

Segunda parte

Discursos de ascenso e ingreso como miembros de la Academia Colombiana de Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
julio-diciembre, 2024

CLÁUSULAS SOCIALES VS. EL DEBER DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL *

Rodrigo Pombo Cajiao **
Académico correspondiente

Resumen: Las denominadas cláusulas sociales en la contratación pública son la extensión de las conocidas cláusulas afirmativas constitucionales. Son privilegios que contempla el legislador o el reglamento para valerse de las condiciones subjetivas de los proponentes en aras de favorecerlos al momento de contratarlos. Se rompe así el afamado deber de selección objetiva (en oposición a criterios subjetivos) que de marras nos viene acompañando y que con tanto celo hemos tratado de aplicar. El enorme protagonismo de las denominadas cláusulas sociales en la contratación estatal y la compra pública en Colombia ha distorsionado los pilares fundamentales del Estatuto de Contratación, en especial, ha erosionado fuertemente el deber de selección objetiva de contratistas. Todo lo cual se ha llevado a cabo sobre la base de interesantes argumentos que cuentan, a su turno, con contraargumentos aún más potentes y lúcidos. En la actualidad, el estudio de las cláusulas sociales resulta indispensable para la adecuada comprensión del sistema de contratación y compra pública en el país y, naturalmente, para aplicar o inaplicar el deber de selección objetiva.

* Trabajo presentado en sesión del 6 de junio de 2024 para el ingreso como “Miembro correspondiente” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, especialización en Derecho Administrativo de la misma universidad y estudios avanzados en filosofía de la Universidad Notre Dame US. Master en Acción Política y Participación ciudadana en el Estado de Derecho de las Universidades Rey Juan Carlos y Francisco de Victoria, España. Candidato a Doctor en Filosofía de la Universidad San Pablo CEU de España. Profesor universitario, columnista, escritor y conjuer de la sección Tercera del Consejo de Estado. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Socio fundador de Pombo Caballero Abogados. Contacto: rpombo@pombocaballero.com

Palabras clave: Cláusulas sociales; cláusulas horizontales; cláusulas de incorporación; deber de selección objetiva; modalidades de selección; criterios de desempate en la contratación Estatal y en la compra pública.

SOCIAL CLAUSES VS. THE DUTY OF OBJECTIVE SELECTION IN STATE CONTRACTING

Abstract: The so-called social clauses in public procurement are an extension of the well-known constitutional affirmative clauses. They are privileges provided by the legislator or regulations to make use of the subjective conditions of the proposers in order to favor them when awarding contracts. Thus, the renowned duty of objective selection (as opposed to subjective criteria), which has accompanied us for so long and which we have diligently tried to apply, is broken.

The significant role that so-called social clauses have taken on in our system and public procurement in Colombia has distorted the fundamental pillars of the legal Statute, particularly eroding the duty of contractor selection. All of this has been carried out on the basis of compelling arguments which, in turn, have arguments in opposite even more powerful and lucid.

Currently, the study of social clauses is essential for a proper understanding of the contracting and public procurement system in the country.

Keywords: Social Clauses; Horizontal Clauses; Incorporation Clauses; Duty of Objective Selection; Selection Modalities; Tie-break Criteria in State Contracting and Public Procurement.

Introducción

En relación con este tema podemos identificar dos grandes escuelas de pensamiento. La primera, que arbitrariamente la denominaremos la “clásica” que sostiene, *grosso modo*, que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (art. 150 CP) es un instrumento jurídico que agencia los recursos públicos para la mejor, más eficiente, segura y continua prestación de los servicios públicos. Al paso que la segunda, que caprichosamente la denominaremos la “progresista” sostiene que la contratación es un mecanismo de igualdad social en virtud de la cual se agencian recursos públicos para equilibrar las injusticias sociales a través de la redistribución equitativa del dinero mediante la contratación pública.

Promulgada la Ley 80 en 1993, el Estado colombiano se había comprometido con una visión liberal de la economía ampliamente competitiva¹ al amparo,

¹ Ver el artículo “Principio de selección objetiva” de María Teresa Palacio Jaramillo, en *Contratos Estatales*, I (Bogotá: Editorial Ibáñez y U. del Rosario, 2022), 373.

especialmente, de los artículos constitucionales 209 y 333. Durante décadas se la entendía y se la llamaba una “ley de principios”² en donde el legislador partía de la base casi que dogmática de que la objetividad, transparencia, economía y responsabilidad, constituían las columnas capitales de la contratación estatal y de la compra pública. Era una ley cuyas velas estaban impulsadas por los vientos de la escuela clásica, si cabe.

Como vector protagónico, entonces, se tenía el deber de selección objetiva, inicialmente atraído a nuestro ordenamiento jurídico mediante el artículo 29 de la Ley 80, posteriormente reformado mediante el artículo 5 de la Ley 1150. En su claridad dispositiva estribaba la legitimidad de la regla: “*es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los intereses que ella busca*”.

Total, no se podía entender un estatuto liberal, empotrado en una economía social de mercado con pretensiones de competitividad y libertad de empresa, sin darle cabal vuelo al deber de selección objetiva.³

Empero, con el transcurrir de los años, y en el marco de los inagotables y maravillosos debates de las ideas políticas como también (todo hay que decirlo) a la constitucionalización del derecho administrativo, se vino a concebir el Estatuto como una eficaz herramienta de equidad y de igualdad social. Bien podrían identificarse desde aquí los tentáculos de la bautizada escuela “progresista”, que valiéndose de una tendencia del derecho afincada en la idea de las acciones afirmativas y la concepción de la libertad positiva de Isahia Berlin,⁴ decidió incorporar, ya no digo solo como ingrediente, sino, como *telos* de la contratación pública, las cláusulas sociales.

Así pues, empezaron a aparecer de esa manera –incluso desde el mismo año de 1993– las discriminaciones positivas, entre ellas: (i) el favorecimiento a la oferta que provenga de proponente nacional (oferta nacional);

² Expresión esta, la de “Ley de principios” no exenta de críticas como quiera que, en la práctica, contiene pocos principios y cantidad de reglas, muchas de ellas procedimentales. En ese sentido, véase el texto de la conferencia del exmagistrado Guillermo Sánchez Luque en el diplomado “Herramientas prácticas para contratar exitosamente con el Estado”, en 2024. De la editorial Tirant lo Blanch y Pombo caballero Abogados. En Youtube: pombo caballero abogados, 28 junio de 2024.

³ Ver también artículo 88 de la Ley 1474; artículo 5 de la Ley 1882 y Decreto 1082 de 2015.

⁴ Ver Isahia BERLIN, *La mirada despierta de la Historia* (Madrid: Editorial Tecnos, 1999), y también consultar Norberto BOBBIO, *Igualdad y Libertad* (Barcelona: U. Autónoma de Barcelona, 2000).

(ii) el favorecimiento a la oferta que provenga de proponentes con componente de personas con discapacidad y, (iii) el favorecimiento a la oferta que provenga de Mipymes.⁵

No es pues este un debate nuevo, pero sí de palpitante actualidad. La escuela “clásica” de la contratación pública ha cedido terreno en favor de la “progresista”. Las cláusulas sociales, horizontales, afirmativas o de inclusión, pasaron de ser la excepción para convertirse en la motivación de los criterios de desempate que terminaron consolidándose como la regla de la contratación en la actualidad.⁶ Tendencia esta, por supuesto, digna

⁵ Ver definición del Decreto 242 de 2023. “Mipyme: Micro, pequeña y mediana empresa medida de acuerdo con la ley vigente aplicable”. Debemos destacar acá el impulso que sobre el particular recogió el legislador en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y que constituye otra prueba más de lo acá afirmado. Veamos: “**Artículo 12. PROMOCIÓN DEL DESARROLLO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.** 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 Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, adopten en beneficio de las Mipyme, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés de por lo menos dos (2) Mipyme.

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

En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación.

De igual forma, en los pliegos de condiciones 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 o reincorporación 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.

PARÁGRAFO 1. En los Procesos de Contratación que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipyme del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

PARÁGRAFO 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

PARÁGRAFO 3. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen.

⁶ Ver, por ejemplo, la recapitulación que sobre los criterios de desempate en la contratación estatal y la compra pública consigna el Concepto 012, del 4 de febrero de 2021, de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

de ser revertida en favor del deber de selección objetiva, que es la tesis de nuestro escrito.

En este ensayo expondremos el contexto histórico de las cláusulas sociales; su principal justificación; su regulación actual, y estudiaremos los requisitos y las pruebas que demandan los instrumentos de la “contratación social en Colombia”.

Plantaremos, además, los principales debates y cuestionamientos que se han edificado sobre los hombros de esta tendencia legislativa (y reglamentaria).

Para mayor y mejor comprensión y facilidad en la explicación, recomendamos tener presente tres ejes temáticos principalísimos: (i) el debate filosófico de las cláusulas sociales; (ii) la confrontación de estas con el deber de selección objetiva,⁷ para, por último, (iii) explicar los fundamentos de la regulación actual contemplada en el artículo 35 de la Ley 2069, debidamente armonizada con la legislación especializada; finalizando con el estudio de la ley 2294 de 2023 (Plan Nacional de Desarrollo (2022-2026) y otras tantas leyes que componen el denominado “tercer periodo”.

Coordenadas que nos permiten abordar los problemas jurídicos

Una vez ubicadas las dos grandes escuelas de pensamiento sobre la materia, conviene resaltar sus dos principales diferencias, sobre las cuales girarán la gran mayoría de debates en torno a las cláusulas sociales en la contratación estatal, a saber:

- a. La *concepción misma del Estatuto General de la Contratación Estatal y la Compra Pública* responde al interrogante, “¿para qué existe el Estatuto?”. Mientras que la escuela clásica lo concibe como una herramienta para el mejor agenciamiento de los recursos públicos en aras a garantizar la calidad, seguridad y continuidad de la prestación de los servicios públicos; la escuela progresista lo entiende como una herramienta de intervención del Estado en la economía para alcanzar la equidad y la justicia social.
- b. La *ubicación de las cláusulas sociales*: al paso que la escuela clásica hace prevalecer el deber de selección objetiva frente a

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 29942 de 30 de julio de 2015, M.P. Ruth Stella Conto Palacio.

los criterios de diferenciación y discriminación proveniente de las cláusulas sociales, y, por lo mismo, prefiere incorporar susodichas reglas contractuales dentro del negocio jurídico; la escuela progresista prefiere incorporar esas reglas en los pliegos de condiciones como requisito previo para ser adjudicatario del contrato.

Contexto histórico de las cláusulas sociales

Cuenta la leyenda que Napoleón siempre indagaba por la suerte de sus generales antes de contratarlos. Esa premisa parte de la idea, ya ancestral, de que la diosa fortuna juega un papel importante en el desenvolvimiento de nuestras vidas. Desde los griegos y muy especialmente con los romanos (agoreros y supersticiosos), encontraron en el *alea*, en la suerte, un oasis de esperanza y tranquilidad para la toma de decisiones en la tormentosa vida.

Quizás fue la cultura romana la que más confesó que el destino estaba cifrado, en muy buena medida, por el azar, la casualidad, las fuerzas circunstanciales que de algún modo determinan nuestro futuro.

Durante siglos se premió esta visión de la existencia. Durante siglos primó la suerte y el *alea*, sobre el determinismo racional. En la filosófica y no menos hermosa obra clásica de Boecio *Consuelo de la filosofía*,⁸ por ejemplo, se recurre varias veces a la figura de la diosa fortuna como fuente de sabiduría y de conocimiento, como legítima contertulia de la inteligencia.

La razón –esa atenea pletórica y helenística–, por su parte, debía compartir espacio con la fortuna, pues, a pesar de que, desde el siglo VI a. C., con Tales de Mileto el mundo que nos rodea puede concebirse inteligible y racional, *la suerte y el azar explicaban* –para muchos y en infinidad de ocasiones– *el deber ser existencial cuya definición racional resultaba insuficiente*. Otros lo llaman la “fe”.

Ciertamente, pocos discuten la justicia y la legitimidad de lo que se ha ganado por virtud de la fortuna. Lo que se obtiene a través de la suerte, suele ser justo, *ergo*, legítimo. Por eso el *alea* sigue sirviendo de criterio de desempate por excelencia en las relaciones humanas.

Como sea, más allá de las tesis racionalistas –o las empiristas, o las románticas–, lo cierto es que en esta vida lo fortuito ha servido de fundamento para la toma de decisiones, tanto públicas como privadas. Fue

⁸ BOECCIO, *Consuelo de la filosofía* (Madrid: Editorial Acantilado, 2020).

la regla general durante siglos, y su poder estribaba en la legitimidad de la decisión. *En igualdad de condiciones, nada más legítimo y poderoso cuando es la suerte la que define.*

Por el contrario, allí donde se alza el argumento racionalista como forma de dirimir las disputas humanas, siempre persiste la duda de su legitimidad, de su justicia. Pero cuando cualquiera disputa se zanja a través de la fortuna, poco espacio queda para el debate; poco margen de duda cabe para deslegitimar el reconocimiento del resultado: la suerte habla con convicción y sentencia con legitimidad.

