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DE 2012.	111
4.3 SELECCIONES ABREVIADAS CON SUBASTA INVERSA ADELANTADAS POR EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER ADELANTADAS EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DE 2012.	116
4.4 LICITACIONES PÚBLICAS ADELANTADAS POR EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER ADELANTADAS EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DE 2012.	124
4.5 SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTIA ADELANTADAS POR EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER ADELANTADAS EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DE 2012.	128

4.6 REPRESENTACION GRAFICA DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS DE LA VERIFICACION DE LA IMPLEMENTACION DE ACCIONES AFIRMATIVAS EN LAS CONVOCATORIAS PÚBLICAS ADELANTADAS POR EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DE 2012.	148
4.7 VERIFICACION DE LA IMPLEMENTACION DE ACCIONES AFIRMATIVAS EN LAS CONVOCATORIAS PÚBLICAS ADELANTADAS EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DE 2012.	150
5. CONCLUSIONES	153
BIBLIOGRAFIA	156

LISTA DE GRAFICAS

	Pág.
Grafica 1. Implementación de acciones afirmativas en la modalidad de concursos de méritos en vigencia del decreto 734 de 2012	148
Grafica 2. Implementación de acciones afirmativas en la modalidad de selección abreviada con subasta inversa en vigencia del decreto 734 de 2012	149
Grafica 3. Implementación de acciones afirmativas en la modalidad de licitación pública en vigencia del decreto 734 de 2012	149
Grafica 4. Implementación de acciones afirmativas en la modalidad de selección abreviada en menor cuantía en vigencia del Decreto 734 de 2012	150

RESUMEN

TITULO: LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA GESTION CONTRACTUAL DEL ESTADO. Su Implementación por parte Del Departamento De Santander en Las Convocatorias Públicas adelantadas en vigencia del Decreto 734 de 2012.¹

AUTORES: ARISTIZABAL VILLA, Daniel Rodrigo; NAVARRO PEREZ, Efrén Ricardo.²

PALABRAS CLAVES: Acciones Afirmativas, Implementación, Gestión Contractual, Estado Social de Derecho, Principio de Igualdad, Convocatorias Públicas.

DESCRIPCION: Las acciones afirmativas son consideradas como políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo sub representado, usualmente un grupo que haya sido discriminado, tengan una mayor representación.

Para este trabajo de investigación, se hizo una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico y de las teorías más relevantes en la formación del concepto de las Acciones Afirmativas, las cuales hemos aplicado al ámbito del Derecho Constitucional Colombiano, orientado a verificar su implementación en las Convocatorias Públicas adelantadas por el Departamento de Santander en vigencia del Decreto 734 del 2012.

En conclusión, a pesar de estar reconocidos legal y jurisprudencialmente, los mecanismos para la implementación de Acciones Afirmativas de la Gestión Contractual del Estado no son efectivos y suficientes con el fin de promocionar el desarrollo de población vulnerable a través de ella, dejando en ocasiones a sazón de la incertidumbre su aplicación en una actividad que es el principal medio para la provisión de los bienes y servicios demandados por los ciudadanos y que por tal, se convierte en un importante hecho generador de empleo, pero como expresa el ex magistrado de la Corte Constitucional Jaime Araujo Rentería, “es un privilegio de unos cuantos grupos económicos.”

¹ Proyecto de grado

² Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director. Dr. Mario Barragán Pachón.

ABSTRACT

TITLE: AFFIRMATIVE ACTION IN CONTRACT MANAGEMENT STATE. IMPLEMENTATION BY THE DEPARTMENT OF SANTANDER IN PUBLIC TENDERS CONDUCTED INTO FORCE OF DECREE 734 OF 2012.*

AUTHORS: ARISTIZABAL VILLA, Daniel Rodrigo NAVARRO PEREZ, Efrén Ricardo.**

KEYWORDS: Affirmative Action, Implementation, Contract Management, Rule of Law, Principle of Equality, Public Announcements.

DESCRIPTION: Affirmative Action Policies are considered and measures to favor certain individuals or groups, either to eliminate or reduce inequalities of social, cultural or economic that affects them, rather than getting members represented a sub group, usually a group that has been discriminated against, have greater representation.

For this research, it became a systematic interpretation of our legal and most relevant theories on the formation of the concept of affirmative action, which we applied to the field of constitutional law in Colombia, aimed at verifying its implementation in Rounds public conducted by the Department of Santander into force of Decree 734 of 2012.

In conclusion, despite being recognized legal and case law, the mechanisms for the implementation of affirmative action in the state contract management are not effective and sufficient to promote the development of vulnerable populations through it, sometimes leaving a uncertainty seasoning application in an activity that is the primary means for the provision of goods and services demanded by citizens and for that, it becomes a major event of employment, but as stated by the former judge of the Court constitutional Jaime Araujo Renteria, "is a privilege of a few economic groups."

* Graduation Project for a law Degree

** Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Sciences. Law. Director: Mario Barragán Pachón

INTRODUCCION

LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA GESTION CONTRACTUAL DEL ESTADO: *Su Implementación por parte del Departamento de Santander en las Convocatorias Públicas adelantadas en vigencia del Decreto 734 del 2012.*

Está estructurada en cuatro capítulos dentro de los cuales se desarrolla el tema de forma armónica y concreta, mediante la utilización de fuentes como la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad, del orden nacional e internacional, logrando en cada uno de sus temas tratados una panorámica completa.

El trabajo que presentamos a continuación ha sido el fruto de la investigación e interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico de las teorías más relevantes en la formación del concepto de la Acción Afirmativa, las cuales hemos aplicado al ámbito del derecho constitucional colombiano, orientado a las Convocatorias Públicas adelantadas por el Departamento de Santander en vigencia del Decreto 734 del 2012, los cuales son los más indicados y relevantes para el tratamiento de las Acciones Afirmativas.

El primer capítulo contiene los fundamentos filosóficos, la ubicación histórica y, la conceptualización del principio de igualdad, Igualdad Formal e Igualdad Material, la Igualdad en un Estado Constitucional y las Acciones Afirmativas como desarrollo del Principio de Igualdad en un Estado Constitucional, vistos desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales en relación a nuestro Estado Social de Derecho, así como desde los diferentes lineamientos jurídicos, políticos y de orden normativo, recalcando la importancia suprema de la Constitución Política.

El segundo capítulo estudia de forma sistemática, los postulados Constitucionales, doctrinales y jurisprudenciales en referencia a Los Fines del Estado en un Estado

Constitucional, la Prestación de Servicios Públicos y La Gestión Contractual del Estado para la Materialización de los Postulados Constitucionales, estableciendo el concepto de cada uno de ellos y señalando la relevancia que tienen como vértice de referencia en la actuación del Estado y sus autoridades públicas en la sociedad.

El capítulo tercero aborda de manera concreta las Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual del Estado, determinando los Mecanismos Legales y Jurisprudenciales para la implementación en tal actividad, así como las poblaciones a las que específicamente van dirigidas.

En el capítulo cuarto analizamos las Convocatorias públicas adelantadas por el Departamento de Santander en vigencia del Decreto 734 de 2012 con el fin de verificar la implementación de Acciones Afirmativas en estas, así como el posterior comentario de los resultados obtenidos de tal estudio.

Por último, esbozamos nuestras críticas acerca de la efectividad en la implementación de las Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual del Estado, y las consideraciones de todo lo abordado en el presente proyecto de grado.

1. CONCEPTULIZACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.

1.1 PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional.³

Este principio le impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos, lo cual se debe concretar en cuatro mandatos: *(1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).*⁴

Partiendo de estos cuatro mandatos, a partir de los cuales se define el principio a la Igualdad, por medio de la cual la Corte Constitucional ofrece lineamientos muy significativos para saber cuándo debe aplicarse este principio Constitucional en las particularidades de cada situación, en el obrar de un Estado.

³RAWLS, John. Teoría de la Justicia (Traducción de M. D. González). Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1995. pág. 80 y sig., y 187 y sig.

⁴CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 022 del 26 de enero de 1996. fórmula, acogida por la H. Corte para definir este principio: *"hay que tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual"*. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Como derecho, la Igualdad le atribuye al individuo (el sujeto activo) el derecho de exigir al Estado (el sujeto pasivo) el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad.⁵

El principio a la igualdad se proyecta en dos bases centrales distintas; la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. En la primera se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares. En la segunda, en cambio, alude al carácter definitorio de la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al Legislador.⁶

Así mismo, estos dos últimos mandatos conforman el eje de la definición del principio de la igualdad en el artículo 13 de nuestra Carta Política: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de la autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades (...)”, parte que corresponde a la formulación clásica de igualdad formal tal como fue entendida durante la existencia del Estado Liberal de Derecho.

El inciso segundo recoge el cambio de visión que tanto sobre el principio como sobre el Estado se produce con el advenimiento del Estado Social de Derecho: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”.

Del texto del artículo 13^o constitucional se desprende la doble condición del principio de igualdad en sus vertientes formal y material. Hemos reiterado que el entendimiento de la igualdad en el primer sentido ha sido matizado por los

⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales (Traducción de E. Garzón Valdez). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 415 y sig.

⁶ VILLALÓN CRUZ, Pedro. Sobre la eficacia vinculante frente al Legislador, como característica definitoria de los derechos fundamentales de una Constitución: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 25. 1989. pág. 35-36.

principios del Estado Social de Derecho, no obstante sigue teniendo plena validez frente a los supuestos que le dieron origen y tendrá especial significación en el momento de determinar los límites que la Constitución Política impone para la introducción de diferenciaciones, por lo cual resulta necesario su contenido.

Cabe resaltar que el principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. *Se supera así el concepto de igualdad de la ley a partir de la igualdad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con ello sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado.*⁷

La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, partiendo de su consagración como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: *la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley.*⁸

En razón a su interpretación y aplicación hay que tener en cuenta el Fallo 1032 de 2009 Consejo de Estado, el cual manifiesta que; *“En relación con el derecho a la igualdad, la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha manifestado que este derecho no se traduce en una igualdad mecánica y matemática sino en el*

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 013 de 21 enero de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 836 del 9 de agosto de 2001 M.P. Rodrigo escobar gil.

otorgamiento de un trato igual, compatible con las diversas condiciones del sujeto. Lo que implica que la aplicación efectiva de la igualdad en una determinada circunstancia no puede ignorar o desconocer las exigencias propias de la diversidad de condiciones que afectan o caracterizan cada uno de los sujetos. Ahora bien, la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente que se dé un tratamiento diferente a sujetos puestos en unas mismas condiciones, cuando exista motivo razonable que lo justifique.”

Partiendo de los preceptos antes mencionados se puede decir de forma concreta y acorde a nuestro ordenamiento jurídico, que *“el principio de igualdad impone la obligación al Estado de ofrecer un mismo trato y protección a todas las personas, sin diferenciación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Así, mientras no existan razones legítimas para dispensar un trato diferente, el trato desigual está prohibido; lo cual, anuncia la salvedad de que el principio de igualdad no proscribe el trato diferenciado, sino que obliga a justificarlo de manera suficiente”*.⁹

Partiendo de esta sucinta definición que hace la Corte Constitucional, tenemos que abordar el tema de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades.

La noción de igualdad de trato remite a la exigencia básica que impone a favor de todos los seres humanos, esto es, de ser tratados con igual consideración y respeto. Esta concepción deriva de la tradición kantiana que sostiene el principio según el cual ha de tratarse a un ser humano como un mero medio para la realización de fines en los que no ha consentido y además, concebir a las personas como seres capaces de autodeterminación dispuestos a decidir en torno a su estilo de vida y hacer lo posible por realizarlos. Por lo mismo el igual respeto supone que los seres humanos son responsables de sus actos voluntarios, en

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 314 del 01 de abril de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

consecuencia, no se les puede reprochar, ni discriminar por eventos o cualidades sobre las cuales carecen de toda posibilidad de control, como el sexo, la raza, la edad, las discapacidades físicas y mentales, el origen social o nacional, etcétera; aunque desde una terminología más usual se puede entender por igualdad de trato, la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta.

En cambio la igualdad de oportunidades consiste en dar a cada uno las mismas oportunidades de acceso, en este caso a la participación en la ejecución de la contratación pública de nuestro país, lo que implica un principio según el cual no debe haber discriminación hacia los sectores más vulnerables o en situación de inferioridad frente a otros individuos, ya que se debe entender la igualdad de oportunidad significa favorecer a los desfavorecidos y desfavorecer a los favorecidos.

1.2 LA IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD MATERIAL

Según la interpretación clásica –que tiene sus raíces en la obra de Hermann Heller- se venía distinguiendo entre un principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad material, como una reinterpretación de aquélla en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos.¹⁰ Para lograr esta igualdad material, los poderes públicos deberán, en ocasiones, dictar normas aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real.

¹⁰ HELLER, Hermann. “Las ideas socialistas” en Escritos Políticos LÓPEZ PINA, A. Alianza, Madrid, 1985. pág. 322. Vid.

En la dogmática constitucional occidental (o al menos la dogmática constitucional continental) podemos identificar dos supuestos de igualdad básicos: igualdad formal e igualdad material. Ambas comprensiones del derecho a la igualdad operan de manera distinta. La igualdad formal exige que todos aquellos que sean destinatarios de las normas sean tratados igualmente por las mismas. Es decir, habiéndose establecido un campo de aplicación de la normatividad -los supuestos de hecho de la norma o el programa normativo- (distinción necesaria en el ámbito constitucional, así como en materia de derechos humanos, pues en estos cuerpos normativos, es usual la inexistencia de supuestos de hecho), quienes caen dentro del espectro de regulación no pueden ser tratados de manera distinta; se trata de que quienes estén bajo ciertas hipótesis normativas sean tratados iguales. Quienes están por fuera de tales hipótesis normativas deben ser objeto de un tratamiento diferencial, lo cual plantea problemas distintos: quienes son incluidos dentro de la hipótesis normativa y cómo es el tratamiento dentro de la hipótesis normativa. El primero es el principio de desigualdad ante la ley y el segundo, la igualdad dentro de la ley.

Los problemas de carácter constitucional que surgen frente al derecho a la igualdad ante la ley se solucionan, por lo general, con el control sobre los criterios de inclusión y de exclusión de la hipótesis normativa. Los problemas del segundo tipo -igualdad en la ley-, se resuelven por la estructura normativa de la norma positiva. En el primer caso, es posible admitir exclusiones, en el segundo no. En el primero, estamos frente a un principio (siguiendo a Alexy) lo que autoriza distinciones, mientras que en el segundo, se trata de reglas y éstas se cumplen o no, tal como lo indican Alexy y Dworkin.

En la práctica, salvo gravísimos errores de técnica legislativa, lo usual es que únicamente se convierta en problema constitucional el derecho a la igualdad ante la ley. La igualdad en la ley suele generar problemas de aplicación, donde se

discute si la conducta o la situación caen dentro del espacio normativamente regulado.

El derecho a la igualdad material apunta a enfrentar problemas fácticos de los destinatarios de las normas. Se trata de un derecho directamente ligado a la satisfacción de necesidades básicas de la población; Aquí no se enfrenta un problema normativo-conceptual, sino uno normativo-factual. La realidad personal (o grupal), en muchas ocasiones, falsea la igualdad formal. Resulta necesario, a efectos de garantizar que la ecuación de igualdad fijada normativamente bajo el derecho a la igualdad ante la ley, disponer de correctivos, de suerte que ante el objetivo, ciertos tratamientos especiales sean dispuestos, por decirlo de alguna manera, en el primer caso se parte de la igualdad, mientras que en este caso se busca; Ello obliga a tener en cuenta que estamos en presencia de otro esquema de racionalidad, pues la igualdad formal exige, en términos generales, una aproximación deóntica, mientras que la igualdad material, uno consecuencialista.

Los problemas constitucionales en este caso únicamente se ubican en el ámbito de la igualdad ante la ley. En efecto, el logro de la igualdad material opera sobre el principio de inclusión y exclusión, justificando o exigiendo (según como se entienda) un tratamiento diferencial. Empero, si en la igualdad formal se cuestiona quienes están incluidos, en la igualdad material, se impone un tratamiento diferencial: quienes tienen que estar incluidos y de qué manera lo están. Es decir, quienes deben estar incluidos deónticamente en el primer tipo y consecuencia listamente en el segundo.

El concepto de discriminación; ante este panorama, ¿qué debe entenderse como discriminación? La pregunta se puede abordar desde dos perspectivas. En un sentido amplio, discriminación es todo tratamiento desigual injustificado; esto es, violatorio de la Constitución (o, los tratados sobre derechos humanos vinculantes). En un sentido restrictivo, se trata de tratamientos desiguales que tienen como

factores normativamente prohibidos: lo que se conoce como las cláusulas sospechosas. En el primer caso, es discriminatoria toda violación al derecho a la igualdad, en tanto que en la segunda concepción, será discriminatorio cierto tipo de tratos desiguales que merecen un reproche más fuerte.

No es posible encontrar un uso unificado del término. Así, a manera de ejemplo, en el plano internacional, la Carta de las Naciones Unidas hace referencia al principio de discriminación, así como lo ha hecho el Tribunal Internacional de la Haya, sin distinguir a qué acepción se refiere. Pero, por otro lado, los instrumentos internacionales –sean universales o americanos- contra toda forma de discriminación aluden a un sentido restringido del término. En lo que sigue se considerará discriminación en el segundo sentido¹¹.

Uno de los aspectos más interesantes de la jurisprudencia colombiana es, sin lugar a dudas, su manejo del derecho a la igualdad. A efectos de enfrentar un control constitucional basado en el derecho a la igualdad, resultaba necesario establecer criterios racionales para tratar con normas con estructura de principios (Alexy).

La Corte Constitucional colombiana acogió desde sus inicios la distinción entre reglas y principios, reconociendo que los derechos constitucionales tenían estructura de principios y, por lo mismo, se sometían a un análisis distinto al ordinario, aplicable a las reglas. En pocas ocasiones la Corte ha hecho explícito cómo considera que ha de ser el tratamiento de los principios; sin embargo, resulta claro que, de alguna manera, se acerca a la idea de Alexy, quien concibe los principios como mandatos de optimización.

¹¹ LOPEZ, Henrik. Discriminación en la jurisprudencia constitucional de Colombia. Universidad de los Andes, Bogotá D.C., Colombia. Pág. 89.

Esta adscripción tendrá como consecuencia que la igualdad (en todas sus formas), al igual que todos los derechos constitucionales, no se conciben como reglas absolutas -esto es, que se cumplen o no-, sino que se relieva el carácter relativo del derecho, otorgando al legislador espacios para el desarrollo y, en últimas, para que decida sobre los criterios de distribución y de inclusión/exclusión. No es posible, entonces, ala luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana exigir una igualdad absoluta o, como suele afirmarse, "matemática o aritmética". Así, se ha entendido a la igualdad como una obligación impuesta al poder público consistente en el deber de "ofrecer un tratamiento similar a todos cuantos se encuentran en similares condiciones." (C-530 de 1993).

Ahora bien, en cuanto mandato de optimización, el derecho a la igualdad se impone al legislador, de manera que corresponde al Juez Constitucional diseñar un mecanismo para juzgar si el legislador, al desarrollar dicho mandato, lo ha realizado de manera que respete el contenido esencial de la igualdad. Para tal efecto, la Corte acogió un sistema de test o juicios, los cuales guían al juez constitucional al momento de analizarla situación supuestamente violatoria de la igualdad. Este esquema resulta importante por dos razones. De una, porque significa la existencia de un sistema objetivo de análisis, que impiden que el juez constitucional base sus razonamientos en sus propios prejuicios, de manera que somete a un análisis formal el supuesto normativo o fáctico objeto de análisis. Por otra parte, que debido a que todos los jueces de Colombia fungen como jueces constitucionales en materia de amparo, resulta indispensable fijar un mecanismo único de análisis y garantizar, de esta manera seguridad y unicidad al sistema.

El juicio de igualdad parte de la obligación de brindar igual trato a todas las personas. De ahí que únicamente estudie si el trato desigual resulta ilegítimo o si, dadas las circunstancias, era exigible un trato desigual. Según ha precisado la Corte, a fin de lograr que el estudio de estos temas sea racional, ha de "preguntarse qué se busca con una norma (análisis de la finalidad), cómo se va a

lograr lo buscado (análisis del medio) y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado (análisis de la relación medio-fin)" (C-673 de 2001) y si ello, resulta, en sí mismo proporcionado.

El modelo colombiano, que se ha denominado integrado, parte del juicio de proporcionalidad europeo, el cual es sometido a un sistema de graduación, de manera que, según la materia, la intensidad o el rigor del juicio es más fuerte o no. Por lo general en temas económicos y tributarios, la intensidad del juicio es leve, de manera que únicamente se examina los primeros elementos del juicio: finalidad, medio y relación de medio a fin. Es decir, se trata de un juicio en el cual se evalúa la racionalidad y la razonabilidad de la medida.

La Corte lo ha explicado de la siguiente manera:"- Mientras que la RAZONABILIDAD hace relación a lo constitucionalmente admisible, la RACIONALIDAD hace relación a la conexidad;

- La primera apunta a una finalidad legítima mientras que la segunda apunta a una finalidad lógica;- Una -la primera- hace alusión a la coherencia externa, esto es, con los supuestos de hecho; la otra -la segunda- hace alusión a la coherencia interna, es decir, es un fenómeno estructural;
- Por último, lo razonable es de la esfera de la lógica de lo humano -material-, mientras que lo racional es de la esfera de la lógica formal." (C-530 de 1993).El juicio intenso o estricto, por su parte, exige no sólo el análisis de la razonabilidad y racionalidad de la medida, sino que impone una consideración sobre la necesidad de la misma y su proporcionalidad intrínseca. La necesidad alude a la inexistencia de otros medios para lograr el fin buscado y la proporcionalidad, al grado en que se sacrifican otros derechos en aras de lograr el fin constitucional.

Es decir, con la proporcionalidad se hace una ponderación de los derechos en juego. Este tipo de juicios se aplica cuando "1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio" (C-673 de 2001). Finalmente, existe el juicio intermedio, en el cual se analizan los mismos factores que en el estricto, pero no se exigen razones imperantes y absolutas para justificar el trato desigual.¹²

1.3 LA IGUALDAD EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.

El creador del concepto de Estado Social de Derecho es el jurista alemán Hermann Heller (1891–1933), por primera vez en 1930 plantea la tesis al formular la alternativa entre Estado de derecho y dictadura.¹³

El estado social de derecho ha de proponerse favorecer y garantizar la igualdad social real, esto es que halla una garantía de todos los derechos por parte del Estado; este concepto se ha venido fortaleciendo a través de la legislación y la jurisprudencia, su aplicación puede decirse que comprende principios como el de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida y a la integridad personal, igualdad, prohibición de toda discriminación, protección del matrimonio y la familia, derecho a la vivienda, a la educación, obligación social de la propiedad, derecho a un ambiente sano y derecho a la cultura.¹⁴

¹²Ibíd. Pág. 91

¹³ VILLAR BORDA, Luis. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. Revista Derecho del Estado, n° 20 2007. Pág. 15.

¹⁴ Ibíd.

La constitución política vigente, expedida en 1991 por la Asamblea Constituyente, consagra, el Estado social de Derecho, al definir así en su Artículo 1° al Estado Colombiano. La parte final de ese mismo artículo establece cuatro principios fundantes del Estado Social de Derecho: los de dignidad humana, trabajo, solidaridad y el interés general.¹⁵

Otros principios que rigen este tipo de Estado son; el principio de legalidad, en virtud del cual, las actuaciones de todos los habitantes de nuestro Estado, tanto gobernantes como gobernados, quedan sometidas al imperio de la ley; La ley es entendida como expresión de la voluntad general, en cabeza del legislador.

