

**Promoción de los derechos fundamentales a través de las cláusulas contractuales sociales y ambientales en la ejecución de contratos públicos en Colombia, 2022.**

**Geovana Andrea Ríos Marín<sup>1</sup>**

**María Fernanda Cañas Morales<sup>2</sup>**

**Caleb Guisado Monsalve<sup>3</sup>**

**Resumen**

El presente artículo se realiza con el objetivo de conocer el papel de las cláusulas en los contratos públicos respecto a la promoción de los derechos fundamentales en Colombia. La metodología empleada para el desarrollo del artículo fue de corte cualitativa-documental, a partir de la cual se revisó un conjunto de fuentes secundarias entre las cuales se destacan artículos científicos, tesis posgrado, normas, doctrina y jurisprudencia en materia de contratación pública. Los resultados demuestran que en Colombia no hay regulación precisa respecto a las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública. Si bien, en el caso de algunas licitaciones se solicita el cumplimiento de criterios mínimos para la preservación del medio ambiente o la gestión social, este proceso se realiza indicando normas sectoriales que solo aplican para algunos tipos de licitación. De igual modo, se concluye que, no hay como tal una obligatoriedad respecto al desarrollo de cláusulas sociales y ambientales, lo que explica que en la actualidad perdure la preponderancia de los factores económicos frente a la inclusión de beneficios en cada una de las fases de contratación.

**Palabras clave:** cláusulas contractuales; contratación pública; medioambiente; derechos humanos; salud pública; factores económicos.

---

<sup>1</sup> Geovana.riosma@amigo.edu.co

<sup>2</sup> maria.canasmo@amigo.edu.co

<sup>3</sup> caleb.guisaomo@amigo.edu.co

## Abstract

The purpose of this article is to learn about the role of clauses in public contracts with respect to the promotion of fundamental rights in Colombia. The methodology used for the development of the article was qualitative-documentary, from which a set of secondary sources were reviewed, among which scientific articles, postgraduate theses, norms, doctrine and jurisprudence on public procurement stand out. The results show that in Colombia there is no precise regulation regarding social and environmental clauses in public procurement. Although, in the case of some tenders, compliance with minimum criteria for the preservation of the environment or social management is requested, this process is carried out by indicating sectorial norms that only apply to some types of tenders. Likewise, it is concluded that there is no obligation as such regarding the development of social and environmental clauses, which explains that at present the preponderance of economic factors prevails over the inclusion of benefits in each of the contracting phases.

Keywords: contractual clauses; public procurement; public health; human rights; environment; economic factors.

## Introducción

En las últimas dos décadas, en Colombia ha ido adquiriendo relevancia el enfoque de compras sostenibles y la inclusión de aspectos sociales y ambientales en los procedimientos de contratación pública. Según Matera (2018) lo anterior, obedece a la tendencia del país por hacer frente a los desafíos que plantea sobre desarrollo sustentable y con ello, satisfacer las necesidades presentes, garantizar el crecimiento económico, el cuidado del ambiente y el bienestar social, en el marco de la promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin agotar dichos recursos para las generaciones futuras (Ley 99/93)- artículo 3

En la búsqueda de que los procedimientos de contratación pública en el país sean sostenibles y cumplan con su función social, — que en últimas, corresponde a entregar los

bienes y servicios necesarios para que el Estado pueda cumplir con sus obligaciones de manera oportuna, económica y eficiente y por tanto, salvaguarde los derechos de los ciudadanos — Colombia, ha resaltado la importancia de la articulación y el trabajo colaborativo entre la empresa privada, la sociedad civil y el gobierno, para desarrollar proyectos comunes de inversión y de gestión. Sin embargo, como lo indica la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo- AECID (2016), la confluencia de objetivos entre estos tres actores en todos los casos no es homogénea, ya que cada uno de ellos puede perseguir un fin diferente.

Así pues, en la práctica se puede visualizar casos en los que algunas empresas privadas que contratan con el Estado priorizan sus utilidades sobre la ejecución efectiva de contratos que persiguen brindar solución a problemáticas que afectan a comunidades. Así mismo, puede identificarse que algunos sectores de la sociedad civil carecen de conocimiento o de interés por adentrarse en los proyectos de inversión pública. En ambos casos, se crean barreras para que exista una responsabilidad compartida entre estos actores y el Estado, por lo cual, se complejiza la generación de contratos que contribuyan a un desarrollo sustentable, inclusivo y garante de derechos.

Ahora bien, en los procedimientos de contratación pública, las consideraciones sobre los derechos fundamentales de los colombianos no han sido frecuentes. De acuerdo con Tornos (2021) “la exigibilidad del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas aún tiene una regulación poco precisa, y las directrices están contenidas en normas de *soft law*<sup>4</sup>, actuando más como recomendaciones que como norma prescriptivas y vinculantes” (p.16). Lo anterior, no solo deja en evidencia los vacíos normativos en materia de cláusulas contractuales que aseguren los derechos fundamentales en la contratación pública, sino que exterioriza la ineficacia horizontal de los derechos humanos en Colombia, ya que estos se asocian solo a las actuaciones del Estado y que pocas veces se establecen, además, en las relaciones jurídicas con la empresa privada.

---

<sup>4</sup> Reglas de conducta que en principio no tienen fuerza jurídica vinculante, aunque produzcan efectos prácticos

Lo anterior, puede ser la puerta de entrada a que, en el marco de los contratos públicos se transgredan los derechos de los ciudadanos, como es el caso del derecho al trabajo; el derecho a la vida; el derecho a la salud; el derecho a la libre locomoción; el derecho a la educación; solo por mencionar algunos. Tal situación, genera un cuestionamiento ante la responsabilidad del Estado de ejercer supervisión y promover el respeto de los derechos en los procedimientos de contratación pública.

Es por ello que, el presente análisis se desarrolla con el objetivo de conocer el papel de las cláusulas en los contratos públicos respecto a la promoción de los derechos fundamentales en Colombia. Para alcanzar esta pretensión, se plantean los siguientes objetivos específicos: en primer lugar, identificar el ejercicio de la contratación pública frente a la protección y desarrollo de los derechos fundamentales. En segundo lugar, describir el tratamiento y reglamentación frente a las cláusulas para garantizar contratos públicos sostenibles y garantes de derechos humanos. En tercer lugar, caracterizar los elementos sociales y ambientales que deben ser tenidos en las cláusulas contractuales para garantizar los derechos fundamentales en los procesos de contratación estatal.