Así queda planteado el debate entre la razón objetiva y la diosa fortuna. Y, a pesar de que poco se estudia desde esta perspectiva, así se ha visto reflejado en el espíritu del legislador de la contratación estatal en Colombia; unas veces más inclinado a que se desempate la modalidad de selección de contratistas por la vía de la suerte y, otras veces, con la tendencia a que dichas modalidades de selección se desempaten mediante criterios racionales.

Empero, hoy día y para peor de males, las cláusulas sociales, aquellas que concentran su atención en el oferente antes que en los atributos de la oferta, ya no solo definen el empate, sino que constituyen auténticas formas de contratación privilegiada.

De hecho, en el mundo de la contratación estatal y de las compras públicas, después de 1993, el diálogo entre lo reflexivo, lo motivado y la suerte, había encontrado un elevado equilibrio hasta 2018.

En efecto, habían venido siendo tres los principales grupos decisoriales en esta materia, a saber: (i) la *arbitrariedad* (legalmente prohibida); (ii) la *suerte*, después de que las propuestas han sufrido un pormenorizado estudio sobre las condiciones objetivas y siempre en caso de empate de los proponentes y, (iii) las *razones objetivas* eminentemente racionales que, a su turno, se dividen en dos: las que se inclinan por otorgarle más valor a la oferta que al oferente, y las que tienden a darle mejor calificación a las condiciones intrínsecas del proponente, antes que a las de la propuesta. Las primeras son propias de la escuela clásica, al paso que las segundas obedecen los dictados de la escuela progresista.

Tanto los criterios racionales como los de la suerte habían venido alejando la arbitrariedad al momento de adjudicar los contratos públicos. Pero las

bondades de la legislación, además, se manifestaba en la combinación de criterios objetivos, comúnmente denominados “técnicos” con los de la suerte. La combinación, aun cuando perfectible, era sensata. Los criterios técnicos de evaluación llegaban hasta el empate de las ofertas calificadas, mientras que la suerte definía el desempate.

Empero, la tendencia del derecho público en general –*de la cual no escapa la contratación Estatal*–, ha venido enarbolando la tesis según la cual los principios tradicionales de la selección objetiva “deshumanizan” la contratación, y la alejan de los fines esenciales del Estado “Social” de Derecho.

Así las cosas, por un lado, se contaba con el deber de selección objetiva de los proponentes.⁹ Deber que imponía una conducta de adjudicar el contrato al proponente que presentara la propuesta más favorable a los intereses de la entidad “*sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva*”.¹⁰

Ahora, bajo una visión comprensible pero anacrónica del Estado, muy atada a la concepción de la “democracia de las minorías” y del Estado “social e intervencionista”, se aplican los “*criterios diferenciales en la contratación*” en virtud de los cuales se seleccionarán las propuestas en función, no a los estándares intrínsecos de calidad de las mismas y a la idoneidad y habilitación técnica y probada de los oferentes, sino alrededor de criterios “sociales” y subjetivos de los contratistas.

El primer caso, el de la selección objetiva, tal vez se acomoda más a la diosa Atenea.¹¹ Ella brillaba de singular manera por gracia –todo hay que decirlo–, de la diosa fortuna,¹² siempre compañera desinteresada. La racionalidad se equipara a la objetividad y viceversa. Por eso la jurisprudencia enseñaba que se trataba de un deber en virtud del cual “*se mantiene intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos*”.¹³

⁹ Ver, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Véase, *Los mitos griegos* de Robert GRAVES (Barcelona: Editorial Ariel, 1984), 40. Ver también, *Mitología griega* (Atenas: Editorial Athenon, 2011). En la mitología romana conocida como Minerva, según la obra de Jean HUMBERT, titulada *Mitología griega y romana* de la Editorial Gustavo Gilli, 2014.

¹² Por eso se le reconoce por estar parada en una bola giratoria o con los ojos vendados para impartir fortuna o desgracia sin distinción. Ver HUMBERT, *Mitología griega y romana*, 110.

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 37834 de 30 de julio de 2015, M.P. Ruth Stella Conto Palacio.

Mientras, que en el segundo, el de los “criterios sociales”, se echa de menos tanto la razón como la fortuna, para acudir a una especie de “*arbitrariedad políticamente correcta*”, en la que, con la mejor intención, las fuerzas políticas y sociales increpan al legislador a imponer unos criterios de selección antojadizos para favorecer a comunidades, histórica o sociológicamente desfavorecidas.

Debemos decir que “las razones políticas” en la contratación pública, en nuestra era, no habían sido extrañas, pero habían sido muy celosamente reguladas.

Ya desde 1993 el legislador decidió plasmar una causal eminentemente fortuita, ajena a cualquier atributo de la propuesta o idoneidad y experiencia del proponente, como lo es la de la nacionalidad del oferente. Ello se estipuló para determinar el primer criterio diferenciador de selección de contratistas.

Desde aquel momento se dijo que “*se preferirá al proponente nacional*” antes que al extranjero, siempre que cumplierse con los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones y salvo que no se trate de competir contra proponentes foráneos amparados en tratados internacionales que regulen la igualdad de trato.

Posteriormente, se decidió promover la contratación de las Mipymes y la de personas con algún grado de discapacidad. Para ello, volvió el legislador a echar mano de los criterios de desempate mediante otro “criterio diferencial”, o una “cláusula social y subjetiva”.

De ese modo reaparecieron factores subjetivos como el tamaño de la planta de personal, los ingresos y las ventas de los oferentes, sumados a los accidentes del subjetivos de destino como el de la nacionalidad o la discapacidad física. A todas ellas se le empezó a conocer como “acciones afirmativas” o “cláusulas sociales”.

Pasó el tiempo y el *Decreto 1082 de 2015 terminó compilando seis causales diferenciales como criterios de desempate* de oferentes en el mundo de la contratación pública. Ellos fueron, pero haciendo prevalecer, con todo, el criterio de experiencia (criterio típicamente objetivo):

- (i) escoger al oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación (racional); (ii) escoger al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y califi-

cación (racional), y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

Posteriormente, (iii) preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros (subjetivo/fortuito); (iv) preferir las ofertas presentadas por una Mipyme nacional (subjetivo/fortuito); (v) preferir la propuesta de una estructura plural que cuente con una determinada composición de participación (mixta) y; (vi) preferir la propuesta que acredite una nómina que beneficie a las personas en condiciones de discapacidad. (subjetivo/fortuito)

Y la tendencia continuó siendo esa; la de izar las banderas de lo que se ha conocido como *“las cláusulas sociales en la contratación pública” que son, de alguna manera, aquellas normas que conciben la contratación estatal como un medio legítimo para la redistribución de los recursos de una economía en favor de sectores poblacionales a los que se les considera en especial grado de vulnerabilidad o históricamente marginados.*

Ahora bien, como acertadamente lo anota la doctrina de la Agencia Colombia Compra Eficiente, *“hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse a los factores de selección”*.¹⁴

El capítulo III de la Ley 2069, promulgada el 31 de diciembre de 2020¹⁵ es una de las pruebas más elocuentes, en las que se puede encontrar plasmada la tendencia de las cláusulas sociales en la contratación estatal. Con ella, *los factores de desempate pasaron de 5 a 12 y cambiaron totalmente su fisionomía jurídica y su jerarquización.*

Para finalizar, conviene señalar lo siguiente: si en una primera etapa este tipo de cláusulas eran la excepción y se limitaban al trato nacional, los discapacitados y las Mipymes, con posterioridad se convirtieron en la regla general para desempatar a los proponentes dentro de las modalidades de selección de contratistas; bajo el imperio de la Ley 2294 de 2024 (PND) se explayan las más profundas tesis progresistas y se normaliza la teoría de que el Estatuto de Contratación es, antes que nada, un instrumento para alcanzar la equidad social, que no la herramienta técnica para la mejor forma de proveer bienes y servicios públicos en el mercado.

¹⁴ Véase el Concepto C-013 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

¹⁵ Comúnmente conocida con el nombre de “Ley de Emprendimiento”.

De hecho, *la misma Agencia Colombia Compra Eficiente ha señalado a la contratación estatal como un mecanismo para promover las condiciones de trabajo equitativas, o para promover el medio ambiente y la redistribución de la riqueza.*¹⁶

De ese modo, si la objetividad es la moneda común, la diferenciación promovida por las cláusulas sociales es una visión que deberá estudiarse con particular atención, pues *no son la irradiación propia del sentido común o de los criterios de justicia de mérito, favorabilidad y necesidad* que inspiraron la Ley 80, sino la sofisticada construcción de teorías elaboradas de conformidad con las necesidades sociales o, si cabe, de las arbitrariedades legislativas y reglamentarias como consecuencia de las presiones políticas del momento.

Breve reseña cronológica de la aparición de las cláusulas sociales en la contratación pública nacional

Breves consideraciones previas: para algunos tratadistas, como el profesor Juan David Duque Botero, para poder complementar los principales objetivos que se persiguen con los sistemas de compra pública, es necesario hablar de *las cláusulas sociales que han sido desarrolladas en el seno de la Unión Europea* con ocasión al surgimiento del derecho comunitario, las iniciativas de la Estrategia Europea 2020 y el despliegue de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia.

Las cláusulas sociales, para esta visión europeísta de la contratación pública, permiten un mejor manejo de los dineros que son destinados a la contratación estatal.¹⁷ Esto, en tanto que ellas se convierten en el *vehículo para la satisfacción de nuevas necesidades comunes de la sociedad, objetivos estatales y la inclusión de criterios en virtud de los cuales se incorporan a los contratos aspectos de política social* como el fomento al empleo de personas en situación vulnerable o de riesgo de exclusión laboral, a fin de facilitar su reinserción sociolaboral.¹⁸

No obstante, *las cláusulas sociales no se circunscriben a temas estrictamente “sociales”, sino que también pueden tener contenido ambiental,*

¹⁶ Véase el Concepto C-535 de 2020 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

¹⁷ Juan David DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva* (Valencia: Universidad del Rosario - Editorial Tirant Lo Blanch, 2018, 59.

¹⁸ *Ibidem*.

económico y ético siempre que el objeto del contrato lo permita. De esa manera, el término de cláusula social deberá ser entendido en un sentido amplio. Por ello es que *hablamos de cláusulas sociales como un género que incluye a (i) las ambientales, (ii) las comerciales y (iii) las sociales, propiamente tal.*

Debe indicarse, además que, en principio y para darle vía libre a esta teoría, se suele arengar que “*no hay ninguna disposición que prohíba o restrinja de manera expresa la introducción de cláusulas sociales en la contratación pública*”. Todo lo cual amerita un concienzudo debate.

Desde nuestro punto de vista, debe cuidarse que su inclusión no afecte el deber de selección objetiva¹⁹ como tampoco el de la sana competencia²⁰ y que, además, no se distorsione la finalidad con la cual se propuso el proceso de contratación,²¹ esto es, adjudicar los negocios en condiciones de igualdad y transparencia.

Y allí reside el debate jurídico: en poder determinar con precisión y lucidez el sano equilibrio entre la discriminación que generan las cláusulas sociales y el deber de selección objetiva que se erige como principio rector en la contratación pública.

Bien es cierto que se trata de un tema bastante complejo cuando no confuso, relativo y difícil de administrar.

Por consiguiente, consideramos que las cláusulas sociales se presentan como un complemento de las principales cláusulas imperantes en los procesos de contratación, como el artículo 5 de la Ley 1150. Deber de selección objetiva). *Por esa razón se les conoce también como políticas*

¹⁹ Véase PALACIO JARAMILLO, “Principio de selección objetiva”, 373 y ss.

²⁰ El Estado colombiano ha colocado especial interés en defender la libre competencia en materia de compra pública y contratación estatal. De ello da cuenta, por ejemplo, el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019 (PND), en donde le otorga la competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio para rendir concepto sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Y, aun cuando el concepto *no es vinculante*, la entidad pública que se aparte de él debe hacerlo de manera motivada so pena de comprometer la validez de la reglamentación. Según lo dispuesto por el concepto de la Sala de Servicio y Consulta Civil del Consejo de Estado del 4 de julio de 2013. Particularmente revelador la reciente posición de la sección tercera del H. Consejo de Estado del pasado 28 de mayo de los presentes, mediante un auto que decretó la medida cautelar de suspensión provisional del de los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023, C. P. Alberto Montaña Plata.

²¹ DUQUE BOTERO, Contratación pública estratégica, socialmente..., 60.

secundarias o de finalidades paralelas. Y por la misma razón ética que las estimula, sumado a los efectos jurídicos de selección de contratistas (*criterios de desempate, puntaje adicional o convocatorias restringidas*) es que resultan de obligatorio e insoslayable estudio, aun cuando.

Ahora bien, en los espacios académicos especializados, el contenido esencial de las cláusulas sociales, como hemos advertido, se puede dividir en tres: la compra ética, la compra verde o ecológica y la compra social.²²

Frente a la *compra ética*, puede decirse que comprende todas aquellas exigencias que hace la entidad pública a fin de que los oferentes garanticen el cumplimiento de *condiciones laborales dignas*. Así mismo, de esta categoría hacen parte las iniciativas que velan por un comercio justo.