El principio de la división de poderes, esto es; el ejecutivo, el legislativo y el judicial, los cuales emanan del pueblo y que son la garantía de la libertad, en el cual se desconcentran los poderes, para que cada uno de los órganos del poder los ejerza autónomamente.

El principio de garantía de derechos y libertades, en el cual se propende por una eficacia a la hora de garantizar los derechos consignados en nuestra carta política, así como la protección y otorgamiento efectivo de los mismos.

Partiendo de lo dicho anteriormente podemos decir que al hablar de un Estado Social de Derecho, en este se contemplan muchos principios, de vital importancia para su funcionamiento, a nivel social, político, jurídico, cultural, etc., uno de estos principios como ya lo hemos mencionado es el de la Igualdad, el cual también es pieza fundamental en todo este entramado garantista del Estado Social de Derecho, la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación de todas las personas y garantizar a los

¹⁵ QINCHE RAMIREZ, Manuel. Derecho Constitucional Colombiano, De la carta de 1991 y sus Reformas. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá D.C. – Colombia.

grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos sociales fundamentales.

El Derecho a la Igualdad en la Constitución de 1991, está constituido tanto en el preámbulo, como en el artículo 13; la corte constitucional ha entendido que la igualdad opera simultáneamente en tres niveles.¹⁶

- *Como valor fundante, contenido en el preámbulo, lo que implica la imposición de un componente que opera como pauta hermenéutica obligatoria.*
- *Como derecho fundamental, en el inciso primero del artículo 13 de la carta, al establecerse como límite de la actuación de los poderes públicos.*
- *Como principio constitucional, a lo largo del artículo 13 y muy especialmente en su inciso segundo, que establece el mandato de promoción de igualdad*

Esta interpretación que hace la Corte en estas providencias es de vital importancia para entender cómo opera el principio de Igualdad en nuestro ordenamiento jurídico, propendiendo que se hable de una igualdad material y encaminada a la eficacia en su valor normativo y la posibilidad real de hacerlo justificable.

Este inciso segundo referido ya anteriormente ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional, básicamente en las siguientes dos modalidades:¹⁷

- *Las acciones afirmativas consideradas como políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien que lograr que los miembros de un grupo sub representado, usualmente un grupo que haya sido discriminado, tengan una mayor representación.*

¹⁶Ver Sentencias C-530 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-079 de 1999, M.P. Martha Sachica Méndez, C-111 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁷CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 de 2000, M.P. consideraciones jurídicas. Carlos Gaviria Díaz.

- *Las medidas de discriminación inversa o positiva, que consisten también en políticas o medidas destinadas a favorecer a determinadas personas o grupos, más precisamente a aquellos que históricamente marginados por aspectos como raza o sexo, respecto de bienes como educación, trabajo y participación.*

De conformidad con estas dos modalidades se puede decir que la Corte les ha otorgado herramientas suficientes al legislador y a las autoridades de nuestro Estado Social de Derecho para adoptar medidas tendientes a favorecer a grupos o personas sometidas a discriminación, malos tratos y marginalidad, para mejorar su calidad de vida y así promocionar el desarrollo de nuestra sociedad.

1.4 ACCIONES AFIRMATIVAS COMO DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.

Como ya hemos visto anteriormente, con el paso de una igualdad formal a una igualdad material real y efectiva del reconocimiento que el derecho hace de la existencia de desigualdades físicas, sociales y económicas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados Constitucionales, surgieron una serie de decisiones o políticas públicas encaminadas a proteger grupos de personas que han sido tradicionalmente marginadas por diversas razones, es así como nacen las denominadas Acciones Afirmativas.

En efecto, estas medidas surgieron en la normativa y jurisprudencia Norteamericana, quienes a principios del siglo XX diseñaron fórmulas para combatir la marginación social y económica de los negros, otorgando medidas de protección en el empleo y la educación a su favor, pues reconoce que ese grupo ha sido tradicionalmente discriminado en ese país¹⁸. Así, en desarrollo de las Enmiendas Decimotercera y Decimocuarta de la Constitución de 1776, por medio de las cuales se abolió la esclavitud y se incluyó principalmente la denominada

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932 del 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Cláusula de Igual Protección (*equal protection clause*), se introdujeron medidas que consagran tratos diferenciales para favorecer a la población negra de ese país, las cuales constituyen fuentes primarias de las acciones afirmativas. A su vez, la enmienda Decimoquinta introducida en 1870 estableció que los gobiernos en los Estados Unidos no pueden impedir a un ciudadano votar por motivo de su raza, color, o condición anterior de servidumbre, pero pese a los anteriores reconocimientos formales, la realidad de la población negra fue distinta hasta bien entrado el siglo XX. Por ejemplo, con la promulgación en 1876 de la Ley Jim Crow, se asignó la segregación racial en todas las instalaciones públicas por mandato de iure bajo el lema "separados pero iguales" y se aplicaban a los estadounidenses negros y a otros grupos étnicos no blancos en los Estados Unidos. Lo anterior condujo al Presidente Franklin D. Roosevelt a proferir la Directiva Presidencial 8802 de 1941, por la cual estableció una prohibición de discriminar por motivos de raza en la contratación de personal para la industria de defensa y en el Gobierno Federal. Este gran presidente de corte intervencionista, incluyó en su ideario el derecho a verse libre de la necesidad, porque las personas en condiciones desesperadas carecen de libertad. Roosevelt entendió con lucidez que el contrapeso de esas condiciones y mecanismos anónimos que coartan la libertad es la acción estatal para contrarrestar la impotencia y la "terrible necesidad" de quienes no pueden sostenerse por sí mismos¹⁹. Se requirió que transcurrieran veinte (20) años, hasta la Administración de John Fitzgerald Kennedy, quien mediante la Orden Ejecutiva 10925 de marzo de 1961, estableció la Comisión sobre la Igualdad de Oportunidades de Empleo, que significativamente sería dirigido por el entonces Vicepresidente Lyndon Baines. Johnson. La Comisión tenía como propósito "considerar y recomendar "pasos afirmativos" adicionales que deben ser tomados por los departamentos y agencias ejecutivas (...) para hacer más efectiva la política nacional de no – discriminación"²⁰ y su objetivo

¹⁹ SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and why we need it more than ever*. Basic Books. New York, 1994. Pág. 12.

²⁰ ANDERSON, Terry. *The Pursuit of Fairness; a History of Affirmative Action*. Oxford University Press. New York, 2004. p. 60.

principal era el que las Autoridades federales obliguen a sus contratistas a “**tomar acción afirmativa** para asegurarse que los aspirantes (al trabajo) sean empleados y que los empleados sean tratados durante el trabajo sin considerar su raza, credo, color u origen nacional²¹”. Como vemos, el termino Acciones Afirmativas fue acuñado durante la actividad de tal Comisión gracias a un abogado de raza negra llamado Hobart Taylor Jr., a quien Johnson encargó la redacción de la Orden Ejecutiva 10925 junto con Arthur Goldberg y el futuro magistrado de la Corte Suprema, Abe Fortas. En palabras de Taylor, “Estaba buscando por algo que diera un sentido positivo a la actuación de conformidad con la orden ejecutiva; (...) yo estaba indeciso entre las palabras ‘acción positiva’ y las palabras ‘acción afirmativa’ y escogí ‘afirmativa’ porque era aliterada.²² En julio de 1963 Kennedy expidió la Orden Ejecutiva 11114 que extendió el alcance de la orden previa a todas las empresas y actividades donde estuvieran invertidos fondos federales, sea como contratos o como asistencia financiera²³. En ese momento el Presidente dijo que era “Política de los Estados Unidos alentar la eliminación de la discriminación mediante la acción afirmativa en el trabajo” El mismo término y el mismo contenido fue reiterado por la Directiva Presidencial número 4 del Presidente Richard Nixon, al crear programas de acciones afirmativas a favor de los negros discriminados en el acceso al trabajo y a la educación. Posteriormente, en el año 1978, la Suprema Corte Federal al resolver el caso *Regent of University of California vs Bakke*, dijo que los criterios raciales para establecer tratos diferentes para el acceso a las universidades no violan la Constitución, siempre y cuando se dirijan a privilegiar a grupos marginados sin que se determinen cuotas fijas e inamovibles.

Como podemos apreciar en el recuento histórico anterior, esta clase de medidas nacen en el Derecho Estado Unidense como mecanismos diferenciadores con el fin de privilegiar grupos tradicionalmente discriminados principalmente por razones

²¹ SUNSTEIN, Cass. The Second Bill of Rights. Ibid.

²² ANDERSON, *The Pursuit of Fairness*, op cit., pp. 60, 61.

²³ ANDERSON, *The Pursuit of Fairness*, op cit., p. 72.

de raza, mecanismos que a su vez se fueron extendiendo a la protección de la mujer y personas con discapacidad física.

Al respecto de Acción Afirmativa el profesor Robert Alexy manifestó en su obra Teoría de los Derechos Fundamentales que: “Todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del estado, es un derecho a prestaciones. De esta manera, el derecho a prestaciones es la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir a una omisión por parte del Estado. La escala de las acciones positivas del estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes.”²⁴

En este concepto es necesario el desarrollo del ser y del deber ser de la entidad ontológica del principio de igualdad. En el cual se manejan dos acepciones; una negativa como omisión del Estado a propugnar conductas violatorias del principio y del derecho, es decir debe tener una conducta o misiva que no ocasione perjuicios, para lo cual el individuo tendrá una garantía constitucional que ampare tales derechos fundamentales violados por el Estado; y una respectiva contrapartida positiva del ser del derecho, expresada en “el hacer” por parte del Estado, efectivas las medidas conducentes a la igualdad real y efectiva.

En Colombia el concepto de Acción Afirmativa es desarrollado a partir del segundo inciso del artículo 13 de nuestra carta política que versa sobre el principio del derecho a la igualdad y a través del sin número de interpretaciones que ha hecho la Corte Constitucional en el entendido de la discriminación inversa y positiva.

²⁴ ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. En Teoría de los derechos fundamentales. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, título original Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

En desarrollo del concepto de igualdad material y del reconocimiento que el derecho hace de la existencia de desigualdades naturales, sociales y económicas, los distintos ordenamientos jurídicos diseñaron medidas estatales para limitar la libertad de decisión pública y privada y hacer exigible el trato favorable para quienes se encuentran en situación de discriminación. Así, como respuesta jurídica a una situación fáctica consolidada de discriminación que obedece a una práctica social, cultural o económica de un grupo, se diseñaron las denominadas acciones afirmativas.

“Las acciones afirmativas como género y las medidas de discriminación positiva o inversa como especie, están dirigidas a remover diferencias fácticas que si bien son reales no deben continuar en un Estado cuya finalidad primordial es conseguir una sociedad más equitativa y justa”²⁵

Así mismo en esa misma providencia la Corte señaló: “Esta Corporación ha señalado que una medida afirmativa o de discriminación positiva se ajusta a la Constitución si se logra demostrar que: i) *tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades, ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio; iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley o por actos administrativos, dependiendo de la situación concreta; iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios; v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas, por lo que no resultan válidas medidas in generi o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichosos.*”²⁶

²⁵ Sentencia C-932 del 2007. Óp. Cit.

²⁶ *Ibíd.*

El concepto de acción afirmativa corresponde a la concepción que del principio de igualdad se maneje en el Estado social de Derecho, sobre el punto se deben manejar criterios axiológicos, filosóficos, jurídicos, políticos y deontológicos, en cuanto al ordenamiento jurídico del Estado.

Por tal razón entendemos por acción afirmativa toda medida de promoción, impulso, reconocimiento, fomento, compensación y corrección; que tiene por objeto una prestación a cargo del Estado, en sentido negativo como omisión a conductas discriminatorias y en sentido positivo como agente prestatario de la igualdad material real y efectiva, mediante la eliminación de las desigualdades, así como la implementación de políticas de gobierno y el impulso a la iniciativa legislativa en materia de igualdad promocional.

El sujeto activo al cual deben ir encaminadas es a un grupo de personas, con la connotación de discriminadas o marginadas, el sujeto pasivo es el Estado como agente de fomento e impulso a la política de equiparación en el punto de partida, la prestación está determinada por la constitución o la ley; y el nexo se deriva del carácter fundamental de que los derechos violados sean fundamentales o lo sean por conexidad a estos.

La consecuencia lógica de estos derroteros normativos, es que con ellos se busca transformar las inequidades sociales raizadas en la costumbre general de la discriminación, solucionando problemáticas de tipo económico, educacional, social y promocional; la dinámica del principio de igualdad nos da una idea aproximada de la interpretación que se debe realizar sobre las acciones positivas o afirmativas.

Las acciones afirmativas en el ordenamiento jurídico colombiano, como vimos en la parte histórica del presente trabajo, el constituyente quiso remediar y corregir las situaciones de desigualdad y de discriminación que se presentaban a la fecha respecto de grupos diferenciados en la sociedad, como los discapacitados, los

desplazados, las personas en proceso de reinserción, pobreza extrema, madres cabeza de familia, en general los sectores marginados de la sociedad. La norma constitucional impone al Estado el deber de promover las condiciones para alcanzar la igualdad real y efectiva, en términos de proporcionar los medios para tal fin, pero en su contenido normativo no exige al Estado el logro de dicha igualdad. Por tal razón alguna de estos tan importantes mandatos constitucionales y jurisprudenciales no son llevados a la realidad, de tal manera que este tipo de comunidad pueda gozar de dicho favorecimiento que les permita lograr un mejor estilo de vida y de oportunidades a este grupo poblacional.

2. LA GESTION CONTRACTUAL COMO DESARROLLO DE LOS FINES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

2.1. LOS FINES DEL ESTADO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.

Los fines del Estado surgidos de nuestro Estado social de Derecho están enunciados en el Artículo 2 de la Constitución Nacional, el cual expresa:

- *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*
- *Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*

Aparte de los anteriormente referenciados a lo largo de nuestra Carta Política existen más, los cuales citaremos a título enunciativo;

El artículo 13 cuando señala *“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*.

El artículo 21 *“La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”*

Siguiendo un orden del articulado, todos los derechos consagrados en el Capítulo II del Título II, de nuestra carta política; los derechos sociales, económicos y culturales que corresponden al desarrollo social de nuestras instituciones.

El Artículo 42; *“El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”*.

El artículo 46; *“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”*.

El Artículo 47; *“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*.

El artículo 48; *“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”*

El artículo 49; *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

El Artículo 54; *“Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”*.

En estos artículos de nuestra constitución nacional se puede ver los diferentes lineamientos que nuestro estado debe poner en marcha para el funcionamiento del mismo, también es oportuno decir que uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa nuestro Estado social de Derecho es el de propender por brindarle a todos los colombianos sus servicios públicos, ya sea directa o indirectamente.

Es así como el artículo 365 dispone que: *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”*.

Y seguidamente el artículo 366 dispone: *“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”*.

Por el lado de la Corte Constitucional también se han sentado precedentes acerca de los fines del Estado social de Derecho, los cuales traeremos a colación seguidamente.

“En un estado social de Derecho existe la obligación de la asistencia humanitaria y solidaria de todas las personas, especialmente por parte de los órganos públicos, dirigida a proteger a los débiles y a quienes se encuentran en condiciones económicas y extremas de debilidad manifiesta”²⁷

“La Constitución Política de 1991 acoge el principio según el cual Colombia es un Estado social de derecho que va más allá del Estado de derecho, pues implica un compromiso con la sociedad por parte del Estado en el sentido de llevar a cabo los propósitos y asumir el papel que le corresponde para sacar adelante las metas de la sociedad; auscultar las prioridades y fines a seguir para alcanzar los propósitos del Estado y cuáles los fines para realizar esos medios. Implica entonces un papel activo del Estado basado en la consideración de la persona humana, y en la prevalencia del interés público y

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-477 de 1996. M.P.Fabio Morón Díaz.

de los propósitos que busca la sociedad. Por ello la Constitución de 1991 consagra una Carta de Derechos y a estructurar una política económica con miras a la atención de las necesidades sociales básicas”²⁸

“El Estado Social de Derecho impone al Estado la obligación de adoptar medidas en favor de los débiles y necesitados, para lograr que la igualdad sea real; esta no descarta la posibilidad de dar un trato diferente a personas que se encuentran en situaciones diferentes; "trato equitativo para lograr una solución compensada", "diferente regulación a efecto de conseguir la justicia concreta", o "diferenciación positiva", todo lo cual se traduce en que el trato igualitario supone una justicia actuante y realizadora de la efectividad del derecho, aun cuando el legislador, en razón de las especiales condiciones de determinados sujetos, deba acudir, en favor de estos, a una discriminación justificable y razonable”²⁹

Por otro lado es importante resaltar que el Estado Social y democrático de Derecho tiene unos fines muy puntuales, los cuales por medio de sus políticas públicas y a través de sus más importantes instituciones debe alcanzar y garantizar, no solo para su buen funcionamiento sino para que todas las personas que lo conforman puedan gozar de todos sus derechos y prerrogativas constitucionales.

2.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.

Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP art. 2).

El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-180 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-394 de septiembre de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonel.

En la sentencia T-540/92 la Corte se refirió a los servicios públicos como instrumento para la realización de los fines del Estado Social de Derecho, en los siguientes términos:

*"El Estado social y democrático de derecho tiene una concreción técnica en la noción de servicio público. El Constituyente al acoger esta forma de organización político-social elevó a deber constitucional del Estado suministrar prestaciones a la colectividad. La naturaleza social y democrática del Estado considera a cada ciudadano como un fin en sí mismo, en razón de su dignidad humana y de su derecho a la realización personal dentro de un proyecto comunitario que propugna por la igualdad real de todos los miembros de la sociedad. Por lo tanto, la administración está sujeta a un concepto evolutivo de mayores prestaciones y mejores servicios al público, según las cambiantes necesidades y la complejidad del mundo moderno"*³⁰

*"La idea de servicio público es el medio para avanzar rápidamente al Estado social y democrático de derecho, en forma pacífica y sin traumas para los grupos de interés que detentan posiciones de ventaja respecto de los sectores mayoritarios de la sociedad con necesidades insatisfechas. La legitimidad del Estado depende del cumplimiento de sus deberes sociales y de la eficacia de la gestión pública. La población es sensible a la efectiva realización de los fines esenciales del Estado, en particular porque sobre ella pesa la carga del régimen impositivo. La corrupción y el fraude generalizados hacen que el ciudadano perciba la presencia del Estado como una carga insoportable y pueden conducir a su destrucción o al desmonte de las prestaciones sociales a su cargo. Por ello los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, sin perjuicio del principio de la solidaridad social"*³¹.

"Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (CP arts. 1 y 2). A través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 540 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³¹ *Ibíd.*

*del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) de toda la población*³².

La participación del usuario en la gestión y fiscalización de los servicios públicos permite al individuo experimentar personalmente las ventajas de su pertenencia al Estado social de derecho. En la práctica, sin embargo, la posición del ciudadano en la gestión de los servicios públicos deja mucho que desear. Históricamente ha primado una visión despótica del Estado que excluye a los particulares de participar en las decisiones que afectan su vida diaria. La instauración de una democracia participativa debe poner fin a esta situación. No obstante, no basta para asegurar la participación ciudadana, la mera consagración positiva de derechos constitucionales sino que, además, es necesario un desarrollo legislativo que involucre un sistema eficaz de recursos ágiles y sumarios y de mecanismos de participación efectiva.

La democracia participativa como principio, finalidad y forma de gobierno (CP Preámbulo, arts. 1 y 2) exige la intervención de los ciudadanos en todas las actividades confiadas a los gobernantes para garantizar la satisfacción de las necesidades crecientes de la población. Sin la participación activa de los ciudadanos en el gobierno de los propios asuntos, el Estado se expone a una pérdida irrecuperable de legitimidad como consecuencia de su inactividad frente a las cambiantes y particulares necesidades de los diferentes sectores de la sociedad.

“Para hacer realidad el fin esencial de Estado de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (CP art. 2), el Constituyente previó la posibilidad de que la ciudadanía participe, a través de organizaciones representativas de usuarios y consumidores, en el proceso legislativo de regulación de los servicios públicos (CP art. 78), así como en la gestión y

³² *Ibíd.*

*fiscalización de las empresas estatales encargadas de su prestación (CP arts. 369 y 48 transitorio). La Constitución no consagra un **derecho fundamental** a participar en la toma de decisiones administrativas en materia de servicios públicos. Corresponde al legislador consagrar tales derechos y desarrollar los mecanismos de participación de conformidad con el marco constitucional que regula la materia”³³*

La Constitución define los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado e impone a éste el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (CP art. 365).

El constituyente optó por reservar al legislador la regulación de la prestación de los servicios públicos (CP art. 150-23), no sin antes garantizar la participación de las organizaciones de usuarios o consumidores en la materia (CP arts. 78, 334, 365, 367, 369 y 48 transitorio) y confiar a los concejos la reglamentación de las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio (CP art. 313-1). De tal forma, se pretendió conciliar la flexibilidad de los mecanismos para la prestación de los servicios públicos con la descentralización y la participación ciudadana, en un área de la actividad estatal que afecta directamente la vida cotidiana de todas las personas. Al respecto, el constituyente expresó:

"Introducir en la Carta Constitucional materias que son susceptibles de un desarrollo legislativo detallado, puede crear en el tema que nos ocupa, una camisa de fuerza que impida el desarrollo mismo de los distintos servicios públicos o la ausencia de normatividad en otros servicios que, por su misma naturaleza, requieren de un tratamiento especial”.

De acuerdo a lo expresado anteriormente, se deja a la ley el desarrollo de los mandatos constitucionales, atendiendo la naturaleza y características de cada uno de los servicios públicos, las dificultades que se presentan entre las empresas y los usuarios, los elementos propios de cada uno de ellos que, inciden en la fijación de las tarifas o en su actualización, etc., *"En los demás servicios (diferentes a la*

³³ *Ibíd.*

*fuerza pública y la administración de justicia) se prevé la participación de los particulares o de las comunidades organizadas en su prestación. Con ello se consagran alternativas distintas a la puramente estatal en su organización y atención, procurando crear condiciones de competencia que, en últimas, conlleven el mejoramiento en el manejo de los recursos y, por ende, en la calidad de los servicios entregados a la comunidad"*³⁴

El Estado está dotado de variados medios de intervención en el campo de los servicios públicos: la nacionalización de determinadas actividades estratégicas o servicios públicos por razones de soberanía o de interés social (CP art. 365); la prioridad del gasto público social para la solución de las necesidades básicas insatisfechas (CP art. 366); el otorgamiento de subsidios presupuestales a personas de menores ingresos para el pago de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios (CP art. 368); el reconocimiento de los derechos de participación ciudadana y municipal en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan servicios públicos (CP art. 369) y, el ejercicio del control, la inspección y la vigilancia de los mismos por parte del Presidente de la República, a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (CP art. 370).

