



**UNIVERSIDAD LIBRE®**

Facultad de Derecho

Instituto de Posgrados • Doctorado en Derecho



**Daniel  
Alfonso  
Morales  
Zapata**

**Análisis de la selección objetiva  
desde la crítica de la adjudicación:**

**El caso del Programa de Alimentación Escolar  
en El Carmen de Chucurí**



**Colección Doctorado N° 17**

## El autor

---

**DANIEL ALFONSO MORALES ZAPATA**

Abogado de la Universidad Libre de Pereira. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Gestión Regional del Desarrollo del Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (CIDER) de la Universidad de los Andes. Magíster en Planificación y Administración del Desarrollo Regional de la Universidad de los Andes. Doctor en Derecho de la Universidad Libre.

Docente investigador de la Universidad Libre - Seccional Pereira.

Grupo de Investigación  
*Derecho, Estado y Sociedad.*



**Daniel Alfonso Morales Zapata**

**Análisis de la selección objetiva  
desde la crítica de la adjudicación:  
El caso del Programa de Alimentación Escolar  
en El Carmen de Chucurí**



**UNIVERSIDAD LIBRE®**  
Facultad de Derecho  
Instituto de Posgrados • Doctorado en Derecho

Morales Zapata, Daniel Alfonso

Análisis de la selección objetiva desde la crítica de la adjudicación : el caso del programa de alimentación escolar en el Carmen de Chucurí / Daniel Alfonso Morales Zapata. – Bogotá : Universidad Libre, 2021.

295 p. ; (Colección Doctorado, 17)

Incluye bibliografía.

ISBN 978-958-5578-77-7

1. Contratos públicos - Legislación - Colombia. 2. Contratos administrativo —Legislación - Colombia.

346.023

SCDD 21

Catalogación en la Fuente - Universidad Libre. Biblioteca

ISBN digital: 978-958-5578-77-7

Análisis de la selección objetiva desde la crítica de la adjudicación: el caso del programa de alimentación escolar en el Carmen de Chucurí

© Autor: Daniel Alfonso Morales Zapata

© Universidad Libre

Bogotá D.C. Colombia

Primera edición: octubre de 2021

Queda hecho el depósito que ordena la ley

Editorial: Universidad Libre

Coordinación de edición: Instituto de Posgrados - Facultad de Derecho, sede Principal - Doctorado en Derecho

Correo: [direccion.doctorado@unilibrebog.edu.co](mailto:direccion.doctorado@unilibrebog.edu.co) - [ricardo.sanchez@unilibre.edu.co](mailto:ricardo.sanchez@unilibre.edu.co)

Correo-e: [comunicaciones@unilibre.edu.co](mailto:comunicaciones@unilibre.edu.co)

Calle 8 n.º 5-80, Tel: 3821000, Bogotá D.C.

Diseño y diagramación: Diana Guayara V. - [eykon.graffein@gmail.com](mailto:eykon.graffein@gmail.com)

Producción: AF&M Producción Gráfica S.A.S. - [afmproducciongrafica@gmail.com](mailto:afmproducciongrafica@gmail.com)



«Atribución-No comercial-Sin derivar»



**BY** – Otros pueden copiar, distribuir y mostrar la obra, pero deben otorgar crédito al autor.



**NC** – Otros pueden copiar, distribuir y mostrar la obra, pero solo con propósitos no comerciales.



**ND** – Otros pueden copiar, distribuir y mostrar la obra, pero no modificarla.

creative commons



**UNIVERSIDAD LIBRE®**  
Vigilada Mineducación

**D I R E C T I V A S**

JORGE ALARCÓN NIÑO  
Presidente Nacional

JORGE GAVIRIA LIÉVANO  
Vicepresidente

FERNANDO ENRIQUE DEJANÓN RODRÍGUEZ  
Rector Nacional

FLORO HERMES GÓMEZ PINEDA  
Secretario General

RICARDO ZOPÓ MÉNDEZ  
Censor Nacional

ELIZABETH VILLAREAL CORRECHA  
Directora Nacional de Investigaciones

ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ  
Presidenta Sede Principal

FERNANDO ARTURO SALINAS SUÁREZ  
Rector Sede Principal

LUIS FRANCISCO RAMOS ALFONSO  
Decano Facultad de Derecho Sede Principal

ANA ROCÍO NIÑO PÉREZ  
Secretaria Académica Facultad de Derecho

GUSTAVO JOSÉ ROJAS PÁEZ  
Director Centro de Investigaciones Facultad de Derecho

NOHORA ELENA PARDO POSADA  
Directora Instituto de Posgrados Facultad de Derecho

RICARDO SÁNCHEZ ÁNGEL  
Director Doctorado en Derecho



---

## **AGRADECIMIENTOS**

A la doctora Ana Patricia Pabón Mantilla  
y a la Universidad Libre de Pereira

Para Lina, Luz Amparo y Matías





---

## CONTENIDO

PRÓLOGO .....	15
RESUMEN .....	19
ABSTRACT.....	21
INTRODUCCIÓN .....	23
1. MARCO TEÓRICO: ESTRUCTURA DE UNA CORRIENTE DESESTRUCTURADA .....	45
1.1 Aproximación a los CLS.....	45
1.2 El pensamiento crítico de Kennedy.....	53



2.	JUSTIFICACIÓN PARA LA CREACIÓN DE UN ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL: INTERPRETACIÓN DESDE LA TÉCNICA FINALISTA Y BAJO EL ENFOQUE CRÍTICO ..	89
2.1	Análisis de las finalidades de la Ley 80 de 1993.....	92
2.1.1	Cumplir los fines del Estado.....	92
2.1.2	Promover la transparencia en la gestión contractual .....	114
2.1.3	Garantizar la selección objetiva del contratista .....	140
2.2	Tendencias jurisprudenciales acerca de la selección objetiva en la contratación estatal.....	149
3.	ANÁLISIS DE LA SELECCIÓN OBJETIVA COMO GARANTÍA DE TRANSPARENCIA Y CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL ESTADO, EN LA ADJUDICACIÓN DEL OPERADOR DEL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR (PAE) PARA LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA CIRALES DE EL CARMEN DE CHUCURÍ, SANTANDER (2019) .....	159
3.1	Diseño metodológico .....	163
3.2	Antecedentes normativos del PAE .....	165
3.3	Contexto de “El Carmen de Chucurí” .....	165
3.4	Antecedentes del PAE en Santander .....	166
3.5	Procedimiento de selección objetiva .....	166
3.6	Implementación del contrato del PAE.....	167
3.7	Antecedentes normativos del PAE .....	168
3.8	El Carmen de Chucurí: “Una tierra con olor a cacao y sabor a chocolate” .....	173
3.9	Antecedentes y señalamientos a la adjudicación del PAE en Santander.....	179
3.10	Procedimiento de selección objetiva .....	181
3.10.1	Estructura normativa.....	182
3.10.2	Etapas del proceso.....	183
3.10.3	Aspectos técnicos para la gestión del PAE .....	187



3.10.4	Condiciones para la selección objetiva .....	195
3.10.5	Requisitos adicionales .....	203
3.10.6	Presentación de ofertas y evaluación .....	205
3.10.7	Adjudicación .....	208
3.11	Implementación del PAE .....	220
3.11.1	Inicio e interventoría .....	221
3.11.2	Interventoría: Seguimiento formal al operador .....	230
3.11.3	“Interventoría” ciudadana: Manifestaciones de la prensa y la ciudadanía .....	237
4.	CONCLUSIONES .....	249
4.1	Acerca de la investigación .....	249
4.2	Reflexiones finales: una propuesta inconclusa .....	261
	BIBLIOGRAFÍA .....	269



## LISTA DE TABLAS


Tabla 1.	Marco legislativo en búsqueda de la Transparencia .....	125
Tabla 2.	Nicho citacional. Línea jurisprudencial.....	151
Tabla 3.	Información básica para la contratación.....	182
Tabla 4.	Estructura de requisitos habilitantes y factores de evaluación. Licitación Pública ED-LP-18-04.....	187
Tabla 5.	Estructura financiera. Licitación Pública ED-LP-18-04.....	191
Tabla 6.	Número mínimo de manipuladores de alimentos. Licitación Pública ED-LP-18-04.....	193
Tabla 7.	Documentos requeridos para la presentación de la oferta. Requisitos habilitantes. Capacidad Jurídica. Licitación Pública ED-LP-18-04 .....	196
Tabla 8.	Valores correspondientes a la capacidad financiera. Requisitos habilitantes. Capacidad Jurídica. Licitación Pública ED-LP-18-04 .....	202
Tabla 9.	Valores correspondientes a los factores de evaluación. Factores de evaluación. Licitación Pública ED-LP-18-04 ..	202
Tabla 10.	Observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones. Síntesis. Licitación Pública ED-LP-18-04 .....	206
Tabla 11.	Cierre de la Licitación Pública ED-LP-18-04 .....	209
Tabla 12.	Participantes audiencia de Licitación Pública ED-LP-18-04.	212
Tabla 13.	Proponentes no habilitados. Licitación Pública ED- LP-18-04.....	213
Tabla 14.	Proponentes habilitados. Licitación Pública ED-LP-18-04...	215
Tabla 15.	Adjudicación. Licitación Pública ED-LP-18-04 .....	217
Tabla 16.	Información contrato 489/2019. Interventoría contrato 395/2019. Licitación Pública ED-LP-18-04 .....	224



## LISTA DE FIGURAS

Figura 1.	Interpretación: Crítica a la teoría de la adjudicación según Kennedy .....	86
Figura 2.	Concepto normativo de selección objetiva .....	144
Figura 3.	Procedimiento de formulación de línea jurisprudencial.	150
Figura 4.	Línea jurisprudencial: finalidad de la selección objetiva del contratista estatal. Corte Constitucional .....	153
Figura 5.	Actores, roles e intereses del PAE (Decreto 1085 de 2015).	171
Figura 6.	Ubicación geográfica, casco urbano y fotografía de El Carmen de Chucurí, Santander .....	173
Figura 7.	Principales cultivos por tonelada. El Carmen de Chucurí.....	176
Figura 8.	Personas cotizantes al Sistema de Seguridad Social por género. El Carmen de Chucurí.....	177
Figura 9.	Estudiantes matriculados por grados académicos. El Carmen de Chucurí .....	178
Figura 10.	Estudiantes matriculados por grados académicos. I.E. Cirales .....	179
Figura 11.	Captura de pantalla del proceso ED-LP-18-04 de la Gobernación de Santander .....	184
Figura 12.	Árbol de problemas-Deserción Escolar en Santander. Licitación Pública ED-LP-18-04 .....	190
Figura 13.	Acta de inicio contrato 395 de 2019. Gobernación de Santander .....	221
Figura 14.	Nota de prensa sobre la adjudicación del PAE 2019. Prensa Gobernación de Santander. Sitio web Gobernación de Santander .....	223



Figura 15.	Tweet de la Gobernación de Santander con video sobre la adjudicación del PAE .....	223
Figura 16.	Extracto del Registro Único de Proponentes (RUP). Fundación Social Con Futuro. Presentación de Oferta UT Consultores SF 2019 – ED-CM-19-01 Gobernación de Santander .....	227
Figura 17.	Extracto del formato de presentación de oferta. ED-CM-19-01. Gobernación de Santander. ....	228
Figura 18.	Extracto del documento de constitución de Integrante Plural - UT Consultores SF 2019. ED-CM-19-01. Gobernación de Santander .....	228
Figura 19.	Formato 6. Compromiso de Transparencia. - UT Consultores SF 2019 - ED-CM-19-01. Gobernación de Santander .....	229
Figura 20.	Encuesta percepción PAE, El Carmen de Chucurí – UT Consultores SF 2019.....	232
 Figura 21.	Propuesta de análisis del abordaje de problemas sociales mediante soluciones normativas a partir de la crítica de la adjudicación.....	263
Figura 22.	Beneficios del modelo de contratación comunitaria frente a la gobernanza.....	266

---

## PRÓLOGO

El surgimiento del Estado moderno puede pensarse como la representación de un acto de confianza en el Derecho: el cambio de la fe en la divinidad por la fe en la racionalidad jurídica. Esto se dio no solo en la vieja Europa sino también en las voces de quienes lideraron las revoluciones liberales en las colonias. Memoria de este sueño reposa sobre el Palacio de Justicia de Colombia, en Bogotá, en el que se lee “las armas os han dado la independencia, las leyes os darán la libertad”. Esa fe en el Derecho ha logrado impregnar a muchas generaciones de estudiantes de derecho que llegan a las aulas con la intención de cambiar el mundo, derrotar las injusticias, ayudar a las personas y otros muchos fines nobles y altruistas. No es fácil enseñar “leyes” en Colombia, pues mientras hablamos del derecho a la vida, las mujeres mueren por no tener acceso a servicios de salud que permitan una gestación segura o interrumpir un embarazo, o mientras enseñamos que los derechos de niñas y niños son prevalentes, estas y estos viven graves vulneraciones por parte de sus familias, de la sociedad y del Estado. Por fortuna hace mucho que no identificamos la ley con el derecho y se han ido permeando cuestionamientos al fenómeno de lo jurídico desde posturas que van más allá de la literalidad y que dialogan con otras disciplinas.

Los movimientos sociales, han vivido una historia que, tomando prestado el título de un libro sobre Rawls, podría llamarse contra el derecho y con el derecho. Sospechamos del derecho, de su casi nulo poder



de emancipación y de su bajo poder de reivindicación, pero a su vez, parece que no tenemos otra salida que acudir al derecho, usar el derecho, volver a exigir derechos, esperar a que los tribunales y las autoridades administrativas hagan lo que les corresponde. Como dice la profesora Julieta Lemaitre, al referirse al feminismo: “al tiempo que se dice no creer en el derecho, se disfruta con él” (2009, p. 237).

Las teorías críticas aportan ese lente, capitalizan los aportes de la filosofía de la sospecha, conjugando ideas fruto de la labor de quienes pasaron de la esperanza emancipadora al escepticismo frente al derecho. (Molina, 2015).

La investigación del profesor Daniel Alfonso Morales Zapata recoge las preguntas de Kennedy, uno de los autores del movimiento de las Teorías Críticas, para cuestionar ¿por qué son inadecuadas las respuestas que ha generado el legislador colombiano cuando intenta garantizar la transparencia y el cumplimiento de los fines estatales? Y es que la transparencia en la administración de lo público es una promesa contra el absolutismo, es la garantía de que somos asociados del Estado, poder constituyente. Como principio del que se derivan muchas reglas, la transparencia ha sido reconocida en los textos legales y las obligaciones que de allí se desprenden podemos categorizarlas, analizarlas y comprenderlas en el plano de la dimensión legal, con su fuerza y poder vinculante. Sin embargo, cuando desplazamos la mirada a la dimensión social, fáctica, a los hechos, a lo que pasa en la vida cotidiana, lo que se vislumbra es un panorama lleno de lodo y barro, que amenaza con destruir el funcionamiento del Estado y la configuración del propio orden social.

La gran pregunta que orientó la investigación de Daniel se abordó desde una mirada epistémica crítica, que va más allá de consultar lo que dicen las normas jurídicas, su validez o sentido, y opta por interrogar lo que se hace con el derecho en la realidad.

Con esta intención se acude a un estudio de caso, como estrategia metodológica que permite comprender la dimensión de un problema a



profundidad, valorando desde esa unidad de análisis concreta todas las dimensiones del objeto de estudio y cuestionando sus distintas variables a partir de las categorías de análisis que ofrece la teoría. Se parte de la teoría como orientadora de la mirada del investigador para abordar esa realidad y en este caso concreto, para valorar por qué es inadecuado considerar la neutralidad del operador administrativo como requisito de la selección objetiva del contratista estatal para garantizar la transparencia y el cumplimiento de los fines estatales.

El paradigma de investigación escogido sugiere un compromiso con la generación de conocimiento que tenga el potencial de comprender la situación de grupos sociales en desventaja frente a los estamentos de poder. Por esta razón, la pregunta se traslada al caso de los contratos que adjudicaron la administración del Programa de Alimentación Escolar (PAE), dirigido a niños y niñas en el municipio de El Carmen de Chucurí, una despensa agrícola, a pocas horas de la capital Santandereana, en donde la maquinaria de la administración de lo público activó todo su engranaje para cumplir con los protocolos legales de adjudicación de un contrato, pero cuyos resultados ponen en evidencia una nauseabunda realidad, que cuestiona la eficacia de las respuestas del legislador al resultar insuficientes para el logro de la transparencia y probidad en la administración de lo público.

Pese a que no es muy usual la investigación empírica o la investigación con base en estudios de caso en los trabajos de formación para la investigación a nivel doctoral (Díaz y Valencia, 2020), es necesario adelantar esfuerzos de este tipo. El resultado de investigación que tienen en sus manos constituye un compromiso por cuestionar lo que se hace con el derecho, en una discusión contra el derecho. La investigación sin embargo no cierra con el diagnóstico y valoración fáctica a partir de lo que las fuentes teóricas sugieren. En este sentido se aparta de la teoría crítica y pasa a esbozar alternativas con la intención de dejar algunas pinceladas que tengan el potencial de promover mejoras para las condiciones sociales de grupos excluidos del poder imperante, o que al menos constituya una denuncia y que quienes tienen capacidad de agencia puedan hacer el trabajo

de fontanería con las herramientas que da el sistema jurídico. Por esto último, la apuesta también es una indagación con el derecho, pues, aunque nos invada el escepticismo, cuando se abordan problemas de investigación en el que los niños, niñas y adolescentes ven involucrados el disfrute de sus derechos, no nos puede ganar la desesperanza, seguimos manteniendo la obligación de preservar “cierta fe”, aunque no ciega, y recordar los y las estudiantes de derecho que un día fuimos.

Le agradezco a la Universidad Libre, mi casa de formación doctoral, por permitirme acompañar esta investigación y a Daniel, un padre que seguramente vio en cada niño de El Carmen de Chucurí a su propio hijo, por la confianza, la disciplina, la empatía, la indignación y la rabia, pues la investigación que no incomode tiene menos potencial transformador.

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA

Bucaramanga, agosto de 2021

---

## RESUMEN

El objetivo de esta investigación es valorar, desde la crítica de la adjudicación, por qué la selección objetiva en la contratación pública es inapropiada para garantizar la transparencia y el cumplimiento de los fines estatales. La investigación parte de la plataforma teórica de la crítica a la teoría de la adjudicación de Duncan Kennedy (1997), uno de los principales exponentes del movimiento *Critical Legal Studies*.

Los hallazgos se presentan en tres secciones. Como metodología propuesta se aborda el objeto de estudio desde el paradigma socio crítico, con enfoque cualitativo y siguiendo el método del estudio de caso. La primera parte expone el marco teórico que gira alrededor de los *Critical Legal Studies* y la teoría de la crítica de la adjudicación.

En la segunda parte se analizan las razones que, desde el análisis de las fuentes normativas, justifican la adopción de un régimen de contratación estatal, para lo cual se profundiza en el análisis de las categorías Fines del Estado, Transparencia y Selección Objetiva como motivos expuestos por el legislador. De igual forma se analizan los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca de la Selección Objetiva frente a la dicotomía entre el desarrollo local y el libre mercado.

La tercera parte muestra el resultado del estudio de caso concerniente a la implementación del Programa de Alimentación Escolar en El



Carmen de Chucurí, mediante el análisis de los antecedentes normativos del PAE, el contexto socio económico de El Carmen de Chucurí, los antecedentes de este programa en Santander, el proceso de selección y adjudicación contractual del PAE para El Carmen de Chucuri, vigencia 2019, y la implementación del mismo en el municipio, por parte de operador e interventor.

El estudio de caso tiene como finalidad evaluar a profundidad la hipótesis de trabajo a partir de las categorías de análisis que se derivan desde una perspectiva crítica. Se concluye consolidando las razones que justifican la tesis, los hallazgos resultados de la investigación que se presenta, permitiendo sostener que las soluciones jurídicas al problema de la corrupción en la contratación pública, centradas en la adjudicación administrativa a partir de la selección objetiva, no garantizan la transparencia ni el cumplimiento de los fines del Estado colombiano, lo que se verificó en el caso concreto. Finalmente, y a modo de recomendaciones, se plantea como alternativa a desarrollar el modelo de contratación comunitaria.

**Palabras clave:** Selección objetiva, transparencia, fines del Estado, Programa de Alimentación Escolar, crítica de la adjudicación.

---

## ABSTRACT

This research shows from the critique of adjudication why it is inappropriate to consider the neutrality of the public officer adjudicator as a requirement of the objective selection of the state contractor to guarantee transparency and compliance with Colombian States purposes. The research is based on the theoretical platform of a critique of adjudication by Duncan Kennedy (1997), one of the main exponents of *Critical Legal Studies* movement.

The research is made up of three sections. First part shows an approach to *Critical Legal Studies* and a critique of adjudication. Second part shows the reasons for adoption a procurement regime, for which the analysis of the Purposes of the State, Transparency and Objective Selection categories as reasons presented by law maker is deepened.

In the same way, the pronouncements of the Constitutional Court about Objective Selection are analyzed against the dichotomy between local development and free market. Third part develops the case of study about implementation of the Scholar Feeding Program (PAE) in El Carmen de Chucurí through the analysis of the normative background of PAE, the socio-economic context of El Carmen de Chucurí, the background of PAE in Santander Department, the process of selection and adjudication of PAE for El Carmen de Chucurí for 2019 and implementation of the PAE in the city by the contract operator and controller.



Finally, it is concluded and as a reflection it is proposed as an alternative to developing the community contracting model. The objective of this research is to assess from the award criticism if the legal solutions focused on the objective selection of the administrative adjudicator are enough to address the issues about lack of transparency and compliance of States goals.

**Keywords:** Objective adjudication, transparency, State goals, Scholar Feeding Program, a critique of adjudication.

---

## INTRODUCCIÓN

Midgley (2002) considera que el trabajo de la filosofía crítica y la fontanería se asemejan, en la medida en que debajo de los sistemas sociales subyacen complejos entramados de tuberías, los cuales eventualmente fallan, siendo trabajo del plomero o, en este caso, de la filosofía crítica, ubicar las causas de los problemas que terminan generando consecuencias que, en contextos de desigualdad, generalmente afectan a individuos y grupos sociales indefensos. La tarea de la investigación apoyada en la filosofía crítica debe tratar de comprender los problemas estructurales que perjudica a poblaciones vulnerables.

Desde esta perspectiva, el objeto de estudio de la presente investigación partió de una labor que, como fontanero, permitió extraer del caño una serie de elementos nauseabundos que atentaron contra la dignidad y la integridad de las y los estudiantes de la Institución Educativa Cirales, adscrita al municipio de El Carmen de Chucurí en el Departamento de Santander, Colombia, en donde según hallazgos de la Fiscalía General de la Nación durante el año 2019 el Programa de Alimentación Escolar (PAE) sirvió carne de burro en estado de descomposición a las niñas y niños como complemento alimentario (El Tiempo, 2020).

El operador del Programa de Alimentación Escolar fue seleccionado mediante licitación pública adelantada desde Bucaramanga por la Secretaría



de Educación Departamental de la Gobernación de Santander, delegada del despacho de la Gobernación. Así mismo, a través de concurso de méritos. mediante otro proceso de selección objetiva, fue adjudicada la respectiva interventoría.

La selección objetiva como institución jurídica fue calificada como uno de los determinantes para promover la expedición de un nuevo régimen de contratación que se pusiera a la par de la nueva Constitución de Colombia de 1991.

Como reacción al “fracaso de los fines buscados”, según expresa de manera textual el gobierno de César Gaviria en la exposición de motivos del proyecto de Ley, se hace alusión al descontento general con las tasas de corrupción y la manipulación de los adjudicadores administrativos de los procesos de contratación, por lo que era indispensable garantizar procesos de selección objetiva que permitiesen la selección de la oferta más conveniente para la entidad pública, a través del cumplimiento del principio de Transparencia, y alcanzando las finalidades del Estado social de derecho consagrados en la Carta de 1991.

De esta manera, la selección objetiva se presenta como el ejercicio de la libre competencia y la neutralidad administrativa para la adopción de la decisión final acerca de la adjudicación de los contratos, aspecto relevante en aras de promover transparencia y cumplimiento de los fines estatales.