En cuanto a la *compra verde o ecológica*, se tiene que se encuentra basada en la inclusión de *requerimientos medioambientales en los contratos estatales* tales como el uso de productos reutilizables, el empleo de energías renovables, entre otros.

A su vez, la *compra social* implica considerar aspectos como la *calidad del empleo y el grupo social a incentivar o promover a través de la contratación estatal*. Hablamos de la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la contratación de población históricamente marginada o en presunción de condiciones de inferioridad socio económica como los raizales, indígenas, afrodescendientes, negritudes, gitanos y miembros de la comunidad LGBTI.

Sin perjuicio de lo cual las cláusulas sociales también pueden ser clasificadas por su fuente jurídica (norma jurídica o pliegos de cláusulas administrativas); por su relevancia para el contrato (cláusulas que introducen requisitos específicos, cláusulas que otorgan puntuación concreta, cláusulas de desempate, cláusulas que establecen condiciones particulares de ejecución del contrato), y, por el contenido de las cláusulas sociales (dirigidas a mejorar condiciones laborales, dirigidas a fomentar técnicas más respetuosas con el medio ambiente, dirigidas a fomentar el comercio justo y los procedimientos igualitarios).²³

²² Purificación MEDINA JURADO, “Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas”. *Revista Cemci*, n.º. 7 (2010).

²³ MEDINA JURADO, “Las cláusulas sociales en...”.

Así entendidas, las cláusulas sociales se erigen entonces como un aporte de la actividad estatal a la solución de problemáticas sociales y de inequidad que enfrenta la comunidad, no necesariamente para satisfacer de la mejor manera y calidad el servicio público ofrecido de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80.

En ese sentido, pueden ser incluidas en cada una de las fases de selección del contratista, desde cuando se defina el objeto contractual hasta la redacción de obligaciones de ejecución, *tomando el rol de factor habilitante, factor de evaluación o criterio de desempate en el marco del procedimiento contractual.*

Sin embargo, no puede perderse de vista que la inclusión de cláusulas sociales deberá exponerse de manera clara, expresa y previa a su aplicación. Esto, a fin de garantizar los principios de igualdad, transparencia y no discriminación,²⁴ es decir, la aplicabilidad plena del principio de selección objetiva.

Por otra parte, en la Unión Europea (cuna intelectual de estas cláusulas) han sido establecidos varios criterios para la aplicación de las mismas,²⁵ a saber:

1. Que exista vinculación directa entre las cláusulas y el objeto del contrato.
2. Que la libertad de elección de la administración sea restringida.
3. Que la adjudicación final responda a parámetros objetivos, transparentes e igualitarios.
4. Que todo se maneje bajo un estricto principio de legalidad.

Visto en qué consisten, *grosso modo*, las cláusulas sociales de conformidad con el desarrollo que han tenido en la Unión Europea y sus efectos en la América hispánica, a continuación se estudiará cuál ha sido su desarrollo en estos pagos.

Los distintos periodos

De manera un tanto arbitraria, esta clasificación diferencia las principales etapas en que fueron apareciendo, ya no digamos solamente las cláusulas

²⁴ DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente...*,147.

²⁵ Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública”, Universidades de Vigo, 2013, 346.

de inclusión, sino, especialmente, la tendencia que ellas mismas han tenido en nuestro ordenamiento.

De esa manera podemos afirmar que el *primer periodo* está signado por el hecho de que *las cláusulas de esta naturaleza eran la excepción*, se aplicaron no sin dificultad, pero con alta legitimidad social, y seguían la regla general contenida en el deber de selección objetiva de contratistas (art. 29, Ley 80). Lo que se pretendía era seleccionar el contratista idóneo que presentara la oferta más favorable para los fines que la entidad buscaba. Empero, otra característica típica de este periodo es que el sistema confundía el oferente con la oferta, lo que no siempre fue feliz y su aplicación rehuía la técnica del sistema de compra pública y contratación estatal.

Por eso es que *el segundo periodo mantiene las principales características* en relación con las cláusulas sociales, esto es, excepcionales, claramente identificadas, introducidas principalmente como criterios de desempate y con un alto grado de legitimidad social. Sin embargo, a partir del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que modificó el deber de selección objetiva, contenido originalmente en el artículo 29 de la Ley 80, se diferenció la oferta del oferente bajo el ya conocido sistema de “pasa y no pasa”; huelga decir, de los criterios habilitantes y su distinción con los criterios que otorgan puntaje.²⁶ Igualmente interesante resulta el artículo 12 de la misma Ley 1150 de 2007, sobre el impulso legislativo a las Mipymes.

El *tercer periodo*, por el contrario, se caracterizó porque el viento “social” y ajeno al deber de selección objetiva de contratistas que soplaba inicialmente débil y lejano, terminó convirtiéndose en el derrotero principal para la selección de los mismos. De suerte que lo que importa ahora y en primer término, son las condiciones, atributos, características y particularidades del proponente, es decir, las condiciones subjetivas, antes que las virtudes objetivas de la propuesta y la idoneidad del proponente dentro del mercado. Naturalmente, en este plano de cosas, la oferta no debe ser la que más se acomode a los intereses de la entidad, sino la que mejores bondades de equidad social represente. En esta etapa poco importan los aciertos de

²⁶ Importante y muy completo recuento sobre este aspecto se puede ver en el artículo especializado denominado “El cielo es más azul. Reflexiones sobre el derecho a la subsanabilidad de las ofertas en el Derecho Contractual Público Colombiano” de Gonzalo SUÁREZ BELTRAN, en *Contratos estatales*, I (Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario, 2022), 483.

la oferta, y mucho importan las condiciones personalísimas del oferente/contratista.

Periodos de aparición y aplicación de las cláusulas sociales en Colombia

PRIMER PERIODO: periodo comprendido desde 1993 con la expedición de la Ley 80 hasta el año 2007, cuando aparece la Ley 1150.

Principal fundamento legal:

Artículo 29 de la Ley 80: “...Es objetiva la selección en la cual 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. *Ofrecimiento más favorable es aquel que*, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación. El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, 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 caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.

Características del periodo:

1. La atención del legislador *se concentró en la idoneidad del proponente y fue clara en definir qué se entendía por el ofrecimiento más favorable*, pero confundía las bondades del proponente con los de la propuesta, lo que sin duda terminó por desdibujar el deber de selección objetiva.
2. Las excepciones utilizadas por el legislador fueron precisas: “*en igualdad de condiciones se preferirá.*”

3. Análisis de comparación: para saber cuál de las ofertas representa los intereses más favorables a los fines que persigue la entidad se debe realizar un cotejo entre las mismas y los pliegos de condiciones, prescindiendo de cualquier consideración subjetiva, de afecto o personal.²⁷
4. Prontamente se establecieron *tres excepcionales causales* que privilegiaban los atributos del oferente antes que la igualdad de trato; la selección objetiva y la cultura del mérito.

Esas excepciones al deber de selección objetiva fueron las siguientes:

- a. Artículo 21 de la Ley 80 y desarrollada por la Ley 816 de 2003: Oferta Nacional. En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional. Y, en los Pliegos de Condiciones o Términos de Referencia se “*Adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional*”
- b. Leyes 590 de 2000 y 905 de 2004: Apoyo a las MIPyMES. En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá a cuyos proponentes sean o estén compuesto por la mayor cantidad de MIPYMES.
- c. Leyes 361 de 1997 y 1145 de 2007 sobre Personas con Discapacidad. En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá a cuyos proponentes sean o estén compuestos por el mayor número de personas en condiciones de incapacidad/discapacidad comprobada.
- d. Nota importante: No como causal excepcional “social” sino como nota de colofón, conviene recordar el artículo 22 de la ley 80 debidamente subrogado por diferentes normas establece: Sobre la exigencia del Registro Único de Proponentes (RUP)²⁸. Para poder contratar con el Estado siempre se requiere contar con el RUP salvo en 6 casos, a saber:

“No se requerirá de este registro, ni de calificación, ni clasificación en los casos de contratación de urgencia a que se refiere el artículo 42 de esta Ley; contratación de *menor cuantía* a que se refiere el artículo 24 de esta Ley; contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; contratos de prestación de

²⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 50222 de 24 de mayo de 2018, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 47145 de 1 de abril de 2016, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁸ Ver definición en el Decreto 142 de 2023: “RUP: Registro Único de Proponentes que llevan las cámaras de comercio y en el cual los interesados en participar en Procesos de Contratación deben estar inscritos.”

servicios y contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional.”

- e. Una vez verificados los tres anteriores factores el desempate; verificada la existencia del RUP y, naturalmente, *manteniéndose la igualdad de puntuación de las propuestas, se aplicaban las reglas del AZAR* o los criterios aleatorios de desempate debidamente vertidos en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

SEGUNDO PERIODO: periodo comprendido desde el año 2007, cuando aparece la ley 1150 hasta el año 2020, con la *proliferación de cláusulas sociales en normas sobre criterios de desempate*.

Principal fundamento legal:

Artículo 5 de la ley 1150: *“Es objetiva la selección en la cual 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...”*²⁹

Con todo, en este periodo incluimos las siguientes leyes:

1. Ley 2046 de 2020 *“Por la cual se establecen mecanismos para promover la participación de pequeños productores locales agropecuarios y de la agricultura campesina, familiar y comunitaria en los mercados de compras públicas de alimentos”*;
2. Ley 2069 *“Por medio del cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”*;
3. Ley 2195 *“por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”*;
4. Ley 2160 *“por medio del cual se modifica la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007”*;
5. Ley 2166 *“por la cual se deroga la ley 743 de 2002, se desarrolla el artículo 38 de la constitución política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal y se establecen lineamientos para la formulación e implementación de la política pública de los organismos de acción comunal y de sus afiliados, y se dictan otras disposiciones”*.

²⁹ Añadimos, de nuevo, el ya citado artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.

En cuanto a la noción y alcance de la expresión “ofrecimiento más favorable” podemos atraer la definición que contiene el reglamento 142 de 2023 que modificó el decreto 1082 de 2015.

A nuestro juicio son 3 los aspectos más relevantes de la definición. Por una parte, la norma conserva la idea según la cual el ofrecimiento debe ser el más favorable de cara a los intereses de la entidad. Lo segundo y sin embargo, dispone que “el ofrecimiento más favorable” dependerán de las modalidades de selección que reglamenta. Y, lo tercero, que insiste en la idea de cláusulas sociales y ambientales debidamente reglamentadas por la Agencia Colombia Compra Eficiente. Veamos:

Artículo 2.2.1.1.2.2.2. OFRECIMIENTO MÁS FAVORABLE. La Entidad Estatal debe determinar *la oferta más favorable* teniendo en cuenta las *normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista*.

En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio.

Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.
3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.
4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido.

Para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas No Uniformes a través de Acuerdos Marco de Precios e Instrumentos de Agregación de Demanda, el ofrecimiento más favorable parte de la definición que la Entidad Estatal que estructura el Instrumento de Agregación de Demanda o Acuerdo Marco de Precios hace en la Operación Principal de las condiciones técnicas y económicas mínimas del bien o servicio.

Las Entidades Estatales que compren en la operación secundaria de un Acuerdo Marco de Precios o Instrumento de Agregación de Demanda, deben evaluar las cotizaciones de los proveedores bajo las condiciones que el instrumento fija para definir la oferta más favorable.

PARÁGRAFO. Los criterios de calidad para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir criterios ambientales o sociales vinculados al objeto del contrato.

Los *criterios ambientales* podrán referirse, entre otras, a variables como la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; el empleo de medidas de eficiencia energética y la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato.

Los *criterios sociales* se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: fomento de la integración social de personas con discapacidad, inclusión de personas pertenecientes a grupos vulnerables en la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas en situación de riesgo de exclusión social y la eliminación de criterios sospechosos de discriminación; el fomento de la contratación femenina o población LGT-BIQ+; madres cabeza de hogar; personas que no cuenten con cualificaciones educativas de formación secundaria o profesional superior; víctimas del conflicto armado; criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio justo durante la ejecución del contrato, en los términos definidos por el artículo 4º de la Ley 2046 de 2020.