La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas encargadas de su prestación no es un tema pacífico en la doctrina. Por un lado, la tesis privatista, anteriormente vinculada a la distinción de actos de autoridad y actos de gestión de la administración, hoy en auge en razón del movimiento que favorece la privatización de empresas de servicios públicos, postula la aplicación del derecho privado a muchas prestaciones administrativas, en especial las desempeñadas por concesionarios. La tesis de la naturaleza jurídico-pública, de otra parte, sostenida por la doctrina alemana, señala que invariablemente la actividad inherente a todos los servicios públicos no es contractual, sino reglamentaria. Se busca enfatizar la prevalencia de la seguridad

³⁴ *Ibíd.*

jurídica sobre las ventajas individuales de la contratación privada en atención a que la prestación de servicios es una actividad dirigida a la realización del interés público. Ninguna posición unilateral, sin embargo, ha logrado responder cabalmente a las características de los diversos servicios públicos.

La variedad de los servicios públicos - esenciales (CP arts. 56, 366), sociales (CP arts. 46, 48, 64), domiciliarios (CP arts. 367 y ss.), comerciales o industriales (CP art. 64) y las variadas modalidades de su prestación - directamente por el Estado o a través de comunidades organizadas o particulares - son criterios que sumados a la decisión del legislador permiten determinar el derecho aplicable en cada caso. La clásica exigencia de someter los servicios públicos a las reglas exorbitantes del derecho público con miras a mantener las prerrogativas del Estado ha perdido vigencia frente a su prestación creciente a través de concesionarios y la superación de la antinomia entre rentabilidad, eficacia y cubrimiento del servicio.

Es por eso que es oportuno manifestar que la producción de estos bienes y servicios, que en la actualidad en su gran mayoría no están en manos de organismos estatales, lo cual debe contribuir a mejorar la eficiencia en la economía y a lograr el equilibrio macroeconómico del país.

El sentido participativo que establece la Constitución Política de Colombia de 1991 es la clave, ya que al prever la intervención directa de los asociados en la prestación de servicios públicos, sea por su iniciativa o en virtud de contratos o convenios con los organismos públicos al impulsar programas y actividades de interés público, en consonancia con el plan general y los planes sectoriales de desarrollo, se garantiza el progreso y desarrollo de toda la comunidad³⁵.

³⁵ QUIRÓS FLOREZ Gilma. Mecanismos De Participación Ciudadana En La Gestión Contractual De La Administración Pública En Colombia, ESAP Bogotá 1999.

Los diferentes actores estatales del orden nacional responsables del tema deben determinar en qué medida estas políticas de participación han sido efectivas para concertar con las entidades territoriales y la sociedad civil, la tarea de dar plena aplicación al mandato participativo. El papel preponderante del ciudadano común debe constituirse en el punto de partida del seguimiento y control de la gestión contractual que se lleve a cabo en el nivel municipal, departamental o nacional. De otra parte, las veedurías ciudadanas y comunitarias deben contribuir al desarrollo de las instituciones de control sobre la Administración Pública en coordinación y orientación de los órganos de control del Estado colombiano.

La gestión contractual de la administración pública regulada actualmente por la ley 80 de 1993, - como actividad pública está al servicio del interés general y afecta a los fines esenciales del Estado (arts. 1 y 2 de la C.P., art. 3 ley 80/93)-, debe cumplirse con sujeción a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y a los postulados de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, como son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y con aplicación de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo (art. 23)³⁶.

Estos principios indican la concatenación que existe entre la prestación efectiva de los bienes y servicios públicos por parte del Estado y la gestión contractual del mismo, ya que por mandato constitucional este debe ser el principal promotor para que se establezcan cada día nuevas políticas que le permitan a las instituciones y establecimientos públicos encargados una mejor prestación de estos servicios.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 12 de septiembre de 2001, Bogotá D.C. – C. P.: Ricardo Monroy Church

2.3 LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO PARA LA MATERIALIZACIÓN DE LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES.

“La gestión contractual de la Administración Pública, básicamente está regulada por la Ley 80 de 1993, está al servicio del interés general y afecta los fines esenciales del Estado, por lo cual debe cumplirse con sujeción a los principios que rigen la contratación estatal, entre los cuales se destacan los de transparencia, economía y responsabilidad; así mismo se impone la observancia de los postulados que orientan la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Política, además de la aplicación de las reglas de interpretación de la contratación, los Principios Generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo”³⁷

Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y *“en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho.”*³⁸

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos *“instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los*

³⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de enero de 2012, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez

³⁸ Sentencia C-088 de 2000 (MP. Fabio Morón Díaz). Reiterada en la sentencia C-372 de 2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

*servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares”.*³⁹

En la etapa precontractual son muchas y muy variadas las manifestaciones del principio de igualdad, las cuales se deben ver reflejadas, entre otros, en: **“i) la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos; ii) la fijación de plazos razonables que faciliten la concurrencia de los oferentes; iii) la imposibilidad para los oferentes de modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; iv) el deber que asume la entidad pública de evaluar todas las propuestas; v) la obligación de la Administración de aplicar estrictamente los criterios de selección establecidos libremente por ella; vi) el deber de la entidad pública de evaluar las propuestas bajo los mismos parámetros de ponderación establecidos en los documentos del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con más rigor determinadas propuestas y ser laxa con otras y vi) la imposibilidad, para la entidad pública, de variar los criterios de evaluación y su ponderación”**⁴⁰

La entidad pública, al efectuar el examen comparativo de las propuestas, tendrá presente el deber legal que le asiste de: **i) aplicar estrictamente los criterios de selección y ponderación establecidos en el pliego de condiciones; ii) dar a conocer oportunamente los informes de las evaluaciones realizadas; iii) atender y dar respuesta motivada a las observaciones que sean efectuadas a los estudios, actividad que estará orientada por los principios de transparencia, de igualdad, de imparcialidad y de selección objetiva, establecidos por la ley para asegurar la escogencia de la propuesta más favorable para la Administración.**

³⁹Sentencia C-932 de 2007. Óp. Cit.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de enero de 2012. Óp. Cit.

Partiendo de lo expuesto anteriormente podemos decir que el Estado siempre debe propender incluir en su gestión contractual postulados normativos y jurídicos que permitan cumplir con los fines del estado social de derecho, partiendo de los principios constitucionales de igualdad, la dignidad humana, etc., a través de la implementación de Acciones Afirmativas que permitan un mayor desarrollo de la población más vulnerable.

3. LAS ACCIONES AFIRMATIVAS COMO PROMOCION AL DESARROLLO A TRAVES DE LA GESTION CONTRACTUAL DEL ESTADO.

Como ya lo indicamos en capítulos anteriores, la Gestión Contractual del Estado es un instrumento para el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.⁴¹

Tal actividad debe estar regulada por una serie de principios que buscan garantizar la consecución del interés general a través de una adecuada inversión de los recursos públicos. Así lo disponen los postulados que orientan la Función Administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, el cual estatuye que tal función está al servicio del interés general y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En el mismo sentido, la Constitución Política incluye otros principios fundantes del ordenamiento legal y orientadores del comportamiento tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Estos principios son igualmente derroteros de la Función Administrativa por que privilegian el respeto y garantía de los Derechos Humanos y la vida armónica en comunidad⁴², así según el Consejo de Estado:

“La Carta Suprema en su artículo 209 ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de moralidad, de eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que

⁴¹ COLOMBIA. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Anexo Circular Conjunta No. 034 (28, octubre, 2011). Recomendaciones para optimizar la Gestión Contractual de las Entidades Públicas que no se rigen por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Bogotá D.C.: 2011. pág. 1

⁴² PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Anexo Circular Conjunta No. 034. Óp. Cit., pág. 3

también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado.”⁴³

A su vez, la Gestión contractual debe sujetarse a los principios que rigen la Contratación Estatal mencionados en la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 del 2007, es decir, los Principios de Transparencia, Economía, Responsabilidad, Equilibrio Económico, Publicidad y Selección Objetiva, además de la aplicación de las reglas de interpretación de la contratación y los Principios Generales del Derecho, específicamente los del Derecho Administrativo, los cuales conducen al cumplimiento de los fines esenciales del estado y en últimas a la concreción del interés general. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

*“Al tenor de lo dispuesto en el Preámbulo de la Carta, es un fin del Estado asegurar a los integrantes el trabajo, la igualdad, la vigencia del orden económico y social justo. De igual manera, los artículos 1º y 2º superiores dejan en claro que la materialización de las funciones del Estado deben dirigirse a servir a la comunidad, a promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 5º de la Carta, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona. De esta forma, el dogma constitucional que concibe al Estado como un mecanismo para concretar y hacer efectivos los derechos de las personas se desarrolla en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, que señala como fines de la contratación pública: ‘el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines’”.*⁴⁴

Por lo considerado, es plausible afirmar que una forma de procurar la obtención de la materialización del interés general que debe regir la contratación pública es por un lado, mediante la sujeción de las diferentes etapas del proceso contractual al principio de igualdad cómo garante de la transparencia y efectividad del Contrato

⁴³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. M.P.: Ruth Stella Palacio Correa.

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932 del 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Publico, y por otro lado haciendo efectivos los derechos de un grupo preciso de personas que requiere de la especial protección del Estado.

3.1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA GESTION CONTRACTUAL DEL ESTADO

Aunque en el Estatuto General de Contratación no encontremos una enunciación explícita de la sujeción de la actividad contractual al principio de igualdad, son muy variadas las formas como tal principio se manifiesta en la contratación estatal colombiana. En primera medida su aplicación encuentra justificación a través del artículo 209 de la Carta Política, el cual como ya lo indicamos, dispone que la función administrativa esté al servicio del interés general y se desarrolla entre otros por vía del principio de igualdad. Así mismo, gracias al reconocimiento del Principio de Transparencia en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y su estrecha relación con el Principio de Igualdad es que este último encuentra asidero para su aplicación en la Gestión Contractual del Estado. Lo anterior se justifica por la misma definición del Principio de Transparencia, el cual concibe que los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori, en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la Administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción de la Administración, es decir, la obligación que tiene la Administración de que previamente y en forma obligatoria, exprese con claridad cuál es la forma en que va a contratar y cuáles serán los requisitos que se exigirán. Al respecto, el Consejo de Estado indica que: *“El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe edificarse sobre las bases de l) la igualdad respecto de todos los interesados (...)”*⁴⁵.

⁴⁵CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de agosto 29 de 2007.M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Así las cosas, son dos las razones de aplicación del principio de igualdad en la contratación estatal, en primera medida por mandato constitucional según lo indicado en el artículo 23 de la ley 80 de 1993, el cual señala que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación se desarrollaran de conformidad a los postulados que rigen la función administrativa, es decir los principios ya mencionados y que son reconocidos en el artículo 209 C.P., de igual forma, y como segunda razón, el mismo artículo 23 de la Ley 80 de 1993 preceptúa que la Gestión Contractual del Estado debe someterse al Principio de Transparencia, el cual propugna principalmente por la sujeción de los procedimientos contractuales a los Principios de Igualdad y Selección Objetiva.

Con todo y lo anterior, el Consejo de Estado ha manifestado sobre el Principio de Igualdad en la Contratación Pública, lo siguiente:

“Como quedó señalado a propósito de la consagración legal del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, la Administración está obligada constitucional (art. 13 C.P.) y legalmente (art. 24, 29 y 30 ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores. Por virtud de esta garantía, todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos: 1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores. 2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración.”⁴⁶

Dromi, citando a Fiorini y Mata en su libro *La Licitación Pública*, precisa que el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes, cuales son:

- 1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes;
- 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3)

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 19 de Julio de 2001. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior. Como vemos, la referida igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas⁴⁷.

En relación con la igualdad entre los oferentes, el Consejo de Estado, citando a Marienhoff precisó que: *“La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de igualdad’. Tal exigencia constituye una noción racional que fluye de la propia esencia y razón de ser de la licitación, siendo ínsito a ella. Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de ‘igualdad’, pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador y oferente y la Administración Pública que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de ‘conurrencia’ y ‘publicidad’, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público. La referida ‘igualdad’ exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.”*⁴⁸

⁴⁷ DROMI, José Roberto. *La Licitación Pública*, ed. Astrea, Buenos Aires, 3ra Reimpresión, pág. 137.

⁴⁸ Sentencia del 19 de Julio de 2001. Óp. Cit.

Del mismo modo, Ernesto Matallana Camacho, discutiendo sobre el Principio de Igualdad entre licitantes, indica que todos los participantes deben estar en posición de igualdad, con los mismos derechos y expectativas, así se evita que se otorguen privilegios o ventajas o se discrimine a quienes participan en un procedimiento de esta naturaleza.⁴⁹

Dice además que este principio regula el contenido de los pliegos de condiciones donde se consagren reglas generales e impersonales que permitan la selección objetiva.⁵⁰

Por lo anterior, tal Autor, citando a Escobar propone las siguientes reglas con el fin de que se cumpla el anterior postulado: La obligación de las entidades de establecer reglas claras, objetivas y justas. La consagración dentro de los pliegos de condiciones de un plazo razonable de la licitación para conocer el proceso y presentar oferta. La prohibición de modificar los pliegos de condiciones con posterioridad a la apertura de la licitación. El cumplimiento por parte de las propuestas de todos los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones. La prohibición a los oferentes de modificar su oferta. Y la adjudicación del contrato sea a aquella oferta más favorable para los intereses de la entidad.⁵¹

Finaliza el autor expresando que de no cumplirse con los anteriores presupuestos nos encontraremos ante una nulidad de la actuación administrativa.⁵²

Partiendo de lo anterior, podemos aseverar que el principio en cuestión se manifiesta en cada una de las etapas que conforman la gestión contractual del estado. Desde la misma creación por parte del legislador de las normas que

⁴⁹ MATALLANA, Camacho Ernesto. Reforma Ley 80 de 1993/Ley 1150 de 2007. [Diapositivas]. Bogotá D.C. páginas 146.

⁵⁰ *Ibíd.*, pág. 16.

⁵¹ *Ibíd.*, pág. 17

⁵² *Ibíd.*, pág. 17

regulan el procedimiento de selección del contratista, pasando por la etapa precontractual de tal procedimiento, y por ultimo mediante la inclusión de acciones afirmativas con el fin de promocionar el desarrollo de un determinado grupo poblacional, son significativos los efectos que produce la aplicación de este principio en toda la actividad contractual. Prueba de lo dicho es lo expresado por el Consejo de Estado en sentencia del presente año, la cual citamos anteriormente y es preciso reproducir lo dicho:

“En la etapa precontractual son muchas y muy variadas las manifestaciones del principio de igualdad, las cuales se deben ver reflejadas, entre otros, en: I) la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos; II) la fijación de plazos razonables que faciliten la concurrencia de los oferentes; III) la imposibilidad para los oferentes de modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; IV) el deber que asume la entidad pública de evaluar todas las propuestas; V) la obligación de la Administración de aplicar estrictamente los criterios de selección establecidos libremente por ella; VI) el deber de la entidad pública de evaluar las propuestas bajo los mismos parámetros de ponderación establecidos en los documentos del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con más rigor determinadas propuestas y ser laxa con otras y VII) la imposibilidad, para la entidad pública, de variar los criterios de evaluación y su ponderación. La entidad pública, al efectuar el examen comparativo de las propuestas, tendrá presente el deber legal que le asiste de: I) aplicar estrictamente los criterios de selección y ponderación establecidos en el pliego de condiciones; II) dar a conocer oportunamente los informes de las evaluaciones realizadas; III) atender y dar respuesta motivada a las observaciones que sean efectuadas a los estudios, actividad que estará orientada por los principios de transparencia, de igualdad, de imparcialidad y de selección objetiva, establecidos por la ley para asegurar la escogencia de la propuesta más favorable para la Administración.”⁵³

A su vez, la Corte Constitucional ha indicado que el principio de igualdad en la Contratación Pública puede concretarse a través de las siguientes reglas:

⁵³ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de enero de 2012. Óp. Cit.

I) Todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa; II) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas; III) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes; y IV) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente.⁵⁴

De lo anterior podemos decantar que separadamente de la inclusión de Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual con el fin de promover el desarrollo de un grupo determinado de personas, son principalmente tres las formas como se manifiesta el principio de igualdad en la contratación estatal, cuales son la Igualdad de Condiciones en el acceso a la contratación administrativa, Igualdad de Oportunidades para participar en los procesos de selección de contratistas e igualdad de trato a los proponentes. A continuación explicaremos los aspectos más relevantes de estas tres formas de manifestación:

3.1.1 La Igualdad de Condiciones en el Acceso a la Contratación Administrativa. Esta forma de manifestación de igualdad estatuye que cualquier interesado que quiera acceder a la Contratación Administrativa tendrá la garantía por parte de la Administración que lo hará en igualdad de condiciones referente a los demás interesados, es decir, la Entidad contratante deberá establecer objetivamente unos requerimientos mínimos, con el fin de que aquellas personas jurídicas o naturales que cumplan con estos y quieran participar en el proceso contractual, lo hagan en las mismas condiciones y cumplan los mismos requisitos al momento de tal concurrencia.

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 862 de 2008. M.P. Gerardo Monroy Cabra.

A su vez, este tipo de igualdad cumple un papel preponderante en la etapa precontractual, principalmente en lo que concierne a la escogencia del contratista, debido a que su aplicación conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público⁵⁵.

3.1.2 La Igualdad de Oportunidades para participar en los Procesos de Selección del Contratista. El reconocimiento del principio superior de la igualdad de oportunidades implica que el legislador al configurar el régimen de contratación estatal establezca procedimientos o mecanismos que le permitan a la administración seleccionar en forma objetiva y libre a quien haya hecho la oferta más favorable, mediante la fijación de reglas generales e impersonales que presidan la evaluación de la propuestas y evitar incluir cláusulas subjetivas que reflejen motivaciones de afecto o interés hacia cualquier proponente, sin entrar a predeterminar, claro está, al sujeto (persona natural o jurídica) con quien ha de celebrarse el correspondiente contrato.

Esta forma de manifestación del principio de igualdad se encuentra estrechamente ligada al Principio de Selección Objetiva, el cual estatuye que la escogencia se hace al 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.

Así, la forma de presentación y evaluación de las propuestas de los oferentes es especialmente exigente para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, cerrando el paso a cualquier consideración discriminatoria que puedan llevar a cabo las autoridades.⁵⁶

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-882 del 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 400 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Meza.

3.1.3 Igualdad de Trato entre los Oferentes. El principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de otra parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable⁵⁷.

En síntesis de todo lo expuesto, los principios y fundamentos básicos de la contratación estatal han sido establecidos en la Constitución Política mediante la incorporación de un derecho fundamental y una regla de Estado Social de Derecho: el derecho a la igualdad y la prevalencia del interés general sobre el interés particular, los cuales, como directriz fundamental de la contratación de la administración, impone a las entidades públicas, a favor de los asociados, el deber de propiciar y permitir su acceso a la contratación pública sin efectuar discriminaciones de ningún tipo.⁵⁸

3.2 LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA GESTION CONTRACTUAL DEL ESTADO

Haciendo un recorrido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto del concepto y alcance de las acciones afirmativas, podemos concluir que tales conductas del Estado permean todas las actuaciones de este y resultan ajustadas a la Constitución si se cumplen 3 requisitos: “1) *la concurrencia efectiva de*

⁵⁷ COLOMBIA. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Anexo Circular Conjunta No. 034 Óp. Cit. Pág. 32.

⁵⁸ PINO, J. El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 23.

*prácticas discriminatorias, 2) si la diferencia de trato establecida con la acción afirmativa es razonable y proporcional y, 3) que sea temporal.*⁵⁹

Ahora, si bien es cierto que la Sentencia T-724 de 2003 expuso que la Ley 80 de 1993 no contiene ningún desarrollo del artículo 13 de la Carta en relación con la consagración de acciones afirmativas en la contratación estatal, también es cierto que esa afirmación no conduce necesariamente a que tal normativa coarte la posibilidad de adoptar acciones afirmativas. En efecto, el hecho de que la ley no se refiera en forma concreta a las acciones afirmativas en la contratación pública no significa que estuvieren prohibidas o que se impidan, pues simplemente su aplicación práctica estaría condicionada al cumplimiento de los requisitos señalados por la Corte Constitucional para consagrar una acción afirmativa en cada caso particular, los cuales indicamos en el párrafo anterior.

Con lo dicho, en cuanto a la implementación de este tipo de medidas en el ámbito de la Contratación pública, aunque existen, son pocas e ineficaces sus manifestaciones. En efecto, pese a la ausencia de una previsión expresa en la normatividad que integra el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, el cual, en caso de interpretarse supondríamos una violación del inciso segundo del artículo 13 constitucional, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que es a través de los Principios de Transparencia, Selección Objetiva, Igualdad y Prevalencia del Interés General, el modo en que se justifica y adquiere factibilidad y validez la adopción de mecanismo o medidas afirmativas dirigidas a favorecer y promocionar el desarrollo de determinadas personas o grupos en la Gestión Contractual del Estado. En lo que concierne a la ausencia de una normatividad expresa sobre la inclusión de este tipo de medidas en la actividad contractual, la Corte Constitucional ha expresado que el Estatuto General de Contratación:

⁵⁹ Sentencia C – 932 de 2007. Óp. Cit.

“No contiene ningún desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en el sentido de que las autoridades públicas en los procesos de contratación administrativa adopten medidas afirmativas a favor de tales grupos, lo que redundaría en su perjuicio, pues (...) las autoridades se limitan a dar cumplimiento a lo preceptuado en el Actual Estatuto de la Contratación Administrativa, que al no consagrar medidas de esa especie, conduce a que se desconozca el mandato previsto en el segundo inciso del artículo 13 Superior.”⁶⁰

Como consecuencia, y a modo de brindarle más soporte a la aplicación de este tipo de medidas, esta misma Corporación ha venido recalando en que:

“Es válido constitucionalmente, porque hace parte del interés general, que se diseñen medidas en la contratación administrativa dirigidas a proteger de manera específica a un grupo determinado de la población que puede acceder al Estado en igualdad de condiciones y oportunidades respecto del mismo grupo, en tanto que esa decisión puede constituir una forma de consolidar los fines del Estado y el cumplimiento de las tareas a él asignadas.”⁶¹

Así las cosas, la inclusión de Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual del Estado no solo encuentra sustento en los principios nombrados anteriormente, ya que a su vez, la Constitución de 1991 reconoce que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Del mismo modo, el Artículo 25 de la Constitución establece que el “trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Por otra parte, el Artículo 13 consagra el derecho fundamental a la “igualdad”, precisando que se trata de “una igualdad real y efectiva”, por lo que le impone al Estado la obligación de promover condiciones y adoptar medidas en favor de los grupos “discriminados o marginados”, agregando que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica,

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 724 del 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁶¹ Sentencia C-932 del 2007. Óp. Cit.

física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y que sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El Artículo 333 de la Carta establece también que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común; que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones y que el Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. Así, son varios las normas constitucionales que implícitamente sustentan la implementación de políticas públicas encaminadas a promocionar el desarrollo de personas o grupos vulnerables de la población en las diferentes esferas o actividades de la Administración.

Así las cosas, la adopción de acciones afirmativas en los procesos de contratación dirigidas a garantizar la participación de grupos marginados o discriminados, no solamente se encuentra plenamente ajustada al ordenamiento jurídico, sino que constituye una obligación para las autoridades del Estado, con miras a dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 2º del Artículo 13 de la Constitución Política⁶².

3.3 MECANISMOS DEL ESTADO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO

Haciendo una lectura de todo el conjunto de leyes y decretos referentes a la implementación de Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual del Estado, encontramos que tales normas están dirigidas principalmente a promocionar el desarrollo de Mipymes, Madres Cabeza de Familia, Discapacitados, población en pobreza extrema, Desplazados por la Violencia, personas en proceso de

⁶² LINEAMIENTOS DE POLITICA. BOGOTÁ: La Contratación Pública como Oportunidad para la Democratización, Cuadernillo No. 2. Bogotá D.C. Agosto del 2007. Pág. 6.