Esa neutralidad administrativa es similar a la neutralidad judicial que un movimiento de intelectuales juristas de escuelas del derecho como Harvard, Stanford, UCLA, Georgetown y North Eastern, entre otras instituciones académicas, cuestionaban a partir de la conformación de una corriente teórica denominada *Critical Legal Studies*, siendo Duncan Kennedy uno de sus principales exponentes, los cuales en los años setenta promovieron discusiones intelectuales académicas sobre problemas sociales como la reivindicación de los derechos de las mujeres y la promoción del feminismo, el rechazo al radicalismo racial histórico en contra de los afro americanos, y la jerarquización y



sostenimiento del statu quo opresor de las poblaciones vulnerables, a través de la crítica del derecho.

¿Por qué abordar la perspectiva teórica de análisis sugerido? El referente teórico muestra una fuerte desconfianza en el Derecho. Pese a que existe un cuerpo normativo robusto alrededor de la transparencia como fin del Estado, el alcance de este objetivo sigue pendiente. Dentro de los problemas sociales del país, Colombia cuenta con algunas variaciones y preocupaciones urgentes que convocan a gran parte de la población. De acuerdo con el ranking del índice de percepción de corrupción elaborado por Transparencia Internacional (2020), el país se ubica en el puesto 92 entre 180, y el 94% de la población identifica que la corrupción en el gobierno es un problema.

Es así como el Estado colombiano y el sector público emprendieron una carrera por plantear leyes y reglamentos anticorrupción que garanticen la transparencia en los procesos contractuales, y que a su vez responda al clamor ciudadano de la lucha contra las prácticas corruptas, que se refleja en la consulta popular anticorrupción promovida por partidos de oposición, celebrada en el año 2018, que a pesar de no superar el umbral requerido obtuvo más de once millones de votos.

Considerando que la selección objetiva en la contratación estatal se caracteriza por la neutralidad del operador administrativo en la adjudicación, en el contexto social colombiano se plantea como problema de investigación el siguiente cuestionamiento: ¿Por qué la selección objetiva en la contratación pública es inapropiada para garantizar la transparencia y el cumplimiento de los fines estatales?

El problema de investigación propuesto se abordó a partir de las categorías de análisis que surgen desde la crítica a la teoría de la adjudicación como enfoque teórico planteado por Kennedy (1997), que coincide en cuestionar la presunta indeterminación jurídica con la que se oferta la selección objetiva y la imparcialidad a toda prueba del adjudicador administrativo al momento de realizar la adjudicación contractual.

El objetivo general de la investigación consistió en valorar, desde la crítica de la adjudicación, los argumentos que consideran inapropiada la selección objetiva de contratista público para garantizar la transparencia y el cumplimiento de los fines estatales.

Como objetivos específicos se propuso analizar los principales postulados de la crítica a la teoría de la adjudicación de Kennedy (1997), como una tendencia de los *Critical Legal Studies*, con el fin de construir criterios para el abordaje del problema.

En segundo lugar, examinar las razones del legislador para la construcción de un régimen de contratación estatal que, a partir de la selección objetiva, garantizara la transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado social de derecho.

El tercer objetivo específico propuso evaluar el papel del adjudicador administrativo en la implementación de los marcos jurídicos analizados bajo una perspectiva crítica, en el contexto situado de un estudio de caso que permitiese observar el comportamiento del adjudicador contractual a partir de la implementación normativa en el programa de alimentación escolar.

La hipótesis de la investigación considera que, desde la crítica de la teoría de la adjudicación, la solución jurídica propuesta por la selección objetiva en la contratación pública para garantizar la transparencia y el cumplimiento de las finalidades del Estado es inapropiada, además de inconveniente, lo que implica la necesidad de realizar una aproximación diferente al derecho como institución reguladora de los problemas sociales, fundamentada en la “retórica de los derechos”, para redescubrir el problema social que encarna la transparencia en la contratación y el cumplimiento de las finalidades estatales mediante la selección objetiva del contratista, el cual supera la dimensión jurídica para efectos de su comprensión y abordaje.

Esta suposición promovida por el dogma jurídico se torna insuficiente, en la medida que, según la crítica a la teoría de la adjudicación, el juez puede llegar a proferir “La sentencia a la que yo quiero llegar – LSALQYQL”

(Kennedy, 1999, p. 91), o en el caso del operador administrativo, seleccionar a “El contratista a quien yo quiero (o debo) elegir - ECAQYQE”.

La selección objetiva propuesta por la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuenta con agenda propia respecto de la garantía del statu quo previsto por el libre mercado y la racionalidad económica, como criterio para la adjudicación objetiva, posición que contraría los intereses sociales de las poblaciones locales que son excluidas de la ecuación contractual, y a los fines de la descentralización (Matías, 2005).

La delimitación del objeto de estudio partió de la revisión del estado del arte. Para dicha revisión se adoptó como referencia las palabras claves “transparencia”, “contratación”, “selección objetiva”, “CLS” y “crítica de la adjudicación”, y se procedió a localizar las fuentes documentales generadas por diferentes instituciones y alojadas en bases de datos. Uno de los referentes de búsqueda estuvo centrada en la identificación de resultados de investigación en torno a la crítica de los estudios legales (CLS) a partir de la teoría de la adjudicación de Kennedy (1997), y los productos de investigación de diferentes instituciones en relación con la transparencia en la contratación pública.

En ese sentido, se identificaron resultados de investigación desde la academia, organizaciones promotoras del desarrollo, organizaciones no gubernamentales y entidades oficiales especializadas sobre la materia. Frente al aporte generado por la academia, vale la pena resaltar el papel que desempeña a la hora de generar insumos rigurosos respecto de asuntos de interés para la sociedad, en particular, son relevantes los productos de investigación en posgrado promovidos por la incorporación de un sistema de gestión contractual transparente que aborde la problemática de la corrupción como asunto ligado a la actividad contractual del Estado, a través de la selección objetiva.

De otra parte, la Organización de Naciones Unidas a través de sus diferentes agencias promotoras del desarrollo, ha puesto el foco en

la necesidad de garantizar procesos de gestión pública transparentes como determinante para la promoción del desarrollo orientado hacia el bienestar general. Así mismo, organizaciones multilaterales como el Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) proponen mejores prácticas gubernamentales como apuesta por un sistema de contratación transparente.

Ante el activismo generalizado por las problemáticas sociales, las organizaciones no gubernamentales se han posicionado de manera contundente en la promoción de contenidos que analizan las causas y consecuencias de la corrupción en la gestión contractual pública.

Debido al fuerte impacto que genera los hechos de corrupción en materia de contratación pública la respuesta de diferentes entidades gubernamentales ha consistido en la creación de agencias oficiales dedicadas a la lucha contra la corrupción, organizaciones que facilitan la construcción de documentos oficiales que terminan constituyéndose en normatividad jurídica, o que aumentan la literatura de caracterización y reflexión sobre el problema, destacando experiencias positivas u oportunidades de mejora.

A continuación, se presenta el análisis sistemático de los principales hallazgos que hacen parte del estado del arte del objeto de estudio de la presente investigación.

## **APORTES DE LA ACADEMIA**

Para la construcción del estado del arte preliminar, mediante el uso de las plataformas electrónicas, se encontraron insumos académicos relativos a instrumentos jurídicos para la lucha contra la corrupción, con énfasis en la contratación estatal.

En el texto de Luna (2014), denominado Mecanismos jurídicos contra la corrupción en la contratación estatal en Colombia. Especial referencia en las acciones constitucionales en la lucha contra la corrupción,

se efectúa el abordaje de la problemática propuesta por la corrupción y su incidencia en relación con la gestión contractual pública, proponiendo como alternativa el uso de instrumentos jurisdiccionales de naturaleza constitucional, como lo son las “acciones populares” y la “acción de tutela”.

Para logra tal fin, el autor procede a caracterizar en primera instancia la situación problemática en torno a la corrupción, planteando aproximaciones a su definición y abordando su análisis de manera multidimensional, proponiendo su intervención desde la ética, el mercado, la política y la administración pública.

Seguidamente efectúa un análisis normativo acerca de la gestión contractual como arreglo institucional jurídico, y propone la relación existente entre corrupción y mecanismos de selección del contratista.

En tercer lugar, el autor da cuenta de algunos de los esfuerzos adelantados por entidades de diferente naturaleza para hacer frente al desafío planteado por la conexión contratación-corrupción, entre los cuales se cuentan acciones jurídicas, acciones de gestión y buen gobierno, y regímenes sancionatorios de los servidores públicos.

Finaliza su tesina el autor planteando, como alternativa dirigida a enfrentar la problemática, la utilización de instrumentos judiciales de carácter constitucional, poniendo de presente sus ventajas, alcances y limitaciones.

Dentro de la literatura académica relativa a la contratación estatal se encuentra la obra de Herrera y González (2014), la cual se refiere al desarrollo del “principio de la transparencia en la contratación estatal”, que plantea nuevas reglamentaciones sobre la materia.

Para complementar la reflexión, el autor presenta la estadística referente a la incidencia de la corrupción en procesos contractuales, contenido en el reconocido Índice de Transparencia Nacional (ITN), coordinado por la Fundación Transparencia por Colombia, filial nacional de la ONG Global Transparencia Internacional.

Una vez expuesta la fundamentación jurídica bajo la perspectiva legal, de la manera como la norma colombiana trata el principio de transparencia en los procesos contractuales, cotejado frente a los indicadores del ITN, se concluye por parte de los maestrandos que la implementación del principio por parte del Estado colombiano ha sido ineficaz durante el periodo de análisis.

En relación con los documentos referenciados, y en coherencia con su contenido y alcance, las tesis no trazaron como objetivo presentar una propuesta de aplicación para la constitución de un sistema de gestión contractual en el ámbito público como alternativa para el abordaje del desafío de la incidencia de la corrupción. En ese sentido, se evidencia que el desarrollo analítico no profundiza sobre las diferentes aproximaciones desarrolladas por experiencias internacionales; no reconoce los esfuerzos y avances promovidos dentro de las localidades en aras de garantizar transparencia en la gestión contractual, y limita la intervención de la problemática a modelos caracterizados por un fuerte componente legal, de por sí unidimensional, para la intervención de un asunto que por su complejidad amerita una discusión más amplia frente a los roles y responsabilidades de los sectores y actores intervinientes.

Así mismo, se detectó la presencia de una tesis de doctorado que, si bien se relaciona con el tema en cuestión, no ha sido posible la verificación de su contenido en virtud de las limitaciones de acceso, denominada *La corrupción en la contratación estatal*, elaborada por el doctor Nelson González (2012), registrada en CVLAC, en la Universidad Santo Tomás.

De manera particular, en el repositorio de la Universidad Libre no se evidenció proyecto de investigación de doctorado relacionado con el tema objeto de estudio. Sin embargo, en el programa de Maestría en Derecho Administrativo ofrecido por esta universidad se encontró la monografía denominada *Fraccionamiento del contrato estatal en Colombia como vulneración al principio de transparencia* (Mota, 2013), donde se relata la manera como esta práctica irregular contraviene el principio de transparencia contractual a partir de la disminución en la cuantía de los

procesos contractuales, permitiendo con ello emplear mecanismos de selección objetiva más flexibles, y especialmente con mayor margen de discrecionalidad para el nominador.

Con base en lo anterior, se debe profundizar en la verificación de información generada en el marco de procesos investigativos académicos de elevado rango, con el fin de integrar el análisis desarrollado por la academia en relación con la gestión transparente de los procesos contractuales en el ámbito público.

Al acudir a repositorios ubicados en otros países para detectar mayor producción en cuanto a propuestas de estructuración de alternativas, se identificó una tesis doctoral formulada en España, denominada *La corrupción política en democracia y la confianza*, donde Casanova (2009) desarrolla una aproximación desde la filosofía y la norma para dar a entender que el problema de la corrupción, asumido desde las prácticas tradicionales de la prevención y la coerción normativa jurídica, desvía la atención del núcleo problemático generado alrededor de la incapacidad social de dar aplicación a los principios de la democracia liberal, que a su vez revitalicen los niveles de confianza entre los sectores involucrados en la gestión pública.

Más allá de los documentos preparados dentro de procesos académicos de formación magistral o doctoral, los artículos de reflexión, o como resultado de investigación de índole académico, aportan diferentes elementos adicionales a la discusión. Es el caso del texto de DeShazo (2007) denominado *Esfuerzos contra la corrupción en América Latina. Lecciones aprendidas*". En dicho ejercicio, moderado a través de paneles, se verificó las estrategias desplegadas por tres países latinos en contra de la corrupción.

Posteriormente, se profundizó sobre la manera como desde la región se ha aplicado la Convención Interamericana en contra de la Corrupción (2003), así como la Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) contra la Corrupción (2000), presentando, por

último, recomendaciones en relación con la estrategia desplegada por Latinoamérica en general, a partir de las lecciones aprendidas.

De igual forma se verificó el contenido de documentos académicos relacionados con la selección objetiva en el marco de la contratación estatal en repositorios académicos y bases de datos. Al respecto, la mayoría de los documentos encontrados que se refieren a la selección objetiva lo hacen desde la perspectiva de su implementación en el campo procesal, como Ríos (2006), González (2014), Méndez (2016), Rodríguez (2016), Torres (2016), Oviedo (2018), Nuño (2019), Amaya (2020) y Quiceno (2020), quienes se refieren a las reglas de juego en el proceso de adjudicación.

De otra parte, algunos autores se refieren a la discusión de la Selección Objetiva como principio o regla, tal como lo expone Expósito (2009 y 2019) en su texto doctrinal La selección objetiva como deber y no simplemente como principio, exhibiendo la obligatoriedad dentro de los procesos precontractuales para la contratación estatal.

Por otro lado, Nieves (2017) concluye que la corrupción desnaturaliza la selección objetiva, haciendo un llamado a los servidores públicos para que eviten las prácticas anticompetitivas que afectan la libre competencia, y de igual forma esboza algunas coincidencias con el presente trabajo de investigación desde el planteamiento del problema.

Sin embargo, no se observaron posturas respecto de las implicaciones de la selección objetiva dentro de la contratación estatal, confluyendo en que la misma es sinónimo de transparencia y la lucha contra la corrupción, asumiendo su deseabilidad sin contar con un análisis previo de sus implicaciones para el desarrollo local.

## **APORTES DESDE LAS AGENCIAS CONTRA LA CORRUPCIÓN**

Las agencias contra la corrupción han emergido como reflejo de la intención gubernamental de trazar políticas públicas o programas encaminados al tratamiento de las causas del problema.



Alrededor del mundo estas instituciones han ido posicionándose como centros de pensamiento y unidades administrativas ligadas al aparato estatal, encargadas de producir documentos de estudio sobre la corrupción, que sirven como insumo para la construcción de índices y análisis de buenas prácticas por parte de gobiernos como los de Sudáfrica, Rusia, Hong Kong, Estados Unidos, Australia, Kosovo, Vietnam, Rumania, Perú, Venezuela, Argentina, entre otros territorios que ha apostado por esta clase de entidades.

Gracias a los análisis efectuados por las diferentes agencias oficiales y no gubernamentales, que han puesto su foco de estudio en el fenómeno de la corrupción, el desarrollo del presente proyecto de investigación no solo empleará las fuentes citadas y determinadas en el aparte de referencias, sino que se esforzará en recopilar la mayor cantidad de información relevante generada por esta clase de organizaciones, promoviendo la sistematización de la información que permita producir insumos rigurosos dirigidos a la estructuración de un sistema de gestión contractual determinado por la transparencia.

## **DIMENSIONES DEL ANÁLISIS DEL PROBLEMA**

Continuando con la verificación documental, a partir de los contenidos revisados se determinó que los archivos recolectados, si bien hacen referencia expresa a la problemática generada frente a la corrupción y a la contratación pública, su intencionalidad varía a partir de los objetivos propuestos dentro del texto y los resultados que presentan, evidenciando de esta manera concurrencia en algunas dimensiones de análisis. Se encuentran textos donde se reflexiona sobre la caracterización, diagnóstico, identificación de causas, síntomas y consecuencias que genera la corrupción, al igual que las dificultades que plantea para los Estados en su búsqueda constante por la generación de bienestar a través de los modelos de desarrollo (PNUD, 2004) (Delgado, 2009).

Así mismo, por un lado, se destacan los textos de Neudorfer (2014) y Heimler (2012), quienes presentan el debate referente a problemas

relacionados con la gestión gubernamental: los desafíos generados por la manera como se comportan los gobiernos con esquemas centralistas y regionales frente a la incidencia de actos de corrupción, y por otro lado la compleja generación de carteles alrededor de la contratación estatal en virtud al problema de la fijación de precios de adquisición en el sector público.

Acercadelasbuenasprácticadesplegadasenmateriadetransparencia, diferentes organizaciones han avanzado en la documentación de cajas de herramientas y caracterización de buenas prácticas, con el fin de plantear alternativas de abordaje al problema de la corrupción (Camerer, 2008; PNUD, 2011; OCDE, 2011 y Martini, 2013).

En relación con lo anterior, tanto Arrowsmith (1998) como De Costa (2012) desarrollaron artículos encaminados a plantear alternativas para abordar los problemas de corrupción, a través del fortalecimiento de los sistemas de compras públicas que apuesten por la transparencia y publicidad, así como por la vinculación de comerciantes locales.

Por otro lado, las obras del Banco Mundial (2006) y Naciones Unidas (2013) destacan el papel de los tratados y convenios multilaterales relativos a la lucha contra la corrupción, los cuales generan la combinación de esfuerzos y el intercambio de buenas prácticas que permita a las organizaciones estatales optimizar su incursión a favor de la transparencia.

No obstante, de acuerdo con Bovis (2006) la vinculación de marcos jurídicos foráneos referentes al combate contra la corrupción genera tensiones con los marcos locales, lo que debería obligar a los gobiernos a plantear estrategias de adaptación y trasplante normativo (López, 2004) que faciliten la implementación de dichos referentes.

De otra parte, Prevenslik (2006), Chêne (2008) y Martini (2013) coinciden en la promoción de estrategias anticorrupción que den cuenta del contexto social, económico y cultural de los territorios, reconociendo los diferentes intereses de los actores involucrados, y promoviendo la

deliberación y consenso colectivo en el cual los actores locales asuman su cuota de responsabilidad en la lucha contra la corrupción, a través de la gestión de instrumentos de seguimiento a la gestión pública.

A nivel local, se destacan los insumos producidos por la Secretaría de Transparencia adscrita a la Presidencia de la República de Colombia, quien en su momento promovió la formulación y aprobación del CONPES 167 de 2013, el cual contiene la “Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción” (DNP, 2013) que presenta el diagnóstico, identificación de objetivos y formulación de un plan de acción para encauzar la lucha contra la corrupción en el Estado colombiano.

Para concluir, la literatura en relación con el tema objeto de estudio es sin lugar a dudas numerosa, amplia y abundante. En ese sentido, la sistematización de los textos referentes se torna una necesidad imperiosa para identificar elementos útiles dirigidos a la materialización de los objetivos definidos dentro del proyecto.

## **CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA ADJUDICACIÓN**

En relación con la obra de Kennedy y su crítica a la teoría de la adjudicación, se procede a presentar la verificación documental en cuanto a textos académicos soportados en la teoría anunciada, que permita evidenciar su evolución al respecto.

En primera instancia se destaca el trabajo realizado por Pérez Ll. (1993), denominado El movimiento ‘*Critical Legal Studies*’, en el cual el autor presenta una descripción del movimiento bastante ambiciosa en el sentido de la dificultad que implica la categorización y sistematización de una corriente catalogada por el autor como “underground” (Pérez, 1999).

En esta obra el autor inicia efectuando un repaso a la historia política de los CLS, reflejando la diversidad de posiciones y desencuentros entre sus integrantes, generados por una mezcla entre insatisfacción respecto del *statu quo* y de las reivindicaciones progresistas liberales.

Posteriormente explica los componentes principales de la corriente y su relación con la enseñanza en los centros universitarios, así como la influencia recibida por parte de núcleos académicos relacionados en principio con ideas marxistas, así como las dificultades de sus integrantes por sus posturas de izquierda.

Finalmente, el autor plantea las paradojas teóricas de la corriente, en el entendido de asumirla como una serie de estudios más que como una teoría de aproximación al derecho, con un fuerte sentido interdisciplinario (Pérez, 1999)

De otra parte, Pulido (2014) expone en su escrito de grado cómo el realismo jurídico incide en la decisión adoptada por el juez penal, con base en los planteamientos desarrollados por esta corriente del derecho que busca posicionarse como alternativa a la dualidad iuspositivista iusnaturalista dominante, posición que se presenta contraria al positivismo dogmático y a la indeterminación del derecho penal basada en el imperio de la ley como premisa y garantía para el procesado.

Para lograrlo, referencia a Kennedy como uno de los exponentes del pensamiento que valora la capacidad del juez para constituir el derecho, otorgándole un papel determinante en virtud de la adjudicación, la cual se puede ver influenciada o afectada por circunstancias de tiempo, modo y lugar, albergadas por el contexto en el que se encuentra el juez, quien a su vez predetermina y condiciona su voluntad.

Complementa el autor manifestando que, de acuerdo con los postulados expresados por Kennedy, la influencia presenta diferentes orígenes, entre las que se encuentran la posibilidad de comprometer la voluntad del juez por cuestiones relacionadas con corrupción (soborno) o, por el contrario, por la imposición de la agenda política o los deseos del operador judicial, situación que en todo caso pone en tela de juicio la premisa de la indeterminación del derecho, que soporta la imparcialidad del funcionario como prenda de garantía y equilibrio sustancial y procesal (Pulido, 2014).

Seguidamente, Castañeda (2016) presenta una tesis de maestría donde realiza un ejercicio de recolección de información relacionada con el campo jurídico del derecho penal y la actuación del juez, que define como no neutral, en virtud de la dependencia del dogma jurídico, precaria concentración en los pronunciamientos jurisprudenciales y a la dificultad para comprender el contexto social.

Con base en lo anterior, soporta el planteamiento del problema de investigación en los pronunciamientos efectuados por Kennedy (1999) respecto de la decisión judicial, específicamente frente a la aplicación del concepto “La sentencia a la que yo quiero llegar” (p. 91.) como forma de evidenciar el grado de poder que tiene el juez en cuanto a la adjudicación.

De esta manera, haciendo uso de un discurso descriptivo de la teoría de Kennedy (1997) y su crítica a la adjudicación, expresa que la autonomía e independencia judicial, principios de la administración de justicia en Colombia, han sido comprendidas de manera arbitraria por parte de algunos operadores judiciales (Castañeda, 2016).

En el texto editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Robles y Tovar (2016) realizan un compendio de los *Critical Legal Studies* de manera general, refiriéndose a las principales categorías de análisis, entre ellas la crítica a la adjudicación.

Al respecto, se revela el valor de la ideología en la toma de decisiones por parte de los operadores judiciales, y las consecuencias que conlleva su defensa en la expedición de providencias, manifestación que exponen con base en sentencias de inconstitucionalidad proferidas por la Suprema Corte de Justicia de México.

En consecuencia, la vinculación de intereses por parte de sectores y actores al momento de la decisión judicial compromete la manera como el juez argumenta los planteamientos requeridos para sustentar la adjudicación, situación que pone de presente la necesidad de efectuar un

análisis consciente e intencional para generar coincidencias entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, es decir, la concepción de estrategias jurídicas que garanticen la coherencia de la decisión judicial.

Es necesario destacar la citación efectuada por los autores sobre la obra de Kennedy, en relación con la crítica a la adjudicación y el papel de los jueces. El autor estadounidense señala a los jueces de jugar un doble rol en el campo del derecho, quienes en su práctica son creadores y a la vez instrumentos jurídicos, posición que considera “ambivalente” (Robles, et. al., 2016).

Mediante esta verificación preliminar del estado del arte, correspondiente a la etapa de formulación de la propuesta de proyecto de investigación, se observa que el despliegue de la crítica de la teoría de la adjudicación no es abundante, siendo una labor compleja la ubicación de referentes.

De otra parte, se observa que el campo académico se ha concentrado en abordar la crítica a la teoría de la adjudicación desde una perspectiva exclusivamente judicial, lo que a primera vista podría plantear que la discusión se refiere al papel de los jueces respecto de la generación de derecho; es decir, no se observa un abordaje desde esta teoría específica respecto de otros poderes del Estado que cuentan con funciones de adjudicación bajo el principio de la neutralidad, como ocurre con los operadores administrativos.

En cuanto a la teoría de la adjudicación, Milkijer (2006) presenta un enfoque relativo a su aporte al análisis del derecho desde una postura que pone en entredicho la capacidad del derecho de reconstruir su discurso racional derivado de la crítica impuesta por el realismo jurídico a mediados del siglo XX, “retórica de los derechos”.