En el marco de las competencias atribuidas por el Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra

Eficiente *adoptará instrumentos* dirigidos a orientar a las Entidades Estatales en la aplicación de estos criterios sociales y ambientales. (Resaltado nuestro)

Características del periodo:

1. Se mantiene la idea clásica de la ley 80 original en cuanto a la aplicación del deber de selección objetiva, salvo *tres cambios trascendentales*, a saber: (a) la adopción de la teoría de “pasa o no pasa”, huelga decir, la teoría que diferencia los criterios de idoneidad del proponente con los de calificación y bondades de la propuesta, (b) establece unas prohibiciones especiales para los pliegos de condiciones y, hacia el final del periodo, (c) se expande la función legislativa que por distintas razones y con distintas motivaciones regulan prolíficamente las cláusulas sociales.
2. Con todo, esta etapa se concentra en la idoneidad del proponente y la calidad de la propuesta diferenciando claramente entre proponente y propuesta a través de la diferenciación de los criterios habilitantes y los que otorgan puntaje, *reservando las cláusulas afirmativas a los criterios de desempate*.
3. En una primera fase, las excepciones al deber de selección objetiva continúan siendo las mismas del primer periodo. No hay cambio fundamental en cuanto a la aplicación de la teoría clásica de la función del estatuto de contratación pública.
4. Al igual que en el periodo anterior, una vez verificados los tres anteriores factores el desempate y manteniéndose igualdad de puntuación de las propuestas, se aplicaban las reglas del AZAR o los criterios aleatorios de adjudicación debidamente vertidos en los pliegos de condiciones o términos de referencia.
5. *Nota de colofón*: el artículo 6 de la Ley 1150 modificó el artículo 22 de la Ley 80 en lo que hace al Registro Único de Proponentes (RUP), el cual quedó de la siguiente manera:

No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de

productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

Las claves para codificar este periodo se pueden clasificar según los siguientes criterios:

- a. La legislación atiende a las *distintas modalidades de selección*, con lo cual se refuerza la relevancia de conocer las diferentes modalidades de selección atraídas superlativamente desde la ley 1150.
- b. Resulta fundamental *identificar la naturaleza jurídica del proponente* a efectos de deslizar el régimen legal aplicable y sus beneficios.
- c. Indispensable resulta igualmente *identificar el objeto de la contratación y relacionarlo con la modalidad de contratación* dentro del marco de los regímenes especiales que contemplan las leyes.
- d. También aparece importante *ubicar territorialmente* a los beneficiarios consagrados en la legislación por cuanto unas cláusulas tienen como destinatarios locales y otros en el ámbito nacional.
- e. Para finalizar, conviene *identificar los límites a la contratación* impuesta por el legislador para cada regulación.

TERCER PERIODO: desde la finalización del segundo periodo HASTA la fecha. Incluye la entrada en vigor de la ley 2294 (PND), el Decreto 1860 de 2021 y el Decreto 142 de 2023.

Principal fundamento legal:

Propagación normativa contenida en varias disposiciones de ley 2294 (PND) y un “audaz” desarrollo a través de los Decretos reglamentario 1860 de 2021 y 142 de 2023.

Características del periodo:

1. *Proliferación normativa sobre la materia*: se fundamenta en una cantidad muy diferente de artículos de distinta naturaleza y contenido en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y la entrada

en vigencia del Decreto 142 de 2023 “*Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para promover el acceso al sistema de Compras Públicas de las Mipymes, las Cooperativas y demás entidades de la economía solidaria, se incorporan criterios sociales y ambientales en los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales, se incluye el Título de emprendimiento comunal y se dictan otras disposiciones*” y del Decreto 1860 de 2021 “*Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones*”.

2. *Se profundiza el criterio que caracteriza las cláusulas sociales en las modalidades de selección antes que como obligaciones contractuales: en efecto, las cláusulas Sociales se aplican a las modalidades de selección antes que a las bondades de los oferentes y mucho menos a las virtudes de las propuestas. Por lo tanto, se aplican ANTES de la contratación para la escogencia de contratistas y no como obligación contractual POSTERIOR a la selección de estos.*
3. *Imposición legal de aplicar las cláusulas sociales: Pasamos del incentivo de contratación de segmentos poblacionales menos favorecidos a la imposición y el deber de contratación con ellos.*
4. *Se favorece al proponente antes que a su idoneidad: la característica fundamental es que favorece al sujeto (acciones afirmativas) antes que a la idoneidad y la calidad del proponente. Por supuesto que las bondades de la propuesta pasan a un tercer plano de estudio y evaluación.*
5. *Abierta disputa con el deber de selección objetiva: pone en riesgo el objetivo de la contratación pública de la escuela clásica de satisfacer el interés general antes que redistribuir los recursos públicos en favor de la equidad social. De igual manera pone en riesgo la seguridad y continuidad del servicio contratado y de los consumidores y afecta gravemente el principio de selección objetiva.*

6. Esta fase cuenta con dos etapas: (i) la ampliación de los criterios de desempate y (ii) la imposición de las cláusulas Sociales propiamente tal para imponer la contratación con determinadas personas.
7. *Inseguridad jurídica*: los operadores jurídicos carecen de seguridad al momento de aplicar el deber de selección objetiva.

Argumentos que justifican la utilización de las cláusulas sociales

Tal y como hemos dicho, para los efectos de este escrito entenderemos por *cláusulas sociales* un género que abarca tres especies diferentes, a saber: (i) las cláusulas ambientales; (ii) las cláusulas sociales, propiamente tal y (iii) las cláusulas comerciales.

En el primero ubicamos aquellas disposiciones en los Pliegos de Condiciones y en los Contratos Estatales *tendientes a favorecer acciones positivas en pro del ecosistema y del medio ambiente*. En el segundo, *aquellas que promueven políticas sociales de inclusión, rehabilitación y reparación histórica* a determinados grupos sociales considerados marginados y, por decirlo de alguna manera, acreedores de una sociedad estructuralmente inequitativa y excluyente. El tercer grupo de cláusulas sociales *apuntala a fomentar el comercio y la industria* por medio de la promoción, desde la contratación pública, de determinadas empresas a las que el legislador decidió impulsar a través del acceso privilegiado a la contratación.

Naturalmente, *el punto de partida es la discriminación* y, como toda discriminación genera importantes debates filosóficos y jurídicos en torno a la constitucionalidad y conveniencia de la misma.

Las cláusulas sociales se explayan (a) como criterios de desempate, (b) como criterios para otorgar mayor puntaje, (c) para edificar convocatorias reservadas, o (d) con el propósito de permitir contrataciones directas o especializadas.

En ese orden de ideas, buscar el equilibrio entre (i) el principio de selección objetiva (como criterio racional) con (ii) los legítimos criterios aleatorios de adjudicación (suerte); con (iii) la tendencia de inclusión de las cláusulas sociales (criterios subjetivos), constituye una incesante tarea para operadores jurídicos, académicos, legisladores, así como para el Gobierno nacional.

Acá presentamos los principales argumentos que justifican la aplicación de las cláusulas sociales en la contratación pública nacional.

Primer argumento: la finalidad de las cláusulas sociales de cara a los factores de desempate y la reserva legal

Conforme lo establecido por la Agencia Nacional de Contratación Pública, *el empate* en los procesos de selección es “un evento en el cual dos o más oferentes *alcanzan una puntuación similar*, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección”.³⁰ (Resaltado fuera de texto).

De modo que, en los procesos de selección que adelanta el *Estado el empate supone dos circunstancias previas*:

La primera: varios oferentes habilitados (implica la acreditación de los requisitos habilitantes o de participación³¹) y, la segunda, más de un proponente cuenta con la misma calificación como resultado de aplicar los criterios que otorgan puntaje³² (una vez habilitados).

Así las cosas, *la finalidad de las cláusulas sociales a efectos de aplicar criterios de desempate* reside en el hecho de que luego de surtirse el proceso de habilitación y calificación no es infrecuente que se configure una situación de empate.³³ Es allí cuando las entidades estatales deben

³⁰ Colombia Compra Eficiente. Concepto-2021-N0000029_007_20210216

³¹ Son aquellos que apuntan a determinar la idoneidad del oferente que está en condiciones de cumplir con el objeto del proceso de contratación y posterior ejecución del contrato que se llegue a celebrar, por lo que están referidos a la capacidad jurídica, financiera, organizacional y experiencia del oferente –que no de la oferta. Frente a estos, el legislador consideró razonable permitir la subsanación de dichos requisitos, en consecuencia, en la contratación estatal no puede haber rechazo o discriminación del proponente por asuntos meramente rituales, encontrándose el oferente plenamente facultado para allegar nuevos documentos o aclarar los existentes dentro del respectivo proceso de selección. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de octubre veinticuatro (24) de dos mil dieciséis (2016). Rad.: 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607), C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

³² Se refiere a aquellos que permiten establecer la oferta más ventajosa para la entidad a partir de la ponderación precisa, detallada y concreta de los diversos factores técnicos y económicos previamente establecidos por la Entidad Contratante, en otras palabras, los factores de calificación se aplican exclusivamente en función de la oferta.

³³ A modo de ejemplo, los procesos de contratación de consultoría, como lo son las interventorías, los cuales se llevan a cabo a través del proceso de selección denominado concurso de méritos, terminan normalmente en situaciones de empate a pesar de pasar por la acreditación de los requisitos habilitantes y aplicar los factores calificables. En estos casos, los factores de desempate toman un papel protagónico, dado que se acude con mayor frecuencia a estos para determinar la elección del adjudicatario del proceso.

acudir a susodichos criterios con el objetivo de *finiquitar los procesos de selección y adjudicar el contrato*.

Adicionalmente, debemos observar cómo los criterios de desempate de ley son útiles en la medida en que *constituyen un límite a la discrecionalidad de la administración* y evitan que se configuren comportamientos arbitrarios al momento en el que los servidores públicos tomen la decisión de adjudicar el contrato,³⁴ materializando así varios principios de la contratación estatal dentro de los cuales se encuentran, la selección objetiva, la igualdad de trato, la publicidad y la transparencia.

Por lo mismo, las acciones afirmativas que sustituyen los criterios de desempate aleatorio deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. *Jerarquía legal y normas de orden público*: Todo lo anterior explica la razón por la cual los referidos factores de desempate deben estar establecidos de antemano en la ley.³⁵
2. *Publicidad*: deben ser conocidos por todos los interesados en el proceso de selección y como quiera que tienen su basamento en la ley, *no hace falta que se incorporen en los pliegos de condiciones, aun cuando es recomendable*.
3. *Son de obligatorio cumplimiento*: por ende, si la ley estipula factores de desempate obligatorios (como en efecto lo hace a través de la Ley 2069 de 2020) las entidades estatales no pueden desatenderlos, menos aun cuando casi todos ellos se fijan como acciones afirmativas para favorecer a ciertos sectores de la población.³⁶

³⁴ De acuerdo con el Consejo de Estado los factores de desempate deben ser “imparciales que **impidan la discrecionalidad en la elección del contratista**”. De no ser cumplido este presupuesto, advirtió el máximo Tribunal administrativo que “**comportaría ceder a la administración la libertad de escoger a su arbitrio entre propuestas equivalentes en puntuación, pero diferentes en cuanto al producto ofrecido, desconociendo los fines de la contratación pública y quebrantando los principios de transparencia y selección objetiva**” (Negrilla fuera de texto) Consejo de Estado. Sección III. Subsección B, M. P. Stella Conto Días del Castillo. Radicación: 31918 del 29 de octubre de 2015.

³⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2013. Exp. 27.506. C.P. Stella Conto Diaz del Castillo. **Ver también auto del 28 de mayo de 2024 que “...resuelve la solicitud de medida cautelar de suspensión de los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023”**.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo.

4. *Reserva legal*: Tampoco podrán incluir unos criterios de desempate adicionales a los establecidos en la ley toda vez que *se trata de una limitante que ostenta reserva legal dada la naturaleza limitativa a los derechos* de los proponentes.³⁷
5. *Son escalonados*: igualmente, a nuestro juicio, tampoco es dable incluir en los pliegos de condiciones criterios de desempate para aquellos casos en que dos o más proponentes se encuentran amparados por el mismo criterio de desempate señalado en el artículo 35 de la Ley 2069 pues la misma ley señala cómo debe procederse de manera escalonada en esos casos.
6. *Efectos de la desatención de los criterios legales de desempate*: frente a este particular asunto, resulta importante tener en cuenta que el Consejo de Estado ha considerado que ir en contravía de los factores de desempate que se encuentran establecidos de manera expresa en la Ley genera *la nulidad del contrato por objeto ilícito, como quiera que se estarían contraviniendo normas de orden público*, tal como lo estipula el inciso 1° del artículo 44³⁸ de la Ley 80 de 1993³⁹.

Ahora bien, importa tener presente que, en un inicio, los factores de desempate no tenían como fin consolidar beneficios sociales que buscaran la eliminación de las brechas económicas de las poblaciones vulnerables, o la equidad y justicia social, sino que se trataba de condiciones más genéricas, objetivas y técnicas que entregasen certeza jurídica tanto a la administración como a los administrados y a la comunidad en general al momento de adjudicar el contrato.

Sin perjuicio de lo cual, es menester indicar que este enfoque de los factores de desempate cambió con el excesivo desarrollo y la mala comprensión del principio constitucional del “Estado Social de Derecho” y la aplicación de

³⁷ Ver por ejemplo, Concepto 009 del 4 de febrero de 2021. Agencia Colombia Compra Eficiente.

³⁸ “**ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA.** Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el *derecho común* y además cuando (...)”.

³⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013, C. P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1°, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común...», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil.

las *cláusulas sociales* en la contratación pública enarboladas por la escuela “progresista”, tal como se expone en el presente estudio.

