

ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

AFFIRMATIVE ACTIONS FOR PUBLIC CONTRACTING IN COLOMBIA

*Juan Pablo Vallejo Molina**

Fecha de recepción: 4 de abril de 2016

Fecha de aceptación: 13 de febrero de 2016

El derecho es lo justo ajustado a otro conforme cierta clase de igualdad.
Tomás de Aquino

RESUMEN

En este artículo se abordan todas aquellas acciones que, encaminadas a zanzar las brechas notoriamente existentes en la sociedad por atentar contra el principio-derecho fundamental de la igualdad, tienen cabida en la actividad contractual del Estado en Colombia; su origen y desarrollo histórico, evolución normativa a la luz de la Constitución de 1991, pero principalmente el desarrollo jurisprudencial de la mano de la Corte Constitucional y algunas medidas y casos puntuales en torno a esta discriminación positiva, son la motivación del presente trabajo investigativo.

Palabras claves: Contratación estatal, Ley 80 de 1993, Constitución Política de 1991, Corte Constitucional, jurisprudencia constitucional.

ABSTRACT

All those actions focused to finish the big differences found in the society, which crash with the principle – fundamental right of equality, have place in the contracting activity of the Colombian State; their historic origin, the normative evolution in the Colombian Constitution of 1991, but principally the jurisprudential development with the Constitutional Court and some of these significant measures and actions around this positive discrimination, are the motivation of the present investigative work.

Key words: Public contracting, Law 80 of 1993, Politic Constitution of 1991, Constitutional Court, Constitutional jurisprudence.

* Abogado Universidad Nacional de Colombia. Estudiante especialización Derecho Administrativo Universidad Javeriana. Abogado asesor Superintendencia de Puertos y Transporte. Correo electrónico: juan.pablo.vallejo@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Las acciones afirmativas, entendidas en su aproximación conceptual como todas aquellas medidas de hecho o intervenciones positivas que el Estado realiza a favor de grupos tradicional o históricamente desfavorecidos o desprotegidos por diversas causas, irrumpen en la actividad contractual de la administración como herramienta clave para solventar y mejorar las condiciones materiales de aminoramiento frente al resto de la sociedad de estos grupos o individuos. Esto presupone en primer momento una valoración, un juicio a la luz del principio de igualdad consagrado y desarrollado en toda la normatividad del ordenamiento jurídico colombiano, dando prevalencia a la Constitución Política de 1991 como norma fundamental, que fijó un rumbo materializador de los derechos bajo el modelo del Estado social de derecho. Luego, presupone también una escogencia de la medida apropiada, que esta se adopte al ordenamiento jurídico en su interpretación más sistemática, y finalmente su aplicación; la asertividad de la acción afirmativa y su eficacia para solucionar el estatus inicial de desfavorecido o desprotegido del grupo social o incluso individuo, que se aprecia únicamente en la praxis de la ejecución de la actividad contractual en este caso.

El presente trabajo, fruto de una ardua labor de investigación documental, estudio de las distintas sentencias de las altas Cortes colombianas (principalmente la Corte Constitucional) habidas en la materia, y análisis dinámico de precedentes, toma como objeto de disertación las medidas de discriminación positiva en la actividad contractual del Estado, para lo cual y en aras de la justificación y pertinencia del documento, debe decirse que estas presentan cierto vacío normativo en el ordenamiento jurídico colombiano: no existe en concreto una ley “por medio de la cual se implementen medidas de acciones afirmativas en la contratación estatal” en el Estado; más bien, existe un acumulado de normas importantes pero y sobre todo una evolución jurisprudencial (principalmente constitucional) de avanzada, que en la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico ha preferido por otorgar validez a la existencia de estas medidas, que al no estar prohibidas por el legislador tienen cabida en la contratación administrativa. El aparente vacío normativo de las acciones objeto de estudio, su reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano por parte de las altas Cortes y su proyección en el análisis aplicativo son la razón de ser del presente trabajo.