De acuerdo con la autora, el aporte que ofrece Kennedy (1999) con su promoción en la “pérdida de la fe en el derecho” (p. 59), se dirige precisamente a deconstruir el papel que ha desempeñado la “retórica de

los derechos” como discurso legitimador del sistema jurídico, a partir del posicionamiento de la racionalidad como criterio para la generación de marcos reguladores, en contravía de discusiones profundas sobre aspectos coyunturales, promovidos en un escenario minado de intereses.

La instrumentalización del derecho para la legitimación del statu quo ha sido el blanco de las críticas del CLS, en el sentido que pone en entredicho la indeterminación del derecho y de esta manera propone el debate sobre las tendencias universalistas, que a su vez promueven la homogenización de la resolución de los problemas sociales, evitando una estructuración de los problemas que intenta abordar más elaborada, frustrando su alternativa de solución.

Por último, las referencias verificadas coinciden de manera unánime en el respaldo a la teoría de la adjudicación y la crítica a la indeterminación del derecho, especialmente por parte del adjudicador, lo cual otorga valor al desarrollo del presente proyecto de investigación doctoral en la medida que se realiza un reconocimiento por parte de los autores de la validez de los planteamientos esgrimidos por Kennedy.

El análisis del estado de la cuestión permite justificar la pertinencia de la investigación desarrollada, en tanto constituye un aporte de nuevo conocimiento, desde el enfoque teórico y el diseño metodológico propuesto para el abordaje del objeto de estudio.

La presente investigación se realizó desde un paradigma socio crítico, entendido como aquel que valora situaciones sociales reconociendo su multidisciplinariedad, complejidad y la necesidad implícita de cambio en favor de las poblaciones vulnerables (Aguirre-Román y Pabón-Mantilla, 2020). Se realiza con un enfoque socio jurídico, a partir de la verificación del funcionamiento de una situación normativa en el marco de la realidad (Tantaleán, 2016), y para tal fin se estructurará una metodología de investigación basada en el estudio de caso, desde un enfoque teórico sustentado en la crítica de la Adjudicación de Kennedy (1997).

Para la estructuración de la presente investigación los objetivos específicos permiten el desarrollo de fuentes, técnicas e instrumentos acordes con el diseño metodológico planteado. En primer lugar, la aproximación teórica y las categorías de análisis derivadas de la plataforma de la crítica de la adjudicación parte de la revisión de libros, artículos de reflexión, informes de investigación y documentos académicos localizados en repositorios de instituciones reconocidas, procesadas a través de reseñas analíticas edificadas desde fichas de análisis documental.

Posteriormente se analizó el marco jurídico y la identificación de finalidades y motivaciones normativas mediante la verificación del texto constitucional, leyes, decretos y demás regulaciones concordantes, así como la exposición de motivos y las justificaciones empleadas por los legisladores presentadas como argumentos para la discusión ante los cuerpos legislativos, ubicadas en las gacetas oficiales de la República de Colombia y en el Sistema Único de Información Normativa “SUIN”.

Para la revisión de los pronunciamientos jurisprudenciales se acudió a la Relatoría de la Corte Constitucional y al sistema “Legis Analítica”, como localización de las fuentes de información. En esta ocasión se empleó como técnicas de análisis la hermenéutica crítica, a través de matrices de sistematización normativa, y para el estudio de las posiciones de la Corte Constitucional se efectuó análisis dinámico de precedentes mediante ficha de análisis documental.

Para la caracterización del marco jurídico se construyó una matriz de organización normativa; las fuentes normativas se interpretaron a partir de la técnica histórica, teleológica y del método sistemático a partir de la técnica de la integración. Con el objeto de establecer la finalidad de la norma, la técnica histórica incluyó el análisis de la exposición de motivos expuesto en los documentos preparatorios de la ley, y con la finalidad de hacer una interpretación sistemática se acudió a la técnica del análisis dinámico de precedentes, por lo que se construyó una línea jurisprudencial acerca de la selección objetiva en la contratación estatal



empleando herramientas como Legis Analítica y el repositorio del Sistema Único de Información Normativa (SUIN).

Como estudio de caso, se optó por analizar el Programa de Alimentación Escolar (PAE) en el Municipio de El Carmen de Chucurí, Santander, para el año 2019, el cual, como se anotó al principio, se vio involucrado en múltiples polémicas generadas por el contratista adjudicatario. De esta manera se analizará el papel desempeñado por el adjudicador administrativo y su proceder.

Para el desarrollo del estudio de caso se procedió a analizar el contexto jurídico del Programa de Alimentación Escolar en Colombia, luego se describió el contexto social de El Carmen de Chucurí desde el contexto histórico, poblacional, económico y sus potencialidades como despensa agrícola de Santander. Posteriormente se describieron los antecedentes cuestionables de la adjudicación del PAE en Santander, que llevaron incluso a prisión a funcionarios públicos y contratistas. Seguidamente se analizó el proceso de selección objetiva de manera detallada, detectando aspectos cuestionables e irregularidades en la adjudicación de los contratos de suministro e interventoría para el 2019, y finalmente se analizó el papel de la interventoría y se expusieron los graves hechos acaecidos en la ejecución del programa con base en los informes de medios de comunicación, ciudadanía, veedores y entes de control.

La investigación que se propone es de tipo cualitativo. Con el fin de dar respuesta a la pregunta problema se procedió a valorar el caso objeto de estudio a partir de la teoría de la crítica de la adjudicación de Duncan Kennedy (1997), consignada en los *Critical Legal Studies*, esto con el fin de comprender las diferentes circunstancias que inciden en la decisión del operador administrativo para la selección del proponente. Dichas circunstancias tendrán características similares y diversas, por lo que se procederá a sistematizar de manera tal que permita su presentación y análisis.

En consecuencia, el presente análisis pasa por implementar las categorías de la crítica a la teoría de la adjudicación como evidencia de

la indeterminación del derecho, la subjetividad en la que incurre el operador administrativo, identificación de factores de subjetividad, puesta en evidencia de las fallas de la selección objetiva, y presentación de conclusiones y de reflexiones para la superación del problema.

Sobre este último factor, se asoma una intención innovadora por parte de la experiencia investigativa en emplear una teoría o tendencia del derecho que se dedica de manera limitada a la crítica, para convertir los insumos críticos en una alternativa de intervención social, más allá de la reforma legal o, en términos de Kennedy (1997), del “reconstructivismo” legislativo.

El método que orientará la indagación es de corte hermenéutico crítico, pues las fuentes de información se someterán no solo a la interpretación del autor sino a su valoración crítica.

En el desarrollo de la presente investigación se acudió a múltiples fuentes de información con el fin de recolectar datos relevantes para el cumplimiento de los objetivos propuestos.

Se recogieron fuentes primarias y secundarias realizando entrevistas semiestructuradas a expertos académicos y profesionales de diferentes disciplinas, que permitiesen comprender aspectos desconocidos y técnicos derivados del desarrollo del estudio de caso.

La información secundaria consiste en documentos que reposan en bases de datos académicas, bases de datos institucionales como el Sistema Electrónico de Compras Públicas (SECOP) de Colombia Compra Eficiente, y el Sistema Integral de Auditoría SIA OBSERVA de la Auditoría General de la República, sumado a expedientes de ejecución contractual elaborados por la interventoría, informes de prensa, documentos expedidos por veedurías y ciudadanos en general, información que se procesó a través de fichas de análisis documental y mediante la técnica de análisis del discurso. De igual forma se acudió a sistemas de información oficiales integradas en el portal TerriData del Departamento Nacional de Planeación, para obtener información de contexto.

Una vez ejecutado el plan de trabajo investigativo en los tres capítulos enunciados, que corresponde al desarrollo y cumplimiento de los objetivos específicos propuestos, se procedió a plantear conclusiones respecto de la insuficiencia de la selección objetiva como norma de comportamiento del adjudicador para resolver los problemas de ausencia de transparencia e incumplimiento de las finalidades del Estado social de derecho, especialmente ante los graves y dolorosos hechos detectados en el desarrollo del estudio de caso que atentaron contra la vida de niños y niñas matriculados en la Institución Educativa Cirales de El Carmen de Chucurí, como de otras instituciones educativas, en un escenario de situaciones irregulares y cuestionables descritas en el estudio de caso, sumadas al afán del operador del programa por lograr mayor rentabilidad y la consecuente exclusión de la ciudadanía de la ejecución del suministro, permitiendo sustentar de esta manera la tesis propuesta, en el contexto del caso objeto de estudio.

En las reflexiones resultantes de la investigación se plantea una propuesta de crítica al derecho como metodología para el análisis de problemáticas sociales reguladas por marcos jurídicos, elemento de utilidad para el desarrollo de investigaciones similares que partan de la crítica de la adjudicación como plataforma teórica.

Para finalizar, a pesar de que la crítica a la adjudicación de Kennedy (1997) no tiene pretensiones constructivistas, se procedió a plantear a modo de recomendación una alternativa a la selección objetiva para la transparencia y el cumplimiento de los fines estatales: la contratación comunitaria, mecanismo efectivo implementado en países en vía de desarrollo e industrializados, que en la actualidad no es contemplada en Colombia, y su marco jurídico promotor de la libre competencia, la mercantilización de los servicios públicos y la exclusión de los actores sociales promotores del desarrollo local.



## 1

---

## MARCO TEÓRICO: ESTRUCTURA DE UNA CORRIENTE DESESTRUCTURADA

El presente acápite se realiza con el fin de analizar los principales postulados de la crítica a la teoría de la adjudicación propuesta por Duncan Kennedy (1997), como una tendencia de los *Critical Legal Studies*, que a su vez permita construir criterios de análisis para el abordaje del problema de estudio.

Para tal fin se abordará los *Critical Legal Studies* a partir de una aproximación a sus antecedentes históricos, que permita brindar contexto acerca del surgimiento de la corriente teórica norteamericana. Posteriormente se presentará el aporte de Kennedy al movimiento, y la plataforma teórica de la crítica de la adjudicación soportada en cuatro de sus obras destacadas: *Forma y sustancia de la adjudicación en el derecho privado* (1976), *Libertad y Restricción en la adjudicación* (1992), *Crítica a la adjudicación: fin de ciclo* (1997), y *Una economía política de legalidad contemporánea* (2019). Al finalizar se procederá a identificar los criterios de análisis propuestos para ser empleados en el desarrollo de la investigación.

### 1.1 APROXIMACIÓN A LOS CLS

Los Estudios Jurídicos Críticos, o CLS, como son conocidos en los espacios de reflexión a nivel global, se han constituido en una corriente



de pensamiento jurídico que surge, según Pérez (1993), a partir de un grupo de profesores inconformes con la manera de entender el derecho por parte de los realistas, proponiendo efectuar el abordaje al mismo desde dos facetas: “Como fenómeno social y de crítica de la sociología del derecho” (p. 82).

Dentro de dicha corriente, Pérez (1993), en su tesis doctoral *El movimiento de los CLS*, expone que entre los diferentes miembros del movimiento con posturas críticas frente al derecho se encuentran Mark Tushnet profesor de derecho constitucional en Harvard, y Duncan Kennedy, el teórico principal de la presente investigación. Se debe agregar el nombre del profesor emérito de la escuela de derecho de la Universidad de Winsconsin, David Trubek, a la lista de fundadores de acuerdo con Valdés (2002). Los crits, como se denomina a quienes hacen parte de esta corriente, “son los herederos de todos los movimientos estudiantiles de los sesenta y de su lucha por una Academia menos jerarquizada” (Molina, 2015, p. 441).

Según Milow (citado en Rodríguez, 1999), los CLS tienen como intención presentar que la doctrina jurídica es indeterminada, exponer la manera como los grupos de interés resultan favorecidos de las decisiones jurídicas, poner en evidencia la auto legitimación de la cultura y el análisis jurídico, y por último presentar novedosos escenarios reivindicatorios incorporados al discurso y a la práctica jurídica, todo lo anterior empleando el marco jurídico como objeto de análisis.

Kennedy (1992) comenta cómo su iniciación en el interés por la crítica al derecho surge con su profesor de derecho constitucional Alexander Bickel, quien se refiere al realismo legal a través del antiformalismo, empleando como referente las ideas de Karl Llewellyn. Es así como comprendió que estas teorías invitan a entender el derecho más allá de los dilemas planteados en las clases en las escuelas de leyes. No obstante, para Kennedy fue sobrecogedor entender el post formalismo como una teoría que “resuelve” los conflictos mediante técnicas de balanceo y ponderación, con la fe de que el derecho no trasiegue por caminos ideológicos.

A pesar de los elementos subversivos y revolucionarios que emplean los CLS, tal como lo advierte Rodríguez (1999), la corriente intelectual en Hispanoamérica no ha generado un alto impacto en el marco de la producción analítica del derecho, especialmente por la reciente incorporación de cortes constitucionales al escenario jurídico, que irrumpe con su modelo antiformalista para la adopción de decisiones.

Complementa López (1999) indicando que el giro teórico de ciertas élites jurídicas en la región se orienta hacia la incorporación de la discusión jurídica norteamericana, dejando de lado los debates tradicionales que se abordaron desde la perspectiva europea, siendo todavía incipientes el desarrollo de análisis críticos en comparación con otros contextos jurídicos, a pesar de que uno de los aportes que los CLS otorgan a la cultura jurídica latinoamericana y colombiana, es la de pensar con calma cuál es el tipo de derecho que se quiere o se debe aplicar en entornos de desigualdad social.

Con el fin de acercarse al sentido y propósito de los CLS como marco teórico y enfoque de análisis del derecho, se presentan elementos que permiten tanto conocer los antecedentes de los CLS como acercarse a la obra de Kennedy.

Para realizar una aproximación a los *Critical Legal Studies* se procede a revisar algunos de los relatos expuestos por Duncan Kennedy acerca del movimiento, advirtiendo que intentar comprender los CLS en su integridad es una empresa compleja principalmente por la diversidad de objetos de estudio y la diversidad de sus autores. Al respecto, Molina (2015) señala que los autores del movimiento defienden variedad de tesis, apelan a múltiples escuelas filosóficas y jurídicas, algunas de ellas con tesis opuestas, y que algunas de sus publicaciones son de difícil acceso.

Kennedy (1999) describe la historia de los CLS en Estados Unidos desde sus orígenes, donde se destacan aspectos como la pluralidad y diferencia de sus integrantes, una marcada perspectiva diferencial de

género y raza, la vinculación de estudiantes y profesores, una tendencia ideológica izquierdista predominante, y un trabajo elaborado y difundido en redes académicas paralelas a la institucionalidad.

Inicialmente se produjo un artículo que efectúa una crítica interna a la razón jurídica americana de los años 70. Esta crítica, según Kennedy (1999), pone en entredicho ramas del derecho tradicionales como el derecho de los contratos, penal, laboral, familia, administrativo e internacional, así como las metodologías de abordaje como el positivismo, el funcionalismo y el constitucionalismo, dejando en evidencia la actividad proselitista tanto de los jueces como de los juristas.

En consideración a la postura de Kennedy, Rodríguez (1999) se refiere a dos preguntas constantes en relación con la teoría del derecho: la primera tiene que ver con la coherencia y consistencia de los marcos jurídicos, y la segunda con la indeterminación judicial. La respuesta de la primera condiciona la segunda.

Cuando se afirma que el marco jurídico es consistente, el juez debe dar aplicación a ese marco de manera objetiva. Cuando el marco jurídico evidencia rupturas y tensiones, el juez deberá efectuar mecanismos de interpretación normativa para tomar una decisión que lo aleja de la neutralidad en la adjudicación.

Para Kennedy (1997), según Rodríguez (1999), la tradición jurídica americana se debate entre las posturas constructivistas que intentan fortalecer la idea de la coherencia interna del derecho, y la crítica que pone en entredicho la adjudicación judicial debido a las perspectivas ideológicas de los operadores judiciales.

En relación con los proyectos constructivistas o reconstructivistas, Rodríguez (1999) expone los postulados de Hart (1961) y Dworkin (1984) para presentar las posturas que, a pesar de estar en la misma orilla, plantean dos formas de entender los debates jurídicos, y especialmente la complejidad de los casos judiciales.



De otra parte, Rodríguez (1999) se refiere a la postura expuesta por el juez Holmes en *The path of the law*, donde deja entrever su crítica al formalismo jurídico exponiendo los debates judiciales como “juicios desarticulados” en donde se deciden cuestiones a la luz del proceso judicial, aproximación realista que pone de presente la dificultad de exponer el proceso judicial como una ruta de acción, en la cual mediante silogismos se logra una decisión lógica y racional. Nada más apartado de la realidad: los procesos judiciales son batallas que se deciden por árbitros en el marco de contextos.

Así es como, en un principio, los realistas planteaban la indeterminación e incompletitud del derecho, aspectos que apartan al juez de decisiones eminentemente objetivas debido a factores “extrajurídicos”. De manera deductiva se observa que la relación entre política y derecho es una constante en el mundo de los realistas.

Esta corriente realista fue el punto de partida para la constitución de tendencias relacionadas con la sociología y el derecho desde una perspectiva interdisciplinaria, con el fin de analizar la conformación de las normas y la toma de decisiones jurídicas para resolver conflictos, relacionando de manera intencional la desigualdad social con el derecho.

Los *Critical Legal Studies* tienen como objeto de estudio (o mejor de crítica) la relación entre los derechos y las normas jurídicas a través de su incorporación a los marcos legales, en un principio respecto de minorías sociales y asuntos de género.

La incorporación de la crítica propuesta por los CLS, derivadas de la incorporación de instituciones del derecho como el control de constitucionalidad, ha primado la incorporación de corrientes constructivistas en perjuicio de las teorías críticas. Rodríguez (1999) expone cuatro razones que pretenden explicar este desfase:

- a) La fuerte tradición formalista francesa del derecho colombiano y la relevancia que le otorga a la norma escrita.

- b) Los métodos de educación en las escuelas de derecho son positivistas.
- c) El valor de la crítica en sistemas con dificultades sociales encuentra resistencia por la ausencia de crítica interna y franca al sistema jurídico.
- d) El fuerte arraigo del formalismo jurídico y de la racionalidad jurídica en la comunidad de juristas, al igual que en la sociedad, evitan reconocer los límites del derecho.

Para Rodríguez (1999), la obra de Kennedy es un componente de la triada que se ha constituido por parte de la filosofía jurídica norteamericana, e iguala su obra *Una crítica de la adjudicación* con los referentes de Hart (1961), *El Concepto de Derecho* y *El imperio de la Justicia* de Dworkin (2005).

Con el fin de posicionarse dentro de las discusiones acerca de las teorías jurídicas, los integrantes del movimiento apuntan hacia los cursos regulares de instrucción jurídica, situación que comienza a generarle visibilidad en los ámbitos académicos.

En sus orígenes existían cuatro elementos que Kennedy (2012) destaca de los CLS para posicionarse como una alternativa reflexiva: reflexiones sobre la pedagogía jurídica reaccionaria, límites a la diversidad estudiantil, jerarquías sociales y agenda académica a favor del statu quo.

Kennedy (2012) narra la manera como los CLS ascienden con la participación de los estudiantes, que a su vez se decantan por la carrera académica dentro de las facultades, especialmente los egresados de Harvard Law School. Así mismo describe cómo para 1985 los artículos acerca de los CLS comienzan a superar la producción propia de sus integrantes iniciales, como ocurre con la obra de Dalton (1985) *An essay in the deconstruction of contract doctrine*, demostrando la importancia que para la época comienza a obtener el movimiento.

Posteriormente, en la segunda fase de profundización de los CLS, se opta por ubicar dentro de la agenda crítica los “derechos de las personas”.

En esta ocasión los integrantes del movimiento se conforman de juristas teóricos, abogadas feministas y abogados pertenecientes a minorías étnicas. En la agenda crítica comienzan a destacarse los cuestionamientos a las jerarquías sexuales y raciales de Estados Unidos.

En la tercera etapa de los CLS, Kennedy (2012) considera que el debate se sitúa en las discusiones post modernistas y post estructuralistas generadas en Europa, y por el feminismo y antirracismo. Sus integrantes han buscado abandonar las confrontaciones culturales para promover la vinculación de docentes. Internamente se observan dos tendencias: aquellos que continúan otorgando mayor valor a la crítica tradicional, y los promotores de transformaciones sociales a través de propuestas programáticas.

Los estudios se refieren a diversos autores que abordan una pluralidad de temas propios del derecho en relación con asuntos sociales, abordado mediante diferentes enfoques: sociología jurídica, filosofía política, teoría del derecho y dogmática, entre otros trabajos.

Apesar de la pluralidad de trabajos, en los CLS se encuentran variables de análisis específicas, como la relación derecho-política, adjudicación judicial, indeterminación de la doctrina jurídica, crítica por la exclusión de otras disciplinas y experiencias por parte del derecho para “legitimar” sus decisiones, y la defensa de actores vulnerables en la sociedad, entre otros (Minow, citado por Rodríguez, 1999).

Respecto al componente crítico, Rodríguez (1999) señala que los CLS tienen la intencionalidad de cuestionar el statu quo como la instrumentalización del derecho que fomenta en la actualidad ese estado desfavorable para un grupo considerable de personas. En ese sentido, es clara la cercanía de la corriente con tendencias de la izquierda política, en oposición a las tendencias liberales y conservadoras norteamericanas promotoras de la moderación (Molina, 2015).

Frente a la instrumentalización del derecho, Rodríguez (1999) expone la manera como Kennedy (1976) en su trabajo *Forma y sustancia*

*del Derecho Privado* plantea la contradicción y el balanceo del derecho privado entre el altruismo y el individualismo de acuerdo con la argumentación jurídica expresada desde la adjudicación, ejercicio que tiene como fundamento el realismo jurídico norteamericano donde confluyen múltiples tendencias teóricas, no necesariamente jurídicas, que tienden a deconstruir el contexto de desigualdad social (Tushnet, 1986).

Rodríguez (1999) expone el concepto de “derecho” de los CLS en el entendido que se reconoce como una crítica del derecho desde el derecho, es decir como una corriente jurídica, más allá de su caracterizada interdisciplinariedad. La crítica jurídica se dirige contra las especialidades del derecho y contra sus instrumentos formales, mediante el “eclecticismo disciplinario” (p. 45).

Para describir la evolución de los CLS se pueden detectar tres momentos, con base en lo expuesto por Minda y Kennedy (1997): una primera etapa donde la crítica se dirigía a la “indeterminación del derecho” y a sus constantes contradicciones, y la manera instrumental como el derecho servía al statu quo. La etapa posterior se concentra en la discusión propuesta por los “críticos irracionalistas” frente a la argumentación “contradictoria y alienante” del discurso jurídico, a partir de las tensiones que se presentan del cumplimiento de derechos supuestamente universales. Esta discusión soporta la plataforma que permite a los Crit’s pronunciarse acerca de la promoción de los derechos de género y minorías raciales. La última etapa surge desde la década de los 80, donde se instala la crítica posmoderna referente al dominio del mundo por la razón (Rodríguez, 1999).

Kennedy (1999) en su teoría explota el “elemento subjetivo en la adjudicación” (p. 52) generando cuestionamientos sobre la manera como las externalidades inciden en la decisión del juez, tales como la ideología o los intereses de las partes. Para Kennedy la pregunta no debe dirigirse en torno a cómo los jueces logran imparcialidad, sino cómo podrían hacer valer sus posturas ideológicas. Para Kennedy la ideología, al igual que el derecho según Dworkin (1977), debe ser tomada en serio.

Acerca de la estructura organizacional de los CLS, Kennedy (2012) advierte que están comprometidos con las organizaciones anti organizacionales, por lo que considera que no existe una línea de los CLS, más bien una red de trabajo. Lo único formal de los CLS es la conferencia anual y campus extraordinarios que realizan. Es una crítica argumentativa y práctica contra la jerarquía (Krever, 2015).

Con base en lo anterior, para una comprensión amplia de los CLS ante la diversidad de problemáticas que aborda, y considerando las múltiples corrientes incluso ideológicas o disciplinas, como lo sugiere Robles (2016), es posible aproximarlos a disciplinas como la “Psicología, la filosofía, la teoría política y la historiografía”, o a metodologías de análisis como la deconstrucción, la Escuela de Frankfurt y el posmodernismo”, concluyendo que los esfuerzos del CLS se concentran en el valor de la crítica y sus efectos para el análisis jurídico, más que en la conformación de un paradigma teórico de un enfoque del derecho.