LA SEGUNDA: *Limitaciones de las cláusulas sociales*: dado este contexto, esta finalidad, y a sabiendas de que se trata de limitar los derechos de los asociados (especialmente la libre competencia), así como la de limitar la libertad de configuración de los pliegos de condiciones por parte de la administración, es que no dudamos en advertir que las cláusulas sociales y los criterios de desempate son propios de las competencias del legislador; ostentan reserva legal y, consiguientemente, no pueden ser deslizadas por vía reglamentaria. Por el contrario, su aplicación comporta un estruendoso debate jurídico, en especial a la hora de contrastarlo con el deber de selección objetiva de contratistas.⁴⁰

Segundo argumento: la equidad y la injusticia social

Para el análisis de la incorporación de las cláusulas sociales en Colombia se debe tener en cuenta el artículo 209 de la Constitución Política que estipula que “La función administrativa está al servicio *de los intereses generales* y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”. Ello en concordancia (¿contraposición?) de los principios de dignidad humana y de los valores constitucionales del Estado *Social* de Derecho, así como de la inclusión y el pluralismo social (perspectiva desde la escuela progresista).

A su turno, de todos los demás principios previstos en el ordenamiento jurídico *–principalmente los que irradian la contratación estatal–*, se deriva que la contratación debe garantizar el cumplimiento de los fines del Estado⁴¹ y, a su turno, la administración debe acatar los fines del Estatuto de Contratación, tales como vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato, la protección de los derechos de la entidad, los contratistas y terceros involucrados, garantizar la continua, eficiente, segura y en condiciones

⁴⁰ Ver el ya citado auto del Consejo de Estado, Sección Tercera del 28 de mayo de 2024, “por medio del cual se resuelve la solicitud de medida cautelar de suspensión de los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023.”

⁴¹ Artículo tercero de la Ley 80 de 1993. “*Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan 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*”.

de calidad de la prestación de la obra o servicio público, entre otros.⁴² En suma, la contratación Estatal debe proveer la correcta, oportuna, eficiente, continua y segura prestación de los servicios públicos (perspectiva desde la escuela clásica).

En ese sentido, quienes defienden la existencia y las bondades de las cláusulas sociales en el país, aseveran que existe un conjunto de pautas que guían tanto a la administración como a los particulares que superan la visión tradicional de la relación contractual.⁴³ Esto implica que la contratación estatal vaya más allá de las obligaciones nacidas en el vínculo jurídico y trascienda a la satisfacción de necesidades sociales diversas.⁴⁴ Ese es el enorme reto que plantea esta teoría.

Para la escuela progresista, sobre ambas partes de la relación jurídica contractual es que deben recaer nuevas obligaciones que buscan que el Estado minimice los daños colaterales de su actividad y aporte esfuerzos que favorezcan a algunos de los sectores más desfavorecidos de la sociedad. Ello, reiteramos, partiendo del reconocimiento de Colombia como un Estado Social de Derecho y la equidad social.⁴⁵

Dicho lo anterior, en este punto es relevante hacer mención al *principio de discriminación positiva* que, a pesar de ir en contravía de los artículos 2, 13 y 209 superior, para la Corte Constitucional hace parte de la concepción misma del Estado Social de Derecho.

El principio parte de la idea de que es indispensable otorgar tratamientos benéficos a grupos específicos de la sociedad en tanto que estos se encuentran en situación de desventaja respecto al promedio social,⁴⁶ o que han sido históricamente discriminados o, a los que se les puede aplicar una presunción de inferioridad y desventaja social.

El gobierno del presidente Duque mantuvo la idea de que la inclusión de cláusulas sociales en los procedimientos de contratación pública que promuevan incentivos para segmentos sociales determinados (mujeres, víctimas, reinsertados etc...), son un método valioso para facilitar el cierre de

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C- 037 de 2003.

⁴³ Ver por ejemplo, Concepto 535 de 2020 del 26 de agosto de 2020. Agencia Colombia Compra Eficiente.

⁴⁴ DUQUE BOTERO, Contratación pública estratégica, socialmente..., 199.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente...*, 220.

la brecha social existente. Por eso trabajó con el Congreso de la República la expedición de la *Ley de emprendimiento* (Ley 2069 de 2020), por medio de la cual se establecieron copiosamente las cláusulas sociales o de discriminación positiva en la contratación estatal.

En ese sentido, para esta línea de pensamiento, el Estado debe cumplir un papel preponderante en garantizar el desarrollo y la ejecución de todas las políticas que permitan a los integrantes de estos grupos sociales satisfacer de manera legal sus necesidades, incluso por encima de la premisa de la igualdad de trato, del interés general y del principio de selección objetiva. He ahí el debate *iusfilosófico* relevante.

En suma, se parte de la idea que, si bien el Estado no puede intervenir en la libertad de configuración de los privados para definir las políticas internas que rigen sus empresas y sus estructuras internas, sí puede *imponer incentivos que favorezcan la inclusión laboral de determinadas personas a través de ventajas competitivas en los procesos de selección de contratistas*.

Empero, otra posición, que poco se ha estudiado pero que es digna de consideración intelectual, es la que defiende la existencia de las cláusulas sociales como instrumentos válidos de equidad social, *no mediante los factores de selección de contratistas sino como obligaciones sociales, ecológicas y éticas estipuladas dentro de los negocios jurídicos públicos*. No en los pliegos, sino en los contratos. Ellas generan el mismo efecto social pretendido, pero sin vulnerar el principio de igualdad de trato traducido, entre otros, en el deber de selección objetiva de contratistas.

Por lo tanto, para una parte de la doctrina, la redacción de las (a) cláusulas que otorguen puntaje superior o adicional, (b) que faciliten las decisiones de la administración en caso de que se presente un empate o, (c) que permitan la convocatoria restringida de proponentes, es una acción sencilla que puede servir de elemento transformador de la sociedad⁴⁷.

Para otra parte de los estudiosos, por el contrario, esta tendencia constituye un factor de enorme distorsión frente a la finalidad de la contratación estatal en materia de la satisfacción correcta y oportuna de los servicios públicos contratados. Fijarse más en las condiciones sociales del proponente antes

⁴⁷ F. PEARL. “Hacia la modernidad”, 311-314, en *Reconciliación. El gran desafío de Colombia* (Bogotá, Semana Libros. 2015).

que en las virtudes y bondades de la propuesta y en las calificaciones del oferente, configura un innecesario riesgo a la hora de contratar y de prestar un servicio público en condiciones de calidad, oportunidad, continuidad y seguridad.

Por ello, se insiste en la idea *de las cláusulas sociales como obligaciones contractuales* antes que como requisitos para seleccionarlos. De esa manera se podría equilibrar mejor este espinoso debate.

Tercer argumento, el de la especialización:

Quienes defienden las bondades de las cláusulas sociales y su irrestricta aplicación, manifiestan que las mismas dependen de dos cuestiones fundamentales: (i) el argumento de la legitimidad democrática que parte del supuesto de un debate amplio en el seno del Congreso de la República que le permite a los operadores jurídicos aplicarlas con legitimidad y; (ii) que las cláusulas sociales obedecen a criterios especializados de aplicación.

Al respecto, es importante señalar que a pesar de que existen diversos criterios sociales, no todos ellos pueden y deben ser incorporados en la totalidad de los proyectos contractuales. Por lo tanto, se deberá determinar para cada caso cuáles son las prioridades sociales, así como el objeto contractual, el sector de actividad, el plazo de ejecución y el presupuesto asignado.⁴⁸

Sea como sea, el Estado colombiano ha considerado que se encuentra en capacidad de definir prerrogativas que direccionen sus procesos de contratación, incluso, mediante la inclusión de cláusulas sociales para la adjudicación de contratos públicos.⁴⁹ Esa es la tendencia mayoritaria en la actualidad.

Cuarto argumento: las cláusulas sociales y el deber de planeación

Quienes suelen abogar por la incorporación y aplicación de estas cláusulas comúnmente sostienen que las mismas se acompañan con el deber de planeación⁵⁰ y que este les sirve de límite a la arbitrariedad. También suelen sostener que el deber de Planeación se complementa adecuadamente

⁴⁸ S. LESMES ZABALEGUI y L. Rodríguez Zugasti, *Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales* (Villafranca de Córdoba: Ideas, Departamento de Compra Responsable, 2014).

⁴⁹ DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente...*, 319.

⁵⁰ Sobre el deber de planeación, véase Policy Paper: "El deber de Planeación en la contratación estatal", de Pombo Caballero Abogados, 2023.

mediante la incorporación de las cláusulas horizontales y criterios de diferenciación.

Cuando estas cláusulas se estipulen para ser empleadas como factores de desempate o como acciones afirmativas acentuadas (*procesos con competencia reservada; para contratación directa y para seleccionar algunos grupos poblacionales excluyendo a la mayoría*), la escuela progresista suele limitarlas al cumplimiento de los siguientes requisitos a fin de garantizar la transparencia y objetividad del proceso.⁵¹ Sostienen que con ello se autorregula la administración, se compagina con el deber de selección objetiva y se le otorga plenitud al deber de planeación en la contratación estatal.

1. Deben mencionarse desde el anuncio de apertura del proceso.
2. En el pliego de condiciones se debe especificar el criterio adicional y el método de cuantificación o evaluación, si es del caso.
3. Debe existir un método de ponderación objetivo, dentro del margen que otorga la ley. (Por ejemplo, en caso de empate: art. 35 de la Ley 2069 y las leyes complementarias. Para contratación directa o limitación de la competencia la ley 2294 de 2023, PND)
4. Las cláusulas introducidas deben tener relación con el objeto contractual.

Dicho lo anterior, a continuación, se traen algunos ejemplos de cláusulas sociales que han sido incluidas en la normatividad colombiana:⁵²

- Que la empresa⁵³ cuente con un porcentaje mínimo de cupos destinados para desempleados, grupos en situación de vulnerabilidad o personas con condiciones especiales.
- Que la empresa pueda certificar la realización de actividades de capacitación y salud ocupacional.
- Que la empresa respete las obligaciones previstas en desarrollo de los sellos ambientales y de comercio justo aprobados a nivel internacional.

⁵¹ DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente ...*, 345.

⁵² *Ibid.*, 349.

⁵³ Entiéndase “empresa” en su concepción general como actividad económicamente organizada. De suerte que dentro de ella deben incluirse personas naturales, fundaciones, corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, estructuras plurales entre otras.

- Que la empresa respete las obligaciones adoptadas mediante convenios con la OIT.
- Que se prefiera la contratación con comunidades indígenas, palenqueras, raizales, campesinas, desmovilizadas, desplazadas o víctimas de la violencia. Así mismo, con comunidades locales a través de cabildos indígenas, juntas de acción comunal, asociaciones mutuales, entre otros.

En definitiva, para la tesis que favorece la utilización de las cláusulas sociales, se puede decir que ellas son una herramienta para garantizar un modelo de compra, suministro, servicios y obras públicas que observe los criterios ambientales, sociales y “éticos”, todos ellos, pretendidos por el deber de planeación. Un modelo de contratación con criterios de “justicia social” que supere la concepción clásica de la modalidad de selección.

Ello implica, dicen sus defensores, que el proceso de planeación sea idóneo, realista y social y ambientalmente sostenible. Todo lo cual debe verse reflejado a través de la aplicación del deber de planeación que, a su turno, constituye prenda de garantía para los asociados y del cumplimiento tradicional de los fines de la contratación.

Además, para esa parte de la doctrina, no cabe duda de que su utilización genera un mejor uso de los recursos públicos, fortalece la competencia y garantiza la eficacia de leyes superiores como los más caros postulados constitucionales (dignidad humana, Estado Social de Derecho, inclusión y pluralismo).

Por último, de esta tendencia legislativa⁵⁴ se extrae que *la selección de una oferta determinada para la ejecución de un proceso de contratación pública no debe responder exclusivamente a criterios económicos u otros tantos criterios objetivos, huelga decir, que versen o recaigan exclusivamente sobre la calidad y bondades de la propuesta e idoneidad del proponente.* Por el contrario, la misma debe contener parámetros (sociales, ambientales y éticos) que la doten de utilidad para la administración allende a los criterios racionales y objetivos tradicionales.

⁵⁴ La tendencia que venimos hablando: la inclusión de la teoría de las cláusulas sociales en la contratación pública colombiana.

Quinto argumento, argumentos que justifican empíricamente la utilización de las cláusulas sociales en Colombia:

El quinto argumento que se utiliza para sostener la importancia de las cláusulas sociales tiene que ver con la innegable realidad social y la importancia que para el desarrollo comunitario reviste la contratación estatal y la compra pública.

El sector de la infraestructura y de la compra pública en Colombia son uno de los principales motores de la economía. A su turno, debemos señalar las enseñanzas del profesor Alejandro Barreto,⁵⁵ cuando nos recuerda que el sistema de compra pública es *monopsónico* en donde existen muchos oferentes y un único Estado comprador, todo lo cual habilita al Estado a regular grandemente el mercado (art. 334 CP) para equilibrar sus fallas.