Así, en aras de la organización expositiva del artículo, abordo el problema de la desigualdad en la actividad contractual del Estado colombiano, pero más específicamente en la etapa de escogencia del contratista; este fenómeno, la desigualdad material en la selección del oferente o contratista, es la cuestión principal a analizar y desarrollar en el transcurso del documento. Desigualdad

que se evidencia en consideraciones de sexo, raza, orientación ideológica, edad, situaciones de desplazamiento, marginación social, poca capacidad adquisitiva, falta de experiencia (estos dos últimos eventos en relación con empresas y sociedades jóvenes principalmente) y demás, que para el caso de estudio y análisis necesario de delimitación, se concreta específicamente en desigualdad de tipo socioeconómico.

En ese sentido, a partir de una aproximación hipotética, para la continuación de la investigación planteo en primer momento la irrupción de la Constitución de 1991 y el desarrollo jurisprudencial principalmente en cabeza de la Corte Constitucional, como referente hito del desarrollo e importación de la teoría de discriminación positiva y las acciones afirmativas de la contratación estatal; resolver la veracidad de este punto será objetivo primordial en el artículo. Planteo también un desarrollo propio y autónomo de la normatividad en general, Constitución, ley y a la vez actividad jurisprudencial de las altas Cortes (principalmente Corte Constitucional), en sustentos, fundamentos y herramientas puntuales que permiten el ejercicio de acciones afirmativas en la contratación estatal (medidas y casos); determinar tal desarrollo y tales acciones puntuales será objetivo secundario en el desarrollo del documento.

Finalmente y a través de un ejercicio recopilatorio y propositivo, a modo de conclusión pretendo incentivar y plantear algunas medidas importantes, que posiblemente faciliten la actividad contractual del Estado colombiano en el ejercicio y aplicación de acciones afirmativas.

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA: LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Definición y concepto general

Se entiende por acciones afirmativas todas aquellas medidas encaminadas a zanjar las brechas notoriamente existentes en la sociedad que atentan contra el principio-derecho fundamental de la igualdad, por diversos factores, teniendo su razón de ser principalmente la desigualdad socioeconómica. Así lo define la Corte Constitucional en su acepción más amplia:

Con la expresión acciones afirmativas se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresenten-

tado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. [...] La discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, [...] lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-371 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz)

Origen, historia e irrupción en el ordenamiento jurídico colombiano

En cuanto a su origen e historia existen dos referentes, a saber: en primer lugar las famosas medidas de discriminación inversa que surgieron en Estados Unidos a inicios del siglo XX, y cuyo propósito principal era mejorar las condiciones de existencia, trabajo y demás de los afrodescendientes, en pro de la consecución de la igualdad material. Las enmiendas decimotercera y decimocuarta a la Constitución de 1776 y principalmente la denominada “cláusula de igual protección”, fueron claras medidas que propendieron por la realización de tratos diferenciales para beneficio de esta comunidad en Estados Unidos. En segundo lugar y como desarrollo posterior al caso estadounidense, viene consigo la adopción de medidas de discriminación positiva en Europa en las décadas de los sesenta y setenta, que tenían como propósito favorecer a grupos sociales tradicionalmente excluidos o desfavorecidos; se empezó por establecer medidas a favor de las mujeres como conjunto históricamente desfavorecido en materias de acceso a la educación y al campo laboral principalmente (Ziliani, 2011).

Ahora, en lo referente a los supuestos fáctico-normativos a través de los cuales dicha teoría ingresó en el ordenamiento jurídico colombiano, tiene también dos claros supuestos: en primer momento, el nuevo modelo de Estado social de derecho que irrumpe con la Constitución de 1991, donde existe un deber de supragarantía por parte del Estado, como cumplidor de deberes y obligaciones, a fin de permitir a todo el conjunto social el acceso a los derechos consagrados en su normatividad constitucional. Y segundo, la consagración de la igualdad como principio-derecho fundamental en el ordenamiento jurídico, que compromete al Estado también, en la ejecución de todo tipo de medidas a fin de lograr su consecución material; ahí reside el ingreso de las acciones afirmativas en el sistema jurídico de Colombia, principalmente de la batuta de la Corte Constitucional.