## **1.2 EL PENSAMIENTO CRÍTICO DE KENNEDY**

A continuación, se expone la propuesta que se incluye en los referentes teóricos desarrollados por Kennedy para efectos de estructurar la crítica a la teoría de la adjudicación, que se adoptó como referente de análisis para el objeto de estudio de la presente investigación.

Rodríguez (1999) destaca la importancia de la Crítica a la teoría de la neutralidad judicial (crítica de la adjudicación) dentro de la corriente de los CLS, específicamente por la manera como este principio (la neutralidad) ha servido al statu quo del imperio de la ley y la razón. La crítica a la adjudicación (Kennedy, 1997) se soporta en dos referentes previos: “Form and substance in private law adjudication” (Kennedy, 1976), y en “Freedom and constraint in adjudication: A critical phenomenology” (Kennedy, 1992).

Para Kennedy (2012) los CLS han existido en diferentes facetas: en primer lugar, el movimiento, la escuela, la teoría del derecho y como

factoide; por movimiento se refiere a un proyecto dirigido a lograr un resultado mediante un grupo difícilmente identificable de personas creadoras de documentos analíticos acerca de la legalidad en un contexto académico, y como “escuela” se entiende en la medida que promueve un escenario académico para el intercambio de un grupo de ideas, conformado por profesores, estudiantes, mentores y pupilos.

Los CLS como teoría del derecho para Kennedy (2013) existen a través de los cánones previstos por una serie de textos con análisis y críticas, sin embargo, los CLS como teoría continúa fortaleciéndose con los textos escritos por autores que no se encuentra vinculados al movimiento, a través de textos críticos referentes a la teoría jurídica norteamericana. “A critique of adjudication” de Kennedy (1997) tiene esa pretensión de convertirse en un aporte a los textos canónicos a través de la crítica a las ideas que se encuentran en los principales referentes.

De acuerdo con Rodríguez (1999), Duncan Kennedy (1997) presenta la “Teoría de la Adjudicación” con el propósito de criticar la “neutralidad judicial” como una de las características de las denominadas teorías constructivistas del derecho, en el entendido que los estudios jurídicos críticos (*Critical Legal Studies*, CLS) utilizan dicho argumento para efectuar sus cuestionamientos.

En relación con la neutralidad judicial, Kennedy (1997) parte de la naturaleza del operador jurídico como sujeto influenciado, por intereses generados en las dimensiones que se desenvuelve como ser humano investido de autoridad, entre ellos el campo político.

Para ello, Kennedy (1997) presenta en *A critique of Adjudication* una recopilación de obras en relación con el cuestionamiento efectuado a la neutralidad del derecho. En primer lugar, advierte sobre la incidencia de la política en el campo jurídico, que moldea la agenda del juez. Para ello, recuerda que en Estados Unidos la tendencia política acontece entre liberales y conservadores, quienes tienen en común el respeto por las instituciones y el ejercicio democrático (De Fazio, F., 2010).

En relación con la ideología política estadounidense, se constituyen unos tipos de jueces que se caracterizan por el nivel de determinación que asumen frente a la ideología: jueces activistas restringidos, jueces mediadores y jueces bipolares.

Más allá de las anteriores categorías, plantea Kennedy (1997) que los jueces descritos tienen como semejanza el hecho de que todos se encuentran influenciados por ideologías, y que en sus piezas jurídicas son sumamente cautos en la manera como se expresan, para no quedar en evidencia frente a la influencia ideológica.

En ese sentido, se puede advertir que el juez actúa de manera estratégica en relación a como expone en sus actuaciones. No solamente desde la ideología como punto de partida para la adopción de la suerte del caso, así como en el ajuste riguroso de la norma sometida a sus intenciones, sino en la forma como argumenta sus decisiones con base en una falsa lógica objetiva de análisis normativo.

Por otro lado, Kennedy (1997) cuestiona la preocupación de los Estados modernos, especialmente de las democracias liberales, de efectuar una separación de la creación de las normas frente a la aplicación del marco normativo, al cual se ha denominado “equilibrio de poderes” o “Checks and Balances” en la cultura norteamericana. Se pregunta el autor de qué manera puede justificarse un sistema basado en pesos y contrapesos cuando el operador judicial es un servidor público investido de autoridad que tiene la posibilidad de crear normas a partir del modelaje de los casos según su ideología, situación frente a la cual Kennedy (2002) plantea que es posible perder la fe en el derecho, debido a la manera como la alternancia de la ideología en la justicia sigue siendo utilizada como mecanismo para sostener el statu quo, dando la espalda a un proyecto reconstructivo de la teoría jurídica.

Para Molina (2015), dentro del movimiento de los Crits, se pone en evidencia que el derecho puede ser un instrumento con el que se logra proteger derechos, pero también con el que se logra sancionar a quienes se movilizan a favor de los derechos.

Los CLS son factoides en la medida en que los medios de comunicación masiva los presentan como tal, refiriéndose a los actores del movimiento y sus postulados críticos, señalándolos como “radicales de Harvard entre los sesenta y los ochenta”, y no como “personas interesadas en la combinación entre la nueva izquierda, neo marxistas, modernistas culturales o feministas que promueven inquietudes entre la corriente de profesores liberales de derecho” (Kennedy, 1997, p. 10).

Una de las obras célebres de los CLS es *Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado*, hasta el punto de que es considerado por muchos como un texto seminal para los “Crits”. En él Kennedy (1976) expone su intención de abordar las ramas duras del derecho para proponer su crítica, por lo que se refiere al derecho privado y la manera de abordar problemáticas sustanciales y formales.

Respecto de las primeras, propone el devenir entre la adopción de decisiones altruistas caracterizadas por hacer uso de principios administrativos, entretanto, las decisiones con cortes individualistas se relacionan con el uso de normas diseñadas para casos específicos, con un margen de maniobra estrecho.

Acerca de las segundas, Kennedy (1976) expone el uso de “reglas generales”, y de otra parte el uso de factores de distribución en contextos desiguales que entienden la aplicación del derecho como un mecanismo de corrección social. De esta forma, se observan dos posiciones consideradas como incompatibles en la medida en que no se logra, desde un punto de vista racional, el resultado óptimo para cualquiera de las partes en conflicto.

En función de la discusión entre las orillas opuestas representadas en el individualismo y el altruismo, Kennedy (1976) presenta sus apreciaciones acerca de las características de cada uno de los argumentos jurídicos empleados por los juristas.

Sobre el individualismo considera que no debe ser entendido como una expresión del egoísmo, sino del reconocimiento de la pluralidad de



intereses circundantes por parte de los individuos, lo que involucra el respeto por dichas expresiones particulares reguladas por la existencia de normas que permiten la convivencia más allá del uso de la violencia. A diferencia del egoísmo radical, el individualismo promulga el respeto por las leyes bajo el ejercicio de la libertad y la autonomía.

El argumento individualista considera el respeto y la defensa de su programa como de interés público, en la medida en que su cumplimiento garantiza la pretensión de justicia de la comunidad. En ese sentido, a pesar del autoritarismo derivado de la defensa de intereses particulares, de la necesidad humana de imponer sus intereses y de la urgencia de los agentes estatales por el sostenimiento del statu quo, el individualismo se impone como el menor de los males ante un escenario anárquico y violento.

Frente al altruismo, visto como la cara opuesta al individualismo, parte del reproche a la imposición del interés propio por encima del interés del otro, en una expresión consecuente con prácticas religiosas o culturales. El compartir y el sacrificio son características de las que proviene la argumentación jurídica altruista, dirigidos a disminuir el perjuicio de quien se ve afectado, entendiendo el daño desde una perspectiva objetiva.

No obstante, el altruismo no debe ser entendido como la aceptación total de la pérdida del otro: como el individualista no es egoísta, el altruista no es totalmente responsable respecto del perjuicio ajeno; se acerca más al concepto de la transferencia o intercambio, la cual es definida en el marco jurídico de manera tal que es reconocida por el altruista relativo.

Se observa cómo el individualista y el altruista hacen uso de los argumentos del otro para justificar su posición. El individualista debe proveerse de elementos para mostrar cómo su postura comulga con el interés general, y el altruista busca en el individualismo planteamientos para evitar caer en la ruina por la suerte ajena.

En el derecho privado existe la creencia de considerarle como el escenario que garantiza el individualismo, sin embargo, esta rama del

derecho emplea instituciones altruistas, por lo que estas dos orillas presentan inconsistencias a partir de sus similitudes en el argumento jurídico. En consecuencia, el uso de argumentos individualistas o altruistas para la resolución de problemas jurídicos en instancia judicial no puede estar apartado de las consideraciones morales, políticas, culturales, religiosas, económicas, y en general de las dimensiones en las que se desarrolla el ser humano, desvirtuando la neutralidad del derecho, aspecto que será abordado con mayor amplitud más adelante.

Con el fin de profundizar en la tensión entre individualismo y altruismo, Kennedy (1976) presenta las consideraciones realizadas en el Pensamiento Jurídico Moderno, el cual aborda desde 1900 hasta la década de los 70. Inicialmente manifiesta que el Derecho Privado se ve obligado a renegar del individualismo tradicional para garantizar instituciones que respondan a las reivindicaciones sociales, o por lo menos colectivas. Para evidenciar el debate interno y externo entre moralidad y política respecto de sus intereses, Kennedy (1976) presenta la confrontación entre “comunidad y autonomía”, “regulación y facilitación” y el “paternalismo y la autodeterminación”.

Posteriormente, Kennedy (1976) presenta la relación entre las expresiones argumentativas desde la forma y la sustancia por parte de los abogados, regida principalmente por los intereses de sus clientes, en abierta contradicción con los intereses de la contraparte, y en flagrante violación de los pactos suscritos o del marco legal determinado. La pretensión de justicia, a la luz de la decisión judicial, implica una especie de incumplimiento validado.

Continúa Kennedy (1976) en sus reflexiones acerca del individualismo y del altruismo, poniendo de presente la crisis conceptual y de naturaleza en la que se encuentran ambos principios en la actualidad; ambos en plena actividad proselitista, exigiendo que la justicia valide su punto de vista en desmedro de los intereses del otro, alegando de una parte pasividad judicial, libertad y autonomía, y de la otra rendición de cuentas respecto de las pretensiones comunitarias o autodeterminación grupal.

Las contradicciones entre ambos principios develan el reconocimiento de la adjudicación judicial por parte de los actores y de los analistas de la escena jurídica; según la posición en la que se ubique, la argumentación oscila a conveniencia, poniendo en entredicho la indeterminación judicial y la neutralidad jurídica. La “sabiduría” o “ignorancia” de los actores jurídicos será decidida por el juez a partir de la validación de los planteamientos expresados.

Kennedy (2002), frente a la relación entre la conciencia jurídica de Estados Unidos y la ley, realiza el abordaje desde el papel de los derechos como instrumento reivindicador de los proyectos liberales, lo anterior entendiendo que hasta la segunda guerra mundial en América existían dos tipos de “proyectos reconstructivos de izquierda”: El socialismo (destrucción del sistema de mercado) y el reformismo (modificaciones al sistema de mercado tales como políticas fiscales y fortalecimiento de instituciones como el sindicalismo), iniciativas que se fundamentaban en las inconsistencias en la planificación pública para el reconocimiento de las necesidades colectivas. El programa de la derecha, por su parte, promovía la defensa de los derechos individuales.

De acuerdo con Kennedy (2002), entre 1975 y 1985 existían tres tipos de posturas liberales acerca de los derechos: 1. “Constitucionalismo liberal”, 2. “Proyectos reconstructivos en la filosofía del derecho” y 3. “Lenguaje político popular de los derechos”.

El constitucionalismo liberal promueve reivindicaciones legales a partir de iniciativas judiciales en los tribunales. Dentro de los reconocimientos pretendidos se encuentran los derechos de los homosexuales, afroamericanos, mujeres y la protección al ambiente, entre otros.

Dentro de esta iniciativa se encuentra la defensa de los Derechos Humanos como uno de los principales temas en la agenda constitucional liberal, asunto con repercusiones internacionales en diferentes escala e intensidad, el cual ha sido defendido desde la filosofía del derecho y su relación con la aproximación por parte de las sociedades.

De otra parte, frente a la relevancia del entorno, y las expresiones y organizaciones sociales, la identidad promovió movilizaciones alrededor de su defensa en virtud de la exigencia de derechos para cada una de ellas, partiendo de su reconocimiento.

En ese ejercicio de reconocimiento y reivindicaciones sociales los grupos de izquierda fueron abandonando paulatinamente el radicalismo, debido a la violencia que la caracterizaba. Los grupos radicales cedieron terreno a las corrientes liberales que expresaban la defensa de las identidades desde ejercicios de movilización pacífica.

Al final, la corriente liberal se posicionó como parte del escenario político norteamericano que había renunciado a la violencia como mecanismo de presión, y que ejercía la política como actor integrado al sistema, con el interés de efectuar correcciones políticas, jurídicas y filosóficas frente al debate por la identidad.

En este contexto, la crítica de los derechos promovida por los Crits iba más allá del conocido señalamiento marxista al derecho y de los privilegios burgueses, se dirigía a la crítica a la modernidad, a la necesidad de poner en entredicho la existencia de los derechos, y la importancia de cuestionar las pretensiones legales como faro regulador.

Para entender el papel de los derechos en la dinámica política norteamericana se debe comprender la diferencia entre los juicios de valor y los juicios fácticos, y cómo emerge la dualidad entre la subjetividad y la objetividad. Estas orillas son integradas en el discurso político norteamericano, en virtud de la manera como debe proceder el Estado ante el cumplimiento de sus obligaciones.

La mediación desarrollada para otorgar argumentos al cumplimiento de los derechos gira en torno a la legitimidad social con la que cuenta la “razón”, junto con la proposición de juicios de valor fundamentados en la primera. Esta mezcla entre juicios y razón se logra debido a dos propiedades que Kennedy (1997) les atribuye a los derechos: son universales, es decir,

parten de necesidades generalizadas, lo cual las hace deseables por la mayoría, y se requiere su aplicación para constatar su existencia.

De igual forma Kennedy (1997) se refiere a los derechos externos e internos, indicando que los primeros se asemejan a los derechos naturales, que son reconocidos incluso por fuera del ordenamiento jurídico, y de otra parte se encuentran los derechos internos aludiendo a su incorporación dentro del marco jurídico.

En el ejercicio de identificar las características de los derechos en Norteamérica, Kennedy (1997) señala que los derechos hacen parte de campañas universalistas ideológicas que emplean como bandera para la movilización social, tal como ocurre con el derecho a la diversidad sexual y las personas homosexuales. De igual forma, la operativización del derecho ensalza el debate empleando silogismos promovidos desde la razón para imponerse en el discurso político: de esta forma se mezcla el derecho y la razón en escenarios de discusión pública.

El uso de los derechos como elemento ideológico conlleva a la instrumentalización del derecho por parte de los grupos de izquierda o derecha, actores tradicionales de la política norteamericana. Finalmente, el derecho se convierte en el objetivo a seguir para su reconocimiento e implementación, al igual que el argumento contrarrevolucionario que ha propiciado el no reconocimiento y por ende la no implementación de los intereses de cada bando.

Explica Kennedy (1997) que la pérdida de la fe no significa que la argumentación jurídica no sea consecuente o sea equivocada, sino entender el razonamiento jurídico como “retórica”, como discurso, basado en el instrumentalismo político del derecho por parte de sectores partidistas. La mala fe emerge en forma de manipulación del sistema jurídico por parte de los grupos políticos determinantes para la implementación del derecho, avizorando la crisis por la falta de legitimidad en las supuestas decisiones imparciales que ceden ante la imposición ideológica. Es un proceso de desencanto por el derecho y su supuesta “fidelidad interpretativa”.

La crítica al uso de derechos dentro del ejercicio de razonamiento jurídico pasa por interpretar el reconocimiento y aplicación del derecho, considerando la movilización social que antecede su inscripción como tal, por lo que su imposición como norma jurídica deriva no en la pretendida aplicación del marco legal a primera vista, sino en la defensa de una posición de política pública que a su vez promovió en su momento el reconocimiento y regulación del derecho en comento. Observar los derechos como reglas jurídicas puede conllevar a su manipulación.

Como ejemplo de lo anterior, se plantea el caso del juicio donde los abogados de ambas partes pueden hacer alusión a la defensa del mismo derecho desde argumentos opuestos, planteándose dos “cadenas argumentativas” (Kennedy, 1997) que, a pesar de la validez de su construcción, será el juez el llamado a dirimir el pleito al otorgar la razón a uno de ellos, y no por ese hecho el planteamiento de la parte vencida carece de rigor. Es allí donde la experiencia vital del juez y su manera particular de interpretar el derecho entra a tomar partido por una realidad narrada por el ganador.

De otra parte, las técnicas empleadas por los jueces para tomar decisiones, como el “balanceo”, fortalecen el planteamiento de la pérdida de “fidelidad interpretativa” del juez. Para soportar lo manifestado, Kennedy (1992) procede a hacer un recuento de la tradición jurídica norteamericana desde 1920 hasta 1990, presentando los movimientos de la ideología como influenciadora de las cortes.

En suma, el autor determina que el desencanto por el derecho en la sociedad se produce por las contracciones precipitadas por la acción judicial, que terminan instrumentalizando el derecho para la promoción de intereses de grupos ideológicos que ponen el derecho al servicio del poder.

Frente al “discurso lego de los derechos”, Kennedy (2002) expresa su preocupación por el uso de argumentaciones externas al derecho para su defensa. Es así como una argumentación para defender un derecho específico se soporta en argumentos de política pública o de

parangón moral, parecido a un discurso político, alejándose de la pureza argumentativa del propio derecho que no es suficiente como posición para su resguardo, al omitir situaciones fácticas que pueden ser empleadas por la contraparte para desvirtuarlo: en el mundo de la argumentación, el Derecho no es suficiente para el derecho.

Kennedy (1997) procede a reflexionar acerca de la utilidad e impacto que puede generar la crítica de los derechos. Después de todo, si la crítica lleva a la debacle del derecho, ¿Qué haría la sociedad sin él?

Explica Kennedy (1997) que los derechos existen en las sociedades occidentales debido a que hacen parte del ordenamiento jurídico. La crítica reconoce la existencia de procedimientos para la “creación, observancia y ejecución” de las normas, por tal motivo el desencanto puede ir asociado tanto a la maximización de las normas que regulan el comportamiento del aparato estatal como a la ciudadanía, entendido como el otro bando. Más allá de la existencia de los derechos en el marco jurídico, lo que cuestiona la pérdida de la fe es el discurso argumentativo que justifica la adopción y los límites del derecho dentro del marco jurídico.

Para poner distancia entre la crítica de Marx (1844) y la suya, Kennedy (1997) procede a explicar de dónde proviene la crítica de los derechos desde el marxismo. En principio, esta se basa en que los sistemas jurídicos instaurados en la economía del mercado no supusieron la conclusión de la dominación de las clases, de por sí ilegítima.

De otra parte, se presenta la crítica al formalismo del marco jurídico frente al principio del sacrificio y de la comunidad. Más allá de la crítica marxista, el autor asevera que su crítica al derecho no se encuentra soportada en estas posturas.

La crítica al derecho apunta hacia la imposibilidad de resolver reclamaciones mediante el uso de la lógica, la razón o el análisis de los derechos, porque los derechos no se balancean entre una postura objetiva y otra subjetiva: “La distancia proviene de la pérdida de fe en

el carácter racional presupuesto en el proyecto de la definición de los derechos” (Kennedy, 2002, p. 82).

En lo que sí se asemeja la crítica marxista de la crítica de los derechos es en el tercer elemento referente a la “falsa conciencia” que produce la constitución de un sistema jurídico liberal, que a través de la implementación de los derechos garantice un orden justo, coincidiendo con el capitalismo. Esta falsa conciencia y la creencia de la existencia de derechos políticos y privados universales permitía la coexistencia del altruismo y del egoísmo en el marco jurídico, y por ende en las decisiones judiciales.

A pesar de las dificultades que genera el desencanto por el derecho, y de la dificultad de criticar el sistema que bien o mal es el que actualmente se utiliza para mantener la idea de orden en la sociedad, la crítica a los derechos debe promover ir más allá de desencantar a la ciudadanía acerca de la necesidad de contar con él, motivo por el cual la crítica debe servir para promover el proyecto de reconstrucción sin especificar una vía en particular, siendo conscientes de la necesidad de corrección.

Cuando se presenta la forma como se plantea la crítica a los derechos, donde no sugiere una alternativa específica a la situación analizada, se propone como “nihilista”, sin sentido, sin propósito y sobre todo sin solución a la vista. El propio Kennedy (1997) manifiesta que generalmente lo han tildado de nihilista o comunista tan solo por cuestionar el statu quo o proponer ideas radicales.

La aceptación de la crítica a los derechos invita a la determinación de límites y capacidades del campo jurídico para atender las cuestiones ideológicas frente a la necesidad de establecer un orden justo.

La propuesta de crítica a los derechos no debe conducir al sujeto a “perder la fe en todo” (Kennedy, 1997). La crítica debe incidir en el sujeto, de tal forma que le permita contar con más información, o por lo menos ser conscientes de la teoría o ideología en la que se encuentra posicionado, y el procedimiento para alcanzar sus objetivos dentro del marco jurídico.



A lo mejor la crítica permita a personas defensoras de algún derecho en particular contar con el criterio suficiente para moderar o radicalizar su posición en aras de la promoción de la anhelada corrección propuesta por el derecho.

En la crítica a la adjudicación Kennedy (1997) se pregunta acerca del papel de la ideología política en el proceso de adjudicación judicial, que posteriormente se transforma en creación legal. Considera que la generación legal a través de la actividad legislativa, fundada en proyectos ideológicos, difiere de la generación legal derivada de la actuación judicial.

Para Kennedy (1997) la actividad de los jueces se desarrolla en un contexto estructurado por las reglas jurídicas. Parte del ejercicio judicial se desarrolla reafirmando estructuras jurídicas moldeadas a través de la interpretación mediante el uso de argumentos legales que permiten otorgar sentido a las posiciones determinadas por los adjudicadores. Para este autor los jueces viven en un medio que se restringe por los materiales (entiéndase normas) que utilizan con el fin de alcanzar soluciones específicas en escenarios cargados con ideologías, convirtiéndose en una preocupación el hecho de no revelar la influencia de la ideología en las argumentaciones jurídicas propuestas para la búsqueda de dichas soluciones.

Con base en lo anterior, Kennedy (1999) plantea tres efectos derivados de la adjudicación judicial; en primer lugar, los jueces persiguen proyectos ideológicos mediante las restricciones interpretativas; en segundo lugar, la creencia de que los derechos existen en la medida en que cuenten con un discurso legal y, por último, una creencia ambivalente acerca de que la racionalidad legal es, junto con la racionalidad científica, instituciones sociales de justicia.

Kennedy (1999) se refiere al juez como parte de la cultura norteamericana, haciendo las veces de figura mítica, quien en su inmensa sabiduría y desprovisto de cualquier influencia toma decisiones objetivas, alejadas de las decisiones banales o corruptas propias de la naturaleza del ser humano, quien vela por sus intereses por encima de los demás, y

persiste en la idea que el juez en el proceso de adjudicación se deja llevar por una carga ideológica basada en un discurso argumentativo que busca negar la carga de subjetividad en la decisión, impulsada por actores que pueden ser incentivados por la mala fe.

Kennedy (1997) no logra establecer la diferencia entre escenarios corruptos y escenarios con alternativas transparentes, de cara al proceso de adjudicación y su maleabilidad. Es así como surgen los mitos de las propiedades de la adjudicación, surgidos de la restricción judicial.

El autor en mención deja entrever sus aspiraciones subversivas en textos como “A critique of adjudication”, en la medida que se formulan críticas a los jueces como miembros reconocidos de la sociedad, lo cual es asumido por sus contradictores, quienes enfilan sus críticas respecto de la traición al “imperio de la Ley” o a la “racionalidad jurídica”, acusaciones de herejía por parte de opositores académicos, quienes efectúan condenas sin fundamento por aspectos que precisamente son puestos en discusión por los CLS (Kennedy, 1997, p. 12).