Adicionalmente, el sector de la infraestructura de transporte, por ejemplo, se ha consolidado como uno de los sectores de atracción de inversión extranjera en Colombia y el principal motor de desarrollo dentro de la reactivación económica tras la pandemia Covid-19.⁵⁶

Por otra parte, a fin de mitigar los efectos de la pandemia, se ha generado un plan de inversión en infraestructura de USD 5.868 millones, únicamente a través de mecanismos de APP, y otro tanto en obras públicas y sus respectivas interventorías.⁵⁷

Lo anterior nos lleva a una afirmación irrefutable: la trascendencia del sector de la infraestructura y de la compra pública para el desarrollo del país y la dignificación de sus habitantes, es innegable.

Las principales problemáticas sociales consideradas por la administración para ser mitigadas mediante el Estatuto de Contratación Pública se pueden resumir en incuestionables problemáticas socioambientales en nuestro país.

Veamos las principales:

- a. Preferir al nacional frente al extranjero.
- b. Impulsar a la población discapacitada.

⁵⁵ Véase *El Derecho de la compra pública* de Alejandro BARRETO MORENO (Bogotá: Editorial Legis, 2020).

⁵⁶ Invest in Colombia. Se encuentra en el siguiente link: <https://investincolombia.com.co/es/sectores/infraestructura/infraestructura-de-transporte>

⁵⁷ *Ibidem*.

- c. Promover a la micro, pequeña y mediana empresa.
- d. Cerrar la brecha de contratación del género femenino frente al masculino.
- e. Rehabilitar y resocializar excriminales.
- f. Motivar e impulsar a la mujer, comunidad LGRBI+ y a los jóvenes.
- g. Apoyar e impulsar a sectores poblacionales históricamente excluidos, marginados o maltratados, tales como comunidad raizal, indígenas, palenqueros, RROM.
- h. Reparar a las víctimas de la violencia.
- i. Beneficiar a la población del adulto mayor.

Igualmente, nos presenta el enorme reto que tiene el legislador de actualizar y poner al día el Estatuto General de la Contratación Estatal y las compras públicas⁵⁸ para solventar, mitigar y mejorar el agenciamiento de las desigualdades sociales. *El debate reside entonces en establecer si debe hacerse a través de las llamadas cláusulas sociales para la selección de contratistas, o si ellas deben hacer parte de las obligaciones de los contratistas adjudicatarios.*

En resumen, la tendencia de incorporación de las cláusulas sociales en la contratación pública es una realidad de Perogrullo que por sus enormes consecuencias en la vida social y económica del país debe ser constantemente monitoreada. También conviene indicar que ella estriba en las cifras y fundamentales macroeconómicos y sociales buena parte de su legitimidad. Si el Estatuto de Contratación se entiende como un vehículo para la igualdad, inclusión y equidad social, no cabe duda que susodichas estadísticas e infelices realidades sociales resultan ser un adecuado sustento para su implementación.

No obstante lo cual y dadas las dificultades y arbitrariedades en su concepción (ni que decir en su ejecución), harto conviene revisar también los argumentos en contra de su inclusión como ventajas en los pliegos de condiciones.

⁵⁸ Artículo 150 No. 26 de la Constitución Política.

El debate *iusfilosófico* sobre la justicia, la conveniencia y la constitucionalidad de las cláusulas sociales. Los argumentos en contra

No obstante el estudio de los respetables argumentos que acompañan la incorporación legal de las cláusulas sociales, lo cierto es que las mismas entrañan profundos debates sobre la concepción misma de justicia; la conveniencia práctica de sus efectos y, en consecuencia, la constitucionalidad que ellas revisten.

Razones de inconstitucionalidad:

1. Violación del Test de razonabilidad y proporcionalidad:

Desde el propio debate legislativo nos encontramos con las dificultades de aplicar el Test constitucional de razonabilidad y proporcionalidad, *no* desde el punto de vista de la aplicación de la norma sino desde su aprobación.

En otras palabras, nos referimos a la *capacidad configurativa* del legislador (cuanto más del reglamento) al momento de incorporar susodichas cláusulas en nuestro ordenamiento jurídico.

Ciertamente, *este tipo de cláusulas comprometen fuertemente los criterios constitucionales de adecuación, necesidad y proporcionalidad* en estricto sentido, y afectan principios fundantes del Estado Social de Derecho como la primacía del interés general sobre el particular; la inclusión social representada en la pluralidad de oferentes y el principio y derecho al trato igualitario.

Se ha comprobado que los objetivos por estas discriminaciones buscan, así como los loables intereses por ellas pretendidos, *alternativas legislativas que afectan de menor manera los derechos y libertades fundamentales limitados y afectados*, tanto de los asociados (proponentes) como de las entidades públicas al momento de configurar sus pliegos descondiciones.⁵⁹

Así por ejemplo, el hecho de incorporarlas a través de las obligaciones contractuales *antes* que como criterios de desempate y, con mayor razón, *antes* que como condiciones para adelantar convocatorias reservadas u otorgar puntaje adicional o, celebrar directamente el contrato, permite concluir que estas cláusulas son constitucionalmente insostenibles. De

⁵⁹ Sobre capacidad configurativa de los Pliegos de Condiciones ver Concepto de la Agencia Colombia Compra Eficiente, Rad. 4201814000004672.

modo que concebidas en la etapa precontractual son, en nuestro criterio, eminentemente inconstitucionales y, ciertamente, podrían adecuarse mejor si se incluyen como obligaciones contractuales.

En igual sentido podemos afirmar que la *necesidad* de tales reglas resulta constitucionalmente cuestionable si comprendemos que la Constitución Política entiende al Estatuto de Contratación estatal como un instrumento para el mejor proveer los bienes y servicios públicos con altos estándares de calidad, seguridad y continuidad. Es decir, a pesar de que tanto la doctrina como la jurisprudencia sostengan otra cosa, lo cierto es que, ontológicamente, la Ley 80 y sus posteriores reformas reclaman una visión liberal, competitiva y meritocrática del Estatuto, lo que hace genéticamente incompatible la visión original de la ley con las posteriores transformaciones que se le quiere revolucionar mediante las cláusulas inclusivas.

De modo que también podemos advertir que aquella visión progresista no solamente corrompe el ADN del Estatuto de Contratación sino que, además, contamina el criterio de proporcionalidad conforme a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva que la constitución demanda del Estatuto de Contratación Pública. ¿La razón? Por cuanto desequilibra el sistema competitivo y meritocrático demandado constitucionalmente desde el origen de la Ley 80, imponiendo criterios allende a la idoneidad del proponente y calidades de la oferta. Ese desbarajuste de la ecuación oferente/oferta resulta abiertamente desproporcionado de cara a las finalidades del Estado Social, pluralista, inclusivo y competitivo.

Con lo cual, la inconstitucionalidad se puede agenciar a través de tres escenarios y en distintos momentos. En la configuración de la ley (norma); a través de un juicio de exequibilidad y mediante la aplicación de la excepción de constitucionalidad.

2. Inconstitucionalidad por las razones que motivan la jerarquización de las cláusulas sociales:

Otro incuestionable debate de naturaleza constitucional en torno a las cláusulas sociales en la contratación estatal reside en el hecho de poder establecer con una mínima motivación de justicia la jerarquización que ellas deben ostentar en nuestra ley.

En efecto, desde el punto de vista *iusfilosófico*, resulta poco justificable hacer prevalecer a un proponente que cuenta con una prerrogativa mediante

una subjetiva cláusula de inclusión (como la de la mujer con maltrato intrafamiliar) frente a uno que cuenta con un criterio de desplazamiento por la violencia o, esos dos criterios colocarlos por encima de aquel oferente que cuenta con un adulto mayor o un miembro de la comunidad LGTBI+ dentro de su oferta. Esa desorbitancia es extraña y riñe abiertamente con los criterios de justicia motivada que demanda nuestra Carta Política para la configuración normativa.

Por el contrario, el desarrollo que le ofreció el deber de selección objetiva⁶⁰ a los postulados constitucionales de igualdad de trato (art. 13, CP); libertad, competencia y mérito; trabajo digno e inclusión social, permiten presagiar que la tendencia “progresista” en la contratación nacional es abiertamente inconstitucional.

3. Razones de inconveniencia:

Amén de las razones sobre la inconstitucionalidad conviene identificar algunas razones sobre la conveniencia de los criterios de preferencia.

A. Sobre la finalidad:

Ya hemos dicho cómo la razón de ser de nuestro estatuto de contratación se cimienta en el hecho de que el mismo garantice (o pretenda hacerlo) la satisfacción de la prestación de los servicios públicos en condiciones de seguridad, calidad y continuidad. Todo lo cual nos lleva a la pregunta teleológica: ¿para qué hemos concebido el sistema de contratación pública?

A no dudarlo lo hemos concebido inicialmente para esos básicos pero fundamentales menesteres a pesar de las embestidas legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias del cual ha venido siendo víctima.

Por manera que si el objetivo del sistema es y, me temo, continúa siendo ese –el de la prestación de los servicios públicos en condiciones de seguridad, calidad, oportunidad y continuidad–, ¿cómo hacerlos compaginar con unas cláusulas afirmativas, cuya esencia parten de las antípodas hermenéuticas del propio Estatuto? ¿Cómo poder aplicar ambos regímenes si se yugstaponen estructuralmente?

El sistema de la Ley 80 no está concebido para promover condiciones de trabajo en condiciones equitativas o para promocionar cláusulas jurídicas que promocionen el medio ambiente o para distribuir de mejor manera la

⁶⁰ Tal y como se concibió originalmente y en la Ley 1150.

riqueza nacional entre los habitantes. Esa es la razón por la cual, *ex ante*, la aplicación de las cláusulas de inclusión presentan problemas de aplicación insalvables.

Por ejemplo, los conceptos de la Agencia Colombia Compra Eficiente en relación con el porcentaje (%) de participación de la población menos favorecida que se pretende beneficiar con las mismas presenta una interpretación insuperable. Se dice, al punto, que ese porcentaje (%) de personas a beneficiar se predica (aplica) en relación al número socios del proponente y no frente al total de la planta de los trabajadores.⁶¹

Nótese que, intuitivamente, se pensaría que las cláusulas sociales tienen como propósito *incluir* la mayor cantidad posible de gente “beneficiada”. Para ese fin lo procedente hubiese sido dictaminar que el porcentaje de participación de la población beneficiada debía medirse en comparación con el total de la planta de personal y *no* frente al número de socios del proponente. En consecuencia, la interpretación ofrecida por la Agencia dista mucho (cuando no la contradice), del espíritu inclusivo de la cláusula horizontal.

¿Por qué se conceptuó de esa manera? Porque las máximas de la experiencia aterrizaban en la certeza de que si se aplicaba de otra manera, el efecto nocivo frente a la contratación pública resultaría irreversible.

De tal manera que la experiencia demuestra que la aplicación de las estudiadas reglas de inclusión no siempre redundan en situaciones de justicia, conveniencia y equidad social. Menos aún, en mayor bienestar para la mayor cantidad de gente destinataria del servicio público prestado.

B. Sobre la especialidad:

Otro ejemplo estriba en el hecho de comprender que las cláusulas sociales pretenden contratar a los más chiquitos, a los desconocidos, a los “*nadies*”,⁶² quienes han sido víctimas de una sistemática exclusión social. Empero, la Ley 80 se concibió como un sistema de especialidad donde los proponentes se reúnen *no* en función de su tamaño o sus atributos subjetivos, sino en razón de su especialidad y fortalezas de mercado.⁶³

⁶¹ Ver Concepto 015 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

⁶² Expresión sociocultural acuñada por el escritor uruguayo Eduardo Galeano, citado por Alena Cortina en su obra *Aporofobia, el rechazo al pobre* (Madrid: Editorial Paidós, 2022).

⁶³ Ver Concepto de la Agencia Colombia Compra Eficiente con Radicado 42018130000005303, proveniente del libro *GPS en la Contratación Pública*, de los editores Juan David DUQUE BOTERO y Luisa Fernanda Vanegas Vidal (Bogotá, Editorial Tirant lo Blanch, 2019), 174.

La especialidad, no la pequeñez, es la que permite satisfacer el interés general en condiciones de seguridad, continuidad y calidad. En este sentido, obras como la del profesor Luis Guillermo Dávila Vinueza⁶⁴ defienden la idea clásica del estatuto original que pregona que, para alcanzar la mejor garantía de idoneidad del contratista y la correcta ejecución del contrato, la Ley 80 debe entenderse como la herramienta que en condiciones de igualdad de trato y en el marco de un Estado libre y competitivo, permita la asociación de expertos y especialistas, antes que la de pequeños marginados.

Por lo demás, otro argumento que desde la teoría y la práctica controvierte con fuerza la validez, necesidad y conveniencia de las cláusulas sociales en la contratación estatal proviene de la ya citada Ley 1955⁶⁵ que a su turno modificó la Ley 1340⁶⁶ y que le otorga competencias a la SIC para conceptuar sobre cualquier proyecto de reglamento que pretenda o tenga como efecto afectar la libre competencia,⁶⁷ la libertad de empresa y la economía de mercado.