Reintegración y Sujetos de Especial Protección Constitucional; lo anterior a través de mecanismos que podemos denominar de Acceso a la Contratación Pública.

Estos mecanismos de Acceso son medidas que se establecen para que las poblaciones vulnerables accedan o participen en la ejecución de los contratos estatales. Así por ejemplo, dentro de este grupo se pueden incluir las Convocatorias Limitadas con el fin de que en un proceso contractual participen exclusivamente Mipymes y los factores de desempate en beneficio de grupos vulnerables, regulados por el Decreto 734 de 2012 artículos 4.1.2 y 4.2.5 respectivamente.

Es justo decir que a diferencia de las Convocatorias Limitadas a Mipymes y los Factores de Desempate, los otros medios de aplicación de Acciones Afirmativas como Mecanismo de Acceso a la actividad contractual del Estado, encuentran asidero jurídico en las Sentencia C – 932 de 2007 y T – 724 de 2003, providencias de enorme importancia ya que soporta la aplicación de mecanismos diferentes a los estipulados en los Decretos y Leyes para la implementación de medidas afirmativas, por lo cual, es preciso realizar un análisis de tal jurisprudencia y así identificar y determinar los mecanismos constitucionales que esta provee, así como el alcance de estos.

3.3.1. Las Sentencias C- 932 de 2007 y T – 724 de 2003 como soporte jurídico para la implementación de Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual del Estado. La Sentencia C – 932 de 2007 deriva de la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el señor Leonardo Enrique Carvajalino Rodríguez, en contra los artículos 24, 29 y 30 (parciales) de la Ley 80 de 1993. Estos son:

*"Ley 80 de 1993
(Octubre 28)*

Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

(...)

Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio

En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

(...)

5º. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

(...)

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

(...)

Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

(...)

Parágrafo. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública"

Según consideración del demandante, las disposiciones acusadas violan los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución, ya que como señalan las normas acusadas, si sólo se selecciona al aspirante más favorable a la entidad pública, a la oferta que garantice la idoneidad para el cumplimiento del objeto contrato y a la persona que mayor experiencia, organización, equipos y ventajas comparativas ofrezca respecto de otras ofertas del mercado, es lógico que cada vez se forma una brecha más grande entre quienes tienen los recursos económicos y quienes

no lo tienen, por lo que la ley "*no otorga la posibilidad de insertar cláusulas de acción afirmativa en los pliegos de condiciones o términos de referencia, (lo cual se debería hacer con el fin de lograr una igualdad real y material entre los diferentes proponentes), por lo que la norma es inconstitucional*". Así, el demandante considera que "*las primeras personas que deben tener posibilidades para actuar como colaboradores del Estado son las personas que se encuentran en situación de marginalidad o discriminación, ya que son precisamente ellos, los que por su situación no pueden acceder al ingreso, a la renta y el trabajo en el libre mercado*". Por estas razones, concluye que desconocer la posibilidad de introducir acciones afirmativas en los pliegos de condiciones o términos de referencia es contrario al Principio de Igualdad material consagrado en la Constitución.⁶³

En consecuencia, la Corte entro a resolver si la selección objetiva de contratistas del Estado, teniendo en cuenta como factores y reglas de escogencia las ventajas y privilegios económicos y financieros a que hacen referencia las normas acusadas, viola el Principio de Igualdad, porque no le permiten a la administración adoptar medidas de Acción Afirmativa a favor de los grupos marginados o discriminados de la sociedad.

Dentro de los considerandos de la providencia en estudio, la corte manifiesta que "*los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado (artículo 209 de la Constitución), por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado. Sin embargo, ello no significa que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial*

⁶³ Sentencia C-932 del 2007. Óp. Cit.

protección constitucional, puesto que el principio de igualdad material se impone a todas las autoridades (artículo 13 de la Constitución).”

Por lo cual, encuentra la Corte que *“en el caso concreto de los artículos 24, numeral 5, literal b, y 30, parágrafo, de la Ley 80 de 1993, el establecimiento del deber de selección objetiva en la escogencia del contratista, que orienta el proceso de licitación o concurso previsto para la contratación del Estado no configura una omisión legislativa relativa, pues si bien es cierto que en desarrollo de su potestad de configuración, el legislador no estableció en forma expresa acciones afirmativas, no lo es menos que no sólo no las prohíbe, sino que las ha autorizado en otras normas que son exigibles en el proceso de selección y adjudicación de contratos estatales mediante licitación y concurso”,* por ejemplo, la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”* y la Ley 816 de 2003, en la cual se estableció la obligación de incluir puntajes adicionales para estimular la industria de nuestro país y la incorporación de componentes colombianos cuando se trate de bienes y servicios extranjeros; normas que serán objeto de estudio en páginas subsiguientes.

De todas maneras, la Corte expresa que *“ante la ausencia de una previsión expresa en los artículos 24, numeral 5, literal b, y 30, parágrafo, de la Ley 80 de 1993 a este respecto, que supondría una discriminación en caso de interpretarse que no admite una acción afirmativa para grupos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, la Corte considera necesario excluir la interpretación literal de la norma que sería contraria al artículo 13 de la Constitución, para señalar que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad en la contratación administrativa no excluyen la adopción de medidas de acciones afirmativas en los pliegos de condiciones ni la determinación de medidas favorables en casos de contratación directa en los que existe mayor grado de discrecionalidad para señalar los criterios de selección del contratista.”*

Por lo anterior, decide declarar exequibles los artículos demandados en el entendido de que los Principios de Transparencia, Selección Objetiva e Igualdad permiten que dentro de los Factores de Escogencia o Criterios de Ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas.

De acuerdo a lo decidido en la anterior providencia, es posible incluir Acciones Afirmativas que promuevan el desarrollo de población vulnerable dentro de los pliegos de condiciones, más precisamente en los factores de escogencia y calificación, los cuales recordemos son regulados en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, norma que es preciso reproducir en su plenitud con el fin de una mejor comprensión de lo aquí explicado:

“Ley 1150 del 2007

(Julio 16)

Por medio de la cual 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.

(...)

Artículo 5o. De la Selección Objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al 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:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las

condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o*
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.*

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar

criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.”

Debemos recordar que este Principio de Selección Objetiva deriva del Principio de Transparencia, reconocido constitucionalmente por los artículos 1, 2, 6 de la parte dogmática de la Constitución Política y 209 y 267 C.P. referentes a los principios que rigen la Función Administrativa y la Función Fiscal respectivamente; A su vez este principio está regulado en el artículo 24 numeral 5, literal b de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, en los pliegos de condiciones se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, **aseguren una escogencia objetiva** y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

Entonces, del análisis de ambas normas, es decir, del artículo 24 numeral 5, literal b de la Ley 80 de 1993 y el artículo 5 de la Ley 1150 del 2007, podemos decir que una selección objetiva es aquella en la cual se escoge al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, o sea, los mismo fines del

Estado, los cuales como es bien sabido, propugnan en ultimas por la consecución del interés público e imponen a las Autoridades Públicas el deber de hacer efectiva la igualdad de trato jurídico y de establecer medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

Como consecuencia, los Factores de Escogencia y Calificación que establezcan las Entidades en los pliegos de condiciones tendrán en cuenta los criterios establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 del 2007 ya mencionados. Si nos vamos a lo que exactamente dice la norma, encontramos que esta, al final de su inciso primero reza que tales factores “tendrán en cuenta los siguientes criterios”, y si hacemos el ejercicio de desglosar esta frase, más precisamente el vocablo “tendrán en cuenta”, encontramos que las Entidades Estatales podrán considerar otros criterios siempre y cuando tenga en cuenta los criterios mencionados en tal artículo, dicho de otro modo, los criterios referidos en el artículo 5 de la Ley 1150 del 2007 no excluyen la utilización de otros criterios al momento de determinar los factores de escogencia y calificación, siempre y cuando los primeros se tengan en cuenta. Eso sí, cualquier criterio que determine los anteriores factores de ningún modo pueden tener en consideración razones de afecto o de interés y en general, cualquier clase de motivación subjetiva, a riesgo de violar los Principios de Transparencia y Selección Objetiva de la actividad contractual del Estado.

Ahora bien, el artículo 2.2.9 del Decreto 734 del 2012 dispone que el ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 (modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011), se determinará de la siguiente manera:

“1. En la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización la oferta más favorable a la entidad será aquella con el menor precio.

2. En el concurso de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella que presente la mejor calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el presente decreto y en el pliego de condiciones, con independencia del precio, que no será factor de calificación o evaluación.

3. En los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones;

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones establecerá:

I. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

II. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento. Dichas condiciones podrán consistir en aspectos tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

III. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen ventajas cuantificables en términos monetarios, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, valor o existencia del anticipo, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a

contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, servicios o bienes adicionales a los presupuestados por la entidad y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

IV. Los valores monetarios que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, de manera que permitan la ponderación de las ofertas presentadas. En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir de conformidad con lo establecido en los estudios previos.

Para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo-beneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra más baja.

La adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio. El contrato se suscribirá por el precio total ofrecido.”

Como vemos, el actual Estatuto general de la Contratación Administrativa determina para cada Modalidad de Selección, cuál sería la oferta más favorable a la Entidad, indicando en primer lugar, que tratándose de selección abreviada para adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, el ofrecimiento más favorable a la entidad será aquella de menor precio. De otra parte, en los procesos de concursos de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella de mejor calidad, con independencia del precio. Y, por último, para los procedimientos de selección por licitación y de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, la oferta más

ventajosa será la que resulte de ponderar los elementos de calidad y precio de conformidad con los puntajes señalados en el pliego de condiciones y aquellos que resulten de la mejor relación costo beneficio para la entidad. Todos estos elementos constituyen los factores técnicos y económicos, los cuales serán tenidos en cuenta con el fin de determinar cuál oferta es la más ventajosa para la Entidad, y como ya lo explicamos, el hecho de que serán tenidos en cuenta no indica que serán los únicos factores de escogencia existentes para identificar la oferta más favorable a la Entidad y a los fines que ella busca.

De todo lo dicho, es razonable la decisión de la Corte en la Sentencia estudiada, en el entendido de que los Principios de Transparencia, Selección Objetiva e Igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de Acciones Afirmativas.

Ahora bien, ya habiendo quedado claro que los Principios de Transparencia, Selección objetiva e Igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia se incluyan Acciones Afirmativas, tal hecho nos conduce a cuestionarnos ¿en qué otras circunstancias tales principios nos permiten aplicar o incluir Acciones Afirmativas? O más precisamente ¿Los Principios de Transparencia, Selección Objetiva e Igualdad permiten que pueda ser objeto de verificación de cumplimiento como requisito habilitante la aplicación de Acciones Afirmativas por parte de proponentes que aspiren a contratar con el Estado?

Es preciso hacer una diferencia entre “las circunstancias del oferente (capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización), las cuales deben ser objeto de verificación como requisitos habilitantes (de admisión o de rechazo), y las condiciones de la oferta, que deben ser evaluadas con puntos

considerando los factores técnicos y económicos.”⁶⁴ Lo anterior a la luz del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que a los primeros requisitos, es decir, a los habilitantes, no se les otorga puntaje y su cumplimiento le permite al oferente participar en el respectivo proceso, por lo tanto no hacen parte de los factores de escogencia y calificación, o sea, los que otorgan puntaje.

La verificación de tales requisitos está a cargo de las Cámaras de Comercio, y se demostrara exclusivamente con el respectivo certificado del Registro Único de Proponentes (RUP) según el artículo 6.1 inciso segundo de la Ley 1150 de 2007, para lo cual, todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el RUP del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

Respecto a tal registro, Dromi asevera que la inscripción, clasificación y calificación en el registro de proponentes o contratistas, le proporciona a la persona la capacidad económica, financiera, técnica y profesional para contratar con el Estado en proporción a sus cualidades; no tiene un carácter circunstancial para una determinada licitación o contrato en particular, sino que tiene una vocación estable y permanente para todos los procedimientos de contratación que se realicen durante su vigencia⁶⁵.

El tratadista Rodrigo Escobar Gil considera que la inscripción registral es un sistema que consagra la ley para proteger el interés público que es el fin de los contratos administrativos, similar a lo que ocurre con la regulación *ius publicista* del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y con las garantías que debe otorgar el particular para asegurar el cumplimiento del contrato⁶⁶.

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 713 del 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶⁵ DROMI, Óp. cit., pág. 258.

⁶⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá. Legis Editores S.A. 2003. Pág. 107.

Ahora bien, la Ley 1150 de 2007 en cuanto a la verificación de las condiciones de los proponentes dispone que “sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.” (Art. 6.1 inc. 2do, Ley 1150 de 2007). Lo anterior quiere decir que existen otros requisitos diferentes a los demostrados a través del RUP que pueden ser objeto de verificación como habilitantes para la participación en los procesos contractuales del Estado.

Entonces, en respuesta al cuestionamiento planteado en párrafos anteriores, con todo lo explicado podemos estar seguros que la respuesta es afirmativa. Si es posible establecer como objeto de verificación de cumplimiento de requisitos habilitantes la implementación de Acciones Afirmativas por parte de proponentes que aspiren a contratar con el Estado. En efecto, la Corte en Sentencia T – 724 de 2003 accedió al amparo pretendido por la Asociación de Recicladores de Bogotá, previniendo en los términos del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá o a la entidad del Distrito que haga sus veces, para que en futuras ocasiones incluya acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que ellos desarrollan está ligada con dicho servicio, a fin de lograr condiciones reales de igualdad y de dar cumplimiento a los deberes sociales del Estado. Además, exhortó al Concejo de Bogotá en lo que respecta a su territorio, para que incluya acciones afirmativas en el proceso de Contratación Administrativa, a favor de aquellos grupos que por sus condiciones de marginamiento y discriminación requieran de una especial protección por parte del Estado.

Se consideró en este fallo que la entidad demandada no incluyó medidas efectivas para la participación de la asociación de recicladores de Bogotá como grupo marginado de la sociedad, tendiente a mejorar y fortalecer la labor que este grupo

de personas han venido realizando a través del tiempo, que como vimos, su promoción en la Gestión Contractual del Estado no fue regulada por parte del legislador.

Producto de la anterior decisión, mediante Auto 268 de 2010 la Corte Constitucional resolvió la solicitud de cumplimiento de la mencionada Sentencia T-724 de 2003. En este, la solicitante reseñó que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) -Antes Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos UESP- expidió una resolución mediante la cual se ordenó la apertura de una licitación pública, con la finalidad de *“(...) contratar la modalidad de concesión Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de tratamiento y aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ provenientes del servicio ordinario de aseo: todo lo anterior, de conformidad con los parámetros jurídicos, técnicos y financieros contenidos en el pliego de condiciones y sus anexos”*.

Al respecto de dicha licitación, ambas partes consideraban que la misma debía incluir acciones afirmativas, sin embargo, discrepaban en la efectividad de éstas, hasta el punto en que los recicladores señalaron que no se habían incluido verdaderas acciones afirmativas, mientras que la UAESP sostenía que la licitación si las presentaba.

La Corte en el Auto referido manifestó respecto a las medidas afirmativas implementadas en dicho proceso licitatorio que:

“(...) en cuanto a los criterios habilitantes, la situación de la población recicladora mejoró, pues se incluyeron requisitos que contemplaban su vinculación. En efecto, se estableció como parte integrante de tales criterios el aprovechamiento de residuos, el Esquema Técnico Operativo - que debía presentarse discriminando la actividad de aprovechamiento y el personal necesario para desempeñarlo -, el Plan de Obras de Inversiones - cuyo

contenido debía relacionar las actividades para dar cumplimiento a las obligaciones del contrato, entre ellas el Sistema de Aprovechamiento de residuos sólidos -, y finalmente el requisito concerniente a que dentro de los integrantes del proponente se encontrase una organización de base de los recicladores.”

Así las cosas, los requisitos habilitantes al igual que los factores de escogencia y calificación se convierten en otro mecanismo que aunque no contemplado en las normas que rigen la Gestión Contractual del Estado, permite la aplicación de Acciones Afirmativas a través de ellos, en el caso estudiado, por medio de la vinculación laboral de grupos vulnerables por parte de los proponentes que aspiren contratar con el Estado.

3.3.2 Los Factores de Desempate como mecanismo contemplado en el Decreto 734 de 2012 para la implementación de Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual del Estado. Como lo indicamos al inicio del presente capítulo, los mecanismos de Acceso para la implementación de Acciones Afirmativas contemplados en el actual Estatuto General de la Contratación Pública son específicamente las Convocatorias Limitadas a Mipymes y los Factores para dirimir empates. Respecto al primero de ellos, su análisis lo desarrollaremos cuando hagamos referencia a cada una de las poblaciones a quienes las diferentes normas que versan sobre el tema reconocen como beneficiarias, en el caso de las mencionadas Convocatorias sabemos que estas están destinadas exclusivamente a Micros, Pequeñas y Medianas empresas.

En cuanto a la implementación de Factores de Desempate como manifestación de Acciones Afirmativas en los procesos de selección de contratista a favor de grupos vulnerables, es justo decir que ni la Ley 80, ni la Ley 1150, ni el Decreto 2474 de 2008 se ocuparon de regular las causales de desempate para los procesos contractuales, es decir, la situación o circunstancia en que se debían aplicar tales factores.

Fue con la promulgación del Decreto 2473 de 2010 (derogado por el Decreto 734 del 2012), que el Gobierno Nacional en su artículo segundo hizo referencia específica a las causales de desempate, sin definir esta circunstancia. En esa disposición, el Ejecutivo autorizó a las entidades estatales para que, en los pliegos de condiciones, determinaran las causales de desempate con las reglas sucesivas y excluyentes allí señaladas. Así, dentro de los considerandos explicó que era necesaria la adopción de criterios objetivos que permitieran apoyar la industria nacional y la regulación y el tratamiento que debía darse a los factores de desempate en los pliegos de condiciones.

El artículo en cuestión expresa lo siguiente:

“Artículo 2°. Factores de Desempate. Salvo lo previsto para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en el Decreto 2474 de 2008, o de las normas que lo modifiquen, subroguen o deroguen, y de conformidad con el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9° de la Ley 905 de 2004, los artículos 1° y 2° de la Ley 816 de 2003 y el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, en los pliegos de condiciones las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública determinarán los criterios de desempate de conformidad con las siguientes reglas sucesivas y excluyentes:

- 1. En caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007. Si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones.*
- 2. En caso de igualdad de condiciones, se preferirá la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.*
- 3. Si se presenta empate o este persiste y entre los empatados se encuentren Mipymes, se preferirá a la Mipyme nacional, sea proponente singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mipymes nacionales.*

4. Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme, este se preferirá.

5. Si el empate se mantiene, se procederá como dispongan los pliegos, pudiendo utilizar métodos aleatorios.

Parágrafo. En cualquier caso los factores de desempate contenidos en los numerales 1 al 4 se aplicarán de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 816 de 2003. Al efecto, los bienes y servicios originarios de países con los cuales Colombia tenga compromisos comerciales internacionales vigentes en materia de trato nacional para compras estatales, o de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales; deberán ser tratados en el marco de los criterios de desempate como si fueren bienes o servicios nacionales colombianos.”

Como vemos, el anterior artículo solo hizo referencia expresa a las Mipymes en caso de dirimir empates, dejando como último criterio la inclusión de Acciones Afirmativas a favor de las demás poblaciones vulnerables, en el entendido de que el numeral 5 dispone que si el empate se mantiene, se procederá como dispongan los pliegos, pudiendo la Entidad contratante si así lo considera, incluir medidas afirmativas a otro tipo de población diferente a Mipymes.

El artículo 4.2.5 del Decreto 734 del 2012 derogatorio de la norma mencionada anteriormente, deja a discrecionalidad de la Entidad la inclusión en los pliegos de condiciones de criterios de desempate que esta prevea conveniente, de la siguiente forma:

“Salvo lo previsto para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en el presente decreto, o de las normas que lo modifiquen, subroguen o deroguen, y de conformidad con el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9° de la Ley 905 de 2004, los artículos 1° y 2° de la Ley 816 de 2003 y el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, en los pliegos de condiciones las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública determinarán

*los criterios de desempate de conformidad con las siguientes **reglas sucesivas y excluyentes**:*

*4.2.5.1. En caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la **priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007**. Si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones.”*

Respecto a esta primera parte del artículo es necesario precisar lo siguiente; advirtamos que el primer inciso precisa que las reglas contenidas en este son sucesivas y excluyentes, lo cual indica que deben aplicarse secuencialmente, y el cumplimiento de una de ellas excluye la aplicación de las reglas que la suceden. Por otro lado, el numeral 4.2.5.1 del artículo en mención, el cual estatuye la primera regla de desempate, dispone que se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, **priorizando los factores de escogencia y calificación** que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 modificado por la Ley 1474 de 2011, que en desarrollo del principio de selección objetiva obliga a las entidades a hacer la selección del ofrecimiento más favorable a la Entidad y a los fines que ella busca y utilizando los factores mencionados.

Respecto a lo anterior, es preciso decir que el Decreto 734 de 2012 en su artículo 2.2.9 prevé que el ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 se determinara para la modalidad de selección abreviada para adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, como único criterio de calificación el menor precio. Mientras que para los procesos de concurso de mérito, la oferta más favorable a la entidad será aquella de mejor calidad, con independencia del precio. Y, por último, para los procedimientos de selección por licitación y de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, la oferta más ventajosa será la

que resulte de ponderar los elementos de calidad y precio de conformidad con los puntajes señalados en el pliego de condiciones y aquellos que resulten de la mejor relación costo beneficio para la entidad. Como consecuencia, no es posible incluir Acciones Afirmativas en el primer Factor de Desempate señalado en el artículo 4.2.5.1 del Nuevo Estatuto de la Contratación Pública, ya que en este solo es posible incluir criterios que prioricen los factores de escogencia y calificación estipulados en los pliegos de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los cuales aunque no son los únicos que tendría en cuenta la Entidad para efectos de evaluación de propuestas, no consideran ningún factor de inclusión medidas afirmativas.

Seguido de los criterios de desempate previstos por la entidad en los pliegos de condiciones, el artículo 4.2.5 del Decreto en mención, dispone que si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones, lo cual quiere decir que el proceso de selección se ceñirá por los subsiguientes criterios estipulados en la norma. Es decir, los siguientes:

“4.2.5.1. En caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007. Si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones.

4.2.5.2. En caso de igualdad de condiciones, se preferirá la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

4.2.5.3. Si se presenta empate o este persiste y entre los empatados se encuentren Mipymes, se preferirá a la Mipyme nacional, sea proponente singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mipymes nacionales.

4.2.5.4. Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de

sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme, este se preferirá.

4.2.5.5. Si persiste el empate, se preferirá al proponente singular que acredite tener vinculado laboralmente por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad y el cumplimiento de los presupuestos contenidos en la Ley 361 de 1997, debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona, que hayan sido contratados con por lo menos un año de anterioridad y que certifique adicionalmente que mantendrá dicho personal por un lapso igual al de la contratación.

4.2.5.6. En caso que no proceda la hipótesis anterior, y entre los proponentes se encuentren proponentes singulares o plurales conformados por consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura conformados con al menos un integrante que acredite las circunstancias establecidas en la Ley 361 de 1997 referidas en el numeral anterior, será preferido frente a los demás.