Este estudio se justifica en términos de pertinencia, en la medida que puede contribuir a que el Estado colombiano identifique la importancia de incluir cláusulas contractuales (sociales y ambientales) en la licitación de proyectos públicos, lo cual, incluso, puede sentar la base para la generación de reformas legales e institucionales en materia de contratación pública. De igual modo, este estudio se justifica, ya que permite que la empresa privada obtenga información para entender la importancia de garantizar los derechos de los colombianos en el marco de la ejecución de los contratos que lleguen a suscribir con el Estado.

## Metodología

El enfoque metodológico seleccionado para la realización del presente artículo es cualitativo- documental. De acuerdo con Reyes y Carmona (2020), este enfoque posibilita analizar un problema de investigación a partir de datos existentes que proceden de diversas fuentes de información, datos que sientan la base teórica, conceptual y legal para la interpretación y posterior presentación panorámica y sistemática de los elementos que componen el fenómeno objeto de estudio o, en este caso, del problema jurídico abordado.

Nizama y Nizama (2018), indican que desde el enfoque cualitativo-documental “el conocimiento se construye, no se descubre” (p.76), en otras palabras, lo que se busca con este enfoque, no es replicar los postulados que autores han planteado de forma precedente frente al problema jurídico, sino observar, describir y deconstruir estos postulados, contrastarlos, interpretarlos y analizarlos construir teorías, comprender modelos jurídicos y, en últimas, brindar una respuesta al problema de investigación.

El proceso analítico de desarrolla a partir del paradigma hermenéutico-jurídico que, según Agudelo et al (2018) permite “atribuir significado y contenido –alcance normativo– a la normatividad jurídica” (p.29). Bajo este paradigma, se busca atribuirle significado y contenido a una norma jurídica, jurisprudencia, incluso doctrina, bajo los cánones de la interpretación legal, en un contexto social y temporal diferenciado. Lo anterior, permite a los investigadores reconocer si el corpus normativo referido a las cláusulas contractuales en la ejecución de contratos públicos en Colombia es suficiente en relación con la salvaguarda de los derechos fundamentales, o por el contrario insatisfactorio y proclive a ser sometido a una metodología de *lege ferenda*<sup>5</sup>. De igual modo, este paradigma puede vislumbrar vicios

---

<sup>5</sup> Para una futura reforma de la ley

interpretativos que alteran la calidad de la norma jurídica, los cuales pueden ser intervenidos posteriormente mediante la metodología de *lege data*<sup>6</sup>.

Respecto a los procedimientos llevados a cabo para la recolección de la información, el primero de ellos fue la revisión bibliográfica, una técnica que permite conocer en detalle lo que se ha escrito sobre un tema de investigación (Simion, 2016). Esta revisión implica leer, analizar, evaluar y resumir el material escrito para luego mostrar sistemáticamente lo que se sabe sobre el tema, así como identificar teorías e ideas que le permitan a los investigadores tener mayor comprensión del mismo.

Para la revisión bibliográfica se tomaron como base conceptos clave y términos temáticos relacionados con el problema jurídico que en este caso se refieren a: cláusulas en los contratos públicos; promoción de los derechos fundamentales; contratación pública en Colombia. Estos conceptos fueron introducidos en motores de búsqueda de bases de datos, revistas indexadas, repositorios universitarios, con la finalidad de encontrar fuentes secundarias como artículos científicos, tesis de grado e informes académicos especializados referentes al tema objeto de estudio. De igual modo, se buscaron pronunciamientos jurídicos generados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Luego de la revisión inicial de la bibliografía, se procedió a generar un proceso de lectura y evaluación de cada documento recabado, identificando su estructura, razonamiento general, el alcance de sus datos, ideas principales y sus referencias bibliográficas. Estas acciones, permitieron evaluar la credibilidad de las fuentes de información y revisar si estas se encontraban lo suficientemente documentadas y si estaban escritas de forma objetiva y crítica para, de este modo, disminuir los sesgos y tergiversaciones en el estudio. De igual modo, cabe resaltar que las fuentes se organizaron de forma cronológica, priorizando aquellos estudios con menos de 5 años de haber sido publicados.

---

<sup>6</sup> Según la ley existente

Los documentos encontrados, fueron dispuestos de forma ordenada en fichas bibliográficas. Una vez este proceso se completó, se procedió a preparar, codificar y analizar los datos, para generar resultados y conclusiones de la investigación. Cabe resaltar que la codificación comenzó con la lectura de los extractos de los textos, con la finalidad de buscar y marcar palabras clave o frases cortas relevantes para la investigación. Una vez codificados los datos, se analizaron los patrones entre los documentos y normas, los cuales fueron relacionados con la teoría existente y la pregunta de investigación, para dar respuesta al problema jurídico planteado.

## **Desarrollo**

### **1. La contratación pública frente a la protección y desarrollo de los derechos fundamentales**

Si bien los derechos fundamentales se colocan natural e invariablemente en un pedestal más alto que el derecho contractual, éste último también es una rama del derecho importante, principalmente porque busca regular las relaciones de las partes, preponderancia que aumenta cuando se trata de contratación de índole pública. En línea con lo anterior, Tolosa (2017) señala que el derecho contractual es propenso a subordinación de los derechos fundamentales, ya que se busca garantizar que se adopte el interés de la parte más débil.

Esta visión es razonable, pero puede dar paso a problemas referentes a la correcta aplicabilidad de algunos derechos fundamentales, lo que puede llegar a otorgar una gran discrecionalidad subjetiva a los jueces que conduzca a la falta de uniformidad en la toma de decisiones cuando se han ejecutado los contratos públicos. Uno de estos problemas, se da cuando los mismos derechos fundamentales pueden utilizarse para presentar argumentos de apoyo tanto para las partes más fuertes como para las partes más débiles de la relación

contractual, en estos casos, como lo resalta Barceló (2018), debe de priorizarse los intereses de la parte más débil, alineando el contrato con sus derechos fundamentales.

Colombia, como Estado social de derecho, está llamado a asegurar que los intereses de la parte más débil estén protegidos a través de varios instrumentos jurídicos, pero ¿qué ocurre cuando es el mismo Estado quien transgrede los derechos de los ciudadanos por acción u omisión en la contratación pública?

Infante y Blázquez (2022), indican que algunos ordenamientos jurídicos abordan la regulación de la contratación pública a través de instrumentos, instituciones, y técnicas legislativas dispares, lo que se traduce a una barrera técnico-jurídica que obstaculiza cualquier intento de armonización de los derechos fundamentales en los contratos públicos. Esta postura es compartida por Tornos (2021), quien manifiesta la existencia de fallas, particularmente en Colombia, respecto a garantizar procesos selectivos de contratación que tengan como finalidad asegurar que las empresas contratistas respeten los derechos fundamentales de los ciudadanos.