Para Kennedy (1997) el sistema legal juega un papel fundamental en los sistemas democráticos. Sin embargo, el hecho de que el sistema legal tenga relevancia dentro de la sociedad no quiere decir que este sea un modelo estándar, es decir, el sistema legal se moldea por la “moralidad política” (p. 13), la cual responde a una serie de creencias que prevalecen respecto de otros territorios o sociedades, contando con tres elementos que la caracterizan:

- a) Que existan restricciones legales para la relación entre particulares, y entre ellos con el Estado.
- b) Los jueces entienden que son vinculados al sistema legal para defender dichas restricciones, más allá de los puntos de vista de los legisladores o de los partidos políticos.
- c) Los jueces entienden que la norma los obliga a un marco normativo de interpretación construido con materiales relevantes para otros casos resueltos previamente.

En el imperio de la ley los derechos existen a partir de la posibilidad que tienen los ciudadanos de acudir a la justicia contra otros actores públicos o privados para exigir la restauración o no vulneración de sus derechos, por lo que los derechos existen incluso sin encontrarse incorporados en marcos formales, lo cual aplica para los derechos considerados como fundamentales, pero Kennedy (1997) presenta dos observaciones al respecto: que el imperio de la ley no es un valor absoluto, y que los discursos argumentativos que el juez emplea para legitimar la aplicación del poder estatal desconoce dos fenómenos: a) el grado en que los marcos jurídicos favorecen a algunos actores a expensas de otros, lo cual genera jerarquías sociales que afectan su igualdad frente a la ley, y b) la imperfección de los marcos legales al presentar vacíos, inconsistencias, conflictos y demás situaciones que permiten al juez la persecución de proyectos ideológicos, de manera consciente o inconsciente, que afectan las jerarquías sociales predeterminadas.

El proyecto de Kennedy (2013) consiste en la presentación de la adjudicación como un proceso denominado “socio-legalidad”, concepto que reúne múltiples representaciones de la adjudicación que incluye marcos jurídicos, discurso legal, actuaciones de los actores institucionales y sociales que impactan en el fenómeno de la adjudicación.

El análisis de la socio-legalidad emplea una metodología ecléctica que admite emplear modelos de otras disciplinas, que a su vez permitan múltiples miradas del fenómeno de la adjudicación, más allá del discurso legal. En ese sentido se utiliza el análisis legal, la jurisprudencia, el neo marxismo, la sociología weberiana, la semiótica, el estructuralismo, el psicoanálisis, la narración histórica, la fenomenología, la ficción moderna y la deconstrucción. El método ecléctico es empleado por Kennedy (1997) para construir su crítica, en primer lugar por la versatilidad que presenta para efectos de reducir los cuestionamientos que socavan sus planteamientos, por lo que su análisis de la adjudicación no se limita al medio “correcto”; en segundo lugar, no desea circunscribir el análisis a un método en particular y, en tercer lugar, porque considera que el eclecticismo es políticamente correcto al no limitar los alcances de los diferentes enfoques empleados.

En el apartado de la conclusión, el autor presenta dos argumentos centrales: crítica a la adjudicación en general, y a los derechos en particular, basada en su crítica a la adjudicación.

No obstante, manifiesta estar en contra de alternativas reconstructivistas como respuesta a su crítica, a sabiendas de los cuestionamientos que señalan la “crítica” como un proceso sencillo, más fácil que la proposición. Para Kennedy (2015) los procesos reconstructivos se basan en las mismas premisas que estructuran sus puntos de escape.

Es así como promueve el valor de la crítica en sí misma como un aporte al nuevo conocimiento, que actúa de manera independiente a la proposición, siendo no solo independiente sino valorable para el escenario académico. Teniendo en cuenta lo anterior, hace un llamado a la rectitud del sujeto adjudicador, construido a través de la educación ofrecida y la composición de discursos correctos logrados por profesionales íntegros.

Otro asunto que aborda los CLS tiene que ver con la forma como los profesores de derecho influyen en sus estudiantes a través de las interacciones en el aula de clase, y de cómo se van generando escenarios jerárquicos que se replican en esos estudiantes quienes adoptan patrones de lo que experimentaron en las aulas, a través del trato con sus jefes, con sus colegas y con las personas que les prestan servicios básicos, lo que refleja la fuerte incidencia de la política en las facultades de derecho.

En las escuelas jurídicas de occidente la enseñanza del derecho pasa por el modelaje del pensamiento del estudiante para que “piense como abogado” a través del método socrático. La idea es formar un autómatas que pueda pensar como abogado para asumir su nuevo rol dentro de la sociedad, y para ello los profesores les enseñan a los estudiantes lo que es correcto y lo incorrecto, bajo un patrón jerárquico donde lo transmitido por el profesor tiene más valor para el estudiante, quien procede a emitir respuestas correctas desde el lenguaje jurídico, apartado de la ideología y mediante prueba y error, buscando la complacencia de su nivel jerárquico superior, el profesor.

Este tipo de interacciones evidenciadas en las aulas de clase de las escuelas jurídicas genera las problemáticas típicas de los contextos jerarquizados, promoviendo privilegios, facilidades, pero restricciones y exclusiones: desigualdad. Esta forma de pensar ha sido especialmente atractiva para mujeres e integrantes de minorías étnicas, quienes han sido históricamente relegados por estas estructuras sociales, con el fin de ser integrantes activos mediante la producción de artículos sobre este fenómeno.

Los estudiantes aprenden a moldear sus respuestas jurídicas, no necesariamente a pensar, mediante la multiplicidad de discursos legales que se adaptan a las diferentes circunstancias influenciados por los docentes conservadores apegados al dogmatismo jurídico, y los profesores liberalistas que invitan al análisis de política pública para la construcción de sus discursos. El éxito del estudiante es conocer la ideología que motiva al profesor para adaptar las respuestas jurídicas a su gusto, lo cual conlleva a que los docentes de derecho tienen parte de responsabilidad en la subjetividad jurídica del nuevo abogado, manifestación que es inculcada en las escuelas de derecho colombianas, especialmente en los cursos de Introducción al Derecho, cuando se determina que el derecho es relativo y no absoluto., y cuando la clave en el ejercicio del análisis jurídico es conocer la posición que se requiere satisfacer, ubicación a conveniencia que puede ser el punto de partida para la mala fe analizada por el autor.

Además de proteger y empoderar a los jueces y abogados, el ámbito de la justicia los aleja de la mala fe como una práctica diseminada en el mundo jurídico, por operarios legales que actuaron bajo los estándares dogmáticos y que se desligan de toda responsabilidad al advertir que actuaron conforme al “imperio de la Ley”, a pesar de no estar de acuerdo con dichos planteamientos. La Ley es la Ley.

Para Kennedy (1997) existen organizaciones que actúan con la misma mala fe de los jueces que proceden de manera subjetiva: las primeras corresponden a organizaciones que plantean misiones que las definen, pero que tienen un ánimo de lucro que en ocasiones pone en entredicho

su buena voluntad misional, como el servicio al cliente. En ese sentido, los gerentes de las compañías toman decisiones que modifican los mandatos corporativos de las organizaciones, similar al comportamiento del juez que toma decisiones con intenciones distributivas.

Los gerentes niegan o falsean las decisiones que adoptan más allá de sus principios empresariales, al igual que manipulan el discurso para implementar alternativas estratégicas con el fin de presentar necesidades distorsionadas que justifican las decisiones adoptadas. En ese aspecto el discurso administrativo no difiere del discurso jurídico.

Kennedy (1997) presenta importantes datos acerca de su aproximación a la teoría de la indeterminación. Manifiesta que la “determinancia”, entendida como la posibilidad de la “(in)determinación”, es una experiencia y no una propiedad del derecho. Surge de la relación entre el intérprete y los instrumentos jurídicos. Qué tan determinado o indeterminado es el resultado depende de lo que el intérprete quiera hacer. Si el adjudicador no puede hacer lo que quiere o lo que desea, y así mismo está obligado a hacer algo diferente, el resultado es determinado. Lo explica Kennedy (citado por Krever, 2015) indicando que a pesar de que el resultado esté dispuesto por las normas jurídicas, será el intérprete legal quien procederá a ajustar el resultado a sus intenciones.

Para Kennedy (1997) los CLS presentan dos tendencias: un ejercicio académico y una red de personas activistas respecto de la relación entre derecho y política. Los CLS no es una teoría: es el conjunto de insumos académicos desarrollados por los integrantes de la red.

Inicialmente se pretendía entender las tradicionales ramas del derecho de una manera diferente, más allá del razonamiento o la lógica legal, para lo cual se involucra la política como variable para efectos de aproximarse a la comprensión del funcionamiento del derecho, en el entendido que los marcos legales son el producto de la lucha entre grupos sociales que a su vez cuentan con una carga ideológica que define sus intereses.

De otra parte, el ejercicio judicial ha sido purificado del factor político, en la medida en que los jueces no hacen parte de disputas electorales, simplificando la actividad política al sufragio. Se considera que los jueces no son actores ideológicos puesto que se deben al estricto marco legal que les genera disciplina en su investidura. En ese sentido, los CLS abordan la manera como las decisiones judiciales se presentan con el fin de enmascarar posturas ideológicas, y cómo los jueces también hacen parte de la escena política.

Lo anterior reafirma la incidencia de los jueces en la creación de normas, de discursos jurídicos, de doctrina legal y también de escenarios académicos de debate, con una tendencia relacionada con la aplicación de la “discrecionalidad judicial”, haciendo uso de las cargas ideológicas que les antecede. Estos discursos ideológicos en ocasiones presentan tintes altruistas e individualistas, de acuerdo con su carga política.

En Libertad y restricción en la decisión judicial Kennedy (1992) retoma lo planteado en Forma y Sustancia, y expone la dicotomía del derecho privado norteamericano: el individualismo y el altruismo. En primer lugar, el individualismo representa los intereses de las personas que requieren garantías para aspectos tales como las actividades comerciales o proteger su patrimonio. Mediante estas normas se plantean sanciones a quienes incumplan los pactos o pretendan irrumpir de manera abrupta contra los bienes de las personas. Es así como se favorece uno de los mandatos del capitalismo: el libre cambio, por lo que el juez de manera “neutral” debe aplicar las normas.

En Libertad y restricción se describe el proceso por el que pasa un juez cuando se le asigna un caso que le plantea un debate interno frente a lo que la ley determina y su deseo personal. Este desafío genera repercusiones en la manera como se efectúa la aproximación al derecho desde las dimensiones política, cultural y social, así como la forma de enseñar el derecho en las universidades.

Es así como el autor describe el desafío mental que atraviesa el juez bostoniano, en la medida de pretender llegar a la “sentencia a la que yo

quiero llegar-LSALQYQL” (Kennedy, 1999, p. 91.) a partir de las posiciones personales del operador judicial, influenciadas en primer lugar por la ideología, sobre las cuales se refiere en la obra anterior.

Luego de presentar el trasegar mental del juez que se operativiza en su providencia, ajustando de manera astuta la norma a su intencionalidad subjetiva, a modo de conclusión se podría pensar que el autor afirma que la indeterminación del derecho es gestionada por el propio operador jurídico, siendo este el que determina el derecho:

“Este ensayo (Libertad y Restricción) intenta describir el proceso de la argumentación jurídica tal y como imagino ocurriría si yo fuese un juez al que se le asigna un caso de aquellos que desde el primer momento parece presentar un conflicto entre lo que “la ley” exige y «la – sentencia – a la que – yo – quiero – llegar»”. (Kennedy, 1999, p. 91)

La cita que se presenta es textual, debido a que se procederá a analizar cada uno de sus componentes en la lectura que propone el autor, identificando categorías de análisis que al final permitan la construcción de un esquema comprensivo de la teoría planteada, que sirve como referente de la presente investigación.

Para Kennedy (1999), las circunstancias que ocurren en el trasegar de la sociedad son fundamentales como punto de partida para el análisis jurídico. Desde su punto de vista no es posible efectuar aproximaciones acerca del derecho sin referirse a una experiencia real, develando de esta manera su preferencia por el realismo jurídico, al concentrarse en la operacionalización del derecho en el contexto social.

Uno de los ejemplos que se plantean para demostrar el corte individualista del derecho privado es la responsabilidad subjetiva, donde se evalúa la conducta del sujeto quien, en la medida en que se haya comportado de manera correcta, no deberá ser declarado responsable ante la ocurrencia del daño. En este caso se destaca uno de los valores del individualismo: el mérito como principio de conducta.



De otra parte, existe evidencia de la contradicción del derecho privado cuando enaltece la solidaridad, también como principio de comportamiento social, mediante la distribución de responsabilidades frente a la composición accionaria, o la sola imposición de garantías para la cobertura en caso de generación de víctimas como producto de la actividad: responsabilidad objetiva.

Inicia Kennedy (1999) refiriéndose al juez federal bostoniano. Este individuo debe tomar una decisión en un contexto rodeado por actores involucrados que cuentan con recursos (aunque no en igualdad de condiciones) y que conforman la escena jurídica, donde las decisiones adoptadas por los jueces se cumplen. Si bien el juez es consciente de que su decisión puede ser debatida en otras instancias superiores, se reconoce el valor que tiene la decisión judicial en el ámbito jurídico.

Este juez que tiene la capacidad de tomar decisiones, que son efectivamente acatadas por la sociedad, se enfrenta a la discusión entre la ley y su mandato frente a la “idea” de la “sentencia a la que yo quiero llegar” (LSALQYQL) (Kennedy, 1999).

Esta sentencia, determina, puede tener como motivos múltiples orígenes en consonancia y en contradicción con el marco jurídico. No obstante, para el caso que describe Kennedy (1999) solicita que se lea en clave de persecución de la justicia, o por lo menos del concepto de justicia adquirido por el juez, quien considera que la decisión prevista por la ley para resolver el caso es injusta, ya que desfavorece los intereses de las personas vulnerables, porque contraría los principios de equidad, favorece intereses mezquinos, entre otros motivos:

“Los trabajadores de una empresa de autobuses inician una huelga. Los empleadores reaccionan contratando trabajadores no sindicalizados para que reemplacen a los conductores. Los huelguistas se ubican en la puerta de los estacionamientos de los buses impidiendo que los mismos salgan a circulación conducidos por sus reemplazos. La policía detiene a los protestantes por

perturbación del orden público. Al día siguiente ocurre lo mismo. Los dueños de la empresa de autobuses acuden a la justicia buscando una orden de restricción”. (Kennedy, 1999 pp. 97-99)

Para el juez bostoniano de Kennedy (1999) el primer pensamiento que llega a su mente es que probablemente los dueños de la empresa se vean protegidos por la ley respecto del libre uso de los medios de producción, en este caso los buses, realidad que va en contra del sentido de justicia del juez, quien considera que la ley debería proteger a los huelguistas, determinando que hasta no resolver los motivos de la huelga no se podrán emplear los medios de producción sin la autorización de los protestantes.

Acerca de la última idea, la misma parte de un tipo de Estado que promueve un modelo de desarrollo social, reconocedor de los derechos de los trabajadores, en el marco de un Estado de derecho con pretensiones correctivas frente a escenarios promotores de desigualdades entre empleadores y empleados.

A partir del caso, Kennedy (1999) expone las múltiples elucubraciones que se generan en el fuero interno del juez respecto de la decisión a adoptar, tales como sobornos, tráfico de influencias, búsqueda de justicia, favorecimiento de políticas públicas, sostenibilidad fiscal, críticas al marco legal, afán de protagonismo, búsqueda de apoyo popular, presiones externas, riesgo de seguridad o amenazas, optimización de la justicia, postura personal, religiosa o cultural, entre otros aspectos, posiciones o motivaciones que pueden acercarse a la pretensión de justicia, al favorecimiento personal de los intereses del juez, o puede ser consecuente con las políticas públicas de la organización estatal: parámetros ajenos al mandato dispuesto por el marco legal.

Continuando por la senda analítica del juez bostoniano, devela su intención: favorecer la posición de los trabajadores, disminuir el poder de los empleadores, corregir el marco jurídico, proponer una línea jurídica alternativa mediante el análisis y la argumentación de la norma o aprovechando sus áreas grises, o haciendo uso selectivo de normas a

conveniencia, cotejar esta última línea argumentativa contra líneas contra argumentativas que sometan a prueba la alternativa creada. El juez bostoniano es un activista pro-derechos de los trabajadores.

Las anteriores pretensiones ponen al juez en dos posiciones: la de libertad por la manera como puede orientar su decisión hacia donde él lo considere a través de (LSALQYQL), y la de restricción en virtud de los supuestos límites legales que propone la norma. Para Kennedy (1999) el juez moldea la norma como si se tratase de arcilla para obtener un resultado que previamente ha diseñado. El proceso de modelaje se hace de manera previa a su ejecución.

No obstante, Kennedy (1999) aclara que el material normativo, como la arcilla, presenta limitaciones que pretenden imponer barreras al juez en su proceso de creación. Empero la norma es un material, un medio, un instrumento que sirve a conveniencia del propósito del juez, quien le otorga sentido o propósito, incluso, para expresar una posición política.

El juez bostoniano, que ya ha proyectado “LSALQYQL”, se cuestiona acerca de las implicaciones externas que su sentencia en construcción generará hacia su legitimidad como juez, por lo que considera necesario mostrar su argumentación jurídica como una mirada objetiva de la norma, nada extraordinaria, lo cual favorece la posición del juez hacia la determinación de casos futuros incrementando su nivel de credibilidad en la escena jurídica.

Entre los elementos que debe considerar el juez, para efectos de presentar su argumentación jurídica, se encuentran los antecedentes judiciales, toda vez que los mismos determinan líneas argumentativas que deberán ser confrontadas en la argumentación particular de la decisión, con el fin de evitar vacíos que a su vez impacten la rigurosidad de la decisión, trayendo consigo pérdida de legitimidad en el rol del juzgador, y para ello se presenta la situación como un caso que de similar forma es moldeado por el juez, al igual que ocurre con los referentes legales, con el fin de presentar de manera conveniente la situación, en consonancia con sus planteamientos jurídicos.

De manera secundaria se encuentran los argumentos de conveniencia pública que pueden ser usados por el juzgador para defender su postura. En esta categoría se procede a explicar de manera contundente la posición que se pretende hacer valer, sin ser necesario profundizar acerca de la postura contraria; lo anterior, previendo la coherencia en el contenido del discurso construido y enfatizando en que la opción seleccionada es más apropiada y garantiza el cumplimiento de la “política social”, los “fines del Estado”, el “bienestar general” o el “clamor de justicia”.

Así mismo, el juez en su campaña por una argumentación sólida puede apelar al uso de estereotipos que reflejen rasgos negativos o desequilibrio entre las partes, que a su vez capte la solidaridad de la comunidad jurídica.

El cambio de jurisprudencia también se proyecta como una posibilidad para el juez, siendo una apuesta arriesgada en el evento que su planteamiento no sea compartido por la comunidad jurídica y se ponga en entredicho su capacidad. El cambio de jurisprudencia es una herramienta poderosa que puede ser empleada para realizar críticas indirectas a los marcos legislativos, como interés del juez activista.

Hasta el momento se han planteado las múltiples variables a las que se ve sometido el análisis y argumentación de un caso. El campo jurídico de los hechos puede determinar que las circunstancias de este sean fáciles o difíciles de moldear, variable que es definida por Kennedy (1999) como “configuraciones de campo típicas”, entre las cuales se encuentran:

- a) “El caso minado”, el cual se refiere a la complejidad del caso para efectos de su modelaje, siendo necesario reconstruir los hechos que permita abordarlo de manera diferente.
- b) “El caso de primera impresión”, que es aquel que no cuenta con precedente judicial, y facilita el escenario de la libertad en la adjudicación a partir de las posibilidades para presentar posturas que a su vez hagan carrera en la tradición jurídica.
- c) “El campo contradictorio”, que evidencia la volatilidad de las victorias de ambos bandos determinados por las decisiones de

- conveniencia pública que orienta como se requiera el resultado a favor de cualquiera de los contrincantes.
- d) “El campo que se desploma”, referente a los argumentos de conveniencia pública que destruyen reglas generales presentadas de manera correcta, pero vencidos a la luz de estos letales contra argumentos.
  - e) “El campo circular”, en el que los casos a primera vista simples, al ser sometidos a una orilla argumentativa opuesta, deriva en la apertura del debate argumentativo, dejando el caso a merced de la argumentación.

La descripción de los campos jurídicos de los hechos facilita el diseño de la estrategia del juez para alcanzar “LSALQYQL”. El juez deberá ser cuidadoso con el uso de argumentaciones que erosionen su legitimidad no solo como autor de la pieza jurídica, sino como actor de la escena legal, selección a conveniencia de los elementos que componen la sentencia que constata el poder que tiene el juez respecto de la resolución de situaciones jurídicas. En esta etapa el juez ha definido una estrategia y se siente optimista, incluso eufórico, de materializar sus intenciones, aquellas cercanas a la justicia social y por casualidad cercana a la rigurosidad jurídica.

Esta argumentación jurídica es parte fundamental de la ejecución estratégica desarrollada por el juez, descrita por Kennedy (1999) como un ejercicio para “cerrar grandes brechas de obvedad con la menor perturbación posible” (p. 177), refiriéndose al delicado trato que debe dar al campo jurídico. En esta ocasión el juez ha salido librado de un ejercicio voluntarioso que ha llevado a cabo como la labor del artesano y ha ejecutado su jugada a la perfección, pero no siempre será así, pues en algunas ocasiones no logrará satisfacer sus pretensiones cediendo al irremediable destino que proyecta la norma. A pesar de que en algunas ocasiones logre o no su cometido, es evidente que el juez adopta decisiones indeterminadas.

Sin embargo, Kennedy (1999) es tajante al afirmar que tanto el campo jurídico como el “LSALQYQL”, además de ser variables separadas, también

son flexibles, por lo que son sujetas al modelaje impuesto tanto por el contexto como por el adjudicador, es decir, en el proceso de adjudicación la decisión puede oscilar hacia diferentes orillas y ambas variables pueden ajustarse a dicha oscilación.

El poder normativo del campo jurídico se despliega en tres órdenes: el primero tiene que ver con la interpretación normativa, la cual presenta múltiples posibilidades desde el contexto dogmático; en segundo lugar, procede de los desarrollos jurisprudenciales los que no necesariamente siguen una técnica específica de coherencia y consistencia con el mundo dogmático, legitimando posiciones alternativas, incluso distantes, de la dogmática, y un tercer nivel se despliega dentro del conflicto interno del adjudicador a la hora de tomar la decisión. Al final, la indeterminación del derecho genera que el resultado sea incierto y a su vez que se modifique durante el proceso de adjudicación.

Este proceso contra ideal y contra deseable que presenta Kennedy (1999) para referirse a la complejidad de la adjudicación judicial, más allá del deber ser en términos de justicia, requiere del campo jurídico neutralidad para efectos de validar tanto el campo normativo como la posición del adjudicador.

Para Kennedy (1999), las tensiones entre la ley y “LSALQYQL” son determinantes para la construcción de la argumentación jurídica, mas no para la toma de la decisión final en el proceso de la adjudicación, lo que hace que las mencionadas tensiones incidan directamente en el nivel de polarización del conflicto, por lo que algunos juristas promulgan constantemente la pugna entre la realidad material y la realidad jurídica.

Ese nivel de polarización implica que el juez en su proceso de razonamiento jurídico no se limite a analizar las características del caso, sino que trascienda a comprender las repercusiones de su decisión, no solo para las partes sino para su posición dentro de la escena jurídica, y valore su coherencia con sus convicciones propias respecto de un caso en particular.

El campo jurídico es manipulable, es así como Kennedy (1999) critica la adjudicación. Axiomas como “El Imperio de la Ley” y “El derecho es la búsqueda de la justicia” terminan siendo ficciones al momento en que el adjudicador judicial toma la decisión de “LSALQYQL”. A partir de allí, el juez en ejercicio de su investidura desplazará el campo jurídico tanto como lo requiera las circunstancias, aliándose con la interpretación para proteger la presunta neutralidad del ejercicio del derecho.

El proyecto de Kennedy (1999) surge en la conjunción entre el modernismo y el posmodernismo. Es moderno, dado que promueve la inclusión de las sensaciones frente al decaimiento de la razón, y es posmoderno puesto que pone en entredicho las teorías vigentes y la posibilidad de la alternativa; es decir, se acerca a las posturas irracionales de los CLS.

En la crítica a los Derechos, Kennedy (2002) aporta su crítica a los derechos basado en el conflicto suscitado entre el “proyecto de izquierda” y el “proyecto modernista/postmodernista” (p. 47). Respecto del primero, afirma que a partir de la crítica que se efectúa al sistema judicial, por promover la injusticia y servir de instrumento para garantizar la sostenibilidad del statu quo, pretenden así mismo transformar el sistema de jerarquía social promotor de la equidad y de la participación ciudadana.