4.2.5.7. Si el empate se mantiene, se procederá como dispongan los pliegos, pudiendo utilizar métodos aleatorios.

Parágrafo. En cualquier caso los factores de desempate contenidos en los numerales 1 al 4 se aplicarán de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 816 de 2003. Al efecto, los bienes y servicios originarios de países con los cuales Colombia tenga compromisos comerciales internacionales vigentes en materia de trato nacional para compras estatales, o de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales; deberán ser tratados en el marco de los criterios de desempate como si fueren bienes o servicios nacionales colombianos.”

De lo anterior podemos observar que se incluyó como factor de desempate, la preferencia al proponente singular o plurales constituida por consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura conformados con al menos un integrante que acredite por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad y el cumplimiento de los presupuestos contenidos en la Ley 361 de 1997, hecho que como ya indicamos no se regulo en el Decreto 2473 del 2010. Pero, por el contrario no se incluyeron medidas afirmativas a modo de factores de desempate u otra forma, que promocionen el desarrollo de Madres Cabeza de Familia, Población en Pobreza Extrema, Desplazados por la Violencia,

personas en Proceso de Reintegración y Sujetos de Especial Protección Constitucional según lo previsto en la Ley 82 de 1993 y Ley 1450 del 2011, por lo que la promoción de tal población queda a consideración o decisión de que la Entidad contratante incluya medidas afirmativas a favor de estos en el último criterio de desempate, es decir, el artículo 4.2.5.7 del Decreto 734 del 2012, el cual como vemos, en caso de proseguir el empate después de aplicados todos los criterios establecidos en la norma, se aplicaran los criterios de desempate previstos en el pliego de condiciones.

Con todo y lo esbozado, podemos decir que los Factores de Desempate como forma de promocionar el desarrollo de ciertos grupos poblacionales son de hecho un mecanismo ineficaz como manifestación de Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual del Estado, en la medida en que solo promueve o prefiere explícitamente la participación de dos determinados grupos de personas, cuales son Mipymes y Discapacitados Físicos dentro de criterios específicos, dejando a consideración de la Entidad la inclusión como último factor de desempate la promoción de los grupos vulnerables como son Madres Cabeza de Familia, Población en Pobreza Extrema, Desplazados por la Violencia, personas en Proceso de Reintegración y demás Sujetos de Especial Protección Constitucional, de los cuales, su desarrollo económico y social depende en gran medida del fomento que de ellos se haga a través de las Acciones Afirmativas del Estado. Además, al dejar al arbitrio de la Entidad su implementación o no, es muy probable la exigüidad de los procesos de contratación que consideren dentro de la última regla de desempate, la inclusión de Acciones Afirmativas a favor de tales grupos.

Ya esbozado todo lo concerniente a Factores de Desempate como mecanismo para la implementación de Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual del Estado, pasaremos a explicar cada una de las poblaciones o personas que por mandato legal, su desarrollo debe ser promovido a través de la Contratación Pública.

3.3.3 Mipymes. La ley 1450 del 2011, Plan Nacional de Desarrollo define empresa como “toda unidad de explotación económica, realizada por una persona natural o jurídica, en actividades agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, en el área rural o urbana”.

En lo concerniente a la definición del tamaño empresarial, el cual es el principal criterio utilizado para determinar la micro, la pequeña y mediana empresa, el artículo 43 de aquella regulación expresa que: “Para la clasificación por tamaño empresarial, entiéndase micro, pequeña, mediana y gran empresa, se podrá utilizar uno o varios de los siguientes criterios:

“1. Número de trabajadores totales.

2. Valor de ventas brutas anuales.

3. Valor activos totales.

Para efectos de los beneficios otorgados por el Gobierno nacional a las micro, pequeñas y medianas empresas el criterio determinante será el valor de ventas brutas anuales.”

A su vez, expreso en uno de sus párrafos que las definiciones contenidas en el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 continuarán vigentes hasta tanto entren a regir las normas reglamentarias que profiera el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el presente artículo.

A raíz de que el Ejecutivo aún no ha reglamentado lo referente a los rangos que aplicarán para los tres criterios de clasificación de tamaño empresarial, en mandato de este último párrafo, debemos ceñirnos a las definiciones contenidas

en la Ley 590 de 2000, modificada posteriormente por la Ley 905 de 2004, la cual define estas unidades productivas de la siguiente forma:

1. Mediana empresa:

- a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o
- b) Activos totales por valor entre 100.000 a 610.000 UVT.

2. Pequeña empresa:

- a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o
- b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,

3. Microempresa:

- a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,
- b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De la anterior definición se desprende que estas empresas se clasifican en razón a su limitado número de personal (especialmente las Micro y Pequeñas), así como a sus reducidos activos, de donde se deduce fácilmente que se trata de empresas pequeñas sin especiales economías de escala en sus procesos productivos o su comercialización que, según cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en el año 2005 representaban más del 95 % de los establecimientos, aproximadamente el 63% del empleo, el 45% de la producción manufacturera y el 40% de los salarios a nivel nacional.⁶⁷

Así las cosas, y por lo preponderante del papel que cumplen tales empresas en la economía nacional, el Ejecutivo y el Congreso de la República, se han puesto en

⁶⁷COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. Manual de Contratación Pública para las Mipymes. Bogotá D.C. El Ministerio. pág. 14

la tarea de promulgar un conjunto de normas que buscan auspiciar su desarrollo a través de la Gestión Contractual del Estado, para tal propósito, en tales normas se han creado una serie de mecanismos con el fin de promover la participación de las Mipymes en las políticas públicas del Estado, así como promocionar de forma general la industria nacional a propósito de los diferentes tratados internacionales firmados por nuestro país en los últimos años.

Para tal sentido, el mismo Congreso de la República, con el fin de promover el desarrollo integral de las micro, pequeñas y medianas empresas en consideración a sus aptitudes para la generación de empleo, el desarrollo regional, la integración entre sus sectores económicos, el aprovechamiento productivo de pequeños capitales y teniendo en cuenta la capacidad empresarial de los colombianos⁶⁸, expidió en primera medida la Ley 590 de 2000, modificada por la Ley 905 de 2004.

Esta norma previó en su artículo noveno, dentro de los mecanismos para la promoción de la concurrencia de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado, el desarrollo de programas de aplicación de las normas sobre la contratación pública; la promoción e incremento de la participación de micro, pequeñas y medianas empresas en los procesos de contratación que adelanten las entidades públicas; el establecimiento de procedimientos administrativos que faciliten a las micros, pequeñas y medianas empresas el cumplimiento de requisitos y trámites involucrados en la contratación pública, tales como condiciones de pago, acceso a información y recepción de bienes; así como, la preferencia en condiciones de igualdad, precio, calidad a las Mipymes nacionales.

Por su parte, y con el fin de apoyar la industria nacional a través de la Gestión Contractual del Estado, se expidió la Ley 816 de 2003, en la cual se estableció la

⁶⁸COLOMBIA. Congreso de la República. Proyecto de Ley 20 de 1995. Gaceta del Congreso. Año XIV – N° 458. 2005. Pág. 6

obligación de incluir puntajes adicionales para estimular la industria de nuestro país y la incorporación de componentes colombianos cuando se trate de bienes y servicios extranjeros. Así, y apoyándonos en la norma:

“Las entidades de que trata el artículo 1o asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.”

El congreso, de igual forma, y con el objetivo de “garantizar el mayor beneficio socioeconómico posible de los recursos fiscales involucrados en la contratación⁶⁹”, dispuso que “(...) se adoptaran medidas que tengan por objeto beneficiar el desarrollo de la pequeña y mediana empresa”, como gran novedad se incluyó dentro de la Ley 1150 de 2007 la posibilidad de limitar la participación en algunos procesos única y exclusivamente a Mipymes⁷⁰. Tal normatividad en su artículo 12 dispuso que: *“En los pliegos de condiciones las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispondrán en las condiciones que señale el reglamento, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales, siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.*

⁶⁹ Proyecto de Ley 20 de 1995. Óp. Cit., pág. 6

⁷⁰ *Ibíd.*, pág. 6

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 13 y en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones para que en desarrollo de los procesos de selección cuyo valor se encuentre por debajo de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional pueda establecer cuantías diferentes para entidades en razón al tamaño de su presupuesto, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes y de los grupos marginados o discriminados que se asocien bajo esta modalidad, convocatorias limitadas a las Mipymes departamentales, locales o regionales cuyo domicilio principal corresponda al lugar de ejecución de los contratos, siempre que se garantice la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y que previo a la apertura del proceso respectivo se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento por el Gobierno Nacional. En todo caso la selección se hará de acuerdo con las modalidades de selección a que se refiere la presente ley”.

Consecuentemente y en desarrollo del anterior artículo y de la Ley 816 del 2003, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3806 del 2009 “*por el cual se expiden disposiciones sobre la promoción del desarrollo de las Mipymes y de la industria nacional en la contratación pública*”, el cual en su artículo primero preceptúa:

“Convocatoria limitada a Mipymes. De conformidad con el artículo de la Ley 1150 de 2007, en los procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, salvo aquellos cuya cuantía sea inferior al 10% de la menor cuantía, la convocatoria se limitará exclusivamente a Mipymes, siempre y cuando se verifiquen los siguientes requisitos:

- 1. La cuantía del proceso esté por debajo de los 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y*
- 2. Se manifieste el interés en participar en un proceso con convocatoria limitada, mediante la presentación de una solicitud en tal sentido, de por los menos tres (3) Mipymes, con el fin de lograr la limitación de la convocatoria”.*

A su vez, la Ley 1450 del 2011 *“Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014”*, en aras de promocionar el desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas empresas a través de la Contratación pública, estatuyo en su artículo 32 que: *“De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que en desarrollo de los procesos de selección, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento.*

Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes.

En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y, realizarse la selección de acuerdo con las modalidades de selección a las que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (...).”

Con el fin de reglamentar las condiciones preferenciales y la Convocatorias Limitadas de las que habla el anterior artículo, el Gobierno Nacional instauro en el Titulo IV del Decreto 734 del 2012 *“por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, entre otros, los siguientes factores de desempate:

“En caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones.

4.2.5.2. En caso de igualdad de condiciones, se preferirá la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

4.2.5.3. Si se presenta empate o este persiste y entre los empatados se encuentren Mipymes, se preferirá a la Mipyme nacional, sea proponente

singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mipymes nacionales.

4.2.5.4. Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme, este se preferirá (...)”

En lo que respecta a Convocatoria Limitadas exclusivamente a tales unidades productivas, el mencionado Decreto dispuso en su artículo 2.2.1, que *“en la publicación del Aviso de Convocatoria se deberá incluir expresamente, cuando ello corresponda, la convocatoria limitada a Mypes o a Mipymes conforme lo señalado en el Título IV del presente decreto”*, más precisamente en el artículo 4.1.2 de tal título, el cual dispone que: *“En los procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, la convocatoria se limitará exclusivamente a Mypes (micro y pequeña empresa), siempre y cuando se verifiquen los siguientes requisitos:*

- 1. La cuantía del proceso esté por debajo de los US\$75.000 dólares americanos.*
- 2. Se hayan recibido mínimo tres (3) manifestaciones de interés solicitando limitar la convocatoria exclusivamente a Mypes.*
- 3. Se haya acreditado mínimo un año de existencia por parte de la Mype que manifestó interés.*

La manifestación de interés de limitar la convocatoria a Mype debe presentarse a más tardar el día hábil anterior a la fecha prevista para la apertura del proceso de selección de licitación pública, concurso de mérito abierto y selección abreviada, acreditando la condición de Mype a través de la presentación de una certificación expedida por el contador público o revisor fiscal, según sea el caso, en la que se señale tal condición y su tamaño empresarial (micro o pequeña empresa), además

deberá presentar el certificado expedido por la Cámara de Comercio o por la autoridad que sea competente para acreditar su antigüedad. Cuando se trate de un concurso de méritos con precalificación, la oportunidad para manifestar interés en limitar la convocatoria a Mype será hasta el tercer día hábil siguiente a la publicación del aviso de convocatoria en el Secop.”

Del mismo modo, en búsqueda de garantizar los Principios de Planeación y Selección Objetiva y así obtener el mayor beneficio a la Entidad contratante, el mencionado artículo establece en su párrafo primero que: *“Las Mypes que participen en la convocatoria limitada deben garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación. Para tales efectos, sin perjuicio de la convocatoria limitada a Mypes, la selección se deberá hacer por la modalidad que corresponda, de conformidad con la Ley 1150 de 2007 y lo establecido en el presente decreto.*

Posteriormente, en desarrollo del primer inciso del artículo 12 de la ley 1150 del 2007, es decir, *“el fomento en la ejecución de los contratos estatales, la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales”,* el párrafo segundo del artículo 4.1.2 del Decreto 734 del 2012 dispone que: *“Cuando las entidades decidan realizar convocatorias limitadas que beneficien a las Mypes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato, se entenderá para determinar el domicilio principal de la Mypes, el departamento y municipio al que pertenece la dirección que aquella señaló en su Registro Único Tributario, RUT, de conformidad con el Decreto número 2788 de 2004, o las demás normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen.”*

Seguidamente, el párrafo tercero estatuye que: *“De conformidad con el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011 y las normas que lo reglamente, se seguirán los criterios allí establecidos para determinar las micro, pequeñas y medianas*

empresas, con el fin de poder acceder a los beneficios o condiciones preferenciales de cada una de ellas.” Recordemos que la norma en mención expreso en uno de sus párrafos que las definiciones contenidas en el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 (modificado por la Ley 905 de 2004) continuarán vigentes hasta tanto el Gobierno Nacional reglamente la materia.

Para efecto de determinar los procesos en los cuales es posible realizar convocatorias limitada a Mipymes, el párrafo cuarto establece que: *“El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo dentro de los primeros diez (10) días hábiles del mes de enero de cada dos (2) años contados a partir de enero de 2012, fijará la tasa representativa de mercado que se aplicará para determinar la cuantía en pesos colombianos de las sumas señaladas en el numeral 1 del artículo 4.1.2, artículos 4.1.3 y 4.1.5 de este decreto. La tasa que se aplicará deberá mantener vigente los compromisos internaciones de Colombia. La fijación de la tasa se publicará en el Secop.”*, tasa que al día de hoy nos indica que los procesos que posean un valor a contratar mayor a \$ 134'756.250 de pesos, no serán susceptibles de convocación limitada a Mipymes.

Ahora bien, el artículo 4.1.3 manifestó que en el caso en que no se cumplan los anteriores requisitos, *“se permitirá la participación de medianas empresas, quienes también podrán manifestar interés en los mismos plazos establecidos para las Mypes, con la salvedad que su participación sólo se permitirá si no se reciben tres (3) manifestaciones de interés de Mypes. En todo caso, para que la convocatoria se limite a Mipymes se requerirá al menos tres (3) manifestaciones de interés de micros, pequeñas o medianas empresas.*

Además, en los procesos de licitación pública, selección abreviada y concursos de méritos cuyo valor sea entre setenta y cinco mil un dólares americanos (US\$75.001) y ciento veinticinco mil dólares americanos (US\$125.000) la convocatoria se limitará a Mipymes y se seguirán las reglas establecidas en

artículo 4.1.2 de este decreto, en cuanto número de manifestaciones y plazos para presentarla, su antigüedad, los requisitos del aviso de convocatoria, garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y la forma de determinar su domicilio, cuando la entidad decida favorecer las Mipymes del ámbito municipal o departamental.” Lo anterior quiere decir que los procesos que posean un valor a contratar mayor a \$ 235'558.000 de pesos, no serán susceptibles de convocatoria limitada a Mipymes.

En cuanto al procedimiento aplicable a tales Convocatorias Limitadas, el artículo 4.1.4 dispuso que:

“Verificado el cumplimiento de los requisitos y reglas señalados en los artículos precedentes, y sin perjuicio de las normas especiales de cada modalidad de selección, la entidad expedirá el acto de apertura, indicando que en el proceso sólo podrán presentar ofertas quienes ostenten la calidad de Mipymes, y si es del caso, solo Mypes. En el concurso de méritos con precalificación, al día hábil siguiente al vencimiento del plazo de que trata el artículo 4.1.2 para manifestar interés en esta modalidad de selección, la entidad expedirá un acto administrativo en el que indique si la precalificación se limitará o no a Mipymes, y si es del caso, solo Mypes.

Si al momento del cierre sólo se ha presentado una (1) oferta en el caso de la licitación pública, concurso de méritos abierto o selección abreviada, o una (1) manifestación de interés para conformar lista en el concurso de méritos con precalificación, la entidad ampliará el plazo para la recepción de las mismas por un término igual al inicialmente señalado en el pliego de condiciones o aviso de convocatoria, según el caso, sin la limitación de la convocatoria Mypes, permitiendo la participación de medianas empresas, y si la convocatoria era limitada a Mipymes, podrá participar cualquier interesado. Durante este tiempo la oferta o manifestación de interés presentada por la Mype o Mipyme, según el caso, deberá permanecer cerrada, para ser evaluada con las demás que se presenten durante la ampliación del plazo.

Si vencido el nuevo plazo no se presenta ninguna otra oferta, podrá adjudicarse a la Mype o Mipyme, según el caso, siempre y cuando su oferta cumpla con los requisitos y criterios establecidos en el pliego de condiciones. En el concurso de méritos con precalificación, si no se presenta ninguna otra manifestación de interés, deberá aplicarse lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 3.3.3.3 del presente decreto.

El proceso de selección abierto con limitación en su convocatoria que sea declarado desierto, no podrá ser iniciado nuevamente con la restricción de participación a la que se refieren los artículos 4.1.2 y 4.1.3 del presente decreto.”

Además, “en las convocatorias limitadas a Mypes y a Mipymes podrán participar uniones temporales o consorcios, los cuales deberán estar integrados únicamente por Mypes o Mipymes, según el caso. En tal caso, para efectos de la limitación de la convocatoria, cada consorcio o unión temporal se contará por sí mismo, y no por el número de Mipymes que los integren; que deberán cumplir de manera individual los requisitos mínimos señalados en el presente decreto.”

Por último concedió Condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes, para lo cual, en los procesos de selección que no superen los ciento veinticinco mil dólares americanos (US\$125.000) otorgo un puntaje a los bienes y servicios producidos por las Mipymes de la siguiente manera:

“a) Un puntaje del diez por ciento (10%) del total de la calificación a los bienes y servicios producidos por las microempresas;

b) Un puntaje del seis por ciento (6%) del total de la calificación a los bienes y servicios producidos por las pequeñas empresas;

c) Un puntaje del tres por ciento (3%) del total de la calificación a los bienes y servicios producidos por las medianas empresas.”

A la postre, con la totalidad de las normas mencionadas y su posterior reglamentación a través del Decreto 734 del 2012, se configuro todo un marco normativo en el que se encuentran como medidas que benefician a las Mipymes, el otorgamiento de puntajes adicionales a la industria nacional; la preferencia en condiciones de empate, condiciones preferenciales en la oferta de bienes y servicios producidos por tales empresas; y, por último la posibilidad de concursar única y exclusivamente en los procesos contractuales.

3.3.2. Discapacitados Físicos. El término Discapacidad se debe a la clasificación de las *“Consecuencias de la enfermedad”* presentado por la Organización Mundial de la Salud en 1980, en donde se define la deficiencia como toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica; la discapacidad, como toda restricción o ausencia, debida a una deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano; y la minusvalía, como una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso, en función de su edad, sexo, factores sociales y culturales.

En Colombia, con anterioridad a la Constitución Política de 1991, se habían dado algunas disposiciones con respecto a la discapacidad⁷¹; sin embargo, a partir de la expedición de la Carta Magna, se ha venido consolidando un marco jurídico que determina los derechos de la población con discapacidad, y al mismo tiempo las obligaciones del Estado y la sociedad para con ellos.

En la Constitución Política de 1991, se encuentran varios artículos que hacen mención expresa a la protección, atención, apoyo e integración social de las personas con discapacidad. Adicionalmente, se definen otra serie de derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales, que tienen un carácter universal y por tanto cubren también a quienes presenten algún tipo de limitación o discapacidad.

En desarrollo del Mandato Constitucional, se han expedido la Ley 324 de 1996 *“Por la cual se crean algunas normas a favor de la población sorda”*, en la cual el Estado aprueba la lengua de señas como oficial de la comunidad sorda y se plantea la investigación y difusión de la misma, se prevé la introducción de

⁷¹ Por ejemplo, el Decreto 2358 de 1981 que crea el Sistema Nacional de Rehabilitación; la Ley 50 de 1988 y el Decreto 2177, que norman aspectos de educación, readaptación y reubicación laboral; y la Ley 82 de 1989 que ratificó el Convenio 159 de la OIT.

tecnologías y el servicio de intérpretes; y la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”*.

Esta última Ley hace alusión a diversos aspectos relacionados con los derechos fundamentales de las personas con limitación y establece compromisos y responsabilidades del estado en sus diferentes niveles con el fin de que las personas que se encuentre en tal situación, puedan lograr *“...su completa realización personal y su total integración social...”*; es así como se ocupa de asuntos como la prevención, la educación, la rehabilitación, la integración laboral, el bienestar social, la accesibilidad.

En lo que respecta a nuestra investigación, debemos concentrarnos en lo que se refiere a la integración laboral de esta población. Así las cosas, la Ley 361 de 1997 mencionado anteriormente, en su artículo 24 incentiva a los particulares empleadores con el fin de que vinculen laboralmente personas con limitación, para lo cual garantiza que tales empleadores *“sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación.”*

A su vez, en su artículo 30 estipula que: *“Las entidades estatales de todo orden, preferirán en igualdad de condiciones, los productos, bienes y servicios que les sean ofrecidos por entidades sin ánimo de lucro constituidas por las personas con limitación.”*

En consonancia con los anteriores artículos, el Nuevo Estatuto general de la Contratación Pública (Decreto 734 del 2012) en su artículo 4.2.5, norma ya mencionada al momento de explicar lo referente a Factores de Desempate como manifestación de las Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual del Estado, establece que en el caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, y si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones. En tal caso, la norma preceptúa lo siguiente:

“(...) 4.2.5.5. Si persiste el empate, se preferirá al proponente singular que acredite tener vinculado laboralmente por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad y el cumplimiento de los presupuestos contenidos en la Ley 361 de 1997, debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona, que hayan sido contratados con por lo menos un año de anterioridad y que certifique adicionalmente que mantendrá dicho personal por un lapso igual al de la contratación.

4.2.5.6. En caso que no proceda la hipótesis anterior, y entre los proponentes se encuentren proponentes singulares o plurales conformados por consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura conformados con al menos un integrante que acredite las circunstancias establecidas en la Ley 361 de 1997 referidas en el numeral anterior, será preferido frente a los demás.(...)”

Como vemos, la población Discapacitada tuvo que esperar 15 años para que el Gobierno Nacional tuviera la iniciativa de regular y desarrollar por medio de Decreto lo concerniente a mecanismos de integración laboral a través de la Contratación Pública. Ahora bien, es justo redundar en la crítica que realizamos en páginas anteriores cuando nos referimos a la expresión que denomina a las Reglas de Desempate como sucesivas y excluyentes (lo cual quiere decir que

deben ser incorporadas en el pliego de condiciones por la Entidad en el orden secuencial que se establece en el Decreto y no pueden ser aplicadas de manera simultánea en razón de su característica de excluyente), es decir, si la Entidad contratante no incluye desde los pliegos de condiciones medidas afirmativas a favor de Discapacitados, es muy difícil que tal población aspire tener participación en la Contratación Estatal, ya que deben aguardar a que se cumplan una serie de presupuestos, cuales son: en primera medida que exista un empate entre proponentes que oferten bienes y servicios nacionales; si entre los empatados se encuentran Mipymes, todas deben ser de origen nacional; si hay lugar a la hipótesis anterior, no puede entre los empatados encontrarse consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme; cumplidos todos estos supuestos, la Entidad preferirá al proponente singular que acredite tener vinculado laboralmente por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad, situación que ante los ojos de cualquier observador es casi imposible.