En concreto para la Corte, una acción afirmativa tiene cabida en el ordenamiento jurídico colombiano cuando además de obedecer a dicha razón histórico-teleológica analizada, heredera de la influencia estadounidense y europea, cumple

con los requisitos de constitucionalidad que se han establecido a través del precedente jurisprudencial a saber:

Una medida afirmativa o de discriminación positiva se ajusta a la Constitución si se logra demostrar que: (i) tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades; (ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio; (iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley o por actos administrativos, dependiendo de la situación concreta; (iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicio; (v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de persona, por lo que no resultan válidas medidas in generi o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichoso. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Igualdad entre oferentes: doctrina constitucional y su aplicación en Colombia

Ahora, concretamente en relación con el principio-derecho de igualdad que debe regir la contratación pública en Colombia, la misma Corte Constitucional se ha valido de la interpretación no solo histórica y teleológica de las acciones afirmativas, sino también de la construcción doctrinaria, para justificar la vigencia del derecho de igualdad entre los oferentes en un proceso de selección de contratista.

Así, a través de académicos tales como Marienhoff, Dromi, Fiorini y Mata, la Corte ha adoptado por dar un sustento doctrinario a la igualdad en el proceso de selección de oferentes:

En relación con la igualdad entre los oferentes, Marienhoff precisó: “La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de ‘igualdad’. [...] La referida ‘igualdad’ exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de este, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas”. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-887 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Y concretamente en torno al fundamento constitucional y legal de la igualdad en el proceso de selección del oferente, se hace mención expresa prevalente del artículo 13 constitucional pero también del articulado (arts. 24, 29 y 30) del Estatuto General de Contratación Pública en cuanto a los principios que deben regirle, para garantizar la correcta escogencia del contratista bajo tales supuestos; mismidad de condiciones de postulación y optación por el mejor de estos:

[...] A propósito de la consagración legal del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, la administración está obligada constitucional (art. 13 C.P.) y legalmente (arts. 24, 29 y 30, Ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores. [...] Por virtud de esta garantía, [...] (1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores y (2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la administración. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-887 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, punto 3)

Igualdad de acceso a la contratación estatal

Finalmente, y antes de pasar al siguiente capítulo, además del artículo 1º, 13 y Preámbulo de la Constitución Política, es necesario también hacer una alusión al artículo 209 de la Carta Magna, donde se establece también, entre otros, la aplicación de la igualdad como principio rector de la función y actuación administrativa. Concretamente, y en relación con tal punto, la Corte Constitucional ha determinado ciertas subreglas que son dignas de mención, por orientar y guiar estas la contratación estatal bajo tal principio-derecho de la igualdad:

(i) Todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, (ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, (iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, (iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, (v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

II. ACCIONES AFIRMATIVAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA: MEDIDAS

Una interpretación sistemática y extensiva

Hago alusión en primer lugar a la interpretación sistemática, extensiva y amplia que de la normativa de la contratación pública en Colombia y más específicamente del Estatuto General de Contratación Administrativa, hace la Corte Constitucional para determinar ajustadas a la Constitución todas aquellas medidas de discriminación positiva existentes directamente en la legislación, o aplicadas por la administración a través de la convalidación que otorga la jurisprudencia constitucional en reiterativos pronunciamientos. En Colombia es el mismo Tribunal Constitucional el que se opone a ver la carencia de tales medidas explícita o taxativamente enumeradas en la normatividad como omisiones legislativas relativas, y lejos de fijar una prohibición de establecimiento de las mismas, las promueve por mandato constitucional-legal:

La Corte encuentra que el establecimiento del deber de selección objetiva en la escogencia del contratista, que orienta el proceso de licitación o concurso previsto para la contratación del Estado no configura una omisión legislativa relativa, pues si bien es cierto que en desarrollo de su potestad de configuración, el legislador no estableció en forma expresa acciones afirmativas, no lo es menos que no solo no las prohíbe, sino que las ha autorizado en otras normas que son exigibles en el proceso de selección y adjudicación de contratos estatales mediante licitación y concurso. En efecto, el hecho de que el Estatuto de la Contratación hubiere exigido al administrador la escogencia de las propuestas más favorables o del mejor ofrecimiento al Estado no niega la existencia de acciones afirmativas en la contratación. O dicho de otro modo, la omisión en la regulación de medidas de discriminación positiva en el estatuto de la contratación administrativa no puede entenderse como una prohibición de regulación. (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.)