De otra parte, el “modernismo/postmodernismo-(mpm)” (Kennedy, 2002, p. 47) propone un conflicto en sí mismo que enfrenta a las conquistas de la modernidad en contraste con las contrarrevoluciones promovidas en el marco de dichas conquistas, algo así como una especie de paso atrás que termina por menoscabar los triunfos modernos. Es aquí donde se presenta el contraste con el proyecto de izquierda en el sentido de que, si bien desde el punto de vista histórico son reflejo de la realidad, no por ello coinciden en sus visiones de futuro.

Concluye Kennedy (1999) indicando que la crítica efectuada a los derechos se construye desde tres elementos: en primer lugar, se efectúa desde la descripción de los derechos en el campo jurídico de Estados

Unidos; seguidamente plantea el desencantamiento por el derecho, propuesto por el autor como “pérdida de fe” (p. 59), para concluir con el sentido otorgado a la crítica a los derechos, tanto a modo de reflexión como de antesala a un modelo alternativo que vincula ambos modelos en conflicto, pero que el autor no desarrolla.

De igual manera, la crítica de la adjudicación es afín a las posturas políticas de izquierda, en la medida en que busca el reconocimiento de grupos sociales reprimidos, en parte a través del derecho.

Para Kennedy (1999), el “lado oscuro” del derecho se refleja en la medida en que la sociedad jurídica afín al poder del Estado ha tratado de ocultar sistemáticamente dos fenómenos: a) la manera como el Derecho facilita la consolidación de un sistema normativo oponible que favorece intereses que a su vez reproducen la jerarquía social, y b) la imperfección propia del sistema normativo que puede ser utilizado por los jueces para perseguir propósitos ideológicos, de allí que la “coherencia” y la “neutralidad” sean empleados para otorgar validez a los mandatos jurídicos, históricamente puestos al servicio de los poderosos, dicotomía que confronta internamente el derecho privado evidenciando la contradicción del Derecho y su indeterminación, que a su vez pone en entredicho uno de los cimientos en los cuales se funda, en aras de garantizar validez.

Al abordar la crítica a la adjudicación Kennedy (1997) deja de lado el argumento estructuralista que lo lleva a presentar las tensiones y contradicciones del derecho privado, para asumir un papel posmodernista frente a la crítica de la razón como instrumento para la validez, y de esta forma se concentra en tres elementos a saber: la ideología, las políticas públicas y las razones de conveniencia.

Respecto de los elementos políticos, la izquierda y la derecha se han convertido en los discursos políticos dominantes de las sociedades contemporáneas. Kennedy usa a Bobbio (1994) para describir ambas posiciones frente a los intereses que prioriza, y destaca que los grupos



promotores de las tendencias políticas tienen un enorme interés en influir en las decisiones legislativas que legalicen la defensa de sus posturas; no obstante, la avanzada ideológica no se detiene en el operador legislativo, sino que aborda al judicial. De esta forma Kennedy (citado por Rodríguez, 1999) presenta un planteamiento polémico para despertar la crítica a la adjudicación:

“Las decisiones judiciales en particular son una extensión de la política”.

Algunos aspectos vitales para la sociedad que son abordados por las decisiones judiciales, con incidencia de la ideología, son: grupos sociales, Derecho Laboral Administrativo, Derecho Penal y gestión pública.

Mediante la decisión judicial se producen los siguientes efectos: definición del caso a favor de un grupo, e influencia en el comportamiento futuro. Rodríguez (1999) presenta como ejemplo las decisiones de la Corte Constitucional en Colombia respecto a casos emblemáticos que generaron los efectos descritos por Kennedy (1999): las adolescentes estudiantes embarazadas que en su momento fueron expulsadas del sistema educativo, y que posteriormente fueron reintegradas debido al pronunciamiento de la Corte Constitucional (Sentencia T-656-98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) en garantía de múltiples derechos fundamentales, que a su vez ha promovido como efectos prospectivos la regulación de derechos a la prevención del embarazo adolescente por parte de las diferentes ramas del poder público.

No obstante, este tipo de análisis no es consistente con el discurso jurídico empleado por el operador judicial para argumentar su decisión; de hecho, el mismo corresponde a una sofisticada retórica jurídica que se presenta libre de cualquier injerencia, empleando el silogismo como una de sus metodologías discursivas. Kennedy (1999) considera que los jueces de manera estratégica apartan la carga ideológica de las motivaciones expresadas en sus providencias, tal vez por temor al reproche social de sus colegas, e incluso a ser sujetos de sanciones.

El modelo metodológico que propone Kennedy (citado por Rodríguez, 1999) para revelar los intereses ideológicos de los jueces pasa por la constitución de una “interpretación alternativa” que logre ser “más plausible” (p. 71), otorgando valor al contexto social y a las corrientes ideológicas, aspectos que convierten el derecho en una práctica impura a la luz de la neutralidad.

Según Kennedy (citado por Rodríguez, 1999) las providencias judiciales van más allá del uso de argumentos deductivos basados en los marcos normativos del derecho positivo; él considera que estas decisiones emplean “argumentos no deductivos” (p. 74) o argumentos de política pública (Policy arguments). Es aquí donde el autor se aparta de Dworkin respecto a los fundamentos que deben usar los jueces para la adjudicación: los jueces deben usar las normas jurídicas y los principios “en sentido estricto”, dejando los principios relativos a los intereses de actores para el legislador.

El uso de los “argumentos no deductivos” se sustenta en tres aspectos: a) la insuficiencia de los argumentos deductivos basados en silogismos normativos para decidir; b) los argumentos de política pública son prospectivos, de allí que facilitan su comprensión por parte de la sociedad, y c) los “argumentos no deductivos” (Rodríguez, 1999, p. 75) se plantean en el contexto del conflicto social respecto de la pugna entre intereses, el cual se relaciona con las posturas ideológicas. Finalmente, el juez con su decisión traza una línea entre las posturas y termina tomando partido.

Otro aspecto que Kennedy (1999) expone para poner en evidencia la influencia de la ideología en las decisiones judiciales tiene que ver con la estructura formal de las providencias: En primer lugar, el juez relata el contexto social en el que se desarrolla el problema jurídico, anticipando el resultado de manera intencional. Luego, siendo coherente con su discurso, emplea las normas que le son convenientes para su decisión, y de esta manera evidencia que su postura no es política, sino “jurídica”.

Kennedy (1997) defiende la incidencia de la ideología en las decisiones judiciales, como un punto de partida para su crítica a la adjudicación, y se aparta de la verificación externa propuesta por Hart (1961), y de la revisión interna de Dworkin (1984), y propone enfocarse en la “experiencia del juez”. La libertad y la restricción, como elementos operativos de la decisión, son extremos que no consideran la experiencia del operador judicial que se asemeja a la de un artesano.

Esta labor del artesano de la justicia no es deliberada; la labor del artesano, como se ha explicado, es la de elaborar justicia y esta tiene una forma que el juez ya ha determinado de manera previa a la construcción de su decisión. No obstante, dicha forma se encuentra limitada por los materiales a emplear, en este caso los insumos propios del marco jurídico, que deberá moldear hábilmente el artesano para su producto final.

Kennedy (1997) relata tres experiencias del juez en el proceso de adjudicación:

- a) El Derecho restringe al juez. El derecho, compuesto por la forma, entendida como marco jurídico, y la sustancia, reconocida como la justicia, presenta fuertes restricciones al juez que, en algunos casos, en búsqueda de la justicia, no encuentra un marco jurídico pertinente. Así mismo, el contexto social puede generar prevenciones contra el juez.
- b) Para destrabar la tensión entre marco normativo y justicia el juez construye argumentos complejos, convenientes para exponer su tesis jurídica, de allí que el derecho sea un “material moldeable, dúctil” (Rodríguez, 1997, p. 83). Este proceso de modelaje a su vez se soporta en tres aspectos: la selección estratégica de marcos jurídicos, es decir, la inclusión, y la exclusión de normas.
- c) El uso de precedentes de manera igualmente estratégica (inclusión/exclusión), y la presentación de elementos prospectivos a través de argumentos de política pública (argumentos no deductivos)
- d) Para Kennedy (1997) la distinción que hace Hart (1961) sobre los casos fáciles y difíciles se sitúa en los aspectos materiales de la decisión,

pero no analiza la experiencia del juez frente a la adjudicación, por tal motivo el juez será quien determine al final si el caso es fácil o difícil, de acuerdo con su propósito de justicia, el cual, como se ha expuesto, se encuentra delineado por aspectos ideológicos.

¿Mienten los jueces al ocultar la ideología como determinante para la adjudicación? Kennedy (1997) considera que sí. Justifica el ocultamiento intencional en virtud de las implicaciones que se podrían generar para el individuo que reconozca esta situación, que pasa por la pérdida de su cargo o consecuencias legales más delicadas, al igual que el rechazo de la comunidad jurídica, debido a la concepción del derecho como proceso excluyente de la ideología, puesto que el juez debe parecer un personaje neutral en la sociedad, símbolo de imparcialidad que es necesario para la estabilidad social, una mentira necesaria.

En Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico, Kennedy (2015) expone la forma como la globalización, entendida como arreglo institucional universal, influye en la manera de tomar decisiones por parte de los jueces, al ser parte de procesos de intercambio académico, de manera particular en la universidad de Harvard, donde él dirige a distintos doctorandos del mundo.

Es así como Kennedy (1997) dirige su crítica hacia el funcionalismo en dos sentidos: en primer lugar, frente a la alta incidencia de élites interesadas en sostener su estatus, mediante una autonomía limitada y simulada, y de otra parte, la manera como se disemina el derecho a través del trasplante normativo se basa, según el autor, en tres escenarios de globalización: imposición violenta, imposición por desventaja e imposición por prestigio.

Esa globalización evidencia el discurrir de la estructura legal a partir de momentos temporales en los cuales se destacaban proyectos jurídicos como el “pensamiento jurídico clásico”, seguidamente el “giro” hacia “lo social”, y por último la promoción del desarrollo y su relación con los fines sociales.

Se podría expresar que la neutralidad judicial es criticada por Kennedy (citado por Rodríguez, 1999), al considerar al juez como un actor ideológico, apartado de la figura del individuo objetivo y racional. Es precisamente esta manifestación la que permitirá ahondar en la postura problemática planteada por el presente trabajo de investigación, en el sentido de determinar si el operador administrativo, investido de autoridad para tomar decisiones, a la luz del imperio de la ley, es así mismo un actor con intereses ideológicos o con intereses personales, o si por el contrario es un representante de la neutralidad judicial frente a la aplicación del derecho.

Para finalizar el análisis del discurso de Kennedy (2019), su obra reciente *A Political Economy of Contemporary Legality*, parte de la disputa entre dos grupos de interés: “élites jurídicas” y “élites político-económicas”, que buscan a conveniencia realizar lecturas analíticas para exponer las motivaciones ideológicas de los argumentos normativos de su contraparte bajo un enfoque supuestamente objetivo, fenómeno que ha sido considerado por Kennedy (2019) como la “hermenéutica de la sospecha”, en la cual se abusa de los instrumentos normativos con fines ideológicos ocultos.

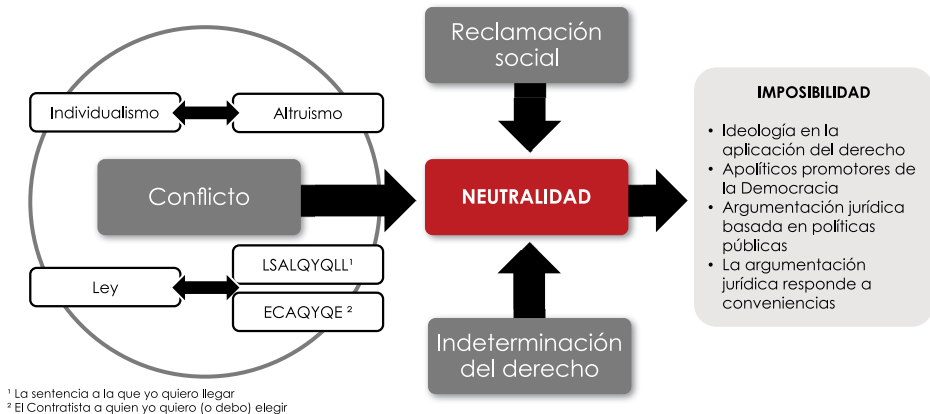
Sin embargo, esta “hermenéutica de la sospecha” es empleada por los analistas como instrumento para la proposición de nuevos marcos jurídicos, que en todo caso rechazan el escepticismo jurídico persiguiendo ajustes a los marcos normativos, proceso denominado “hermenéutica de la restauración” (Kennedy, 2019).

Plante el autor que la “hermenéutica de la sospecha” y la “hermenéutica de la restauración” inciden en paradigmas de la vida social y económica por parte de grupos ideológicos, y de igual forma en los juristas, en tres sentidos: la “juridificación de la vida social”, la regulación de la judicialización, y por último la constitucionalización, mediante pretenciosos proyectos particulares abstractos basados en campos jurídicos universales en perjuicio de los procesos locales (Kennedy, 2019).

De manera particular, destaca la manera como la sociedad exige a los jueces, al momento de tomar decisiones en derecho, apostando por la “neutralidad” y “objetividad” como elementos que apartan los intereses ideológicos a través de una apuesta por los procesos “apolíticos” en la adjudicación (Kennedy, 2019), y advierte el peligro que supone la cadena de valor de la juridificación de la vida social, su judicialización y eventual constitucionalización ante la pérdida de valor de otros escenarios de concertación y la aproximación a la noción de “Constitución total” de Schmitt (1982), por la concentración de poderes en el tribunal constitucional que finalmente termina resolviendo las disputas políticas en Cortes con dudosa legitimidad, a las que acceden actores que no necesariamente representan los intereses de la población.

Una vez revisados los principales planteamientos de Kennedy respecto de la crítica de la adjudicación, que a su vez serán empleados como plataforma jurídica para el desarrollo de esta investigación, se presenta el siguiente esquema que reúne las principales expresiones de la interpretación teórica realizada.

**Figura 1. Interpretación: Crítica a la teoría de la adjudicación según Kennedy**



Fuente: Elaboración propia.

En primer lugar, se destaca como objeto de interacción la discusión acerca de la neutralidad de la adjudicación como núcleo que agrupa las

vertientes conceptuales que permiten explicar la teoría, entendida como el instrumento que a su vez desliga el ejercicio jurídico, y especialmente la adjudicación de la contaminación promovida por la ideología y la política que deriva en influencias no deseables.

Esta neutralidad se encuentra rodeada de la reclamación social inducida por los grupos de interés organizados y por la ciudadanía en general que demandan respuestas a sus reclamaciones en términos de garantías jurídicas para favorecer sus intereses colectivos-individuales, o para fallar a favor de sus reivindicaciones.

La reclamación social parte del conflicto constante generado por el péndulo entre el “individualismo” y el “altruismo” (Kennedy, 1976), en el que generalmente el adjudicador se desplaza a partir de la retórica estratégica y la capacidad técnica argumentativa de los cuerpos de juristas, quienes se tornan especialistas en las diferentes disciplinas del derecho. Estos cuerpos de juristas recuerdan el ejercicio del cabildeo en las corporaciones públicas, como congresos o parlamentos, en las cuales personal de relaciones públicas logra, a través de diferentes recursos, obtener el beneplácito de actores legislativos. En esta ocasión los recursos para el lobby adjudicatario gira en torno a la capacidad de los abogados, en compañía de sofisticados equipos interdisciplinarios, de construir argumentos con profundidad y rigor que logre captar la atención del juez u operador administrativo adjudicador.

Este conflicto se refleja en las decisiones adoptadas frente al altruismo y el individualismo propuesto por el sistema jurídico para la adopción de decisiones en derecho, a partir de discursos promovidos por la “hermenéutica de la sospecha” al igual que por la “hermenéutica de la reconstrucción” (Kennedy, 2019), planteamientos que a su vez son analizados por el adjudicador de manera estratégica a partir de su naturaleza humana subjetiva, en la cual se producen tensiones respecto del campo de la libertad ofrecido por sus competencias funcionales versus las restricciones que los marcos jurídicos definen en contraposición con su criterio.

Las tensiones entre “la sentencia a la que yo quiero llegar” (Kennedy, 1991) o “el contratista a quien yo quiero elegir”, y las reclamaciones sociales de neutralidad en la adjudicación se integran a la presunta indeterminación del derecho que contraría y desconoce la influencia de la experiencia de vida del adjudicador como individuo racional y emocional, y que a su vez se desdibuja ante el surgimiento de las dinámicas sociales y el reconocimiento inoportuno de las mismas por parte del sistema normativo.

Tanto la libertad y la restricción, la indeterminación jurídica como las reclamaciones sociales de los movimientos de izquierda y de derecha, que se distancian y se unen según se requiera, pretenden la neutralidad en la adjudicación, sin reconocer su imposibilidad ante la existencia relativa de la ideología en la creación y práctica del derecho, el desarrollo de argumentaciones jurídicas para la adopción y el favorecimiento de políticas públicas, la existencia de presuntas conveniencias o externalidades ocultas y no reflejadas en las piezas jurídicas, y finalmente ante la incoherencia que representa el ejercicio de posturas democráticas alejadas de procesos políticos en sociedades con marcos jurídicos que parten del bloque de constitucionalidad

En consecuencia, los CLS contribuyen en el análisis jurídico contemporáneo resignificando la crítica como instrumento para develar las debilidades e inconsistencias internas de los marcos jurídicos, en virtud de su configuración mediada por agendas ocultas provenientes de grupos de interés que emplean el derecho como mecanismo de dominación, e incluso de exclusión.

A continuación, se verificará la manera como en esta ocasión la búsqueda de la transparencia a través de los marcos jurídicos no solo presenta serias inconsistencias discursivas, sino que ha privilegiado la posición de empresas de contratación pública en desmedro de la participación de actores sociales, restando posibilidades económicas a las comunidades y limitándolas a la recepción residual del desarrollo.



---

## **JUSTIFICACIÓN PARA LA CREACIÓN DE UN ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL: INTERPRETACIÓN DESDE LA TÉCNICA FINALISTA Y BAJO EL ENFOQUE CRÍTICO**

La Ley 80 fue expedida el 28 de octubre de 1993, con el propósito de “poner al día” el marco jurídico legal en materia de contratación estatal, ante la vigencia de un nuevo panorama constitucional, sin abandonar “(...) la filosofía de los estatutos de 1975, 1976 y 1983, sino ajustar algunas de sus instituciones” (Exposición de Motivos, en adelante EM, Ley 80 de 1993).

Es así como, dentro de la exposición de motivos que sustenta la discusión acerca de la aprobación de la nueva norma, que reemplazó el Decreto Ley 222 de 1983, se refiere al cumplimiento de los fines estatales y una prestación de servicios eficientes por parte de las organizaciones del sector público. Vale la pena resaltar una de las anotaciones encontradas en la propuesta normativa a punto de ser discutida por el Congreso de la República:

“Con base en lo anterior, se reconoce por parte del legislador la necesidad de garantizar los propósitos fundantes del marco de contratación que durante la segunda parte del siglo XX hasta 1993 había dirigido la contratación por parte de entidades públicas. Uno



de los aspectos que preocupó al régimen de contratación consistió en la importancia de “regular la escogencia de contratistas”, es decir, se diseña el marco jurídico con el fin de plantear las reglas de juego para la selección de los individuos u organizaciones que materializarán el cumplimiento del objeto contractual”. (E.M., Ley 80 de 1993)

Dentro de la exposición de motivos referida, el Título II se denomina “Fracaso de los fines buscados”. De una manera crítica, el legislador procede a evidenciar las falencias del régimen de contratación en aspectos tales como la existencia de la contratación directa, estableciendo una relación directa entre el incremento de la ejecución contractual y esta modalidad de contratación. Se expresa igualmente preocupación por la “moralidad y pulcritud administrativa”, la cual no logró materializarse a pesar de la expedición de los marcos normativos (E.M., Ley 80 de 1993).

Se destaca nuevamente otra frase icónica de la exposición de motivos de la Ley 80:

“Aunque sería injusto atribuir tantos males a la legislación vigente e iluso creer que las leyes por sí solas pueden lograr el bienestar y los cambios de conducta que requiere la sociedad, nos encontramos ante unas realidades que imponen la modificación de esa legislación”. (E.M., Ley 80 de 1993)

Son cinco las realidades normativas que pretende modificar la Ley 80 de 1993. En primer lugar, superar la discusión acerca de la rigidez de los procedimientos administrativos contractuales; la segunda consiste en la reducción de trámites para el perfeccionamiento y ejecución contractual; el tercer referente a otorgar autonomía al servidor público para avanzar con la gestión contractual, la cuarta garantizar certeza jurídica al contratista, y la quinta, en el sentido de generar responsabilidad entre las partes que suscriben el contrato de cara a los resultados de este (E.M., Ley 80 de 1993).

Otro aspecto importante que la iniciativa legislativa reconoce consiste en admitir que un elevado porcentaje del gasto dirigido a

inversión pública se canaliza a través de la contratación estatal, según un informe citado de la Contraloría General de la República (1989) (E.M., Ley 80 de 1993).

En síntesis, existen tres intencionalidades que comienzan a marcar la pauta de la incorporación de la Ley 80 de 1993 al marco jurídico colombiano, como estatuto universal de contratación, con la intención de reconocer la “autonomía de la voluntad” de las partes, entendiendo que las entidades públicas actúan como compradores o contratantes en la relación:

- a) Cumplir los fines del Estado.
- b) Promover la transparencia en la gestión contractual.
- c) Garantizar la selección objetiva del contratista.

Estos tres elementos motivan la implementación de un campo jurídico que dio paso al régimen de contratación estatal, el cual según Ibáñez (2004) se refiere al “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, en observancia a la intención del constituyente frente a la regulación de la gestión contractual en el país.

Es fundamental tener presente estos tres elementos, puesto que permiten realizar un análisis frente al diseño normativo, bajo una perspectiva crítica del contenido de las normas y de las expectativas que se ciernen sobre la misma, proclamada por la Asamblea Nacional Constituyente y en general por la sociedad colombiana que desea la garantía de las tres intencionalidades, las cuales desde el punto de vista de su diseño normativo no han sido honradas, y en algunos casos son inconvenientes en virtud al desconocimiento de los fines, necesidades y límites.

Finalmente, se develará cuáles son las tendencias de la Corte Constitucional frente a la Selección Objetiva del Contratista, y la manera como relaciona este principio normativo con el cumplimiento de los fines del Estado, la promoción de la transparencia en la gestión contractual y el tratamiento dado a los actores locales promotores del desarrollo territorial.

## **2.1 ANÁLISIS DE LAS FINALIDADES DE LA LEY 80 DE 1993**

Para el desarrollo del presente análisis se acudió a la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 como punto de partida, contenida en la Gaceta del Congreso. Una vez identificadas las categorías de análisis se profundizó en su estudio con base en la verificación de las normas concordantes, bajo el análisis del discurso normativo, mediante la técnica finalista a través de una interpretación sistemática y teleológica.

### **2.1.1 Cumplir los fines del Estado**

Frente a las finalidades de la Ley 80 se dispone en el articulado normativo el cumplimiento de los fines del Estado, como una de las intencionalidades normativas. De acuerdo con Rodríguez (2001) una de las maneras de garantizar derechos en el Estado colombiano es a través de su reconocimiento formal en los textos con alcance jurídico.

Con base en lo anterior, los fines del Estado se encuentran proclamados en diferentes secciones de la Constitución de Colombia de 1991, comenzando por el Preámbulo, destacándose para el presente análisis aspectos tales como garantizar el trabajo como uno de los derechos amparados:

“(…) con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Para el Estado colombiano, según su Carta Magna, el trabajo es un derecho fundamental asociado a la naturaleza de las personas humanas y no jurídicas. Es así como los individuos cuentan con una garantía constitucional descrita por el artículo 25 de la Constitución

de 1991, así: “Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

La garantía del derecho al trabajo se cumple en consonancia con los demás fines del Estado descritos en el artículo 2° de la Constitución de 1991, que proclama los fines “esenciales”, entre ellos la promoción de la prosperidad general, y de paso la salvedad de que la participación debe ser facilitada en las “decisiones que los afectan”.

La prosperidad general tiene una relación directa con la garantía del derecho al trabajo, especialmente por la generación de ingresos en el marco de una sociedad capitalista, donde el trabajo permite a las personas y a sus familias contar con ingresos para satisfacer sus necesidades básicas y de esta manera ejercer sus derechos.