A partir de los anteriores planteamientos, se considera importante identificar la manera en la cual a partir de la contratación pública se puede trasgredir algunos derechos fundamentales de los colombianos.

### **Contratos contrarios a la dignidad humana**

La dignidad humana es uno de los derechos fundamentales condensados en la Constitución Política de Colombia (Art. 1), reconocido según la Corte Constitucional de como: “(i) “el merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y como a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana” (Sentencia T-291-16).

Autores como Babae y Torabi (2021), indican que el derecho a la dignidad en ocasiones puede verse socavado por el desarrollo de contratos de origen público, en la medida que, en algunos casos, las actuaciones o resultados proyectados en el marco de los contratos pueden estar en contravía de los estilos de vida, creencias y costumbres de los ciudadanos que directa o indirectamente tiene que ver estos dichos proyectos o, peor aún, como lo mencionan Gamonal y Pino (2022), pueden generar situaciones que se consideren humillantes o degradantes para esta población.

En línea con lo anterior, Sandoval (2016) afirma que la noción de dignidad es un punto en común entre las capacidades básicas y los derechos de los seres humanos. Bajo esta perspectiva, y a partir de la teoría de Nussbaum (1992), un ciudadano puede tener una vida digna si tiene la capacidad de vivir una buena vida, gozar de buena salud, evitar el dolor innecesario, usar sus cinco sentidos, establecer vínculos con personas, formar una concepción del bien, capaz de vivir con y para los otros, entre otros elementos.

Una de las situaciones en las que se evidencia la inobservancia de principios de la contratación estatal como la transparencia, economía, responsabilidad, y que, además, puede afectar a la dignidad humana, son los contratos del Programa de Alimentación Escolar (PAE). De acuerdo con Álvarez (2021), desde la etapa de preparación se identifican vacíos en las cláusulas contractuales de este tipo de contratos lo que dificulta que en la etapa de ejecución se tenga un control efectivo en lo que respecta la entrega oportuna y la calidad del suplemento alimentario. En palabras de Díaz y Pedreros (2017), esta situación, además de ir en contra la dignidad de los beneficiarios del programa, puede generar diversas afectaciones entre ellas, el incremento del ausentismo escolar.

Como lo indica la Procuraduría General de la Nación (2021), la corrupción en el uso de los recursos respecto al PAE, es una lesión grave y ominosa de la Constitución Política, ya que tiene que ver con los derechos fundamentales de los niños particularmente a la educación y a la dignidad. Esta corrupción es posibilitada, si no se cuenta con procesos

precontractuales eficientes, rígidos y que contemplen cláusulas que vayan en pro de la sociedad.

### **Contratos que causan perjuicio al medioambiente y a la salud pública**

Como lo plantean Sandoval y Escobar (2020), la contratación pública, además de entregar bienes y prestar servicios a la ciudadanía, debe garantizar los principios de eficiencia y planeación, que están vinculados de forma directa a elementos como la protección de la salud del ciudadano y el cuidado del medio ambiente que éste habita. Desde la visión de Bolton (2018), las consideraciones en términos de salud pública o sostenibilidad medioambiental deben incorporarse en todo el proceso de contratación, a saber, la etapa preparatoria; la elaboración de pliegos de condiciones o especificaciones técnicas; asegurar la capacidad o responsabilidad de los contratistas; el uso de criterios para comparar diferentes ofertas; entre otros aspectos, de este modo, desarrollar proyectos que permitan promover una buena calidad de vida a sus ciudadanos, sin dejar e impulsar al sector productivo.

Claro está que las adquisiciones tienen en mayor o menor medida algún nivel de impacto en el medio ambiente, el cual debe minimizarse para garantizar la sostenibilidad en la contratación pública, máxime, porque el Estado tiene como deber proteger al medio ambiente, al ser este un derecho colectivo. Sin embargo, como lo mencionan Acevedo y Díaz (2021), “resulta contradictorio que, en ocasiones, el responsable del daño y uso indiscriminado de los recursos sea el mismo Estado” (p.1). Respecto al tema, Maniatis (2020), señala que en la contratación pública el Estado puede ser el responsable del deterioro ambiental bien sea por acción u omisión. Acción cuando se trata de proyectos públicos en lo que el Estado tiene pleno conocimiento de que se van a generar afectaciones, pero toma la decisión de desarrollarlos porque dichos proyectos podrán beneficiar la

movilidad o asuntos económicos. Omisión, cuando el impacto ambiental es el resultado exclusivo de las malas prácticas de los contratistas y el Estado no está al tanto de las mismas.

Para ejemplificar la manera en la cual se puede causar una afectación ambiental a través de la contratación pública, se explora el caso específico del Túnel de Occidente, ubicado entre la ciudad de Medellín y el municipio de San Jerónimo, Antioquia. Según Ramírez (2016), el desarrollo de esta obra ha causado tres graves problemas ambientales: 1) Emisión de gases tóxicos que emanan el túnel; 2) pérdida de 3 afluentes de agua y disminución del caudal de otras 14 fuentes de agua; 3) mayor contaminación por el exceso de vehículos. El problema radica en que, según Kavilando (2021), a la actualidad no se han entregado a las comunidades las compensaciones ambientales, tampoco se han generado obras de mitigación de daños ni indemnizaciones.

Ahora bien, estos impactos ambientales se encuentran estrechamente relacionados con la salud pública. Pinera, Muñoz y Gil (2018), indican que, por ejemplo, el aumento en la contaminación a causa de mayor afluencia vehicular puede generar problemas de salud en los habitantes del sector, relacionados con el aparato respiratorio, enfermedades cardiopulmonares, asma bronquial e incluso enfermedades cardiovasculares. En este sentido, a través de la contratación pública se puede afectar derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la salud.

### **Contratos que restringen la libertad de acción en el ámbito personal y económico**

Otros de los derechos que pueden verse afectados por la ejecución de un contrato público son el derecho a la libertad, derecho a la movilidad, derecho al trabajo, derecho al mínimo vital. Retomando el caso del Túnel de Occidente, Muñoz (2010), explica que este proyecto provocó grandes transformaciones económicas y sociales, además, unos abruptos cambios en los patrones de producción y de mercado que, si bien han beneficiado a algunas personas, también han afectado de forma profunda a muchas otras. En consonancia con lo

anterior, la Junta Acción Comunal Vereda El Naranjal (2017), indica que desde la construcción del túnel ha habido diversas afectaciones a las libertades y dinámicas de vida de la población, por ejemplo “la producción agrícola de los campesinos de San Cristóbal está a punto de desaparecer” (p.1), los campesinos han tenido que modificar abruptamente el uso del suelo, o migrar a la urbe, en busca de oportunidades de empleo.