Por lo anterior, es válido decir que aunque la norma estipula Acciones Afirmativas a favor de discapacitados por vía de regla de desempate, tal mecanismo es insuficiente e ineficaz debido a que como ya lo explicamos, es improbable que una Entidad que encuentre ofertas en igualdad de condiciones, llegue a preferir un proponente por el hecho de que tal tiene vinculado personal con Discapacidad.

3.3.3 Madres Cabeza de Familia. Para determinar quiénes son catalogadas Madres Cabeza de Familia, es necesario definir lo que se conoce como Jefatura Femenina de Hogar, concepto este último que es especificado por el legislador en la Ley 82 de 1993 como *“una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social.”*

En concordancia con lo anterior y según la mencionada norma, es *“Mujer Cabeza de Familia quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”*

Esta misma Ley en su artículo 11 consagra que: *“El Gobierno Nacional, mediante reglamento, introducirá un factor de ponderación, que beneficie las propuestas de la mujer cabeza de familia o de las personas jurídicas en las cuales ella participe mayoritariamente, en los procesos de adquisición y venta de bienes estatales y de contratación de servicios también con el Estado. Dicho factor permitirá que se seleccione la oferta de la mujer cabeza de familia o de la correspondiente persona jurídica siempre que sea por lo menos igual a las de las demás proponentes.”*

Conviene decir que la anterior norma es la primera en concebir la inclusión de Acciones Afirmativas en la Contratación Estatal, pero como la mayoría de las políticas públicas de este país todo queda en buenas intenciones, ya que a pesar de haberse estipulado en tal Ley que el Gobierno Nacional mediante reglamento introducirá “factores de ponderación” que beneficie las propuestas de la Mujer Cabeza de Familia, el Ejecutivo aún no ha regulado la forma o el modo como las Entidades Estatales introducirán tales “factores de ponderación” dirigidos a favorecer las propuestas de la mujer cabeza de familia o de las empresas en que ellas participen mayoritariamente en los procesos de selección que nombra aquel artículo, de lo cual se desprende que al no haberse realizado tal reglamentación, la Entidades Estatales sometidas al Estatuto general de Contratación no están obligados a implementar tales beneficios a la mujer cabeza de familia, por lo tanto, tal población no puede recurrir a una fuente de empleo de tal envergadura como es la Contratación Pública.

3.3.4 Población en Pobreza Extrema, Desplazados por la Violencia, Personas en Proceso de Reintegración, y Sujetos de Especial protección Constitucional. Antes de introducirnos en lo que concierne a la implementación de medidas afirmativas dirigidas a la participación de Población en Pobreza Extrema, Desplazados por la Violencia, Personas en Proceso de Reintegración y, Sujetos de Especial Protección Constitucional en los procesos contractuales del estado, definiremos cada uno de estos grupos poblacionales con el fin de determinar que personas se ubican en tales condiciones y así entender el porqué del interés del Gobierno de estimular el desarrollo de esta población a través de sus políticas públicas.

Así las cosas, el primer grupo vulnerable que menciona el actual Plan de Desarrollo es la población en pobreza extrema, de manera que para su explicación es necesario basarnos en la definición brindada por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Tal ente estima que un hogar en pobreza extrema es aquel que no tiene un ingreso suficiente para adquirir una canasta de alimentos que le garantice los requerimientos calóricos diarios. Según cifras del Departamento Nacional de Planeación, para el 2014 habrá 15'251.638 millones de personas pobres⁷², cifra que dice mucho de la grave problemática que debe afrontar el Gobierno en los próximos años, y que más que la participación de esta población en la Contratación Pública como una alternativa para la superación de tal situación.

En lo que respecta a los Desplazados por la Violencia, la Ley 387 de 1997 definió al Desplazado como toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente

⁷² COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación. Estrategia para la Reducción de Pobreza y Desigualdad. Bogotá D.C. pág. 14.

amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público. Hasta mayo de 2011 el Gobierno de Colombia ha registrado a más de 3,7 millones de desplazados internos en el país. ONG'S como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) consideran que la cifra real de desplazados por el conflicto armado interno desde mediados de los años 80 supera los 5 millones de personas. Ante tal situación, el Gobierno ha adoptado una serie de políticas encaminadas principalmente a su prevención y a la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia, pero en ninguna de tales medidas se han considerado beneficios para tal a través de la Contratación Pública.

De otro lado, en lo que concierne a las personas en Proceso de Reintegración, debemos decir que tal término se emplea para dar cuenta de la situación de integrar nuevamente en la sociedad o comunidad a aquel individuo que por una determinada razón se encontraba viviendo por fuera de la misma. Hay que tener en cuenta que la mayoría de las veces esa razón se debe a un accionar delictivo.

Ahora bien, en lo que atañe a Sujetos de Especial Protección Constitucional, tal término está estrechamente ligado con lo que el constitucionalismo ha denominado población vulnerable. En sí, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe un concepto o definición específica sobre "vulnerabilidad" y las poblaciones que hacen parte de dicha condición. No obstante lo anterior, según jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional la vulnerabilidad está asociada con la concepción de Estado Social de Derecho y el derecho fundamental a la igualdad, consagrados en los artículos 1º y 13 de la Constitución Política. En desarrollo de tal derecho, se consagra en la misma Constitución la protección

especial a algunas poblaciones tales como los niños, los jóvenes, las mujeres cabeza de familia, los adultos mayores, personas en situación de discapacidad y los grupos étnicos; y, a nivel legal y jurisprudencial, se consagra la protección a la población LGBT y desplazados, entre otros, en razón de que históricamente han encontrado serias limitaciones en los procesos de reconocimiento, garantía y restitución de sus derechos por motivos de discriminación o marginación.

La Corte Constitucional ha señalado que tales grupos marginados están conformados por: (I) las personas que dada su condición económica, física o mental, se encuentran en situación de debilidad manifiesta; (II) las personas que en atención a la situación desventajosa en la que se hallan, ven limitado el ejercicio y el goce efectivo de sus derechos fundamentales⁷³; (III) la población disminuida física, sensorial y/o psíquicamente que es objeto de aislamiento, estigmatización, maltrato, incompreensión o discriminación lo cual implica su marginación⁷⁴; (IV) las población en situación de extrema pobreza, o en condiciones de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana⁷⁵; o (V) el grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por ende, carece de voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan⁷⁶.

Dada las anteriores características, es preciso ubicar dentro de tal grupo a una población que ha sido protagonista dentro de este concepto de Acciones Afirmativas, cual es la población recicladora. Su catalogación como grupo vulnerable fue dispuesta por vía jurisprudencial por parte de la Corte, considerando que en Colombia, tanto los recicladores que trabajan en los basureros, como aquellos que desempeñan su labor en las calles, sobreviven en

⁷³ Ver, entre otras, la Sentencia T-595 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-255 de 2001. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-177 de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-225 de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

un ambiente físico y social hostil⁷⁷. Soportan múltiples estigmas sociales, que tienen lugar por el hecho de que su material de trabajo es aquello que la sociedad desecha. En consecuencia de lo anterior, frente a los recicladores predominan estereotipos que generan, entre otras, las ideas de que potenciales delincuentes y/o agentes que dificultan el tránsito y contaminantes de la ciudad⁷⁸. Sin embargo, se deja de lado que la actividad que han venido desarrollando ha traído beneficios indiscutibles para la sociedad, pues han mitigado en gran medida los efectos ambientales ocasionados por los procesos de industrialización y asentamiento urbano indiscriminados⁷⁹.

La Corte Constitucional ya ha tenido conocimiento de situaciones en las que los recicladores han sido discriminados y han solicitado la adopción de acciones afirmativas, a sabiendas de que son beneficiarios de las mismas. Por ejemplo, en líneas anteriores mencionamos la Sentencia T – 724 de 2003, en la cual tal Corporación observó que uno de los servicios que se iba a contratar era la recolección del material recuperable, o dicho de otro modo, la actividad del reciclaje; y que la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital no incluyó ninguna medida efectiva que permitiera la participación de la Asociación de Recicladores de Bogotá y que coadyuvara al mantenimiento y fortalecimiento de la actividad con base en la cual han subsistido a través del tiempo⁸⁰.

Así mismo, se concluyó que en aquellos casos en que a los recicladores se los despoje de su actividad laboral, las acciones afirmativas que se implementen deben permitirles seguir vinculados con la actividad del reciclaje, y sin que sus condiciones se desmejoren.

⁷⁷Medina, Martín. Reciclaje de Desechos Sólidos en América Latina. Consultado en: <http://aplicaciones.colef.mx:8080/fronteranorte/articulos/FN21/1-f21>.

⁷⁸Ibíd.

⁷⁹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 387 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chajub.

⁸⁰Ibíd.

Del mismo modo, en Sentencia T – 291 de 2009, la Corte en revisión conoció las acciones de tutela interpuestas individualmente por un centenar de recicladores contra algunas entidades de la ciudad de Cali y el departamento de Valle del Cauca, ya que consideraban vulnerado su derecho al trabajo, en la medida en que tales entidades determinaron la clausura definitiva del relleno sanitario de Navarro, consecuencia de lo cual todas las personas que derivaban sus ingresos del rescate de “(...) *todos los materiales que son ingreso para industrias como la del plástico, los papeles, los vidrios, siderúrgicas, entre otras*” dentro del sanitario, quedaron sin alternativas laborales⁸¹, por lo que en tal providencia se consideró que “(...) *cuando una medida, programa o política de la administración afecte a grupos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, entre otras por sus condiciones de pobreza o precariedad económica, se deberán adelantar en forma paralela a la ejecución de la medida, programa o política en cuestión, las medidas necesarias para minimizar el daño recibido, de manera que se respete el núcleo esencial de su derecho al mínimo vital y a la subsistencia en condiciones de igualdad*”⁸².

Adicionalmente, la Corte encontró que las autoridades acusadas: “I) *fueron negligentes a la hora de diseñar una respuesta adecuada frente a las consecuencias sociales generadas por el cerramiento de Navarro; II) omitieron su deber de brindar especial protección a un grupo marginado que se vio especialmente afectado con esta decisión; y III) incumplieron los compromisos adquiridos con esta población, desconociendo la confianza que legítimamente los recicladores habían depositado en ellas.*”⁸³

La Corte consideró además que los compromisos que adoptaron las entidades accionadas -*verbi gratia*-, dar empleos contingentes a un número limitado de recicladores- sólo ofrecían una solución coyuntural y parcial a la crisis social que enfrentaban los recicladores, y medidas de esa índole están lejos de garantizar la

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-291 de 2009. MP. Clara Elena Reales Gutiérrez.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

obligación del Estado de brindar para esta población alternativas económicas duraderas⁸⁴.

En vista de lo anterior, esta Corporación manifestó que teniendo en cuenta que - aunque fuese informalmente- los recicladores actuaban como empresarios, una alternativa mucho más adecuada que convertirlos en empleados de las grandes empresas de reciclaje, era darles la oportunidad de seguir desempeñándose como empresarios, promoviendo su capacidad organizativa y fortaleciendo sus capacidades y oportunidades para desarrollar adecuadamente su labor⁸⁵. En consecuencia, resolvió que en *“las convocatorias futuras que se realicen para la recolección de basuras y el aprovechamiento de residuos sólidos en la ciudad de Cali deberán privilegiar y tratar de preservar la calidad de empresarios autónomos de los recicladores”* y que *“debe adoptarse como criterio de puntuación de la licitación para la recolección de basuras y el aprovechamiento de residuos sólidos en la ciudad de Cali, la inclusión de recicladores que puedan presentar los diferentes licitantes no sólo como empleados temporales o permanentes, sino especialmente cuando favorezcan formas asociativas que aseguren la continuidad de la calidad de empresarios de la basura que tienen los recicladores informales de botadero y de calle de la ciudad de Cali.”*⁸⁶

Ya esbozado el concepto, situación y reconocimientos legales y jurisprudenciales de cada una de las poblaciones mencionadas en el título de esta parte del trabajo, nos adentraremos en lo que atañe a la participación de cada una de ellas en la ejecución de los Contratos Públicos adelantados por las entidades estatales.

A este propósito, el artículo 32 de la Ley 1450 del 2011, “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014”, modifico el artículo 12 de la ley 1150 del 2007, con el fin de brindarle más soporte a la Promoción del Desarrollo en la

⁸⁴ Sentencia T – 387 de 2012. Óp. Cit.

⁸⁵ Ibíd.

⁸⁶ Sentencia T-291 de 2009. Óp. cit.

Contratación Pública. El mencionado artículo estipuló que *“...en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.”*

Como podemos notar, el Plan de Desarrollo incluye dentro de sus prioridades y propósitos garantizar la igualdad de oportunidades sociales, políticas y económicas a todos los ciudadanos del país, para lo cual, el anterior artículo promueve un desarrollo incluyente favoreciendo el fortalecimiento y participación de los sectores socialmente más necesitados en la políticas públicas, especialmente la población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y sujetos de especial protección constitucional. Para tal fin, dispone que las Entidades Estatales a través de los pliegos de condiciones implementen mecanismos con el objetivo de que el anterior grupo de personas participe en la ejecución de los Contratos de la Administración.

Respecto a la mencionada norma, el Departamento Nacional de Planeación por medio de Boletín de Prensa con fecha de 20 de Junio de 2011, advirtió que aunque en el Plan de Desarrollo se aprobaron dos artículos relacionados con la contratación estatal, su aplicación solo entrará en vigencia una vez sean reglamentados por el Gobierno nacional. En sus apartes, tal documento manifiesta lo siguiente: *“Se trata de los artículos 32, referido a la promoción del desarrollo en la contratación pública y el artículo 274, acerca de la contratación por mínima cuantía.”*

El artículo 32 de la Ley del Plan, sobre la promoción del desarrollo en la contratación pública, modifica el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 en relación

con el apoyo a las Mipymes, las cuantías aplicables para estar acordes con los compromisos internacionales vigentes y la inclusión de mecanismos de fomento para determinada población, entre otros.

Por su parte, el artículo 274 introduce como modalidad de selección la mínima cuantía, para la adquisición de bienes y servicios cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía independientemente del objeto de la contratación.

El DNP reitera que los dos artículos requieren ser reglamentados y, por lo tanto, su aplicación queda supeditada a la expedición de dicha regulación, motivo por el cual, no podrán ser aplicados directamente hasta tanto se expida el correspondiente Decreto reglamentario.”⁸⁷

Efectivamente el Gobierno expidió el Decreto 734 del 2012 “*por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, pero tal norma no reglamento en su totalidad lo establecido en el artículo 32 del Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014, ya que, el título IV del mencionado Decreto referente a “*La Promoción del Desarrollo y Protección de la Industria Nacional*”, solo regulo lo concerniente a condiciones preferenciales y convocatorias limitadas a Mipymes, e instauro los factores de desempate contenidos en el artículo 4.2.5. ya estudiados, del cual, en ninguno de sus apartes se hizo referencia a los grupos poblacionales de los que habla el inciso cuarto del artículo 32 de la Ley 1450 del 2011, lo cual, y tomando como base la advertencia o aclaración del Departamento Nacional de Planeación, al no haberse regulado lo presupuestado en el inciso cuarto de tal artículo del Plan Nacional de Desarrollo, no pueden las Entidades Estatales por vía de la mencionada norma, incluir en los pliegos de condiciones de los procesos contractuales mecanismos que fomenten la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados

⁸⁷ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Artículo sobre Contratación Estatal en el Plan de Desarrollo entraran en vigencia una vez reglamentados. Boletín de Prensa del 20 de junio de 2011. Bogotá D.C. pág. 1.

por la violencia, personas en proceso de reintegración y sujetos de especial protección constitucional en la ejecución de tales contratos.

En conclusión, del estudio de cada una de las regulaciones que hacen alusión de la promoción de determinados grupos poblacionales, podemos notar que el Nuevo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública solo reconoce dos mecanismos de Acciones Afirmativas en la Gestión Contractual del Estado, cuales son, aquellos factores que adopta una entidad como criterios para dirimir empates entre proponentes y que solo incluyen expresamente a Mipymes y a Discapacitados Físicos y las Convocatorias Limitadas a Mipymes. Por otro lado, gracias a lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencias C – 932 de 2007 y T – 724 de 2003, los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas.

4. IMPLEMENTACIÓN DE ACCIONES AFIRMATIVAS EN LAS CONVOCATORIAS PÚBLICAS ADELANTADAS POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DEL 2012

Conocida como el procedimiento mediante el cual una Entidad Estatal formula públicamente una convocatoria para la adquisición de bienes, servicios y/u obras, para que en igualdad de oportunidades los interesados presenten sus ofertas y seleccionar entre ellas, la más favorable y conveniente para los fines e intereses de la Entidad, la convocatoria pública exige que en los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos se realice Aviso de Convocatoria, esto en base a lo dispuesto en el artículo 2.2.1 del Estatuto General de la Contratación Pública.

Este Aviso de Convocatoria consiste en un documento por medio del cual la Entidad contratante informa a los aspirantes a contratar y a la comunidad en general que iniciará un proceso de Selección con un objeto y unas características esenciales, las cuales dependen de la necesidad que quiera satisfacer la Entidad con tal proceso de contratación. Así las cosas, el aviso de convocatoria para la contratación se publicará de conformidad con las reglas señaladas en el artículo 2.2.5 del Estatuto de Contratación y en la página web de la Entidad, y contendrá la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, la modalidad de selección que se utilizará, si está cobijada por un Acuerdo Internacional o un Tratado de Libre Comercio vigente para el Estado colombiano, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos. Adicional a lo anterior, se deberá incluir expresamente, cuando ello corresponda, la convocatoria limitada a Mypes o a Mipymes.

Como vemos, la Convocatoria Pública adquiere un papel preponderante en la Gestión contractual del Estado, hasta el punto de ser catalogada como un principio de la contratación según lo dispuesto en el Título I De la eficiencia y de la Transparencia, artículo 2 numeral 4, párrafo 2, numeral 2 de la Ley 1150 del 2007; la cual preceptúa que cuando se está en frente de un proceso de contratación bajo la modalidad de Selección Abreviada de Menor Cuantía, será principio general la convocatoria pública.

Así mismo, el artículo 3.7.1.2 del Decreto 734 del 2012, al momento de regular la enajenación de bienes por medio de los procesos de selección abreviada, dispone que en todo caso, la convocatoria pública será regla general, y se aplicarán en lo pertinente las reglas del Título I del presente Decreto, y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas en tal decreto.

Es así como la Convocatoria Pública se convierte en el principal instrumento dirigido a garantizar desde las primeras etapas del proceso, los principios que rigen la Contratación Pública, principalmente el de publicidad e igualdad. Por tal hecho, su aplicabilidad se circunscribe a los procesos llevados a cabo mediante la Licitación pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, modalidades que como es bien sabido constituyen el principal camino para la consecución de los fines del estado mediante la contratación pública, y en últimas la satisfacción del interés general.

4.1 CONVOCATORIAS PÚBLICAS ADELANTADAS POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DEL 2012

Durante el desarrollo del presente trabajo, hemos indicado que son varias las formas o mecanismos para la implementación de Acciones Afirmativas en la

Gestión Contractual del Estado, al respecto, determinamos que las Convocatorias Limitadas a Mipymes y los Factores de Desempate están expresamente consagrados en el Decreto 734 de 2012. A su vez dijimos que a través de las Sentencias C – 932 de 2007 y T – 724 de 2003 y en virtud de los Principios de Transparencia, Selección Objetiva en Igualdad que es posible o esta permitidos la inclusión de Acciones Afirmativas en los Factores de Escogencia y Calificación, y los Requisitos Habilitantes.

Como consecuencia, con el fin de verificar la implementación de tales Acciones dirigidas a promocionar el desarrollo de Mipymes, Discapacitados Físicos; Madres Cabeza de Familia y población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y Sujetos de Especial Protección Constitucional en las Convocatorias Públicas adelantadas por parte del Departamento de Santander en vigencia del Decreto 734 del 2012 tomaremos como criterios de verificación los cuatro mecanismos legales y jurisprudenciales nombrados anteriormente, para lo cual pasaremos a realizar una identificación de las Convocatorias Públicas adelantadas por tal Ente Territorial en vigencia del mencionado decreto, y verificar que dispuso cada una de ellas en los ya enunciados, y así daremos respuesta al problema jurídico que nos aborda en el presente trabajo, cual es:

¿Se adoptan medidas para la implementación de Acciones Afirmativas en las Convocatorias Públicas adelantadas por el Departamento de Santander en vigencia del Decreto 734 del 2012?

En vigencia del Decreto 734 de del 13 de abril de 2012, el Departamento de Santander como Ente Territorial sometido al Estatuto general de la Contratación Administrativa ha llevado a cabo un total de 32 de Convocatorias Públicas, de las cuales 19 de ellas fueron adelantadas por la Modalidad de Selección Abreviada de Menor Cuantía, 7 por medio de Selección Abreviada con Subasta Inversa, 3 a través de Licitación Pública y 3 mediante Concurso de Merito. Así:

4.2 CONCURSOS DE MERITOS ADELANTADOS POR EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER ADELANTADAS EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DE 2012.

1) Proceso Nro. CM-0009

Objeto: Interventoría Para La Optimización Y Construcción Del Plan Maestro De Acueducto Y Alcantarillado Para El Corregimiento Guane Del Municipio De Barichara e Interventoría Para La Construcción Del Alcantarillado Interceptor Del Municipio De Cerrito, Departamento De Santander

Cuantía: \$ 160'713.360 millones de pesos.

Estado del Proceso: Celebrado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las Medianas Empresas.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: Evaluación de los factores técnicos de escogencia Factores de evaluación (100 Puntos) Experiencia del proponente (40 puntos) - Experiencia por número de contratos en la actividad de	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.

		<p>construcción, consultoría o trabajos con entidades públicas (20%)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Experiencia en Interventorías para obras del mismo objeto o afines cuyo valor ejecutado sea mínimo del 30% del presupuesto oficial en máximo 1 contrato. <p>Experiencia del equipo profesional (Sesenta por ciento (60%))</p> <ul style="list-style-type: none"> - Calificación del profesional Director del equipo de trabajo. (60%). - Experiencia por antigüedad del Profesional Director a partir de la fecha del acta de grado. (20%) - Experiencia del profesional director en razón de la experiencia específica, es decir, interventorías para obras del mismo objeto o afines. (20%) - Experiencia por número de años ejerciendo la actividad en el sector público. (20%) 	
Se implementaron Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

2) Proceso Nro.CM - A – 0002

Objeto: Consultoría De Factibilidad Para Fortalecer, Divulgar La Imagen Institucional Y Regional Del Departamento A Través De Una Gestión De Manejo De Sistemas De Información Que Ejecute El Plan De Medios.

Cuantía: \$ 2'032.844.993 millones de pesos.

Estado del Proceso: Celebrado.