De acuerdo con Cárdenas (2007), el cumplimiento de estos derechos reconocidos en el texto constitucional hace parte del marco legal dispuesto por la Ley 319 de 1996, que aprueba el “Protocolo de San Salvador” en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, y que dedica su artículo 6 a garantizar tanto el derecho al trabajo como el mecanismo para “llevar una vida digna”.

En ese sentido, el trabajo como derecho social, económico y cultural requiere, según Cárdenas (2007), de una garantía inmediata por parte del Estado, en atención a lo dispuesto por la Sentencia C-251 (Corte Constitucional, 1997), que se pronuncia sobre la exequibilidad de la Ley 319 de 1996, al tratarse de la garantía de un “principio mínimo de subsistencia” para la ciudadanía en general, en armonía con el modelo de desarrollo colombiano compatible con el “Estado social de derecho”.

La garantía del derecho al trabajo inicia por reconocer la magnitud del problema. En primera instancia, este derecho involucra, como se planteó anteriormente, el acceso al mismo y las condiciones en las que se lleva a cabo. Según Cárdenas (2007), las políticas laborales en Colombia han traído consigo la precarización del empleo y la disminución progresiva de las condiciones en las que se realiza.

En cuanto a cifras concretas, de acuerdo con el Departamento Nacional de Estadística (DANE) (ENH, 2020) la tasa de desempleo para el mes de julio de 2020 fue de 20,2%, de las personas en capacidad de laborar, en comparación con el 10,7% reportado durante el mismo periodo del año 2019. La tasa de desempleo se vio afectada y profundizada por la emergencia sanitaria, social y económica producida por la Covid-19, coyuntura que obliga al Estado colombiano a intensificar las acciones correspondientes en el cumplimiento de sus fines constitucionales.

La Sentencia T-407 (Corte Constitucional, 1992) es una de las más tempranas proferidas por el organismo de control de la Constitución de 1991 recién instituido por la Carta. En dicho pronunciamiento se realiza un análisis acerca de la constitucionalización del Derecho al Trabajo y su categorización por parte del constituyente con el rango de “Derecho Fundamental”.

La sentencia aludida se encarga de identificar los apartados normativos en los cuales se declara el trabajo en el texto constitucional: el Preámbulo, los artículos 25, 26, 38, 39, 48, 53, 54, 55, 56, 125, 334 y 335, ocupándose de materias como la proclamación del derecho al trabajo, la libertad de escoger profesión u oficio, el derecho de asociatividad de los trabajadores, las negociaciones colectivas, obligaciones al legislativo para regular el trabajo con unos principios básicos, el empleo público y la libertad económica y de empresa.

La normativa constitucional anterior evidencia la importancia del trabajo asociado a la dignidad humana para el Estado colombiano, el desarrollo libre de actividades económicas y la generación de ingresos con el fin de promover recursos que faciliten la satisfacción de necesidades básicas insatisfechas. La Sentencia T-407 (Corte Constitucional, 1992) proyecta tres dimensiones de materialización, a saber: a) el uso de su “fuerza de trabajo” para la realización de una actividad legal con la correspondiente contraprestación personal y de su familia; b) la libertad de decidir “ocupación u oficio”, y c) el derecho a obtener un trabajo.

Más adelante la sentencia aludida se refiere al trabajo desde la perspectiva de la “Obligación social”, al relacionar el producto de la remuneración con la tributación de los integrantes de la sociedad colombiana, lo que a su vez revierte en el fortalecimiento de las finanzas públicas, factor determinante para el cumplimiento de las garantías declaradas por el Estado social de derecho.

Una de las primeras sentencias expedidas por la Corte Constitucional (1992), relacionada con la necesidad de garantizar aspectos básicos a los ciudadanos en el marco del Estado social de derecho, fue la proferida por el Magistrado Eduardo Cifuentes, respecto a la importancia de garantizar un “mínimo de elementos materiales para subsistir” (Sentencia T-426), catalogado como el “derecho a subsistir”, obligación del aparato estatal que se relaciona de manera directa con la posibilidad de garantizar el derecho al trabajo como una alternativa de generación de ingresos; no obstante, dice la providencia, cuando las personas en capacidad de laborar se ven desplazadas por cuestiones físicas debe contemplarse otorgar un subsidio de “desempleo”, que no es otra cosa diferente al pago de un ingreso en virtud a la imposibilidad de desempeñar una profesión o un oficio, con el fin de subsistir de manera digna.

De acuerdo con lo anterior, el trabajo y sus características son fundamentales para la consecución de los fines del Estado colombiano, como principio de dignidad humana, como mecanismo para la generación de ingresos para los individuos, sus allegados y para el propio Estado a través de la tributación y como finalidad en cuanto al ejercicio de la libertad y la materialización del bienestar a través de la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas y las expectativas de la población en cuanto a la materialización de sus proyectos de vida.

En ese sentido, es necesario determinar cómo desde el punto normativo la Ley 80 garantiza el cumplimiento de los fines del Estado, entre ellos la generación de puestos de trabajo, en concordancia con la prosperidad y el bienestar general.

De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se determina que la “Finalidad de la contratación estatal” va dirigida a satisfacer las necesidades públicas o colectivas de la población, en el sentido de que la ejecución del contrato va encaminada a su cumplimiento.

Esta manera de entender la finalidad de la contratación estatal convierte al contrato suscrito por las entidades públicas en un instrumento de operación, que a su vez tiene como fin el cumplimiento de un objeto contractual que se formula en virtud de una necesidad específica, asociada a un derecho o a una situación que va en contravía del bienestar.

No obstante, esta mirada de la finalidad de la contratación es limitada, puesto que, más allá de la importancia del cumplimiento de los objetos contractuales para satisfacer las necesidades de la población, las compras públicas deben ser valoradas como promotores del desarrollo económico local, el emprendimiento y la asociatividad comunitaria.

En el caso de la República de Ecuador el sistema de compras públicas va en consonancia con el modelo económico del país, el cual es “social y solidario”, obligando al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) de esa Nación a buscar un equilibrio entre el mercado y la sociedad, generando una relación entre la contratación estatal y la solidaridad social, regulada en la norma a través de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria (López-Leones, 2018).

Así mismo, en la publicación del Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Capital (UNCDF, 2013), se hace mención acerca del “Valor” como concepto para las entidades públicas que despliegan buenas prácticas en materia de gestión contractual. Al respecto, se indica que el Valor no se circunscribe a la relación costo-beneficio económico en términos de eficiencia; también es válido pensar en valor como el impacto que se puede generar desde el punto de vista social para el desarrollo local, el estímulo del empleo, el impulso a la mujer o el favorecimiento a grupos vulnerables o marginados, incluso aunque el precio neto del producto sea más costoso.



Con base en lo anterior, en los fundamentos que permitieron la formulación de la Ley 80 de 1993, no se refieren al rol de la contratación como promotor de la economía local, lo cual explica por qué en el desarrollo normativo no se hace mención a dicha faceta de las compras públicas colombianas. Por el contrario, se profundiza en la necesidad de la época de ponerse a tono con las políticas del Consenso de Washington referentes al libre mercado, tal como se expresa de manera específica en la exposición de motivos de la Ley en estudio, en un apartado supuestamente dispuesto para la preferencia por las compras nacionales: “(...) si bien debe protegerse a los oferentes y bienes y servicios de origen nacional, su contenido tendrá que adecuarse a las exigencias de una política de apertura” (E.M., Ley 80 de 1993).

Así mismo, el apoyo a la industria colombiana en la exposición de motivos se refiere puntualmente a la preferencia de la industria nacional en general, en el supuesto de que la industria nacional representa la sociedad entera del aparato productivo, supuesto de por sí equivocado.

Por último, es cierto que los fundamentos sobre los cuales se presentó el proyecto de Ley 80 de 1993 hacía referencia a la participación comunitaria: le otorgó el rol de veedor, para efectos de vigilar cómo los contratistas y no la ciudadanía obtenían la victoria mediante la adjudicación objetiva, transparente y “conveniente” para el Estado, mirada restrictiva del papel de la ciudadanía que puede dar luces acerca de cómo el Estado colombiano observa a las comunidades: como un receptor del desarrollo, pocas veces como promotor.

En relación con el texto normativo aprobado el artículo 3° de la Ley 80 de 1993 dispone los fines de la contratación estatal, indicando que los contratos estatales persiguen el cumplimiento de los fines, haciendo alusión de manera específica a la prestación de servicios públicos y la efectividad de los derechos. Así mismo, se refiere al rol de colaboradores que asumen los contratistas adjudicatarios. No se hace una mención expresa al ciudadano o a las organizaciones sociales locales, quienes son beneficiados por la ejecución contractual.

La referencia al análisis del impacto que generan los contratos estatales en el ámbito local pudo haber sido parte de las obligaciones y deberes de los servidores públicos; no obstante, no se requiere analizar las consideraciones de contexto de la ejecución contractual, ni la manera como los contratos estatales pueden promover el desarrollo local de los territorios.

A pesar de haberse procurado el diseño de una ley destinada a establecer principios para la gestión contractual, la Ley 80 de 1993 contraría las motivaciones expresadas por sus promotores al convertirse en un tratado de normas sustantivas y procedimentales, relegando la axiología y la autonomía de las entidades públicas a la mínima expresión.

El artículo 21 de la Ley 80 de 1993 se refiere al tratamiento que las entidades públicas deben otorgar a las ofertas presentadas por proponentes nacionales, indicando que las ofertas nacionales serán preferidas frente a las extranjeras, aclarando que el Decreto 222 de 1983, el cual fue derogado por el estatuto de contratación de 1993, estipulaba mayores restricciones para la participación de las ofertas extranjeras en el proceso de selección contractual. No obstante, esta referencia que pretende otorgar un tratamiento favorable a los concurrentes nacionales no es en sí misma un apoyo al desarrollo local, ni a las organizaciones comunitarias.

En cuanto a la implementación de principios relativos a la contratación estatal, el artículo 25 de la norma se refiere al “principio de economía”, en la cual estipula la necesidad de garantizar tanto la selección objetiva como la “propuesta más favorable”.

El concepto de “propuesta más favorable” fue desarrollado posteriormente por el propio legislador mediante la 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”. Los criterios para determinar la oferta más favorable están dispuestos en el artículo 5° (num. 2) de la citada norma, y en ella se determinan variables a considerar como los factores

técnicos y económicos junto con su ponderación. Se conmina a la entidad al contraste de las ofertas, y la verificación de los precios del mercado.

En casos específicos se considerarán elementos de calidad y precio, y análisis de costo-beneficio. Para el suministro de “bienes y servicios” se contempla el menor precio ofertado, y para consultoría se valoran aspectos técnicos y la experiencia del equipo de trabajo. Todas estas consideraciones se enmarcan en el artículo 5° ya enunciado, el cual pretende realizar la selección objetiva del contratista.

Como se desprende del contenido de la norma, no existe referencia alguna a la promoción del desarrollo local, a la verificación de las condiciones de contexto social, económico y comunitario que de manera prevalente podrían aportar su capacidad de trabajo y de emprendimiento para el desarrollo de actividades contractuales, de la mano con la validación de aspectos técnicos. Tampoco se determina como variable de calificación el impacto en materia del mercado laboral o la promoción de las capacidades técnicas de los colectivos locales, la vinculación de proveedores contribuyentes de las finanzas públicas territoriales ni la integración de los proveedores de la comunidad con el fin de dinamizar la economía local, situación que redundaría en mayor tributación en el caso de los entes territoriales y la posterior reinversión de los recursos, así como la generación de ingresos para las familias que están a la espera de la atención estatal para la reducción de brechas sociales y económicas.

La oferta más favorable para la entidad no contempla como variable de calificación la promoción del desarrollo local ni comunitario, así como la superación de las brechas sociales a través de la generación de ingreso para los emprendedores locales, ni el fortalecimiento de las capacidades técnicas de los territorios, especialmente de aquellos más débiles en términos financieros y de oportunidades, como ocurre con los municipios de cuarta, quinta y sexta categoría en Colombia.

Por el contrario, se encuentra la preocupación por realizar selección objetiva de los contratistas como garantía de transparencia en la

contratación, de manera contradictoria, incluso paradójicamente por encima del cumplimiento de los fines del Estado en materia de promover el mercado laboral local y la reducción de brechas sociales en los territorios con menores capacidades.

La Ley 80 de 1993 hace referencia expresa a la participación de las comunidades en el artículo 66, donde las cataloga como organizaciones dedicadas a la vigilancia y control, mas no como eventuales proponentes en el marco de la presentación de propuestas, ni tampoco se refiere a la obligación de las entidades estatales para brindar fortalecimiento técnico de las organizaciones comunitarias con el fin de que presenten propuestas para ser consideradas en el marco de la selección objetiva, tal vez porque lo anterior pudiese contrariar la pretensión de la selección objetiva, a pesar de ser un fin estatal.

Posteriormente, en el año 2007, fue aprobada la Ley 1150, “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”. Esta norma fue presentada por el Gobierno Nacional con el fin de disminuir los sobrecostos derivados de la rampante corrupción en la que se involucran recursos públicos a través de la adjudicación y ejecución de contratos estatales.

En el camino, específicamente entre el primer y segundo debate del Senado de la República, fue adicionado al proyecto de ley un apartado referente a la promoción del desarrollo local, en el cual se realicen convocatorias cerradas a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES), para lo cual estas organizaciones deberán haber manifestado por escrito su voluntad de requerir cerrar el proceso, en número plural.

Esta posibilidad pretende que las MIPYMES de carácter local (departamental o municipal) soliciten limitar el proceso de selección objetiva al territorio. Las organizaciones, según el parágrafo 2 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, deberán demostrar que fueron creadas un año antes de la solicitud.

El estatuto promueve la participación de las MIPYMES, en el entendido que las mismas se encuentren constituidas y de paso tengan una fecha de constitución por lo menos de un (1) año. Lo anterior, en desconocimiento de que la mayoría de MIPYMES integradas en el territorio colombiano no cuentan con procesos formales. De acuerdo con los datos de Fedesarrollo (Fernández, 2018), el 60% de las MIPYMES se encuentran en la informalidad, la cual es abordada por este centro de pensamiento desde la ponderación entre negocios, trabajadores y valor agregado.

Nuevamente el campo jurídico parte de un supuesto en el que la mayoría de las personas que se encuentran encasilladas no solo en la formalidad, sino con experiencia mínima de un año, promoviendo y consolidando la exclusión de ciudadanos y organizaciones en el camino de ser habilitados para obtener el mayor número de concurrentes en los procesos de selección objetiva, lo que se ha catalogado por la comunidad jurista y por Colombia Compra Eficiente (2015) como “Pluralidad de oferentes”.

Por último, ante la carga reglamentaria que la Ley 1150 de 2007 impone a la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente”, el inciso tercero del parágrafo 6 del artículo 2° de la mencionada ley determina que los pliegos tipo considerarán las condiciones de contexto regional, en consecuencia con la descentralización administrativa y la promoción del empleo local, indicando que la consideración del contexto se logra a partir de “procesos de capacitación” para los municipios, descripción normativa que pone en evidencia la manera básica y simple como el legislador aborda la promoción del desarrollo local, especialmente en relación con enfoques diferenciales promovidos desde el contexto social y económico de la diversidad colombiana.

Continuando con la verificación normativa y la promoción del desarrollo local, en conexión con el cumplimiento de los fines del Estado, es necesario referirse al Decreto Reglamentario 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”, decreto que surge como parte de la política

normativa formulada de manera principal para mejorar y garantizar la seguridad jurídica en el país, una de las variables consideradas por la OCDE para evaluar las condiciones de sus Estados miembros y aspirantes (CONPES 3816, 2014).

Este decreto compiló diferentes normas relacionadas con la contratación estatal y el sector del Departamento Nacional de Planeación, ente ellas el Decreto Reglamentario 1510 de 2013, el cual a su vez parte de la expedición del Decreto Ley 4170 de 2011 mediante el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente” con base en la Ley 1444 de 2011, que a su vez reformó la estructura de la administración pública del orden nacional.

En cuanto al cumplimiento de los fines del Estado colombiano por parte del sistema de compras públicas, especialmente el relativo a la generación de oportunidades y puestos de trabajo como generadores de ingresos dirigidos a las familias colombianas más vulnerables el Decreto 1082 de 2015, que compila el Decreto 1510 de 2013 establece criterios para el “desempate” en el marco de la selección objetiva de contratistas.

Estos “factores de desempate”, descritos en el artículo “2.2.1.1.2.2.9”, parten de la escogencia del primer factor de desempaten y en orden sucesivo hasta que se logre la diferencia a favor de uno de los concurrentes. En el evento en que se agoten y de manera residual se tendrá en cuenta los siguientes criterios: a) Ofertas nacionales, b) Ofertas de Mipyme, c) Oferta presentada por Unión Temporal, Consorcio o Sociedad futura donde participen Mipyme con ciertas condiciones, y d) Vinculación de empleados en condición de discapacidad entre los concurrentes.

Aunque parece que los factores de desempate son favorables para las personas que cuentan con organizaciones empresariales pequeñas, es menester recordar que se trata de factores de desempate y no factores de selección. ¿Por qué motivo no son factores de selección general? La prioridad del proceso de selección objetiva es el libre mercado, tal como se expresó en este documento y de manera específica en la exposición

de motivos de la Ley 80. La apuesta por el libre mercado impulsa al diseño normativo para favorecer la posición de los mejores empresarios y comerciantes, aquellos con capacidades superiores a los que puede ofrecer una Mipyme desde el punto de vista financiero, técnico y jurídico, especialmente las grandes corporaciones.

Los factores de desempate solo se consideran precisamente en caso de empate, por lo que los concurrentes deberán competir con los demás proponentes, no obstante, sus diferencias en cuanto a la experiencia de las organizaciones, experiencia, capacidad financiera, capacidad técnica, capacidad de organización y saldos de los contratos en ejecución de los contratistas, que a su vez permiten obtener la variable de la “Capacidad residual” de acuerdo con Colombia Compra Eficiente (2015).

En caso de empate no existen criterios relacionados con las condiciones de contexto de los territorios, la generación de organizaciones asociativas de base específicas para la clase de contrato, ni la posibilidad de verificar el tipo de oferta laboral que se va a ofrecer a las personas en el territorio, relacionadas con el objeto contractual, es decir, en el caso del PAE, que se contrata a través de licitación pública, no es criterio de desempate la vinculación laboral de asociaciones de padres de familia. Este tipo de condiciones van en contravía del diseño normativo del contrato y genera contradicción con la libre concurrencia de los proponentes, en otras palabras, es contrario a la ley y al libre mercado.

Más adelante el Decreto 1082 de 2015, del artículo 2.2.1.2.4.2.1. hasta el 2.2.1.2.4.2.4, define unas condiciones denominadas como “Incentivos en la Contratación Pública”, otorgando la posibilidad a las entidades que dirigen el proceso de contratación de establecer incentivos que permitan definir criterios de calificación destinados a organizaciones nacionales.

En esta ocasión se prefiere la oferta presentada por organización una nacional respecto de las organizaciones extranjeras, en el entendido que la industria y el comercio nacional debe priorizarse en cuanto a las

compras públicas. La norma no diferencia de manera explícita las clases de organizaciones empresariales o comerciales que ofrecen servicios o bienes. Frente a los últimos, la norma determina que no se deben pactar criterios de preferencia cuando se trate de “Bienes y servicios de Características Técnicas Uniformes” (Decreto 1082 de 2015).

En el artículo 2.2.1.2.4.2.2., denominado “Convocatorias limitadas a Mipyme”, se determinan las condiciones para circunscribir algunos procesos de selección contractual, exclusivamente a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas. Estas condiciones son dos: en primer lugar, el valor total del proceso no puede ser mayor a 125 mil dólares, y de otra parte, debe realizarse solicitud de 3 “Mipyme nacionales” como mínimo, hasta un día antes del acto administrativo que ordena la apertura del proceso.

Según el artículo 2.2.1.2.4.2.3 la limitación puede ser del orden territorial si se cumple con el requisito del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2 por parte de Mipyme que acrediten encontrarse domiciliadas en un territorio local, como los municipios o departamentos donde se llevará a cabo el objeto contractual.

Para finalizar la promoción de “Incentivos en la contratación pública”, el artículo 2.2.1.2.4.2.4 establece requisitos de procedibilidad para la participación de las Mipyme en las convocatorias que hayan sido limitadas. Posteriormente se refiere la norma a la vinculación de trabajadores con discapacidad (artículo 2.2.4.2.4.2.6.). Existen iniciativas que rondan por el Congreso de la República durante el tercer trimestre del año 2020 para incluir a dichos incentivos la vinculación de adultos mayores por parte de los concurrentes, sin encontrarse reglamentado aún.

En ese sentido, los incentivos propuestos por el decreto reglamentario se encuentran condicionados a la cuantía y existencia formal de organizaciones que se constituyan bajo la categoría de Mipyme. No se presenta referencia en la norma acerca de generación de incentivos para la formalización o acompañamiento de instancias gubernamentales,



e incluso de organizaciones del tercer sector que aproximen a las organizaciones informales a trascender desde el punto de vista formal.

La razón por la cual se determina el valor de los contratos a 125 mil dólares se relaciona con los acuerdos comerciales suscritos por el Estado colombiano, especialmente desde la vigencia de la Constitución de 1991 y su política de libre mercado, la cual ha determinado influencia directa de diferentes actores estatales extranjeros en los procesos de contratación internos, tales como Chile, Perú, México, Canadá, Corea del Sur, Estados Unidos de América, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suiza y los demás países de la Unión Europea.

Sin embargo, es posible observar la participación de organizaciones foráneas en las compras públicas colombianas, como ocurre con la República Popular de China, quienes a través de la empresa Metro Línea 1 S.A.S., donde participan “China Harbour Engineering Company LTD” y “China Communications Construction Company Ltd”, se les adjudicó en el 2019 la construcción de la primera línea del metro de Bogotá, por un valor aproximado a los trece billones de pesos. La ejecución de este tipo de contratos se caracteriza por su complejidad técnica, mecánica y electrónica, generando que incluso en el mundo la oferta de este tipo de construcciones sea limitada.

Algo similar ocurre con los sistemas de cable aéreo que en Colombia se han popularizado, donde las empresas francesas tienen ventaja corporativa respecto de las demás organizaciones: “Poma” de Francia o “Doppelmayr” de Austria, empresas que compiten para la adjudicación de los sistemas de transporte en ciudades colombianas como Medellín, Manizales, Pereira o Bogotá, especializadas en la construcción de este tipo de sistemas de transporte.

Sin embargo, existen procesos contractuales donde la transferencia de conocimiento y la experiencia en ejecución ha permitido que organizaciones nacionales puedan competir en el mercado nacional, incluso obteniendo adjudicaciones en el extranjero, como ocurre en el caso

de la prestación del servicio de energía, la explotación de hidrocarburos o la construcción de obras de infraestructura de transporte o sistema vial, compras públicas de alto nivel que requiere de un sofisticado conocimiento técnico que se logra a través de las capacidades humanas, administrativas, financieras y organizacionales de las empresas.

Si bien es cierto que las capacidades técnicas, financieras y organizacionales son importantes para evidenciar la solidez de las empresas de cara a la selección de contratistas, también lo es que el Estado, en el marco del cumplimiento de sus fines, garantice el bienestar general de la población, promoviendo la reinversión de los recursos públicos que, tal como se mencionó, se invierten en gran medida a través de los contratos estatales. La reinversión de los recursos en el plano local hace la diferencia de cara a su desarrollo.

Para autores como Milbourne (2001) y Esfahani (2003) la relación existente entre inversión y desarrollo económico es evidente; nótese cómo el régimen de contratación no posiciona a la inversión pública como promotora del desarrollo económico, a pesar de la incidencia de la inversión pública en la dinamización de las economías locales.

La fuente de inversión disponible en los territorios en Colombia proviene del sector público, la cual, según la Comisión del Gasto y la Inversión Pública, en el informe presentado para Fedesarrollo (Bernal et al, 2017), esta inversión presenta inflexibilidad a partir de las restricciones provocadas por la destinación específica que limita la autonomía territorial, generando ineficiencias en el gasto público que restringen el impacto de la política fiscal frente a la reducción de la pobreza.

El papel de los recursos estatales en el marco del desarrollo de los territorios en Colombia ha sido replanteado por Hernández (2010), quien en su artículo acerca del papel del gobierno, la inversión pública y su relación con el crecimiento económico, describe la importancia de la inversión pública como determinante para la creación de plataformas económicas y de infraestructura que potencien la economía local, sin

embargo en Latinoamérica se ha realizado una campaña dirigida a reducir la participación del Estado en el mercado, y a fomentar el ahorro como promotor de desarrollo.