Otra problemática que se destaca en esta obra analizada y que va en contravía del derecho a la libertad de movilidad que poseen los ciudadanos, es que con la construcción del túnel y los cambios en la movilidad (los cuales son más evidentes los fines de semana cuando mayor afluencia de autos hay), se comunicó directamente al corregimiento de San Cristóbal con las salidas hacia la vereda La Loma y la comuna de San Javier en Medellín; de acuerdo con Ospina (2022) esta situación ha dejado a muchas familias del corregimiento aisladas, pues antes tenían mayor acceso a estas comunidades, bien sea por asuntos personales, familiares o laborales.

De igual modo, otra afectación a los derechos derivada de la construcción del túnel, es el hecho de que decenas de familias, bajo la promesa de mayor desarrollo y competitividad tuvieron que abandonar sus predios y aceptar una oferta económica que no consideraban justa o arriesgarse a ser expropiados. De acuerdo con García (2018), muchas de las familias que aceptaron voluntariamente la compra de su vivienda, tuvieron que esperar meses para el pago, mientras que eso ocurría tuvieron que ingeniarse como sobrevivir y donde habitar, algo complejo si se tienen en cuenta que la mayoría de estas familias son campesinas.

## **2. Tratamiento y reglamentación frente a las cláusulas para garantizar contratos públicos sostenibles y garantes de derechos humanos**

Las organizaciones públicas deben promover los derechos humanos cuando adquieran productos o servicios que pueden ocasionar directa o indirectamente la transgresión de derechos de los ciudadanos (Morris, 2020). De acuerdo con la Comisión

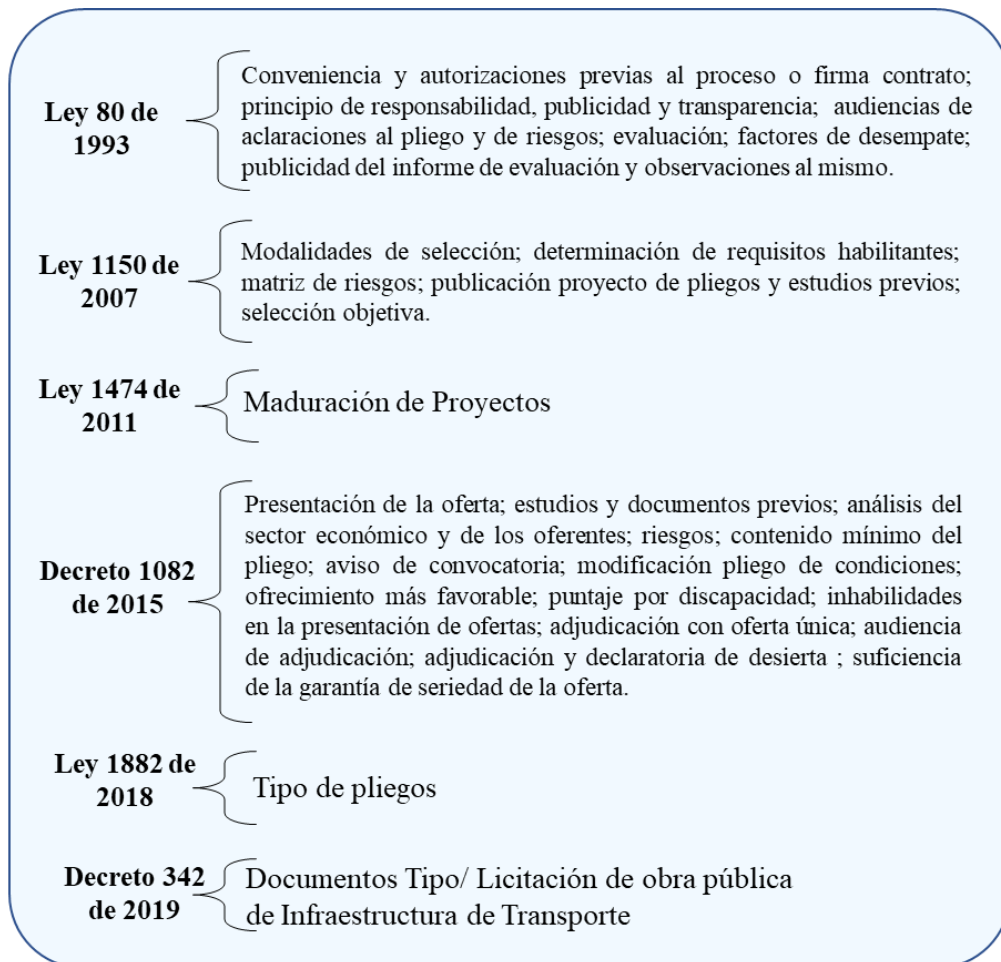
Económica para América Latina y el Caribe- CEPAL (2018), los procesos de contratación pública deben ser coherentes con los criterios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) relacionados con la promoción de prácticas de contratación pública sostenibles (Objetivo 12.7, ODS), en pro del apalancamiento económico y sin ir en detrimento de los derechos.

Para que lo anterior sea posible, la administración debe tener consciencia de la importancia de la contratación pública socialmente responsable, y de sus beneficios en cuando al logro de beneficios sociales y éticos como es el caso de la promoción de oportunidades de empleo, el trabajo digno, la inclusión social, la accesibilidad y el cumplimiento de los derechos sociales y laborales, proporcionando bienes y servicios sociales de alta calidad. Pero ¿existe reglamentación frente a las cláusulas contractuales para garantizar contratos públicos sostenibles y garantes de derechos humanos?

Para garantizar procesos de contratación pública y con ello, limitar el indebido uso de los recursos públicos e impulsar al Estado a cumplir su función social respecto a la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general, los lineamientos procedimentales y cláusulas contractuales deben desarrollarse a partir de los criterios del artículo 209 de la Constitución Política y los postulados de la Ley 80 de 1993 en donde se resaltan los principios de la contratación pública, entre los cuales se encuentran “la transparencia, economía, buena fe, publicidad, debido proceso y responsabilidad, conmutatividad; equilibrio económico del contrato; planeación y selección objetiva” (Bahamón, 2018, p. 17).