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de Concurso de mérito, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts. 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a Mipymes.	No se establecieron criterios de desempate, por lo tanto, si hay lugar a los mismos, estos se regirán por lo expuesto en Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012.	Como factores de escogencia se tuvo en cuenta los siguientes: 1. Experiencia del proponente. (40 puntos) 2. Experiencia del equipo profesional. (60 puntos) Total: 100 puntos.	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de carácter técnico, de orden financiero y experiencia.
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

3) Proceso Nro. GEN-MER 08

Objeto: El Departamento De Santander A Través De La Secretaria General Seleccionara Mediante La Modalidad De Concurso De Méritos Un Intermediario De Seguros, Legalmente Establecido En Colombia, Que Tenga Oficina En El Área Metropolitana De Bucaramanga, Para Que Preste Al Departamento De Santander Sus Servicios Profesionales De Asesoría En La Contratación Y El Manejo Del Programa De Seguros; Destinados A Proteger A Las Personas, Bienes E Intereses Asegurables Del Departamento De Santander Y Aquellos Por Los Que El Mismo Es Legalmente Responsable, Para La Vigencia 2012-2016.

Cuantía: \$ 0 pesos.

Estado del Proceso: Adjudicado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Debido al tipo de contrato (adquisición de póliza de seguros), la cuantía del presente proceso es \$ 0, por lo tanto no hay lugar a Convocatoria limitada a Mipymes.	Se establecieron los siguientes criterios de desempate: 1. Si se presenta empate se preferirá al proponente que haya obtenido el mayor puntaje en experiencia específica del proponente. 2. Si se presenta empate o	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: EXPERIENCIA ESPECIFICA DEL PROPONENTE 100 a. Experiencia en manejo de programas iguales o similares a los de la entidad 50 b. Experiencia en manejo de 50	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, y de orden financiero.

	<p>este persiste y entre los empatados se encuentran Mipymes, se preferirá a la Mypimes nacional, sea proponente singular o consorcio, unión temporal o prensa de sociedad futura, conformada únicamente por Mypimes nacionales acorde con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 905 de 2004.</p> <p>3. Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme, éste se preferirá.</p> <p>4. Si el empate persiste se preferiría a quien en su nómina presente un 10% personal discapacitado</p> <p>5. Si el empate persiste se preferiría a quien en su nómina tenga el 30% ó más de personal femenino.</p> <p>6. Si el empate se mantiene, se desempatará a través del sistema de balotas</p>	<p>reclamaciones</p> <p>2. EQUIPO HUMANO 375</p> <p>a) Tipo de vínculo con el intermediario 75</p> <p>b) Nivel de formación 200</p> <p>c) Experiencia en seguros o en la actividad de la entidad estatal, relacionada con las pólizas a contratar 50</p> <p>d) Tiempo y clase de dedicación al servicio de la entidad estatal, expresada en horas/hombre/mes 50</p> <p>3.INFRAESTRUCTURA OPERATIVA 25</p> <p>a) Descripción de la infraestructura organizacional, operativa y técnica 5</p> <p>b) Infraestructura en materia de comunicaciones 5</p> <p>c) Software especializado para la administración de seguros 10</p> <p>d) Equipos 5</p> <p>TOTAL PUNTAJE 500</p>	
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

4.3 SELECCIONES ABREVIADAS CON SUBASTA INVERSA ADELANTADAS POR EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER ADELANTADAS EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DE 2012.

1) Proceso Nro. SA - 0148.

Objeto: Suministro de papelería, útiles de oficina y fotocopias para abastecer los grupos de trabajo de la Secretaria de Salud de la Gobernación de Santander.

Cuantía: \$ 132'912.955 millones de pesos.

Estado del proceso: Aviso de Convocatoria

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las MYPES	Debido a que para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, el parágrafo del artículo 3.2.1.1.8. Prevé que en casos de existir empate se adjudicara el contrato al proponente que presento la menor propuesta inicial y de persistir, se desempatará por medio de	Se estableció como único criterio de evaluación el precio.	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de carácter técnico, de orden financiero y de experiencia

	sorteo. Por lo tanto no hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas en esta clase de procesos.		
Se implementaron Acciones Afirmativas.	No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

2) Proceso Nro. SA – 0095

Objeto: Dotación de material didáctico interactivo, equipo de apoyo pedagógico innovador y computadores para los centros educativos de los 87 municipios del Departamento de Santander.

Cuantía: \$ 1'485.181.832 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de Convocatoria.

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de selección abreviada, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts., 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a Mipymes.	Debido a que para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, el parágrafo del artículo 3.2.1.1.8. Prevé que en casos de existir empate se adjudicara el contrato al proponente que	Se estableció como único criterio de evaluación el precio.	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de carácter técnico, de orden financiero y experiencia.

	presento la menor propuesta inicial y de persistir, se desempatará por medio de sorteo. Por lo tanto no hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas en esta clase de procesos.		
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

3) Proceso Nro. SA – 0044

Objeto: Suministro de materiales de ferretería y eléctricos para la reparación y mantenimiento del edificio de la Gobernación de Santander.

Cuantía: \$ 100'000.000 millones de pesos.

Estado del Proceso: Celebrado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las MYPES.	Debido a que para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, el parágrafo del artículo 3.2.1.1.8. Prevé	Se estableció como único criterio de evaluación el precio.	Se establecieron requisitos de orden jurídico, técnico, financiero y de experiencia.

	que en casos de existir empate se adjudicara el contrato al proponente que presento la menor propuesta inicial y de persistir, se desempatará por medio de sorteo. Por lo tanto no hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas en esta clase de procesos.		
Se implementaron Acciones Afirmativas.	No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

4) Proceso Nro. SA – 0031

Objeto: Suministro de muebles, enseres, equipos de oficina, y tecnológicos, cortinas, persianas, bajantes, galería en madera, cobertura de ventanería, y mantenimiento, reparación de las mismas, para los diferentes grupos de trabajo de la administración departamental.

Cuantía: \$ 956'000.000 millones de pesos.

Estado del Proceso: Celebrado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de selección abreviada, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts., 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a Mipymes.	Debido a que para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, el párrafo del artículo 3.2.1.1.8. prevé que en casos de existir empate se adjudicara el contrato al proponente que presento la menor propuesta inicial y de persistir, se desempatará por medio de sorteo. Por lo tanto no hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas en esta clase de procesos.	Se estableció como único criterio de evaluación el precio.	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de carácter técnico, de orden financiero y experiencia.
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

5) Proceso Nro. SA – 0088

Objeto: Suministro de papelería, útiles de oficina y fotocopias para abastecer los diferentes grupos de trabajo de la administración departamental.

Cuantía: \$ 180'000.000 millones de pesos.

Estado del Proceso: Convocado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las medianas empresas.	Debido a que para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, el parágrafo del artículo 3.2.1.1.8. Prevé que en casos de existir empate se adjudicara el contrato al proponente que presento la menor propuesta inicial y de persistir, se desempatará por medio de sorteo. Por lo tanto no hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas en esta clase de procesos.	Se estableció como único criterio de evaluación el precio.	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de carácter técnico, de orden financiero y experiencia.

Se implementaron Acciones Afirmativas.	No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.
--	---	---	---

6) Proceso Nro. SA – 0080

Objeto: Suministro de papelería, empastes y señalización institucional para las diferentes dependencias de la administración departamental.

Cuantía: \$ 230'000.000 millones de pesos.

Estado del Proceso: Convocado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las medianas empresas.	Debido a que para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, el párrafo del artículo 3.2.1.1.8. Prevé que en casos de existir empate se adjudicara el contrato al proponente que presento la menor propuesta inicial y de persistir, se desempatará por medio de sorteo. Por lo tanto no hay lugar a la	Se estableció como único criterio de evaluación el precio.	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de carácter técnico, de orden financiero y experiencia.

	implementación de Acciones Afirmativas en esta clase de procesos.		
Se implementaron Acciones Afirmativas.	No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

7) Proceso Nro. SA SI – 0001

Objeto: Dotación de mobiliario escolar y equipo audiovisual para centros educativos de municipios no certificados del Departamento de Santander.

Cuantía: \$ 1'926.400.000 millones de pesos.

Estado del Proceso: Celebrado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de selección abreviada, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts., 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a	Debido a que para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, el parágrafo del artículo 3.2.1.1.8. Prevé que en casos de existir empate se adjudicara el contrato al proponente que presento la	Se estableció como único criterio de evaluación el precio.	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de carácter técnico, de orden financiero y experiencia.

Mipymes.	menor propuesta inicial y de persistir, se desempatará por medio de sorteo. Por lo tanto no hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas en esta clase de procesos.		
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

4.4 LICITACIONES PÚBLICAS ADELANTADAS POR EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER ADELANTADAS EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DE 2012.

1) Proceso Nro. LIC – 0134

Objeto: Construcción coliseo del Municipio de Lebrija.

Cuantía: \$ 981'291.672 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de Convocatoria.

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de Licitación Pública, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts., 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a Mipymes.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes Factores de Evaluación: 1. Valor de la propuesta: 700 2. Ley 816 de 2003: 100 3. Propuesta Técnica: 200 total 1000 4. actos de incumplimientos -50	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de carácter técnico, de orden financiero y experiencia.
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

2) Proceso Nro. LP – 0004

Objeto: Adquisición de las pólizas que integran el programa de seguros del Departamento de Santander.

Cuantía: \$ 1'150.000.000 millones de pesos.

Estado del Proceso: Adjudicado.

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de Licitación Pública, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts., 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a Mipymes.	Se establecieron criterios de desempate, conforme al artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, utilizándose como último criterio el sorteo mediante balotas.	Como factores de escogencia se tendrá en cuenta la ponderación de los elementos de calidad y precio según lo dispuesto en el 2.2.1 y 2.2.9 del Decreto 734 de 2012.	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de carácter técnico, de orden financiero y experiencia.
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

3) Proceso Nro. LP – 0004

Objeto: Prestar el servicio de vigilancia y seguridad privada para las diferentes instalaciones de la Gobernación de Santander e inmuebles de propiedad y a cargo del Departamento de Santander.

Cuantía: \$ 850'000.000 millones de pesos.

Estado del Proceso: Celebrado.

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
<p>Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de Licitación Pública, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts., 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a Mipymes.</p>	<p>Se establecieron los siguientes criterios de desempate:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En caso de empate, se elegirá la hoja de vida del coordinador con más experiencia. 2. En caso de continuar se elegirá la oferta de mayor puntaje en el ítem general de aspecto técnicos. 3. Si persiste el empate, se efectuará un sorteo por el sistema de balota entre los participantes empatados. 	<p>Como factores de escogencia se tuvieron en cuenta los siguientes:</p> <p>Propuesta Técnica (700 puntos):</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Hombres en Servicio: 200 puntos. 2. Coordinador del Contrato: 100 puntos. 3. Jefe de Seguridad: 100 puntos. 4. Sistemas de Comunicación: 100 puntos. 5. Armamento Utilizado: 100 puntos. 6. Vehículos: 100 puntos. <p>Propuesta Económica (300 puntos)</p> <p>El pliego de Condiciones del presente proceso dispuso: Las propuestas que se encuentren habilitadas jurídica y financieramente y cuya propuesta técnica haya obtenido un puntaje superior al 60% del total de puntos asignados para este componente, será objeto de la evaluación económica. Deberá cumplir con las tarifas establecidas en el decreto 4950 de 2007, y circular 001 del 13 de Enero de 2012 y que tenga en cuenta todos los impuestos Departamentales y Locales.</p>	<p>Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de carácter técnico, organizacional, financiero y experiencia.</p>

No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

4.5 SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTIA ADELANTADAS POR EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER ADELANTADAS EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DE 2012.

1) Proceso Nro. SA-0146

Objeto: Atención De La Emergencia Vía Rionegro - Llano De Palmas (Muros K1+900 En Concreto Y K2+600 Gavión), Alcantarillas (K0+950, K1+990, K4+900).

Cuantía: \$ 229'937.205 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de Convocatoria.

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las medianas empresas.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación:	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden

	<p>criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.</p>	<p>1. Valor de la propuesta: 700 2. Ley 816 de 2003: 100 3. Propuesta técnica: 200</p> <p>TOTAL: 1000</p>	<p>financiero.</p>
<p>Se implementaron Acciones Afirmativas.</p>	<p>Se implementaron de Acciones Afirmativas.</p>	<p>No se implementaron Acciones Afirmativas.</p>	<p>No se implementaron Acciones Afirmativas.</p>

2) Proceso Nro. SA-0145

Objeto: Construcción De Muros De Contención Sobre El Margen De Los Ríos Manco, Umpala Y Las Quebradas Umpala Y San Miguel A La Altura Del Corregimiento De Pescadero Municipio De Piedecuesta.

Cuantía: \$ 233'385.838 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de Convocatoria

<p>Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)</p>	<p>Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)</p>	<p>Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)</p>	<p>Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)</p>
<p>Se limitó exclusivamente la convocatoria a las medianas empresas.</p>	<p>Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas</p>	<p>Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación:</p> <p>1. Valor de la propuesta: 700 2. Ley 816 de 2003: 100 3. Propuesta técnica: 200</p>	<p>Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.</p>

	afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	TOTAL: 1000	
Se implementaron Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

3) Proceso Nro. SA-0147

Objeto: Atención De La Emergencia Vía Socorro - Simacota (Muro En Gavión K3+400 Y K4+900).

Cuantía: \$ 233'448.532 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de Convocatoria

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las medianas empresas.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1. Valor de la propuesta: 700 2. Ley 816 de 2003: 100 3. Propuesta técnica: 200 TOTAL: 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.

Se implementaron Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.
--	--	---	---

4) Proceso Nro. SA-0143

Objeto: Atención De Emergencia Vía Molagavita Km 22 Municipio De Molagavita, Muros, Filtros, Gaviones, Terraplén, Box Couvert Y Aplicación De Afirmando (Sector Vereda Pantano Grande).

Cuantía: \$ 233'528.112 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de Convocatoria

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las medianas empresas.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1. Valor de la propuesta: 700 2. Ley 816 de 2003: 100 3. Propuesta técnica: 200 TOTAL: 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
Se implementaron Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

5) Proceso Nro. SA-0142

Objeto: Atención De La Emergencia Vía Confines Charalá (Alc: K11+812, K11+987, K13+721, K14+050, K15+548, K15+69, K17+209) Muro K12+139.

Cuantía: \$ 233'512.159 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de Convocatoria

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las medianas empresas.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1. Valor de la propuesta: 700 2. Ley 816 de 2003: 100 3. Propuesta técnica: 200 TOTAL: 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
Se implementaron Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

6) Proceso Nro. SA-0144

Objeto: Construcción Obras De Estabilización En Gaviones En La Vía De Sapos Macanillo Municipio De Palmas Del Socorro Santander.

Cuantía: \$ 233'512.158 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de Convocatoria

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las medianas empresas.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1. Valor de la propuesta: 700 2. Ley 816 de 2003: 100 3. Propuesta técnica: 200 TOTAL: 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
Se implementaron Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

7) Proceso Nro. SA-0041

Objeto: Servicio de un sistema integral de reportaría y trasmisión (a una cámara y producción y transmisión (a cuatro cámaras)) de eventos institucionales a través de la red celular 3G y 4G e internet.

Cuantía: \$ 172'990.800 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de Convocatoria

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las Medianas Empresas.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1. Valor de la propuesta: 700 2. Ley 816 de 2003: 100 3. Propuesta técnica: 200 4. Actos de Incumplimiento: -50 TOTAL: 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
Se implementaron Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

8) Proceso Nro. SA-0091

Objeto: Logística Eventos Administración Departamental

Cuantía: \$ 139'121.472 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de Convocatoria

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las MYPES	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1. Valor de la propuesta: 700 2. Ley 816 de 2003: 100 3. Propuesta técnica: 200 TOTAL: 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
Se implementaron Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

9) Proceso Nro. SA-0041

Objeto: Prestación De Servicios De Salud Con La Red Privada Para Atención De La Población Pobre No Asegurada, Listados Censales Y Población Pobre Asegurada En Lo No Cubierto Por El Plan Obligatorio De Salud Correspondiente - Prótesis Mucosoportadas Parciales.

Cuantía: \$ 320'000.000 millones de pesos.

Estado del Proceso: Celebrado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts., 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a Mipymes.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1 PRECIO 300 2 FACTOR CALIDAD 300 3 RECURSO HUMANO 400 TOTAL PUNTAJE 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

10) Proceso Nro. SA-0010

Objeto: Elaboración, Adaptación Y/O Suministro De Ayudas Técnicas En General (Insumos, Prótesis Y Ortesis), Incluido El Acompañamiento Profesional (Fisiatría, Terapia Y Ortopedia)

Cuantía: \$ 300'000.000 millones de pesos.

Estado del Proceso: Celebrado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts., 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a Mipymes.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1. Precio: 700 2. Factor Calidad: 300 TOTAL: 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

11) Proceso Nro. SA-0089

Objeto: Digitalización De Archivos De Gestión, Enmarcado Dentro Del Proyecto Denominado: Actualización Del Sistema Integrado De Gestión Documental E Implementación De Tecnologías De La Información En El Departamento De Santander.

Cuantía: \$130'000.000 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de convocatoria.

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las MYPES	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1. Valor De La Propuesta 700 2. Ley 816 De 2003 100 3. Propuesta Técnica 200 TOTAL 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
Se implementaron Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

12) Proceso Nro. SA-0081

Objeto: Prestación De Servicios De Vigilancia Para La Secretaria De Salud Departamental

Cuantía: \$130'704.000 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de convocatoria

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las MYPES	Se estableció como primer criterio de desempate: el orden de entrega de las ofertas, es decir a quien haya entregado primero la oferta entre los empatados se le adjudicará el contrato. Los subsiguientes criterios de desempate fueron conforme a lo dispuesto en el artículo 4.5.2. del DEC. 734 de 2012	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1. Valor De La Propuesta 700 2. LEY 816 DE 2003 100 3. Propuesta Técnica 200 TOTAL 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

13) Proceso Nro. SA-0067

Objeto: Suministro De Combustible Para Atender Emergencias Generadas Por Desastres Naturales En El Departamento De Santander Con Destino A Los Municipios Damnificados Y Entidades Operativas.

Cuantía: \$ 200'000.000millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de convocatoria

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las Medianas Empresas.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1) Puntos adicionales de abastecimiento: 600 2) Ponderación de precio más ofrecido por galón: 300 3) Bienes y Servicios Nacionales: 100	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
Se implementaron Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

14) Proceso Nro. SA-0068

Objeto: Compra De Dos Vehículos Tipo Camioneta 4x4 Doble Cabina Para Los desplazamientos De Los Funcionarios En Misión Oficial A Los Diferentes Municipios Del Departamento De Santander Dentro Del Marco Del Proyecto Mejoramiento Del Parque Automotor De La Gobernación De Santander.

Cuantía: \$196'248.800 millones de pesos.

Estado del Proceso: Aviso de convocatoria

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las Medianas Empresas.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: Se otorgaran puntos por los servicios adicionales: 600 Según el valor ofertado por el Proponentes (precio): 300 Bienes y Servicios Nacionales En aplicación de la ley 816 de 2003, como estímulo a la industria Colombia: 100	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
Se implementaron Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

15) Proceso Nro. SA-0071

Objeto: Mejoramiento De La Imagen Del Palacio Amarillo En El Departamento De Santander

Cuantía: \$324'046.050 millones de pesos.

Estado del Proceso: Adjudicado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts., 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a Mipymes.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1. Valor De La Propuesta 700 2. Ley 816 De 2003 100 3. Propuesta Técnica 200 TOTAL 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

16) Proceso Nro. SA-0043

Objeto: Servicio De Aseo, Cafetería Y Oficios Varios En El Edificio De La Gobernación De Santander Y Otras Instalaciones De La Administración Departamental Y El Suministro De Insumos Para El Aseo.

Cuantía: \$280'000.000 millones de pesos.

Estado del Proceso: Adjudicado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts., 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a Mipymes.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1 precio 300 2 propuesta técnica / 600 calidad 3 apoyo industria 100 nacional TOTAL: 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

17) Proceso Nro. SA-0007

Objeto: Mantenimiento Y Rehabilitación Del Corredor Vial Vía Antigua Bucaramanga Floridablanca Desde El Sector Aledaño Al Colegio Vicente Azuero (Barrio Bucarica) Barrio Bella Vista Barrio Rosales Barrio Santa Ana - Fase I.

Cuantía: \$462'044.291 millones de pesos.

Estado del Proceso: Adjudicado.

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts., 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a Mipymes.	Se establecieron los criterios de desempate consagrados en el Artículo 4.2.5 del Decreto 734 de 2012, incluyendo en el penúltimo criterio medidas afirmativas a favor de Microempresas y como último criterio medidas afirmativas dirigidas a Mipymes de jurisdicción departamental.	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1 precio 600 2 propuesta técnica / 300 calidad 3 apoyo industria 100 nacional TOTAL: 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, de experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

18) Proceso Nro.SSS-PRE-12-003

Objeto: Prestación De Servicios Generales Y De Apoyo Para La Entrega Interna Y Externa De Correspondencia, Acorde Con Los Requerimientos Existentes En Las Diferentes Dependencias Que Integran La Secretaria De Salud.

Cuantía: \$124'638.984 millones de pesos.

Estado del Proceso: Adjudicado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Se limitó exclusivamente la convocatoria a las MYPES	Se estableció como primer criterio de desempate el menor valor ofrecido. En caso de persistir el empate se definió por los siguientes factores en su orden. a. Si uno de los proponentes es una MIPYME 1 nacional, se preferirá su oferta frente a las demás que se encuentren en situación de empate, de conformidad con lo consagrado en el numeral 4º del artículo 12 de la Ley 590 de 2000 (modificado por el artículo 9º de la Ley 905 de 2004), para lo cual, el proponente deberá presentar una certificación que	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1 precio 300 2 propuesta técnica / calidad 500 3 apoyo industria nacional 100 4 evaluación de condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por Mipymes: 100 TOTAL: 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, experiencia, de carácter técnico y de orden financiero.

	<p>expresen el cumplimiento de los mencionados artículos para ser considerado MIPYME, firmada por el representante legal.</p> <p>b. De persistir el empate, se dará aplicación a la norma contenida en el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, por lo cual se dará preferencia a aquel proponente que dentro de su planta de personal cuente con personas que se encuentren en alguna situación de discapacidad o que para la ejecución del contrato se haya comprometido a vincular a personas que se encuentren en alguna situación de discapacidad, para lo cual el proponente deberá presentar comunicación anexa a la propuesta inicial, en la cual se comprometa a lo anterior.</p> <p>c. En caso de continuar el empate se preferirá la oferta que incluya bienes y artículos de origen nacional.</p> <p>d. De persistir el empate se definirá por balota</p>		
Se implementaron Acciones Afirmativas.	Se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

19) Proceso Nro.SSS-PRE-12-002

Objeto: Prestación De Servicio De Salud Con La Red Privada Para Atención De La Población Pobre No Asegurada, Listados Censales Y Población Pobre Asegurada En Lo No Cubierto Por El Plan Obligatorio De Salud Correspondiente- Dispensación Y/O Suministro Al Detal De Medicamentos.

Cuantía: \$7'000.000.000 millones de pesos.