Luego, en términos amplios, es este el argumento general que ha establecido la Corte para determinar a través de qué medidas la administración puede o debe activar la discriminación positiva o acciones afirmativas en su actividad contractual; antes de pasar a los casos puntuales (siguiente capítulo), expongo dos medidas icónicas en la materia para efectos ilustrativos:

Contratación administrativa entre las micro-, pequeñas y medianas empresas

En Sentencia de Constitucionalidad C-862 de 2008, corresponde a la Corte a modo de problema jurídico estudiar si la diferencia de trato para efectos de acceder a algunos beneficios en la contratación administrativa entre las micro-, pequeñas y medianas empresas en general y las vigiladas por la Superintendencia Financiera es, como lo afirman los demandantes, un trato discriminatorio o, como lo sostienen demás intervinientes, una diferencia constitucionalmente admisible.

En la providencia objeto de análisis, la Corte estudia específicamente el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, que autorizó a las entidades estatales sometidas al Estatuto de la Contratación Administrativa, a incluir en los pliegos de condiciones beneficios a favor de las micro-, pequeñas y medianas empresas (Mipymes), de acuerdo con el reglamento. Tales privilegios estarían destinados a fomentar la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra local o departamental, cuyo valor no excediera de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dentro de las ventajas establecidas por esa norma a favor de las Mipymes se encuentran, entre otras, la subcontratación preferente y la consagración de líneas de crédito blando.

Así y en lo referente a la *ratio* del asunto objeto de estudio, para la Corte fue clara la intención del legislador de autorizar al reglamento a fijar condiciones concretas para facilitar las acciones afirmativas en la contratación pública con micro-, pequeñas y medianas empresas, con el fin de fomentar su desarrollo y promover la creación de empresa como instrumento adecuado para generar empleo, pero excluyó de esos beneficios a las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera: “Contrario a lo sucedido con la consagración de las medidas de discriminación positiva autorizadas en las que hubo motivación expresa, el legislador no fue claro al describir cuál fue el motivo o cuáles fueron los argumentos en que se apoyó para excluir del beneficio a dichas empresas” (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

La Corte, concluye que la diferencia de trato para efectos de acceder a algunos beneficios en la contratación administrativa entre las micro-, pequeñas y medianas empresas en general y las vigiladas por la Superintendencia Financiera es discriminatoria y, por lo tanto, contraria al artículo 13 de la Constitución, por lo que será declarada inexecutable.

Contratación laboral administrativa y participación efectiva de la mujer

Como medida relevante de estudio, a través de Sentencia C-371 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) la Corte Constitucional estudia el proyecto de ley estatutaria 62/98 Senado y 158/98 Cámara por medio de la cual se reglamenta la efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones.

Específicamente el artículo 4 de dicho proyecto establecía una regla de selección según la cual, a partir del primero de septiembre de 1999, las autoridades nominadoras, *obligatoriamente*, deberían asegurar que mínimo el 30 % de los cargos de “máximo nivel decisorio” y de “otros niveles decisorios” sean desempeñados por mujeres. El incumplimiento de tal obligación, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo, era causal de mala conducta, que sería sancionada con suspensión hasta de treinta días en el ejercicio del cargo, y con la destitución del mismo, en caso de persistir la conducta.

Para la Corte, el artículo 4 estudiado consagra una medida de acción afirmativa —de discriminación inversa—, que pretende beneficiar a las mujeres, como grupo, para remediar la baja participación que hoy en día tienen en los cargos directivos y de decisión del Estado (*ratio*), y luego de realizar un juicio de proporcionalidad, declara exequible en forma condicionada el artículo 4 del mencionado proyecto de ley, esto es, siempre que se entienda que la regla de selección que en él se consagra, se deberá aplicar en forma paulatina, es decir, en la medida en que los cargos del máximo nivel decisorio y de otros niveles decisorios vayan quedando vacantes. Y que cuando el nombramiento de las personas que han de ocupar dichos cargos dependa de varias personas o entidades, se procurará que las mujeres tengan una adecuada representación conforme a la regla de selección allí prevista, sin que este sea un imperativo ineludible.