En complemento a lo anterior, es dable indicar que existen un conjunto de normas legales y reglamentarias referidas a las licitaciones públicas, las cuales se muestran, a continuación, en el siguiente esquema.

**Figura 1. Normativa relevante sobre las licitaciones públicas en Colombia**



Fuente: elaboración propia basada en la norma vigente.

Al revisar el articulado de las leyes citadas en la figura 1, se logra identificar que en la Ley 1474 de 2011, se habla directamente de elementos relacionados con la contratación estatal socialmente responsable, ya que indica que “cuando el objeto de la contratación

incluya la realización de una obra, la entidad deberá contar con estudios y diseños para establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental ” (artículo 87, Ley 1474 de 2011).

Al analizar particularmente el factor ambiental, es importante resaltar que la Ley 80 de 1993 se limita exclusivamente a mencionar que los contratos de exploración y explotación de recursos naturales deben regirse por la legislación especial que les sea aplicable (artículo 76, Ley 80 de 1993). De igual modo, esta regulación especial, aplica para los proyectos de infraestructura de transporte, que como se indica en la Ley 1682 de 2013 deben incluir una variable ambiental en sus diferentes fases. En la Ley 1682 de 2013, se incluye que, como requisito previo a la apertura de licitaciones de infraestructura de transportes, la entidad pública debe contar con la aprobación de la autoridad ambiental la cual revisará la viabilidad del proyecto.

Ahora bien, como lo plantea la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (2016), en la normativa colombiana relativa a la contratación pública “hay una total ausencia de disposiciones medioambientales en los criterios de selección de propuestas o en las garantías y responsabilidades exigidas a los contratistas” (p.72). No obstante, como se indicó de forma precedente, la normativa de contratación pública dirige al contratista a la legislación sectorial para que acate las medidas y disposiciones allí expuestas.

Frente al factor social, la Ley 1450 de 2011, establece que los pliegos de condiciones deben fomentar la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y sujetos de especial protección constitucional (Artículo 32 Ley 1450 de 2011, que modifica al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007). Al revisar la legislación sectorial, se identifica que en la Ley 1682 de 2013 de infraestructura de transportes, se indica que las entidades públicas deben analizar durante la etapa de estructuración de los proyectos la existencia de bienes inmuebles protegidos, comunidades étnicas, patrimonio cultural, etc. manteniendo un

diálogo permanente con los actores para garantizar el interés general. Pero, como es una legislación sectorial esta no se aplica a proyectos de distinta naturaleza que puedan afectar el componente social.

Como lo expresa Bolaños (2020), el Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 “no contiene muchas herramientas que permitan a las entidades estatales incluir, dentro de los contratos que celebra para el cumplimiento de sus objetivos, cláusulas de contenido social o ambiental que les permita acercarse a una contratación estatal socialmente responsable”(p.32), por el contrario, se limita de una forma rígida a que la mayoría de los criterios de ponderación para seleccionar al contratista sea el aspecto económico.

Para profundizar en el análisis referido al tratamiento y reglamentación frente a las cláusulas para garantizar contratos públicos sostenibles y garantes de derechos humanos. Se hace necesario revisar los aportes que han realizado al respecto entidades como Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente- ANCPCC y el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP).

### **Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente- ANCPCC**

La ANCPCC ha diseñado y socializado distintas guías, manuales y circulares en busca de impulsar la contratación pública sostenible. Una de estos documentos es la “Guía de compras públicas socialmente responsables”, en la cual se manejan los criterios de conductas responsables en los procesos de compra pública, como es el caso de medidas preventivas y otras de protección referidas a elementos como: los pliegos de condiciones garantes de derechos que deben ser acatados y respetados por proponentes y proveedores; solicitud análisis de riesgos que la ejecución del contrato traiga para los derechos humanos; incorporación de factores de evaluación; solicitud medidas con enfoque diferencial que fomenten la participación de las minorías; entre otros.

Respecto a los manuales, la ANCPCC brinda a los proponentes diversos manuales de contratación basados en el Decreto 1082 de 20154, que permiten estructurar propuestas dirigidas a garantizar los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y a facilitar la selección. Sin embargo, al revisar dichos manuales no se encuentran dentro de ellos elementos reglas tendientes a materializar las compras públicas socialmente responsables desde el componente social y ambiental, sino que se priorizan el componente económico y los aspectos técnicos/procedimentales. Como lo expresa Bolaños (2020) en los manuales de la ANCPCC “no es posible encontrar directrices que permitan impactar, las áreas identificadas como señales de RSE” (p.36).

La ANCPCC cuenta, además, con una circular de “Buenas Prácticas”, en la cual se describe la forma en la cual la entidad puede “ obtener mayor valor por el dinero, garantizando la transparencia y la calidad del gasto en la compra pública.” (Colombia Compra Eficiente, 2019, p1. Sin embargo, dentro de estas buenas prácticas no hay recomendaciones concretas frente a los elementos sociales o ambientales para asegurar procesos de contratación efectivos y socialmente responsables.

### **Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP)**

El DAFP (2019), a través de la Resolución 503, desarrolla el “Manual de Contratación”, el cual busca la democratizar la Gestión Pública, a partir de la descripción y facilitación de aspectos metodológicos, técnicos y jurídicos en apoyo a los procesos de contratación pública. En uno de los numerales de esta manual, el DAFP indica la importancia de que los contratos privilegien el interés general, la anticorrupción, el fomento de la libre y sana competencia, aspectos que, si bien son importantes, no se relacionan directamente con los componentes sociales y ambientales.

Como se puede observar hasta ahora, ni en la normatividad vigente, ni en los distintos guías y manuales de entidades como la ANCPCC y el DAFP, se cuenta con una

reglamentación precisa en torno a las cláusulas para garantizar contratos públicos sostenibles y garantes de derechos humanos.

### **3. Elementos sociales y ambientales que deben ser tenidos en las cláusulas contractuales para garantizar los derechos fundamentales en los procesos de contratación estatal**

#### **Elementos sociales dentro de las cláusulas contractuales**

Dentro de los procesos de contratación, específicamente en los pliegos de condiciones, es importante que se incluya cláusulas en donde se determinen las obligaciones y prohibiciones expresas en términos de impacto social que los licitadores deben tener en cuenta al momento de presentarse a una convocatoria. Así pues, deben generar cláusulas que profundicen el nivel de exigencia y concreción frente acciones que permitan evitar los riesgos sociales que se pueden derivar a partir del desarrollo del objeto del contrato, para lo cual, se puede requerir estudios de impacto pre y expo facto avalados por profesionales de las ciencias sociales y humanas y de las ciencias de la salud, siendo el caso.