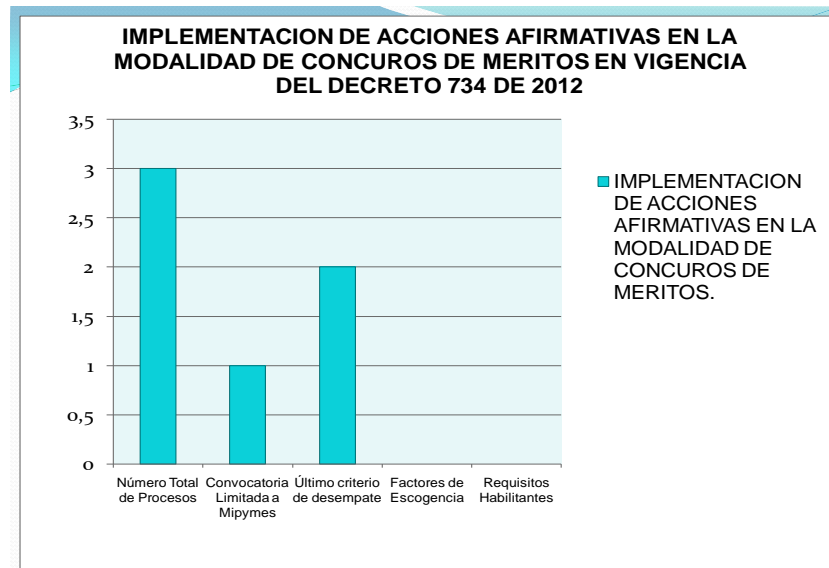
Estado del Proceso: Adjudicado

Convocatoria Limitada a Mipymes (Arts. 4.1.3 y 4.1.4 DEC. 734 de 2012)	Ultimo Criterio Para Dirimir Empate (Art. 4.2.5. 7 DEC. 734 de 2012)	Factores de Escogencia y Calificación (Sentencia C- 932 de 2007)	Requisitos habilitantes (Sentencia T- 724 de 2003)
Teniendo en cuenta el presupuesto del presente proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía, no se cumplen los parámetros dispuestos en los arts., 4.1.2., para efectos de la convocatoria limitada a Mypes y el 4.1.3 para la Convocatoria limitada a Mipymes.	Se establecieron los siguientes criterios de desempate: 1. Cuando hay un empate se le dará el primer lugar al proponente que haya obtenido el mayor puntaje en el factor calidad. 2. En caso de persistir el empate se preferirá al proponente que se encuentre certificado. 3. Finalmente, si ninguno de los criterios de desempate	Se tuvieron en cuenta los siguientes factores de evaluación: 1 Precio 350 2 Calidad 650 TOTAL: 1000	Los requisitos habilitantes establecidos fueron de orden jurídico, experiencia, de carácter técnico, administrativos y de orden financiero.

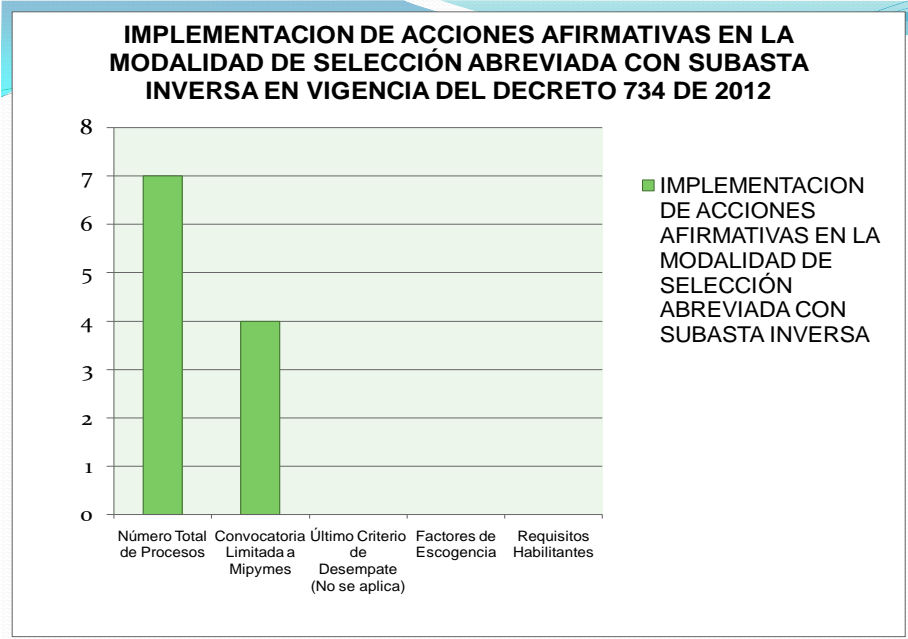
	señalados anteriormente se logra establecer, se procederá al sorteo por medio de balotas.		
No hay lugar a la implementación de Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.	No se implementaron Acciones Afirmativas.

4.6 REPRESENTACION GRAFICA DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS DE LA VERIFICACION DE LA IMPLEMENTACION DE ACCIONES AFIRMATIVAS EN LAS CONVOCATORIAS PÚBLICAS ADELANTADAS POR EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DE 2012.

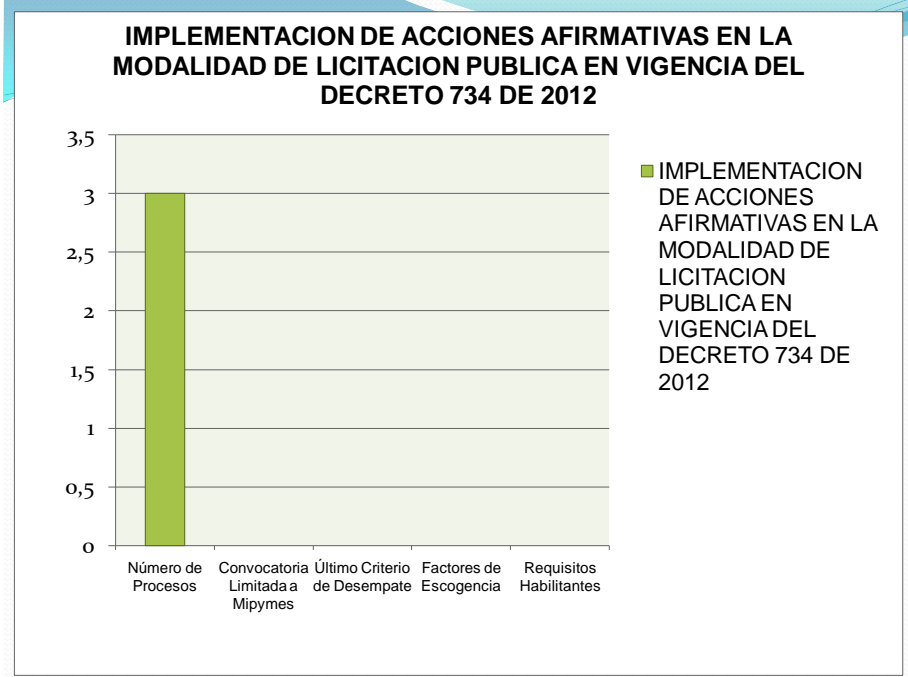
Grafica 1. Implementación de acciones afirmativas en la modalidad de concursos de méritos en vigencia del decreto 734 de 2012



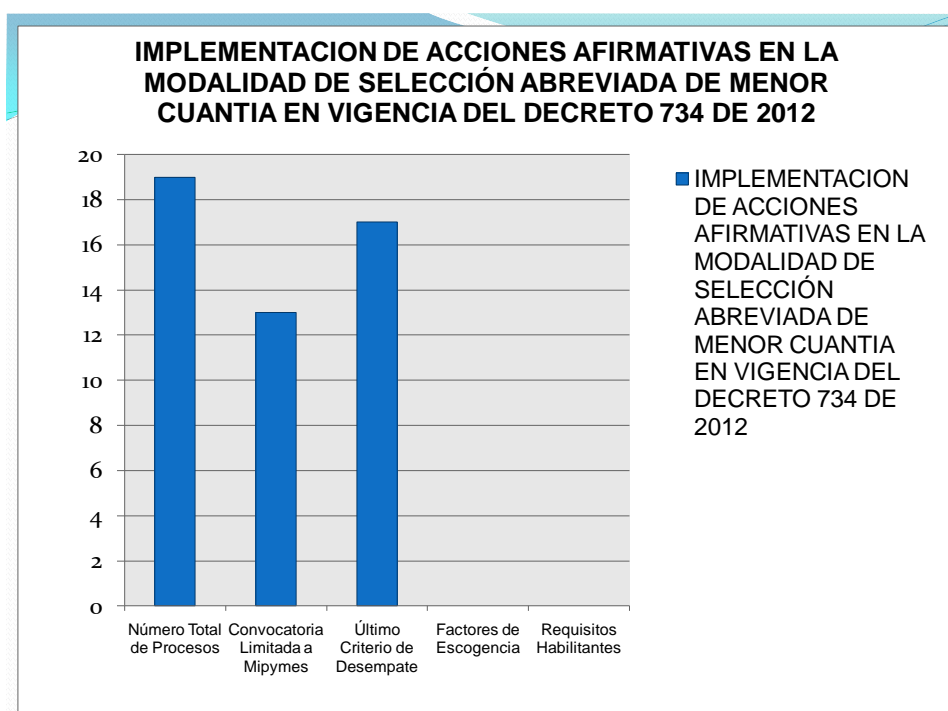
Grafica 2. Implementación de acciones afirmativas en la modalidad de selección abreviada con subasta inversa en vigencia del decreto 734 de 2012



Grafica 3. Implementación de acciones afirmativas en la modalidad de licitación pública en vigencia del decreto 734 de 2012



Grafica 4. Implementación de acciones afirmativas en la modalidad de selección abreviada en menor cuantía en vigencia del Decreto 734 de 2012



4.7 VERIFICACION DE LA IMPLEMENTACION DE ACCIONES AFIRMATIVAS EN LAS CONVOCATORIAS PÚBLICAS ADELANTADAS EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER EN VIGENCIA DEL DECRETO 734 DE 2012.

Analizadas y examinadas la totalidad de las Convocatorias Públicas adelantadas por el Departamento de Santander en vigencia del Decreto 734 de 2012, entraremos a verificar la Implementación de Acciones Afirmativas en cada uno de los criterios antes señalados, es decir, en la Manifestación para las Convocatorias Limitadas a Mipymes, en el Último Criterio Dirimente de Empate de Propuestas, Factores de Escogencia y Calificación y por último, los Requisitos habilitantes.

Dentro del estudio realizado, encontramos que en cuanto a las Convocatorias limitada a Mipymes, la Entidad mencionada cumple a cabalidad lo presupuestado

en el último inciso del artículo 2.2.1 del Decreto 734 2012, incluyendo expresamente en el aviso de convocatoria, cuando ello corresponda, la Convocatoria Limitada a Mypes y Mipymes. Es así como de los 32 procesos estudiados, en 18 de ellos se realizó manifestación de convocatoria limitada a estas pequeñas unidades productivas, sin que en ninguno de ellos se haya circunscrito la participación exclusivamente a ellas, debido a que estos últimos no manifestaron su interés de participar en tales, no cumpliéndose así los requisitos dispuestos en los artículo 4.1.3 y 4.1.4 del mencionado Decreto.

Ahora bien, como comentario de lo anteriormente dicho, el Estatuto de Contratación de la Administración al ordenar que en toda Convocatoria Pública se realice manifestación para la limitación de los procesos a la participación de Mipymes, está garantizando la inclusión de este tipo de medidas en la gestión contractual del Estado. Habría que preguntarse si de no ser así, ¿Realizarían las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública manifestación para limitar la participación en los procesos contractuales exclusivamente a Mipymes?; sin intención de asaltar la bondades de los Funcionarios Públicos encargados de adelantar tales procesos, pensaríamos que la respuesta es negativa, puesto que aun teniendo el deber constitucional de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, así como de adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, las Autoridades Públicas ya sea por el desconocimiento de las mismas normas o por le direccionamiento de los contratos no implementan los mecanismos para la implementación de Acciones Afirmativas a favor de población vulnerable, que en el caso de los factores de desempate, a pesar de estar consagrados en el Decreto 734 de 2012 no es suficiente para su efectiva materialización, como si lo es en el caso de las Convocatorias Limitadas a Mipymes.

Por otro lado, en lo que respecta a la implementación de estas Acciones en el último criterio de desempate del artículo 4.5.2 del Decreto 734 de 2012

encontramos que de los 31 procesos adelantados, en 18 se realizó tal implementación. Ahora, es necesario cuestionarnos qué tan efectiva e incluyente es esta última, ya que como lo pudimos ver en el estudio realizado (ver recuadros), la Entidad introdujo invariablemente en el último criterio de desempate medidas afirmativas exclusivamente a favor de Mipymes, población a la que se le dedican dos criterios anteriores. Como consecuencia, consideramos que tal sobrepredilección de las Mipymes al momento de implementar los mecanismo para la aplicación de Acciones Afirmativas consagrados en el decreto, vulnera o lesiona el derecho de igualdad de las otras poblaciones en condiciones de vulnerabilidad, verbigracia, Madres Cabeza de Familia, Población en Pobreza Extrema y demás Sujetos de Protección Constitucional, que como mencionamos a lo largo del trabajo, están expresamente consagradas inclusive en normas de superior rango que el mismo Decreto 734, por ejemplo, Ley 82 de 1993 (Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la Mujer Cabeza de Familia) y Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014), siendo este último la base de las políticas formuladas por el Gobierno.

En cuanto a los Factores de Escogencia y Calificación, y Requisitos Habilitantes, encontramos que tales mecanismo para la implementación de Acciones Afirmativas reconocidas jurisprudencialmente por la Corte Constitucional en Sentencias C – 932 de 2007 y T – 724 de 2003, no son utilizados por el Departamento de Santander, a pesar de que el objeto del contrato de muchos de los procesos estudiados permitían que tales mecanismo pudieran ser aplicados (ver procesos nro. SSS – PRE – 12 – 003, SA – 0007, SA – 0043, SA – 0071, SA – 0081, SA – 0144, SA – 0145, LP – 0004 y LIC – 0134).

5. CONCLUSIONES

Con el paso de una igualdad formal a una igualdad material, y la maduración del Estado de Derecho a un Estado Constitucional, las Acciones Afirmativas se convierten en un modo de lograr una igualdad real y efectiva asumiendo un papel preponderante en nuestro ordenamiento jurídico. Es así como nuestro artículo 13 constitucional dispone que el Estado adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados. En efecto, los lineamientos de la Corte Constitucional señalan mecanismos a través de los cuales se proporcionan medios más eficaces para su implementación.

Uno de tales mecanismos es la Gestión Contractual del Estado, que por vía del principio de igualdad que rige toda función administrativa, se transforma en un vehículo para la implementación de Acciones Afirmativas a través de las políticas públicas del Gobierno.

Es así como encontramos una serie de normas que indican lo anteriormente dicho, Madres Cabeza de Familia (Ley 82 de 1993), Mipymes (Decreto 734 de 2012), Discapacitados Físicos (Ley 361 de 1997) y Población en Extrema Pobreza, Desplazados por la Violencia, Personas en Proceso de Reintegración y Sujetos de Especial Protección Constitucional (Ley 1450 de 2011); son los grupos vulnerables que el legislador o en algunos casos el Gobierno Nacional, ha reconocido como beneficiarios de Acciones Afirmativas en la Contratación Estatal.

Empero, a pesar del anterior reconocimiento, encontramos que solo las medidas afirmativas dirigidas a Mipymes y Discapacitados Físicos han sido regulados por el Nuevo Estatuto General de la Contratación Pública, para lo cual ha considerado un par de mecanismos dirigidos a la implementación de tales Acciones en la gestión Contractual del Estado, discriminando “negativamente” los demás grupos

vulnerables nombrados anteriormente, sometiendo a estos últimos a una incertidumbre jurídica acerca de su participación en la ejecución de los contratos adelantados por los entes estatales.

Dentro de los mecanismos legales para la implementación de Acciones Afirmativas identificamos las Convocatorias Limitadas exclusivamente a Mipymes y los Factores para dirimir empates de propuestas. A su vez, determinamos como mecanismos jurisprudenciales para la implementación de tales Acciones, su inclusión en los factores de Escogencia y Calificación, y en los Requisitos Habilitantes, siendo nula tal inclusión en las Convocatorias Públicas adelantadas en el Departamento de Santander en vigencia del Decreto 734 de 2012.

Como consecuencia, consideramos que los mecanismo consagrados en el anterior Decreto no son lo suficientemente efectivos para materializar una igualdad real y efectiva, ya que al solo considerar dos grupos de población vulnerable quebranta el desarrollo económico, social y cultural de los demás grupos protegidos constitucionalmente, generando el deterioro de las condiciones para la consecución del Derecho a una Vida Digna de estos.

Lo mismo puede decirse de la inclusión de Medidas Afirmativas en los Factores de Escogencia y en los Requisitos Habilitantes. En efecto, como ya dijimos, su implementación es nula, y a pesar de no ser óbice de ello, tal problema se debe a la falta de reglamentación en las leyes y decretos que rigen la actividad contractual del Estado y al desconocimiento de los lineamientos jurisprudenciales por parte de las Autoridades, para el caso, las Sentencias C – 932 de 2007 y T – 724 de 2003.

Ahora bien, dentro de las reglas que rigen las Modalidades de Selección de Contratistas encontramos dos que perfectamente hubiesen podido utilizarse como mecanismos para la implementación de las medidas afirmativas. Por ejemplo, encontramos que según lo dispuesto en el párrafo del artículo 3.2.1.1.8, en la

subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, al momento en que no haya más lances de mejora de precio y exista empate, se adjudicará el contrato al que presentó la menor propuesta inicial, y que de persistir el empate, este se dirimirá por medio de sorteo. Para lo cual, las Entidades Estatales utilizan el sorteo de balotas como método aleatorio de escogencia. Otro ejemplo de lo dicho se manifiesta en la Selección Abreviada de Menor Cuantía, en la cual si llegan a manifestar interés de participar más de 10 oferentes, la Entidad deberá realizar Sorteo de Consolidación de Oferentes según lo previsto en el artículo 3.2.2.2 del Decreto 734 de 2012.

Como vemos, ambos casos utilizan la palabra Sorteo, la cual es definida como el sometimiento de personas o cosas al arbitrio de la suerte⁸⁸, dejando sin cabida la inclusión de medidas afirmativas como método para desempatar en el primer caso, y como método para la consolidación de oferentes en el segundo, dilapidando así escenarios que se adecuan a los parámetros establecidos para la implementación de Acciones afirmativas.

En conclusión, a pesar de estar reconocidos legal y jurisprudencialmente, los mecanismos para la implementación de Acciones Afirmativas de la Gestión Contractual del Estado no son efectivos y suficientes con el fin de promocionar el desarrollo de población vulnerable a través de ella, dejando en ocasiones a sazón de la incertidumbre su aplicación en una actividad que es el principal medio para la provisión de los bienes y servicios demandados por los ciudadanos y que por tal, se convierte en un importante hecho generador de empleo, pero como expresa el ex magistrado de la Corte Constitucional Jaime Araujo Rentería, “es un privilegio de unos cuantos grupos económicos.”⁸⁹

⁸⁸Diccionario de la lengua española © 2005 Espasa-Calpe:

⁸⁹ Sentencia C – 932 de 2007.Obi cit.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS Y ARTÍCULOS

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudio Políticos y Constitucionales. 2007.

BOBBIO, Norberto. Igualdad y Libertad. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona. 1993

CALDERON BRUGES, Jaime. Estado Social de Derechos. Exposición en el seminario sobre “Ética de la economía política y democracia” llevado a cabo en la Universidad Católica de Santo Domingo (República Dominicana). Artículo publicado en Universitas Jurídicas, número 92, junio de 1997, paginas 510-518. Bogotá, D.C., 1997.

CALSAMIGLIA, Alberto. Sobre EL principio de igualdad. Artículo en el libro “El fundamento de los derechos humanos”. Javier Muguerza y otros autores. Editorial Debate. Madrid, 1989.

CEPEDA, Manuel José. La Carta de Derechos: su interpretación y sus implicaciones. Bogotá: Temis. 1993.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Revista de Derecho Público No. 7, Universidad de los Andes. Bogotá, D.C. 1997.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Decisión de 9 de diciembre de 1981. 82/43/CEE

COMUNIDAD EUROPEA. Directivas y resoluciones. Recopiladas por el Ministerio de la Cultura, Instituto de la mujer. España. Monografía número 6. Madrid, 1998.

CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Directiva del 10 de febrero de 1975. 75/117/CEE.

CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Directiva del 9 de febrero de 1976. 76/207/CEE.

CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Recomendación del 13 de diciembre de 1984. 84/635/CEE.

CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Resolución de 16 de julio de 1982. "Relativa a la promoción de igualdad de oportunidades para la mujer".

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA DE 1991: VISION LATINOAMERICANA. Ediciones Rosaristas. Santafé de Bogotá, 1993.

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Concordancias, referencias históricas, índices y compilación por Jaime Castro. Oveja Negra. Bogotá, 1987.

CORREA HENAO, Néstor Raúl. Notas sobre el derecho de igualdad. Artículo tomado de la revista Universitas Jurídica. Pontificia Universidad Javeriana. Número 95, diciembre de 1998. Santa Fe de Bogotá, D.C.

DIETERLEN, Paulette. *La Pobreza: Un estudio filosófico*. México, DF. UNAM, Instituto de Investigaciones filosóficas: Fondo de Cultura Económica, 2006.

DECRETO 734 DEL 2012. “Por el cual se reglamenta el estatuto general de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”.

FERNANDEZ, Encarnación. Igualdad y Derechos Humanos. Madrid. Tecnos. 2003.

GARZON CARDENAS, Ricardo. Las Acciones de Afirmación del Género Femenino en Colombia. Revista Derecho del Estado.

LEY FUNDAMENTAL DE BONN DE 1949. República Federal Alemana.

LEY 80 DE 1993. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

LEY 1150 DEL 2007. “Por medio de la cual 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 1450 DEL 2011. “Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2010 – 2014.”

NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Cuarta edición. Editorial Temis, S.A. Bogotá, 1991.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, CONSEJERIA PRESIDENCIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Protección de los derechos humanos a la igualdad y la diferencia. Biblioteca Básica de Derechos Humanos No. 3, Santafé de Bogotá, 1993.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, CONSEJERIA PRESIDENCIAL PARA EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN. Asamblea Nacional Constituyente. Artículo 13 de la constitución de 1991. Transcripciones de las sesiones, comisiones, y plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente.

RAWLS, John. Sobre las libertades. Traducción de Victoria Campos. Editorial Paidós. Barcelona, 1992.

RESTREPO ARAMBURO, Luis Fernando. ¿Qué tan iguales? Conferencias de trabajo en la especialización de Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Javeriana, diciembre 13 al 19 de 1999.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS. Bakke vs. University of California Regents. 438 US 265-1978.

JURISPRUDENCIA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-002 de 1992. M.P. Alejandro Martínez C.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-006 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes M.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1992. M.P. Alejandro Martínez C.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-403 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes M.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencias de tutela y constitucionalidad, 1992-2000.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes M.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-237 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 622 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU – 747 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-411 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes M.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 371 del 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 500 del 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 667 del 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932 del 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CONSEJO DE ESTADO. Fallo 12037 de 2011. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Concejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

PAGINAS WEB.

Disponible en: www.dnp.gov.co/

Disponible en: www.contratos.gov.co/

Disponible en: www.un.org/es/

Disponible en: www.santander.gov.co/

Disponible en: www.senado.gov.co

Disponible en: www.codhes.org/

Disponible en: www.derechos-humanos.org

Disponible en: www.dane.gov.co/

Disponible en: www.ramajudicial.gov.co/

Disponible en: www.mediosparalapaz.org/