III. ACCIONES AFIRMATIVAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA: CASOS

Finalmente en lo referente a casos puntuales, estos existentes a través de pronunciamientos de Tutela por parte de la Corte Constitucional, son dos los que han fijado en el ordenamiento jurídico colombiano el norte a seguir en lo referente a la aplicación puntual de las acciones de discriminación positiva en la contratación estatal a saber:

Caso discapacitados

En Sentencia de tutela T-684 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo) la Corte determinó la naturaleza jurídica del literal (a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, la obligatoriedad por parte de las entidades estatales de implementar dicha normativa en un proceso de selección contractual, y la posible violación de los derechos al trabajo y a la igualdad constitucional, en contra de las personas discapacitadas al no aplicar la disposición por parte de estas entidades (problemas jurídicos resueltos).

Reza el literal (a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997:

Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías: (a) a que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación.

En el caso concreto, la Sala pudo determinar que la negativa del ICBF de aplicar el numeral (a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, implicó no implementar una acción afirmativa que tiene el propósito de crear un incentivo para integración de la población con discapacidad en el mercado laboral. Este hecho, constituye una vulneración del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.

Para la Corte, en torno a la medida concreta y como *ratio* central del asunto estudiado, se considera necesario declarar que la acción afirmativa establecida por el legislador a favor de la población trabajadora discapacitada, contenida en el literal (a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, es de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas. Igualmente se considera necesario vincular a los organismos de control para que, en desarrollo de sus deberes y facultades, inicien las actuaciones encaminadas a hacer efectivas las disposiciones del literal (a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, a la vez que se les insta a que vigilen su apropiado cumplimiento y difundan el contenido de las mismas, como mecanismo para garantizar la realización de los principios constitucionales que se desarrollan en la norma aludida.

Caso recicladores Bogotá

En Sentencia de Tutela T-724 de 2003 la Corte Constitucional determinó si el Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, desconoció los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la actuación de buena fe de los actores, al establecer requisitos en la Licitación Pública No. 001 de 2002, que no pueden cumplir la Asociación de Recicladores de Bogotá, como grupo discriminado y marginado, que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio (problema jurídico).

Así, y en el caso concreto, la Corte encontró que la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá no observó el mandato constitucional que la constriñe a adoptar medidas a favor de grupos marginados o discriminados, como lo son los recicladores:

No se incluyó por parte de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital ninguna medida efectiva que permita la participación de la Asociación de Recicladores de Bogotá, como grupo marginado de la sociedad, tendiente al mantenimiento y fortalecimiento de la actividad que han venido desarrollando a través del tiempo, como medio de subsistencia. [...] Es más, con el tratamiento otorgado por la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito de Bogotá, se acentúa las condiciones de marginamiento y discriminación social de la población de recicladores, toda vez, que el reciclaje de los materiales sólidos reutilizables quedará en manos de los operadores del sistema, del cual se excluyó a la Asociación de Recicladores de Bogotá. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-724 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería)

Así y a manera de *ratio*, la Corte reitera su jurisprudencia constitucional en el entendido que las diferentes autoridades del Estado están obligadas, cuando se encuentran en presencia de grupos en condiciones de marginalidad y discriminación, a adoptar todas aquellas medidas necesarias para lograr una mayor igualdad sustantiva, incluyendo en sus decisiones tratamientos acordes con tales situaciones. Pasar por alto ese mandato, no contemplando medidas afirmativas a favor de grupos que pueden verse afectados por las decisiones adoptadas, significa quebrantar el derecho a la igualdad, que impone, precisamente, su adopción.

CONCLUSIONES

Se entiende por acciones afirmativas todas aquellas medidas encaminadas a zanjar las brechas notoriamente existentes en la sociedad, que atentan contra el

principio-derecho fundamental de la igualdad, por diversos factores, teniendo su razón de ser principalmente la desigualdad socioeconómica.

La irrupción de la Constitución de 1991 y el desarrollo jurisprudencial principalmente en cabeza de la Corte Constitucional, son el referente hito del desarrollo e importación de la teoría de discriminación positiva y las acciones afirmativas de la contratación estatal, a partir de su evolución originaria en Norteamérica a principios del siglo XX y en Europa hacia los sesenta.