De igual modo, como lo menciona Huertas (2020) en proyectos de infraestructura en donde deban realizarse expropiaciones/ compra de vivienda, es de gran importancia que se exijan estudios de impacto que permitan evaluar no solo la negociación y compensaciones, sino que se desarrollen procesos participativos de las comunidades afectadas por el proyecto, además, se diseñen planes integrales de gestión social.

Es importante que se reconozcan también los elementos laborales dentro de los procesos de contratación pública (Paniagua, 2013). Al respecto, Pascual (2019), explica que se deben robustecer las cláusulas contractuales, en las cuales se exija adoptar las medidas

necesarias para proteger a los trabajadores, mejoramiento continuo de las condiciones laborales (REAS Euskadi, 2010); oportunidades de empleo (Garrido, 2018); inclusión de personas con discapacidad (Molina, 2016); inserción laboral de personas en proceso de reintegración social (Roldan, 2013), entre otros elementos.

Otros aspectos que deben ser incluidos en las cláusulas contractuales son la participación ciudadana, el enfoque diferencial, el enfoque de género, la prohibición del trabajo infantil, la protección del patrimonio histórico/arqueológico; la gestión predial y de los recursos comunitarios; la sensibilización y formación social; la accesibilidad a la información.

### **Elementos ambientales dentro de las cláusulas contractuales**

Desde la postura de López (2015), dentro de los pliegos de condiciones en la contratación pública debe marcarse la obligatoriedad de que los contratistas presenten planes de gestión integral medioambiental, a partir de los cuales puedan asegurar la correcta gestión de residuos (González, Marín y Bruguera, 2019); la gestión forestal (Luján et, al, 2021); replantación de zonas afectadas (Meza, Velázquez, Larrucea, 2017), y el control de sustancias peligrosas (Peñaloza, et, al. 2018).

Es necesario, de igual modo que, desde los procesos de contratación, además de solicitar al proponente remitirse a la legislación vigente y sectorizada en materia ambiental, se cuente con un pliego de condiciones en cuanto a la verificación de permisos y licencias ambientales, identificación de la responsabilidad por daños causados al medioambiente, cálculo de riesgos del proyecto, entre otros elementos.

En línea con lo anterior, deben crearse cláusulas en donde se exija, dado el caso, personal cualificado en áreas socio-ambientales, además, donde se muestre la obligación que tiene el contratista frente a elementos ambientales que deben ser salvaguardados a través de pólizas de seguro o el establecimiento de responsabilidad subsidiaria. Ligado a lo

anterior, son importantes las cláusulas que exterioricen las sanciones ante el incumplimiento de aspectos ambientales, por ejemplo, la afectación a la biodiversidad, la baja eficiencia energética; las emisiones de gases y ruidos; impacto visual y paisajístico; entre otros elementos

Como lo menciona Palacín (2021) “la contratación pública debe contribuir al ensanchamiento de las políticas sociales y medioambientales de las administraciones públicas, apuntando a su responsabilidad social, más allá del mero cumplimiento normativo” (p. 576). De allí que sea necesario que, en las licitaciones se revisen a fondo los pliegos de condiciones, con el ánimo de aumentar la eficiencia y credibilidad de los procesos de contratación pública (Díez, 2017), que estos sean garantistas, integradores y sostenibles.

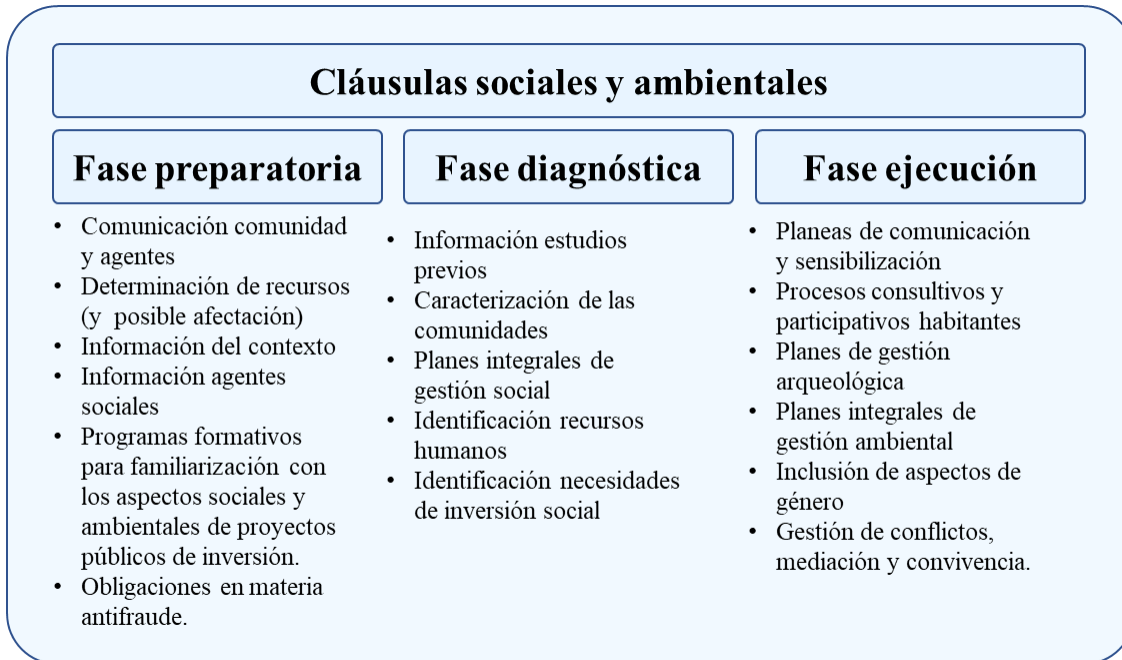
Cabe resaltar que, aun no se han desarrollado estudios en los cuales se demuestre la relación entre la inclusión de cláusulas sociales y ambientales y la obtención de eficiencia en la contratación pública (Gallego, 2017). No obstante, de acuerdo con Palacín (2015), lo que es cierto es que la inclusión de estas categorías podría generar buenas prácticas que aumenten la credibilidad del Estado, y le ayude a este último a cumplir con sus funciones sociales.

De igual modo, se señala que, si bien en algunos casos aspectos ambientales o sociales pueden no ser parte directa de algunos contratos, si están vinculados a ellos y deben ser considerados para alcanzar el mejor beneficio para el Estado (Dufey 2019), es decir, la prestación de la máxima cantidad de ventajas sociales y ambientales frente al precio de la prestación.