En no pocas ocasiones –debemos decir–, la misma SIC ha conceptuado advirtiendo los indeseables efectos que los proyectos de reglamento atraen en materia de libre competencia e igualdad de trato. Proyectos reglamentarios que aplicando una visión progresista no solamente afectan los postulados de libertad contenidos en nuestro ordenamiento superior sino que desvertebran la esencia misma del Estatuto General de la Contratación, especialmente, en lo que hace al deber de selección objetiva.⁶⁸ Y así como la SIC se ha opuesto por esas razones a proyectos de reglamentos sobre la materia, lo ha hecho de manera aún más contundente el propio Consejo de Estado al motivar las razones que acompañan la declaratoria de suspensión provisional de reglamentos, que incluyen, interpretan o aplican las cláusulas horizontales.

⁶⁴ Véase de Luis Guillermo DÁVILA VINUEZA, *Régimen jurídico de la contratación estatal* (Bogotá: Editorial Legis, 2016).

⁶⁵ Artículo 146.

⁶⁶ Artículo 7.

⁶⁷ Sobre la importancia de la libre competencia y libre concurrencia en la contratación estatal, también véase Corte Constitucional, Sentencia C-815 del 2 de agosto de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁸ Ver, por ejemplo, Concepto de abogacía No. 20-246311 del 7 de julio de 2020 de la SIC. Concepto de abogacía 21-251854 de la SIC del 23 de agosto de 2021.

C. Sobre la inspección, control y vigilancia:

El argumento de la inspección, control y seguimiento de los contratos estatales sometidos a la selección de contratistas en virtud de las cláusulas afirmativas no es menos poderoso e inquietante.

En efecto, las labores de supervisión e interventoría parten del supuesto de que el contratista cuenta con la capacidad técnica, organizativa, la experiencia y la solvencia económica para llevar a feliz término el contrato encomendado.

De no hacerlo, dice el sistema, se aplican las consecuencias lógicas de la supervisión y el control. De su incumplimiento se derivarán los requerimientos técnicos sistemáticos; los apremios y conminaciones cruzadas así como las presiones jurídicas cuando no las amenazas de la declaratoria de incumplimiento y sus consecuentes efectos al amparo de los procedimientos sancionatorios correspondientes.

Difícil aplicar con relativo éxito susodichos procedimientos sancionatorios cuando el contratista no cuenta con RUP; carece de patrimonio suficiente; se despreocupa por los efectos de la declaratoria de incumplimiento y, en suma, tiene poco que perder de cara a una sanción contractual. Imposible alcanzar los bondadosos efectos del *ius puniendi* allí cuando el contratista no cuenta ni con la experiencia, ni con el patrimonio, ni con la idoneidad para el cumplimiento de su contrato.

El traumatismo en cuanto a la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato dentro de los estándares de seguridad, calidad, tiempo, y continuidad parece evidente frente a aquellos contratistas que adolecen de esas características (idoneidad y oferta más favorable). Traumatismo exacerbado cuando los poderes derivados del contrato estatal (*ius puniendi*) para hacerle frente a tan indeseable situación de incumplimiento, parecen insuficientes y poco efectivos.

D. Sobre las garantías:

Dentro de la misma lógica antes señalada, el proceso de aseguramiento de los contratos estatales en cabeza de aquellos contratistas que, por falta de experiencia, capacidad técnica, organizativa, o de solvencia económica carecen de la posibilidad de ser asegurados en condiciones de mercado, pone en riesgo lo que con tanto celo han exigido los órganos de control y

la administración en general que obligan a las entidades públicas a cumplir con la ley en cuanto al aseguramiento de los negocios jurídicos estatales.

Nada puede exigir y mucho menos obligar a las compañías de seguros el aseguramiento de un contratista sin probada idoneidad; sin patrimonio conocido y verificable; sin demostrada capacidad organizativa y hasta sin RUP y cuyo único activo es ser acreedor de una prerrogativa legal para ganarse los contratos estatales.

Sin posibilidad de aseguramiento es poco probable que existan contratos estatales válidos y fiscalmente sostenibles. Amén de la violación expresa de la norma.

Si el proponente y posterior contratista *no* reúne las condiciones mínimas de asegurabilidad, ¿qué hacer con las garantías que sobre el contrato estatal obliga la ley?

E. El problema de la cesión de los contratos estatales:

Dentro de las múltiples posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico se encuentra la de que el contratista pueda, previo cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales, ceder su posición contractual.

Esta sentada verdad que en no pocas ocasiones contribuye a que se cumpla el objeto del contrato independientemente del contratista que lo ejecute, parte de la elemental exigencia según la cual la parte cesionaria reúna los mismos requisitos y condiciones de idoneidad que impusieron los pliegos de condiciones para seleccionar al contratista original (cedente).

Pero cuando se trata de ceder un contrato que fue celebrado y/o adjudicado a propósito de los atributos “sociales”⁶⁹ del contratista que, por contera son “personalísimos”, poco o nulo margen de maniobra se le ofrece al sistema (especialmente en momentos de dificultades durante la ejecución del contrato), en claro desmedro del interés general y de los fines esenciales del Estado.

En la práctica y al final de cuentas, bajo un contrato adjudicado en virtud de las cláusulas sociales y con serias dificultades de ejecución y que pretenda ser cedido, se cuenta con tres posibilidades, principalmente: (i) que por imposibilidad de encontrar cesionario sustituto, *no se pueda utilizar esta figura y se decida terminar anticipadamente el contrato.* Caso en el cual

⁶⁹ *subjetivos.

se pone en grave peligro la consecución del proyecto; (ii) *que no se pueda ceder por ausencia de contratista que cumpla con las mismas exigencias “sociales”, pero que tampoco se pueda cumplir dadas las serias dificultades que comprometen al contratista original.* En ese caso también se pone en grave peligro la finalización del proyecto; (ii) *que se decida ceder pero que, no obstante lo cual, el cesionario no cumpla con las cláusulas sociales y, a pesar de ello, se perfeccione la cesión de la posición contractual.* En ese caso es muy probable que esa cesión comprometa su legalidad y amenace nulidad absoluta. En este caso, igualmente, se puede complicar la ejecución del objeto contractual o, seguramente, hacerlo más oneroso.

En consecuencia, lo que podemos advertir es que disminuir el alcance de la herramienta de la cesión de contratos estatales por cuenta de los límites subyacentes a las cláusulas sociales de escogencia de contratistas, puede llegar a perjudicar grandemente la legítima y necesaria consecución de los fines del Estado Social de Derecho que pudieran valerse de la ancestral figura de la cesión de la posición contractual.

F. El meollo de la Nulidad absoluta del contrato e incumplimiento del objetivo de la contratación:

En caso del desconocimiento/incumplimiento de las reglas sociales lo que se desprende es la nulidad absoluta del contrato (por las razones antes vistas). Tal situación también puede poner en vilo el cumplimiento de los proyectos públicos, lo que significaría una enorme desventaja de competitividad del sector público vs. el sector privado en el marco de un mercado y un sistema de compra pública cifrado en la competencia y la libertad de elección.

G. El debate probatorio:

En la práctica, la experiencia ha demostrado que la forma de aplicación de las cláusulas sociales no está suficientemente decantada y genera innumerables y, tal vez, innecesarios debates.

No faltarán las voces que sostengan que esa proliferación normativa no es causa de preocupación por cuanto la utilización de la Inteligencia Artificial y las nuevas tecnologías permiten organizar y ubicar fácilmente el complejo rompecabezas normativo.

Ello es parcialmente cierto. Cierto, en cuanto a la manera de organizar e identificar fácilmente las normas existentes continentales de la gran cantidad

de normas con criterios diferenciales; pero no es menos cierto que el debate sobre las definiciones, alcance, naturaleza jurídica y priorización y jerarquización técnica sobre tales criterios diferenciales terminan siendo, en la práctica, extremadamente relativos y difíciles de probar.

Véase, por ejemplo, la cantidad de definiciones legales y/o reglamentarias sobre los criterios diferenciales que muchas veces resultan insuficientes, o antojadizos, o antitécnicos, o contradictorios, o que contravienen la sana lógica y las realidades económicas.

Encontramos un buen ejemplo de ello en el Decreto 1860 de 2021 que, so pretexto de reglamentar la Ley 2069, incorporó una cantidad de definiciones y alcances “sociales” tales como “emprendimiento de empresas de mujeres”, población de pobreza extrema, desplazados por la violencia o sujetos de protección constitucional especial.

De suerte que el problema de la prueba, la forma de demostración de las personas que aduzcan ser beneficiarias de las cláusulas sociales, no solamente se circunscribe a la ubicación, organización y clasificación de las mismas, sino a, por una parte, su contenido ontológico y axiológico y, por la otra, al mecanismo legal para demostrarlo.

En cuanto a los distintos mecanismos de demostración, podemos pensar, por ejemplo, que la forma de probar cada una de las hipótesis o reglas sociales en cada uno de los casos, dependerá de una suerte de *tarifa legal* en donde la ley o, en el peor de los casos, la doctrina de la Agencia Colombia Compra Eficiente establezca la forma de demostrar determinada situación.

Pero en tanto y *en cuanto la manera de probar esas situaciones no siempre se encuentra descrita en la ley*, mucho menos de manera clara, concreta y precisa y, acudiendo al principio de la libertad negocial y a la libre configuración de los pliegos de condiciones; el derecho fundamental al acceso a la administración; el derecho al trabajo y toda suerte de idénticas alegaciones; podemos señalar igualmente que la manera de comprobar “el criterio diferencial” invocado ostenta *libertad probatoria*.

Otros, por el contrario, podrían pensar que la manera más idónea para demostrar las hipótesis de las cláusulas sociales para cada uno de los casos debe estar reseñadas en los *decretos reglamentarios*.⁷⁰ Emblemáticos

⁷⁰ Ver Concepto 026 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

ejemplos de ello lo tenemos en los Decretos 1860 de 2021⁷¹ y 142 de 2023. En ese orden de ideas, *no* corresponderá al legislador sino al reglamento la determinación de los medios probatorios para demostrar el criterio diferencial.

Sin perjuicio de ello, podemos señalar con idéntica autoridad argumentativa y lógica jurídica que son, o deberían ser los *pliegos de condiciones* los llamados a establecer la manera como los oferentes pueden demostrar, en cada caso concreto, de qué manera se encuentran auspiciados por una o varias de las cláusulas sociales.

No faltarán aquellos que, *contrariu sensu*, quieran utilizar todos estos modelos probatorios bajo la égida de la interpretación sistemática y armónica del derecho, aduciendo que la primera forma de demostración es la ley. Que, en caso de silencio, se aplique lo que de manera clara obligue el reglamento y, en ausencia de claridad reglamentaria, lo que establezcan los pliegos de condiciones, para reservar la libertad probatoria y la buena fe del proponente a la última instancia.

El problema con esta forma de ver las cosas es que para muchos (donde nos encontramos nosotros) la naturaleza jurídica de las cláusulas sociales es de raigambre legal de modo que *las autoridades administrativas*⁷², *incluyendo la Agencia Colombia Compra Eficiente, carecen de competencia para imponer por vía reglamentaria la manera de comprobar el cumplimiento de las mismas.*

Fácil concluir entonces, que el debate probatorio constituye un argumento más para desaconsejar la aplicación de las cláusulas sociales en un sistema de contratación, signado por la libertad, la libre competencia, la complejidad y la especialidad de los proyectos dentro de la concepción de libre mercado.

H. El debate de la litigiosidad:

Por cuenta de la pacífica línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado que enseña que solamente aquellos proponentes que aduzcan afectación e ilegalidad en la adjudicación/contratación y que demuestren, a la vez,

⁷¹ Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015. Resaltamos especialmente la reglamentación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, conocida como la Ley de emprendimiento. El artículo 35 en cita tiene que ver con los factores de desempate contemplados en la ley que deben ser reglamentados. No obstante, el decreto reglamenta igualmente los criterios diferenciales para las Mipyme, las empresas de mujeres, las convocatorias limitadas a las Mipyme; la población catalogada como pobreza extrema, desplazados, reintegrados y todos aquellos sujetos a especial protección constitucional.

⁷² Esta es la tesis que al parecer comparte la Agencia Colombia Compra Eficiente actualmente.

que contaban con la propuesta más favorable a los intereses de la entidad son los llamados a ser compensados y/o indemnizados con la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación y, si cabe, del contrato estatal invalidado, nos permite traer a colación otro argumento adicional en contra de las llamadas cláusulas sociales.

En efecto, lo primero que debemos decir es que el alea, la suerte o el azar nunca han generado mayor litigiosidad. Por el contrario, dada su naturaleza, casi todos los contratos adjudicados bajo este mecanismo han estado exentos de posterior demanda.

A su turno, la aplicación irrestricta del deber de selección objetiva dentro de los cánones de la escuela clásica —en estricto seguimiento de la línea jurisprudencial al respecto—, ha disminuido grandemente la litigiosidad que recae sobre la contratación pública. Es lógicamente inferible, aun cuando se carece de estadísticas confiables al respecto, que el nebuloso mundo de las cláusulas sociales, en especial de aquellas que limitan la competencia por incluir puntajes adicionales o convocatorias cerradas e, inclusive, contratación directa, son tierra fértil para la inconformidad, la arbitrariedad y, consiguientemente, el posterior litigio.