Existe un acumulado de normas importantes pero y sobre todo una evolución jurisprudencial (principalmente constitucional) de avanzada, que en la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico ha preferido por otorgar validez a la existencia de acciones afirmativas que al no estar prohibidas por el legislador tienen cabida en la contratación administrativa.

Son representativas y varias (aunque aún incipientes) las medidas, así como los casos, donde la jurisprudencia constitucional colombiana ha posibilitado las acciones afirmativas en la contratación estatal: medidas en relación con pequeñas y medianas empresas, participación efectiva de la mujer, y casos de discapacitados y recicladores, como grupos que se encuentran en situaciones de desventaja o minoración frente al resto del conglomerado social, y que por tal razón son dignos de proteger o beneficiar con tratos diferenciados.

Posibles acciones afirmativas en la contratación estatal: una propuesta

Finalmente y como corolario del trabajo investigativo, propongo algunas medidas que llevadas al campo de la contratación administrativa representarían claras acciones afirmativas, en pro de la mejora de las condiciones de grupos o individuos que tradicional, histórica o incluso circunstancialmente se encuentran en situaciones de desfavorecimiento o desigualdad en relación con los demás sujetos participantes de un posible proceso contractual público.

Así por ejemplo, la posibilidad de existencia de leyes de cuotas en materia laboral administrativa, que posibiliten la inclusión de grupos desfavorecidos: raizales, indígenas, desplazados, reinsertados, exconvictos y estratos bajos, bajo criterios objetivos, sería un factor decisivo en la eliminación de las brechas de desigualdad existentes en la sociedad colombiana.

También la promoción legislativa de pequeñas, medianas y principalmente jóvenes empresas sería una acción de discriminación positiva importantísima,

que permitiría a nuevos grupos empresariales surgir y ser más competitivos en igualdad de condiciones en el mercado de oferentes contractuales.

Por último, y para involucrar también a los actores privados en la actividad contractual, activar todo tipo de medidas ya sea de carácter de exención tributaria u otro tipo, para que este, el actor contratante privado, sea participe claro del interés estatal de solventar la desigualdad de la sociedad colombiana a través de las diversas acciones afirmativas en la contratación.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

López Medina, D.E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.

Pardo Posada, N. (2011). Los principios de igualdad y reciprocidad en ofertas extranjeras vs. las Mipymes en contratación estatal: un límite a la globalización. *Saber, Ciencia y Libertad*, s.d., 76-87. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3997346.pdf>

Pérez Llorca, J. (s.f.). La contratación pública instrumento de política social. Disponible en: <http://www.famp.es/famp/varios/equal/equal-andalucia/insersion/docsinsersion/perezllorca.pdf>

Ziliani, E. (2011). La acción afirmativa en el derecho norteamericano. *Revista electrónica del instituto de investigaciones Ambrosio L. Gioja*, V(número especial).

Normativa

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

Congreso de la República. Acto Legislativo 01 del 31 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/07/Acto-Legislativo-01-de-2012.pdf>

Congreso de la República. Acto Legislativo 03 del 1 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43214>

Congreso de la República. Ley 1150 de 2007. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Congreso de la República. Ley 1618 de 2013. Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201618%20DEL%2027%20DE%20FEBRERO%20DE%202013.pdf>

Congreso de la República. Ley 361 de 1997. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0361_1997.html

Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Disponible en: <http://www.contratacionestatal.com/estatuto-general-de-contratacion-de-la-administracion-publica-contratacion-estatal/>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2170 de 2002. 30 de septiembre de 2002. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5798>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2473 de 2010. 9 de julio de 2010. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=40002>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2474 de 2008. 7 de julio de 2008. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31185>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 3740 de 2004. 11 de noviembre de 2004. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15185>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 679 de 1994. 28 de marzo de 1994. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1347>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 734 de 2012. 13 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46940>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 959 de 2006. 30 de marzo de 2006. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=19853>

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-371/2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-371-00.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-887/2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20043077>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-724/2003. M.P. Jaime Araujo Rentería. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-724-03.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-932/2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20044504>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-862/2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2008/C-862-2008//C-862-2008_ORIGINAL.doc

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-684/2011. M.P. Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-684-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-387/2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-387-12.htm>