A partir de los hallazgos obtenidos en esta revisión y con base a algunos lineamientos propuestos por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (2016), a continuación, se presenta un esquema en donde se exponen los elementos mínimos que podría tener un pliego de condiciones en las licitaciones públicas,

teniendo en cuenta tres fases generales bajo las cuales se configuran los proyectos de inversión pública (ver figura 2).

**Figura 2. Elementos mínimos pliego de condiciones en licitaciones públicas**



Fuente: elaboración propia

Como lo menciona Vaño (2016), las limitaciones respecto a la aplicación de cláusulas contractuales de índole social o ambiental en la contratación pública se relacionan con las reglas de competencia en los procedimientos, ya que no se deben incorporar restricciones injustificadas o que presenten para las empresas proponentes retos desventajosos costo/beneficios que las lleven a desarrollar actuaciones ilícitas.

Otra de las limitaciones, en palabras de Burzaco (2016), se relaciona con la rigidez que implica la vinculación de las cláusulas sociales y ambientales al objeto del contrato, máxime cuando aún no es claro el espacio en que deben ubicarse dichas cláusulas y su obligatoriedad.

## Conclusiones

En Colombia no hay regulación precisa respecto a las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública. Si bien, en el caso de algunas licitaciones se solicita el cumplimiento de criterios mínimos para la preservación del medio ambiente o la gestión social, este proceso se realiza indicando normas sectoriales que solo aplican para algunos tipos de licitación. De igual modo, se concluye que, no hay como tal una obligatoriedad respecto al desarrollo de cláusulas sociales y ambientales, lo que explica que en la actualidad perdure la preponderancia de los factores económicos frente a la inclusión de beneficios en cada una de las fases de contratación.

Otra de las conclusiones a la cual se llega es que no existen mecanismos de control que se encarguen de validar si, en efecto, los contratistas desarrollan los beneficios sociales y ambientales acordados en el marco del proceso de contratación, ya que, como se indicó de forma precedente, se carece de una normativa en la que se obligue al cumplimiento de las cláusulas sociales y ambientales. Esta situación, puede favorecer la creación de escenarios en donde se transgredan los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que, además, impide que el Estado desarrolle su función social referida a la satisfacción de las necesidades de sus ciudadanos y el interés general.

Dentro de los derechos fundamentales que pueden afectarse en ocasión de la ejecución de contratos que carecen de cláusulas sociales y ambientales se encuentran principalmente: el derecho a la dignidad, a la vida, a la salud, a la educación, al trabajo, al mínimo vital a la movilización, a la libertad de acción en el ámbito personal y económico. Si los derechos humanos son fundamento de la vida social, desde la contratación pública no deben generarse situaciones que puedan vulnerarlos, por el contrario, es imperativo que la Administración vincule la regulación y ejercicio de la contratación pública a la protección y

desarrollo de estos derechos, para lo cual no solo debe apostar por asegurar procesos contractuales efectivos, céleres, selectivos, sino con un fuerte sentido social, humano y ambiental.

De igual modo, se concluye que, en el proceso de contratación, especialmente en los pliegos, es importante incluir cláusulas que definan obligaciones y expresen las prohibiciones de impacto social y ambiental que los contratistas deben tener en cuenta al presentar la solicitud de convocatoria. Para ello, puede tomarse como base las recomendaciones de entidades como la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente- ANCPCC y el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), las cuales tienen manuales de buenas prácticas alineados al Objetivo 12.7, ODS relacionados con la promoción de prácticas de contratación pública sostenibles.

## Referencias

- Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (2016). Estudio sobre los requisitos sociales y medioambientales en licitaciones públicas de América Latina y el Caribe. Ed. Reyes Católicos. Madrid, España.
- Agudelo-Giraldo, O.A. (Ed.). (2018). *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia
- Babaei, I. Torabi, M. (2021). El lugar del principio de los derechos humanos y la dignidad humana en el derecho contractual. *The judiciary Law Journal*. 85(114). 79-105.
- Barceló, R. (2018). Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato. [Tesis doctorado]. Universitat de Barcelona.
- Bolaños, M. (2020). La Responsabilidad Social Empresarial en la Contratación Pública Colombiana Proyecto Aplicado Empresarial. [Tesis]. Universidad Del Rosario. Colombia.
- Bolton, P. (2018). Protección del medio ambiente a través de la contratación pública: el caso de Sudáfrica. *Foro de Recursos Naturales* 32(1):1 – 10
- Burzaco, M., (2016). Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos

- sociales. CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, (86),280-310
- CEPAL. (2018). La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf)
- Colombia Compra Eficiente (2018). Guía de compras públicas socialmente responsables. <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/ccepublic/files/ccedocuments/cceguiacpsocialmenteresponsables.pdf>
- Congreso de Colombia. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública
- Congreso de Colombia. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
- Congreso de Colombia. Ley 1682 de 2013. Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.
- Díaz, L. Pedreros, Y. (2017). La corrupción en los contratos de alimentación escolar en Colombia y su impacto en el desarrollo de los niños. [Tesis]. Universidad La Gran Colombia.
- Díez, S. (2017). Las cláusulas sociales en la contratación pública. *AFDUAM*. 21(1). 195-219.
- Departamento Administrativo de la Función Pública (2019). Manual de contratación. <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/1035318/Manual+de+Contrataci%C3%B3n+V12.pdf/bd03b7b9-b76b-49c0-a762-bda48c6f5a59>
- Dufey, A. (2019). Iniciativas para transparentar los aspectos ambientales y sociales en las cadenas de abastecimiento de la minería. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45604/1/S2000305\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45604/1/S2000305_es.pdf)
- Gallego, I. (2016). La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública. <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10497/11196>