Todo lo cual se agrava si en virtud de los artículos 44 y 48 de la Ley 80, en concordancia con los artículos 1519 y 1525 del Código Civil y sendos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, se puede predicar la *nulidad absoluta* del contrato estatal por contratar desconociendo las reglas de inclusión como por contratar bajo el manto de la arbitrariedad.

El debate hermenéutico o de la correcta interpretación de las cláusulas sociales. Más argumentos en contra

Si el debate sobre la conveniencia, la injusticia y la inconstitucionalidad de las cláusulas sociales entre nosotros es de por sí cosa difícil de agenciar, cuanto más entenderlas bajo los criterios de la hermenéutica jurídica y la lógica de interpretación adecuada.

Para estos propósitos conviene recordar un imperativo constitucional: bajo la sombrilla de los artículos 1, 2, 209 y 228 constitucionales *se ha entendido que en nuestro Estado de Derecho prima el interés general sobre el particular*.

En ese debate el interés público se vería reflejado en el artículo 5 de la Ley 1150, mientras que todas las cláusulas sociales representarían el interés particular de potenciales contratistas.

En tan decimonónica y sabia precaución no solamente se fundieron los pilares de nuestra democracia sino que, a su turno, se concibieron las leyes que lo desarrollan. Dentro de ellas, y al punto, queremos resaltar los artículos 3 y 4 de la Ley 80, en concordancia con el artículo 5 de la Ley 1150.

En ese orden de ideas, *el sistema de la contratación y de la compra pública se diseñó bajo la égida de la adjudicación de la oferta más favorable a los intereses de la entidad pública, no la más “social”*. Huelga insistir: sobre la base del interés general, no sobre el estribo del interés particular.

De igual manera, el principio del interés general significa diferenciar al oferente de la oferta; los criterios habilitantes de los que otorgan puntaje y, en definitiva, hacer todo lo posible para planear bien y garantizar el cumplimiento del objeto contratado.

Flaco favor a esos propósitos amarra entre nosotros las cláusulas afirmativas o de inclusión. Menos aún, cuando de establecer criterios allende a los del desempate, como los de puntaje adicional o las convocatorias cerradas o reservadas. Ni que decir las cláusulas horizontales que nos llevan a la contratación directa sin necesidad de contar con RUP.⁷³

Entre otras razones, el problema de la hermenéutica jurídica de las cláusulas sociales involucra el asunto de la ubicación de las mismas dentro de los pliegos de condiciones.

Podrían considerarse como requisitos habilitantes en tanto que hacen alusión al oferente. Pero también, en tanto que pueden otorgar beneficios en el puntaje, o como criterio de desempate y hasta permitir una convocatoria reservada o la mismísima contratación directa (con o sin RUP), *podemos*

⁷³ Ver por ejemplo: art. 102 de la Ley 2294 de 2023. PND. Sobre el “Sistema dinámico de contratación” No requiere RUP. 2. art. 351 de la Ley 2294 de 2023. PND. Modifíquese el art. 2 Ley 1150 sobre modalidades de selección. No. 4 contratación directa: Literal L). Contratación directa con Cabildos y Comunidades Indígenas. Debate sobre si esta contratación directa requiere RUP. 3. art. 101 de la Ley 2294 de 2023. PND. Asociaciones de Iniciativa Público Populares. “Instrumento de vinculación contractual entre EP y entidades de origen comunitario”. Debate sobre si requieren RUP. 4. art. 351 de la Ley 2294 de 2023. PND. Adiciónese el art. 2 Ley 1150 sobre modalidades de selección. No. 4 contratación directa: Literal O). Contratación directa con Cabildos y Comunidades Indígenas. Debate sobre si esta contratación directa requiere RUP.

indicar que las mismas son reglas insubsanables en tanto que otorgan puntaje o son calificables.

De igual forma, en un sentido lógico, cualquier pliego de condiciones podría incorporarlas como cláusulas mixtas en virtud de las cuales se puedan considerar inicialmente como exigencias habilitantes y, posteriormente, como aquellas que otorgan puntaje, como sucede, por ejemplo, con las condiciones de los proponentes con personal discapacitado.

Para finalizar podemos traer a colación la interpretación que se le podría dar a la obligación de las cláusulas sociales a través de los Pliegos de Condiciones denominados Pliegos o Documentos Tipo⁷⁴ que pregona, en síntesis, que en tanto que la ley obliga a utilizar pliegos tipo y en ellas se incorporan las cláusulas sociales, las mismas son obligatorias por virtud de la ley y, por lo mismo, siguen la suerte interpretativa previamente estudiada.

Sin embargo, puede darse el caso que las leyes que incorporan las cláusulas sociales no se vean correctamente reflejadas en los pliegos tipo, o que estos reglamenten unas cláusulas más allá de las establecidas por el legislador o que, en definitiva, el mundo de las cláusulas sociales no se encuentre adecuadamente reglamentadas en los pliegos tipo, caso en el cual su interpretación y aplicación se tornará aún más compleja.

Como se puede apreciar, el debate de la hermenéutica de las cláusulas de inclusión en la contratación pública puede servir de dique iluminado para contener desaforadas interpretaciones y hasta tentáculos legislativos que tengan como efecto aplicar anárquicamente las mismas generando una intolerable inseguridad jurídica.

Todo lo cual, como resulta apenas obvio, no ocurre con la aforística aplicación del deber de selección objetiva, tal y como se aplicaba de marras dentro de los cánones de la escuela clásica en cita.

Un buen ejemplo del tema de la hermenéutica jurídica nos lo ofrecen los debates que se han suscitado en el seno de la Agencia Colombia Compra

⁷⁴ Tipo de pliegos que se incluyeron en nuestro ordenamiento por primera vez a través del párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Con todo, quizás el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 constituya el antecedente más relevante respecto a los denominados pliegos tipo (inicio con contratos de Infraestructura de transporte). Sobre el particular ver, por ejemplo, la Sentencia C-119 de 2020. A su turno cabe mencionar la Ley 2022 de 2020 que modificó el párrafo 7 del artículo 2 la Ley 1150, ya modificado por el artículo 4 de la Ley 1882.

Eficiente como cuando se le preguntó cuál régimen debía prevalecer en el marco de un proceso de selección de contratistas previstos en Acuerdos Comerciales a contra pelo de las cláusulas sociales internas (vgr. art. 35 Ley 2069). En aquella ocasión la entidad respondió que en caso de incompatibilidad demostrada entre ambos regímenes, *debe prevalecer* el dispuesto en el tratado comercial.⁷⁵

Nótese cómo entre el sistema internacional de compra pública que aborrece el trato diferenciado, la expropiación, los tratos discriminatorios y todas aquellas situaciones subjetivas vs. la enorme regulación de criterios de preferencia, se termina inclinando la balanza en favor del reglamento objetivo y competitivo, nunca en favor de las cláusulas de inclusión.

En otras palabras, cuando, como en este caso, se pretende jugar con las reglas internacionales, se prefieren las tesis de la escuela clásica y el entendimiento tradicional del deber de selección objetiva. Al paso que si de lo que se trata es de deslizar los intereses parroquiales heredados desde la Colonia, lo que se sigue es la preferencia del interés personal sobre el general al amparo de la propagación de las cláusulas sociales.

A manera de conclusión: el debate sobre la aplicación de las cláusulas sociales y el deber de selección objetiva

El campo de batalla está bien delineado. La alegoría utilizada entre la denominada escuela clásica y la progresista da buen reporte de lo que se está viviendo de tiempo atrás en relación con la incorporación, interpretación y aplicación de las cláusulas sociales en nuestro sistema de contratación estatal y de compra pública.

Ambas escuelas exhiben importantes argumentos, cifras, datos, estadísticas, experiencias y aproximaciones sobre el tema, sin embargo, parecen irreconciliables.

De la concepción misma que se tenga de lo que es y significa el Estatuto General de la Contratación, dependerá, en buena medida, cuál va a ser el alcance que se le dé al deber de selección objetiva. No siempre este se aplica de idéntica forma cuando de aplicar los criterios diferenciales y las prerrogativas de contratación pública se trata.

⁷⁵ Ver Concepto 015 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

No nos llamemos a engaños y no enarbolemos argumentos eufemísticos: por más respetables que sean, ambas escuelas son y representan formas distintísimas e irreconciliables de concebir y aplicar el Estatuto de Contratación y, en especial, el deber de selección objetiva. Aun cuando ambas escuelas citan y dicen respetar el deber de selección objetiva, la forma en que lo hacen y el alcance que le confieren es, ciertamente, muy diferente y, hasta opuesto.

En este escrito exponemos y explicamos los defectos y las virtudes que recoge cada teoría, inclinándonos, con respeto y hasta con compasión intelectual, en favor de la escuela clásica que entiende, comprende y aplica el Estatuto de Contratación Estatal y de la compra pública como una herramienta jurídica e instrumental para la mejor prestación de los servicios públicos, cifrada en las nociones de seguridad, eficiencia, continuidad, oportunidad y calidad, no como lo sostiene la escuela progresista, para alcanzar la equidad y la justicia social haciendo prevalecer sectores poblacionales históricamente excluidos y marginados antes que la propuesta más favorable a los intereses de la administración.

Bibliografía

Doctrina

- BARRETO MORENO, Alejandro. *El Derecho de la compra pública*. Bogotá: Editorial Legis, 2020.
- BERLIN, Isahia. *La mirada despierta de la Historia*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. U. Autónoma de Barcelona, 2000.
- BOECIO. *Consuelo de la filosofía*. Madrid: Editorial Acantilado, 2020.
- CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Madrid: Editorial Paidós, 2022.
- DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Editorial Legis, 2016.
- DUQUE BOTERO, Juan David. *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*. Valencia: Universidad del Rosario - Editorial Tirant Lo Blanch, 2018.
- DUQUE BOTERO, Juan David y Luisa Fernanda Vanegas Vidal (eds.). *GPS en la Contratación Pública*. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2019.
- GRAVES, Robert. *Mitología griega*. Atenas: Editorial Athenon, 2011.
- GRAVES, Robert. *Los mitos griegos*. Barcelona: Editorial Ariel, 2012.

- HUMBERT, Jean. *Mitología griega y romana*. Editorial Gustavo Gilli, 2014.
- MEDINA JURADO, Purificación. “Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas”. *Revista Cemci*, n.º.7 (2010).
- LESMESS ZABALEGUI, S. y L. Rodríguez Zugasti. *Guía de contratación pública sostenible. Incorporación de criterios sociales*. Villafranca de Córdoba: Ideas, Departamento de Compra Responsable, 2014.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Principio de selección objetiva”. En *Contratos estatales*, I. Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario, 2022.
- PEARL, F. “Hacia la modernidad”. En *Reconciliación. El gran desafío de Colombia*. Bogotá: Semana Libros, 2015.
- POMBO CABALLERO ABOGADOS. “El deber de Planeación en la contratación Estatal”, Policy Paper, 2023.
- SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. “Herramientas prácticas para contratar exitosamente con el Estado”, conferencia, 28 junio de 2024.
- SUÁREZ BELTRAN, Gonzalo. “El cielo es más azul. Reflexiones sobre el derecho a la subsanabilidad de las ofertas en el Derecho Contractual Público Colombiano”. En *Contratos estatales*, I. Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario, 2022
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. “Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública”, Universidade de Vigo, 2013.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 29942 de 30 de julio de 2015, M. P. Ruth Stella Conto Palacio.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 37834 de 30 de julio de 2015, M. P. Stella Conto Palacio.
- Consejo de Estado. Concepto de la Sala de Servicio y Consulta Civil del Consejo de Estado del 4 de julio de 2013.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 50222 de 24 de mayo de 2018, M. P. Marta Nubia Velásquez Rico.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 47145 de 1 de abril de 2016, M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de octubre de 2016, Rad. 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607), C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado. Sección III. Subsección B, M. P. Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. 31918 del 29 de octubre 4 de 2015.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2013. Exp. 27.506, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C- 037 de 2003.

Corte Constitucional Sentencia C - 815 del 2 de agosto de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Alberto Montaña Plata. Auto del 28 de mayo de 2024, “por medio del cual se resuelve la solicitud de medida cautelar de suspensión de los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023.”

Conceptos de la Agencia Colombia Compra Eficiente y la SIC

Concepto 012 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto C-013 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto C-535 de 2020 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto-2021-N0000029_007_20210216

Concepto 009 del 4 de febrero de 2021, Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto 535 de 2020 del 26 de agosto de 2020, Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto sobre Capacidad Configurativa de los Pliegos de Condiciones ver Concepto de la Agencia Colombia Compra Eficiente con Rad. 4201814000004672.

Concepto 015 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto de la Agencia Colombia Compra Eficiente con Rad. 420181300 00005303.

Concepto de abogacía 20-246311 del 7 de julio de 2020 de la SIC.

Concepto de abogacía 21-251854 de la SIC del 23 de agosto de 2021.

Concepto 026 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto 015 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Páginas web especializadas

Invest in Colombia. <https://investincolombia.com.co/es/sectores/infraestructura/infraestructura-de-transporte>