- Garrido, M. (2018). Las cláusulas sociales en la contratación pública. <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/16376/Manuel%20%20C3%81ngel%20Urrutia%20Ferr%20C3%ADn.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Genovés, A. (2021). Las cláusulas sociales en la contratación pública. <https://zaguan.unizar.es/record/110266/files/TAZ-TFG-2021-3215.pdf?version=1>
- González, A. Marín, L. Bruguera, N. (2019). Diagnóstico de la gestión del reciclaje de los residuos sólidos generados en el destino turístico Viñales. *Avances*, 21(4).
- Huertas, V. (2020). Impacto de la carencia de las regulaciones prediales en el desarrollo de la infraestructura vial y el progreso socioeconómico de Colombia. [tesis]. Colegio de Estudios Superiores de Administración – CESA.
- Infante, J. Blázquez, F. (2022). Contracts contrary to fundamental principles and mandatory rules of European Contract Law. *InDret* 2(1).1-56
- Kavilando (2020). Perdida de 3 afluentes de agua, entre las afectaciones del Túnel de Occidente. Medellín (Entrevista Líderes-afectados). <https://kavilando.org/index.php/2013-10-13-19-52-10/formacion-popular/5664-perdida-de-3-afluentes-de-agua-entre-las-afectaciones-del-tunel-de-occidente-medellin-entrevista-lideres-afectados>
- Larrazaba, E. (2014). Las cláusulas sociales en la contratación pública y la posibilidad de establecer un salario mínimo en la ejecución de los contratos. *Lan Harremanak*. 3(1). 135-156.
- López, B. (2015). La valoración del factor ambiental en la contratación pública. *Gabilex*. 1(1). 1-22.
- Luján, C. Olivas, J. Vázquez, S. Hernández, J. Castruita, L. (2021). Sistema de gestión estratégica forestal participativa para el desarrollo forestal sustentable. *Madera y bosques*. 27(1).
- Maniatis, A. (2020). La contratación pública y la responsabilidad ambiental. *Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*. 166(). 147-165
- Matera, MC. (2018). *Compras públicas sostenibles. Análisis de la inclusión de criterios de sostenibilidad en los acuerdos marco de precios celebrados por la agencia nacional*

- de contratación “Colombia compra eficiente”*. [Tesis maestría]. Universidad Santo Tomas, Bogotá
- Maza, J. (2022). Cláusulas sociais nas condições especiais de execução de contratos públicos: um compromisso com o interesse comum: Social clauses in the special conditions for the implementation of public contracts: a bet for the common interest. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. 6(21). 231–278
- Meza, M. Velázquez, L. Larrucea, A. (2017). Recuperación De Áreas Verdes Urbanas. La Importancia Del Diagnóstico Fitosanitario Para La Intervención. *Revista Legado de Arquitectura y Diseño*, 1(22).
- Molina, C. (2016). Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de “legitimidad” al de sus “límites. *Temas Laborales*. 135(2). 79-110
- Medina, P. (2010). La clausulas sociales en la contratación pública, retos y perspectivas. *Revista Cemci*. 7(1). 1-30.
- Muñoz, L. (2010). “Nuevos escenarios para la comunidad campesina de San Sebastián de Palmitas luego de la construcción de la Conexión Vial Aburrá-río Cauca y el Túnel de Occidente”. *En: Boletín de Antropología Universidad de Antioquia*, 24(41) 353-375.
- Nizama, M. Nizama, L.(2018). El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis. *Vox Juris* (38) 2. 69-90,
- Ospina, G. (2022). San Cristóbal exige un plan de movilidad en la vía al túnel de occidente. <https://www.elcolombiano.com/antioquia/medellin/san-cristobal-insiste-en-la-necesidad-de-soluciones-para-su-movilidad-en-los-41-km-OC17264138>
- Palacín, B. (2021). A la responsabilidad social por la contratación pública. [Tesis doctoral]. Universidad de la Rioja.
- Palacín, B. (2015). La eficiente utilización de los fondos públicos en la contratación pública. Consideraciones estratégicas comparadas. [https://udimundus.udima.es/bitstream/handle/20.500.12226/1383/eficencia\\_utilizacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://udimundus.udima.es/bitstream/handle/20.500.12226/1383/eficencia_utilizacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- Paniagua, M. (2013) Las empresas de inserción sociolaboral y las cláusulas sociales en la contratación pública: dos instrumentos necesarios para la innovación social hacia el desarrollo. *REVESCO*. Revista de Estudios Cooperativos (112). pp. 176-212.
- Pascual, A. (2019). Derechos laborales en la contratación pública. [https://base.socioeco.org/docs/guia\\_reas\\_cpr\\_derechos\\_laborales\\_final.pdf](https://base.socioeco.org/docs/guia_reas_cpr_derechos_laborales_final.pdf)
- Peñaloza, W., Jamul, N., Correia, A., & De Sousa, C. (2018). Un plan de manejo de las sustancias peligrosas en los laboratorios de toxicología-farmacología y química orgánica. *Revista INGENIERÍA UC*, 25 (3),369-380
- Pineda, B. Muñoz, C. Gil, H. (2018). Aspectos relevantes de la movilidad y su relación con el medio ambiente en el Valle de Aburrá: una revisión. *Ingeniería y Desarrollo*. 36 (2). 489-508.
- Procuraduría. (2021). Procuraduría inhabilitó y sancionó con multa de \$4.319 millones a representante legal de Cooperativa Multiactiva Surcolombiana de Inversiones, por corrupción en el PAE Santander <https://acortar.link/P5g4FA>
- Ramírez, T. (2016). Análisis de la problemática Socioambiental generada por la Construcción de Túneles Viales en Colombia: Caso de estudio Túnel de Occidente. [tesis]. Universidad Nacional de Colombia.
- REAS Euskadi (2010). Cláusulas sociales, herramientas al servicio de la inserción sociolaboral. [https://www.economiasolidaria.org/sites/default/files/clausulas\\_sociales.pdf](https://www.economiasolidaria.org/sites/default/files/clausulas_sociales.pdf)
- Reyes-Ruiz, L. y Carmona Alvarado, F. A. (2020). La investigación documental para la comprensión ontológica del objeto de estudio. [Tesis doctorado]. Universidad Simón Bolívar.
- Roldán, L. (2013). La inclusión laboral de los desmovilizados del conflicto en Colombia: auténtico mecanismo emancipador de la violencia en Colombia. Univ. Estud. Bogotá. 10(2). 107-123
- Sandoval, A. (2016). La noción de dignidad humana en la Corte Constitucional Colombiana. Una mirada alternativa desde Martha Nussbaum. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 2(4), 15-39.

- Simion, K. (2016). Qualitative and Quantitative Approaches to Rule of Law Research. [https://www.kpsrl.org/sites/default/files/publications/files/inprol\\_practitioners\\_guide\\_ksimion\\_research\\_methods.pdf](https://www.kpsrl.org/sites/default/files/publications/files/inprol_practitioners_guide_ksimion_research_methods.pdf)
- Tolosa, L. (2017). Los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 19(2): 13-61.
- Tornos, J. (2021). Contratación pública y derechos humanos. *Revista digital de derecho administrativo*. 24(2). 11-4
- Vañó Vañó, MJ, (2016). Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, (87),1-26