Luego de los efectos devastadores de la Segunda Guerra Mundial, en Latinoamérica se realizó una apuesta por el crecimiento económico a partir de la “Industrialización por Sustitución de Importaciones (ISI)”, la cual partía de la necesidad de generar procesos endógenos productivos. No obstante, la principal dificultad de dichos emprendimientos era precisamente la ausencia de liquidez de los actores privados, por lo que la vinculación del Estado a la dinamización de la economía se hacía a través del gasto por inversión pública.

No obstante, los errores en la focalización del gasto y la vinculación de recursos estatales en actividades privadas impulsaron procesos fiscales por la desregularización del mercado y la reducción de inversión pública, con la salvedad que era fundamental garantizar una participación mínima del Estado para el financiamiento de la infraestructura y las economías locales. Lo primero se materializó impulsado desde el consenso de Washington, y lo segundo se desestimó y se reflejó en infraestructura de transporte precario, deteriorados servicios sociales como hospitales y escuelas, y en general un servicio público con múltiples oportunidades de mejora (Hernández, 2010).

La ausencia de inversión pública en las economías locales se torna en una pérdida de oportunidad para la financiación de proyectos en los territorios, pero la ausencia de inversión pública no solo tiene efectos directos en los cierres financieros, también en la generación de puestos de trabajo, adquisición de suministros a empresarios locales, la generación de ingresos para las familias y de los correspondientes tributos atados a las actividades formales derivadas.

La cadena de inversión pública productiva comienza con el gasto público social, el cual es destinado por el Estado para el cumplimiento de los fines constitucionales previstos. Más allá de la ejecución integral

del objeto contractual que satisface la necesidad definida en los estudios previos de la contratación, el contratista a quien se le adjudica el contrato requiere contratar tanto personal calificado como mano de obra no calificada, además de adquirir suministros. En el caso de la subcontratación de actividades estas organizaciones a su vez vinculan personal. En todas las actuaciones descritas se pagan impuestos y tributos, así como los correspondientes aportes a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, más el aporte a las cajas de compensación familiar.

El resultado de la ecuación “Inversión Pública” igual a “Desarrollo local” se optimiza cuando a la fórmula de la inversión pública se agrega la variable “actores locales”. Cuando los ejecutores de los contratos son integrantes de los grupos focalizados se obtienen beneficios para las comunidades que no son reconocidos por las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, ni el Decreto Reglamentario 1082 de 2015 como principales referentes del régimen de contratación. Cuando los contratistas son foráneos se desplazan recursos del círculo virtuoso llamado “Gasto Público Productivo”.

La limitación de los procesos contractuales en aras de defender el libre mercado constituye una situación regulatoria perjudicial para el ciclo del gasto público productivo, que impide la reinversión de los recursos invertidos por las entidades públicas en materia de contratación estatal.

En relación con el desarrollo local y la contratación estatal se puede aseverar, luego de una revisión exhaustiva de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (1996), que el mencionado tribunal se ha expresado en limitadas ocasiones acerca de la categoría temática denominada “Fomento de la ingeniería local”, en alusión al caso revisado a través de la Sentencia T-147.

En la referida sentencia, la Corte Constitucional (1996) realiza manifestaciones en favor de la defensa de la unidad de la Nación colombiana, en respaldo al centralismo como modelo de organización territorial, y no deja dudas acerca de la defensa de la libre competencia absoluta.

La Corte desaprovechó una oportunidad valiosa para establecer como precedente la necesidad de apostar al desarrollo endógeno, al desarrollo regional, al desarrollo local, al desarrollo territorial y al desarrollo comunitario, en el entendido que los territorios, si bien se presentan de manera formal ante la Constitución de 1991 y la ley, se encuentran en desiguales condiciones en cuanto al concepto de desarrollo, a los índices de desarrollo humano, a los índices de pobreza multidimensional y en cuanto a la dinámica propia de las actividades comerciales locales.

La Corte hace un llamado de atención al Instituto de Desarrollo Urbano y Valorización de Pereira, al haber otorgado puntaje adicional a los concurrentes que tuviesen como lugar de “residencia o localización de sede principal el Municipio de Pereira”, en un claro intento por favorecer la ingeniería local a partir de la ubicación de su lugar primordial de trabajo.

La entidad demandada expresó que estableció dicho factor de favorabilidad por recomendación expresa de la Asociación de Ingenieros de Risaralda (A.I.R.), quien expresó en su requerimiento que las organizaciones instaladas en el Municipio de Pereira realizaban contribuciones tributarias directas al Municipio y generaban empleo en la localidad. Por su parte, los actores del amparo constitucional expresaban que dicha medida iba en contravía del derecho a la igualdad y se tornaba restrictivo de la posibilidad de concurrir en igualdad de condiciones a un proceso de selección objetiva. También alegaron vulneración al derecho al trabajo.

La Corte en su análisis procedió a priorizar la discusión acerca de la capacidad de las entidades territoriales para establecer criterios de adjudicación a conveniencia, en especial en favor de los residentes del territorio donde se está adelantando el proceso de selección objetiva. Es particular por demás que, para realizar el análisis del problema jurídico, la Corte se refiera en primer lugar a la necesidad del cumplimiento de los marcos legales por parte de los entes territoriales, y no de la implementación de la norma.

El propósito de la Corte Constitucional (1996) en este caso en particular fue defender el derecho a la igualdad, sin haber realizado un

análisis particular acerca de la importancia del desarrollo local. Es más, la Corte se refirió de la siguiente manera al fomento de la ingeniería local como uno de los criterios de estudio:

“El fomento de la ingeniería local, en atención a su aporte fiscal y a la generación de empleo, de todo lo cual se beneficia el municipio y sus habitantes, corresponde a una finalidad plausible y que por sí misma no atenta contra la Constitución ni la ley. El medio empleado para alcanzar la finalidad aludida, consistente en reservar un puntaje en el pliego de condiciones en favor de los proponentes que residan en el municipio, puede ser idóneo para obtener dicho propósito, pues mejora la calificación general de las firmas de ingeniería “nativas” y les otorga una ventaja que puede eventualmente resultar decisiva a la hora de decidir la adjudicación”. (Sentencia T-147/1996)

A pesar de la anterior declaración, la Corte en la misma procede a confrontar el fomento a la ingeniería local, que en realidad no es otra cosa diferente a la promoción del desarrollo local, versus el derecho a la “discriminación entre nacionales”, y a renglón seguido expresa que esta clase de discriminación solo se otorga en “algunas materias y en ciertas circunstancias”. Cierra su argumentación acerca del problema jurídico indicando que la medida afecta la libre competencia.

Acerca de la generación de empleo y tributo por parte de los actores locales, la Corte no desconoció esa realidad; simplemente manifestó que lo anterior no fue probado o que no es la única manera de mejorar el recaudo, es decir, omitió el reconocimiento de una realidad evidente: las empresas locales formales inscritas en los territorios aportan tributos a los entes territoriales locales.

En consecuencia, no es cierto que para la Corte Constitucional (1996) “el fomento a la ingeniería local” sea una prioridad atada al cumplimiento de las obligaciones de los entes territoriales, más aún cuando se trata de entidades territoriales que tienen como obligación el cumplimiento del bienestar territorial de sus ciudadanos, puesto que en procesos de selección

objetiva existe una alineación hacia la protección de la libre competencia. Con esta providencia la Corte cerró la puerta a cualquier tipo de tratamiento diferencial a los contratistas en virtud de la localización de sus sedes principales o de su domicilio.

Más allá de la discusión acerca de la desproporcionalidad de la medida adoptada en su momento por INDUVAL de Pereira, lo cierto es que la capacidad de los entes territoriales para fomentar el desarrollo de la ingeniería local (en el caso en cuestión, pero de las actividades industriales y comerciales locales) deberá orientarse al desarrollo de políticas públicas dirigidas al fortalecimiento del talento humano, reducción de trámites, disminución de cargas tributarias o cualquier tipo de acción alejada de la gestión contractual y de la absoluta selección objetiva atada al principio de libre competencia, el cual, de acuerdo con lo manifestado por la Corte Constitucional (1996), prima como criterio de adjudicación para los entes territoriales, porque en palabras del ente constitucional: “El factor de la residencia (Del contratista) no tiene ninguna relación con la obra pública” (Sentencia T-147/1996).

Para la Corte no importa que el contratista local resida en el territorio, que emplee personal local, que tenga nexos con la comunidad, que tribute a favor de la entidad territorial, que adquiera servicios y suministros a las empresas locales, que sea un actor protagónico del desarrollo económico local (sin entrar en la discusión acerca de su papel en el desarrollo endógeno social); lo anterior no tiene relación con la obra pública según el Tribunal. Por demás, este tipo de consideraciones son sumamente complejas de comprender, especialmente por los propios actores que se vinculan a la contratación, tal como ocurrió en el caso en particular donde fue una agremiación de ingenieros (AIR) quienes solicitaron a la entidad pública tener presente las consideraciones expuestas.

De manera objetiva, y considerando el contexto histórico de la sentencia, es claro que la visión de la Corte Constitucional (1996) en este caso se inclina a las garantías absolutas y objetivas en términos de la selección objetiva a favor de los concurrentes, discurso asociado a la

libre competencia como modelo de desarrollo económico y premisa constitucional en virtud de lo expuesto por la Sentencia C-321 (Corte Constitucional, 2009), basada en el precedente de la Sentencia C-535 (Corte Constitucional, 1997), al referirse al concepto de libre competencia desde el punto de vista objetivo indicando que las entidades públicas deben garantizar de manera celosa “la existencia de mercados libres”.

Así mismo, entiende la Corte el contrato estatal como un mecanismo mediante el cual se produce bienestar, no necesariamente de la mano de la comunidad porque no tiene importancia la residencia del contratista, cuando la gestión pública contemporánea, la implementación de políticas públicas y el concepto del “gasto público productivo”, e incluso el concepto de “contratación comunitaria” según Naciones Unidas (Álvarez, 2015), promueven lo contrario (Corte Constitucional, 1996).

De otra parte, con la Sentencia T-724 2003 la Corte Constitucional (2003) procedió a tutelar los derechos de la Asociación de Recicladores de Bogotá en el marco de la selección objetiva de los contratos de Aseo Urbano en el Distrito Capital.

En esta ocasión los recicladores interpusieron el amparo a partir de la decisión adoptada por la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos (UESP) de Bogotá al expedir la Resolución 131 de diciembre 2 de 2002, mediante la cual se declaraba la apertura del proceso licitatorio con el fin de seleccionar al operador de aseo, sin considerar en los pliegos de condiciones la situación de los Recicladores de Bogotá y su posibilidad de acceder a la adjudicación, ni siquiera como concurrentes, ante los requerimientos de calidad “técnica, financiera y jurídica” dispuestos por la entidad, a partir de la necesidad de garantizar un servicio de calidad y sin riesgos a los usuarios que pagan una tarifa por él, puesto que quien no cumpla con dichos requisitos no tendrá la capacidad de responder por el cumplimiento del objeto contractual (Corte Constitucional, 2003).

Esta sentencia describe como en primera instancia el a quo cita la Sentencia T-147 (Corte Constitucional, 1996) analizada previamente, con



el fin de argumentar la necesidad de garantizar la “Eficiencia, transparencia y objetividad” de la actividad contractual, posición de la cual se aparta de manera radical, exigiendo a la UESP a través de “acciones afirmativas” dispuestas por el artículo 13 de la Constitución de 1991, en cuanto a medidas que favorezcan a grupos “marginados o discriminados”.

Las acciones afirmativas que son desarrolladas por la Sentencia C-317 (Corte Constitucional, 2000) van dirigidas a equiparar o corregir las desigualdades históricas que han generado la marginación o la discriminación sistemática de colectivos en el marco de la gestión pública y del Estado social de derecho.

En este caso, la Corte expone por qué motivo considera a la asociación de recicladores como grupo marginado y discriminado, lo cual es un hecho de conocimiento público. Sin embargo, no especifica cuáles son los criterios para determinar cuándo se debe considerar a determinado grupo como marginado o discriminado. Ya lo había hecho con las mujeres en la Sentencia C-371 (Corte Constitucional, 2000), ahora lo hace con los recicladores de Bogotá.

Queda en tela de juicio la afirmación acerca de la residencia de los eventuales contratistas y su relación con los contratos estatales (Corte Constitucional, 1996), puesto que la decisión de la Corte favorece expresamente a los recicladores de Bogotá y previene a la UESP acerca de la necesidad de garantizar “acciones afirmativas” para el beneficio de los “recicladores de Bogotá”, empleando un concepto que no precisa con claridad: “condiciones reales de igualdad” (Corte Constitucional, 2000).

¿Cómo se determina la marginalidad o discriminación hacia un grupo social? ¿En qué sentido el mercado discrimina o margina a los concurrentes locales frente a las organizaciones de otros territorios? ¿Se requiere declaración formal por parte de autoridad para considerar un grupo como marginado o discriminado? Son preguntas que no son abordadas por las providencias, pero que otorgarían posibilidades a los territorios para establecer acciones afirmativas a las empresas u organizaciones locales de cara a los procesos

de selección objetiva, en cuanto a su reconocimiento como marginadas o discriminadas, tal como lo manifestaba la Asociación de Ingenieros de Risaralda en su oficio dirigido a INDUVAL (Corte Constitucional, 1996).

Una vez analizado el marco jurídico referente al cumplimiento de los fines del Estado desde el punto de vista constitucional y normativo, de la mano con las sentencias de constitucionalidad proferidas, dentro de las prioridades perseguidas por los fines del Estado en materia de contratación estatal no se encuentra precisamente el desarrollo local, prefiriéndose la libre concurrencia, el libre mercado y el derecho de igualdad de los concurrentes a los procesos contractuales.

### **2.1.2 PROMOVER LA TRANSPARENCIA EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL**

Garantizar la transparencia en las actuaciones del Estado se ha convertido en una prioridad para los diferentes sectores de la sociedad en Colombia. Referirse a la importancia de la transparencia y la “cero tolerancia” contra la corrupción puede parecer un lugar común. Para Martínez y González (2015) la corrupción es una “Pandemia”, expresión que toma realce y dimensión plena durante el año 2020, época por la que se construye la presente tesis doctoral.

Durante los últimos años diferentes autores se han referido desde diversos planos al fenómeno de la corrupción y la búsqueda por la transparencia en las actuaciones públicas. Luna (2014), en su documento Mecanismos jurídicos contra la corrupción en la contratación estatal en Colombia, efectúa el abordaje de la problemática propuesta por la corrupción y su incidencia en relación con la gestión contractual pública, proponiendo como alternativa de solución el uso de instrumentos jurisdiccionales de naturaleza constitucional, como son las “acciones populares” y la “acción de tutela”.

De otra parte, Herrera y González (2014) parten de la conceptualización de la transparencia como principio instaurado en un marco

normativo, generando un enlace directo consecucional para la formulación de la Ley 1150 de 2007, que modificó, entre otros aspectos, lo referente al método de selección de contratista o el desarrollo del “principio de transparencia”, complementando el análisis con la reglamentación posterior del ahora subrogado Decreto 1510 de 2013, vigente para la época del análisis efectuado.

Por su parte Mota (2013), en su monografía Fraccionamiento del contrato estatal en Colombia como vulneración al principio de transparencia, relata la manera como esta práctica irregular contraviene el principio de transparencia contractual a partir de la disminución en la cuantía de los procesos de compras públicas, permitiendo con ello emplear mecanismos de selección objetiva más flexibles, y especialmente con mayor margen de discrecionalidad para el nominador.

Casanova (2009) desarrolla una aproximación desde la filosofía y la norma, para dar a entender que el problema de la corrupción, asumido desde las prácticas tradicionales de la prevención y la coerción normativa jurídica, desvía la atención del núcleo problemático generado alrededor de la incapacidad social de dar aplicación a los principios de la democracia liberal, que a su vez revitalicen los niveles de confianza entre los sectores involucrados en la gestión pública.

De acuerdo con Gualdrón (2016) el abordaje de los actos de corrupción en las organizaciones públicas debe obedecer a ejercicios reflexivos, alejados de la improvisación y de las reacciones primarias que terminan simplificando y desconociendo la multidimensionalidad de la corrupción como problema social, a través de posiciones inmediatistas, que no corresponden a reflexiones profundas o coherentes.

Por su parte Sierra (2016) pone de presente la manera como SECOP se ha convertido en un baluarte para el gobierno nacional como instrumento generador de transparencia en la administración pública, al garantizar el “derecho a saber” de la ciudadanía frente a la gestión contractual del Estado en igualdad de condiciones tanto para gobernantes como gobernados.

Castañeda (2015), continuando con la línea de Sierra (2016), expone la necesidad de fortalecer los niveles de desempeño institucional como medida para disminuir el riesgo de corrupción en el Estado, estableciendo una relación de causalidad entre las instituciones públicas y la ausencia de transparencia.

Las anteriores manifestaciones ponen de presente la relevancia de la corrupción como objeto de análisis por parte de la academia, producto de las expresiones ciudadanas de diferentes orígenes políticos e institucionales que asocian las principales problemáticas sociales, económicas, culturales y ambientales (por nombrar algunas dimensiones) a la corrupción, siendo esta investigación una apuesta más.

Pero no solo la academia se ha encargado de referirse a la corrupción como problema con incidencia global; existen múltiples referentes en la literatura generada por instituciones interesadas en el estudio de la problemática de la corrupción, las cuales fungen como entidades multilaterales, gubernamentales o civiles.

En virtud de la exploración realizada, se encontraron documentos que, a partir del análisis de las estrategias anticorrupción desplegadas por los Estados como política pública, han generado textos de reflexión que recopilan sus experiencias.

Es así como se ubicó información de la República de Sudáfrica, a través del South African Institute of International Affairs (Camererre, 2008; Willams, 2007), Rusia (Ostrovnyaya 2015), Hong Kong (Kwok Man-Wai, 2010), los Estados que conforman la confederación de Estados Unidos de América (Alt, 2012), Estados Caribeños y Latinoamericanos con base en un informe del Banco Mundial (Wren-Lewis, 2013), República de Australia soportado en datos del Australian Institute of Criminology (McCusker, 2006), República de Kosovo gracias a la Anti-Corruption Agency of Kosovo (Republic of Kosovo, 2011), Vietnam (Transparency International, 2008), República de Rumania con información del Ministerul Justiției (Republic of Romania, 2011), Perú mediante la

Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (República de Perú, 2012), Venezuela con información proveniente de Transparencia Venezuela (2013), y la información condensada por la Oficina Anticorrupción de la República Argentina (2009), que dan cuenta del informe rendido por veintiocho (28) agencias oficiales anticorrupción en el Continente Americano, incluidos Colombia, Estados Unidos y Canadá.

Al respecto, Anderson (2006) documenta la manera como diferentes países de Europa del Este, desde la década de los noventa, están realizando modificaciones estructurales no solo a sus marcos jurídicos, sino a sus instituciones, a partir de una férrea voluntad de los gobiernos de turno que ha trascendido a la sociedad en general, generando acuerdos políticos para evitar actos de corrupción, logrando resultados esperanzadores.

Naciones Unidas también se manifiesta constantemente respecto de la corrupción como problema estructural para la promoción del desarrollo, especialmente de la consecución de los “Objetivos de Desarrollo Sostenible”, por lo que se ha convertido en objetivo de alto valor dentro del despliegue de sus diferentes agencias alrededor del mundo, aspecto que es compartido por textos como los de Arroyo (2018) y Ramos (2019) con origen en lo expuesto años atrás por Gray (1998) en *Corruption and Development*.

Evidencia de lo anterior se expone en los textos por el PNUD denominados *La corrupción en oposición al desarrollo: problemas y sus dimensiones* (2004), y *Curso anticorrupción y desarrollo humano* (Delgado, 2009), donde se parte del perjuicio de la corrupción a la sociedad, lugar común que se constituye a partir de las consecuencias negativas que genera para la promoción del desarrollo, aspecto que también es analizado en ambos documentos.

En consideración al paradigma del desarrollo humano como la apuesta efectuada por Naciones Unidas, se cuestionan los alcances y avances generados con la suscripción de la Convención Global contra la Corrupción (Webb, 2005).

Neudorfer (2014) y Heimler (2012) presentan el debate referente a problemas relacionados con la gestión gubernamental: por un lado, los desafíos generados por la manera como se comportan los gobiernos con esquemas centralistas y regionales frente a la incidencia de actos de corrupción, y por otro la compleja generación de carteles alrededor de la contratación estatal en virtud al problema de la fijación de precios de adquisición en el sector público.

Otra dimensión reportada respecto de los asuntos sobre los que gira la literatura relevante es la documentación de buenas prácticas, las cuales se convierten en cajas de herramientas para la estructuración de alternativas a partir de la identificación de las estrategias exitosas, y desde luego de los aprendizajes adquiridos a través de los errores cometidos en casos de estudio. Respecto de lo anterior, agencias multilaterales promotoras del desarrollo como el PNUD o la OCDE han elaborado documentos como Buenas prácticas de transparencia en la gestión contractual (PNUD, 2011) o La integridad en la contratación pública: buenas prácticas de la A a la Z (OCDE, 2011), sumándose a esta lista Transparency International con el texto Examples Of National Anti-Corruption Strategies (Martini, 2013). Ese camino también es desarrollado por investigadores sociales como Camerer (2008) con What makes for effective anti-corruption systems, exponiendo a partir de información cualitativa y cuantitativa recomendaciones dirigidas para las sociedades.

En relación con lo anterior, dos autores plantean propuestas específicas para la estructuración de estrategias anticorrupción: se destacan los trabajos de Arrowsmith (1998), quien propone la suscripción de acuerdos multilaterales para el sistema de compras públicas, permitiendo que el mercado global se involucre con la contratación local, generando mayor eficiencia en la administración de los recursos públicos, y de Costa (2012), quien a través de datos estadísticos evalúa el impacto de la implementación de políticas de libertad de información en relación con la percepción y gobernabilidad de los sistemas de contratación pública.

La literatura referenciada produce una dimensión de análisis relacionada con estudios de carácter normativo, a la luz de la incorporación

de los contenidos de los tratados y convenios internacionales suscritos con el fin de fortalecer la lucha contra la corrupción, así como de los marcos jurídicos locales dispuestos para la materia.

De esta manera Naciones Unidas (2013) y el Banco Mundial (2006) reflexionan sobre la implementación de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción en diferentes Estados latinoamericanos, compartiendo su experiencia con el fin de generar intercambio de “lecciones útiles”; entretanto, el segundo documento manifiesta la necesidad de propender por el empoderamiento de marcos normativos locales en escenarios descentralizados ante la disminución de actos de corrupción en el largo plazo, según se concluye de los datos analizados.

Así mismo, Bovis (2006) se refiere a las implicaciones legales generadas dentro de los marcos jurídicos nacionales a partir de la implementación del principio de transparencia y rendición de cuentas, que a su vez genera tensiones sobre los intereses comunales locales, y de otra parte los intereses nacionales, aspecto que debe ser considerado a la hora de analizar los principios mediante los cuales se rige la gestión contractual, de cara a la formulación de una estrategia de gestión determinada por la transparencia.

De otro lado, Moretti (2015) propone la discusión normativa sobre la capacidad de los proponentes que concurren a los procesos de contratación empleando la figura de la subcontratación, sugiriendo que las firmas con mayores calificaciones optimizan el desempeño del mercado, contrario a lo que ocurre con las firmas con menores capacidades.

Otra dimensión de análisis promovida por la literatura consiste en la presentación de consideraciones para la formulación e implementación de estrategias anticorrupción por parte de los gobiernos. En ese sentido se destaca el activismo promovido por Transparencia Internacional (Prevenslik, 2006; Chêne, 2008 y Martini, 2013), quien mediante la elaboración de diversos documentos propone en diferentes lugares del mundo recomendaciones encaminadas a garantizar la transparencia en la gestión

contractual, enfatizando en la necesidad de reconocer el contexto social y económico endógeno, la priorización de retos, la generación de voluntad de la clase política y de los sectores sociales, al igual que la implementación de un sistema de monitoreo y evaluación que permita efectuar un seguimiento efectivo, como determinante para el éxito de la política pública.

Acerca de los sistemas de seguimiento y evaluación Prevenslik (2006) y Cetina (2014) proponen recomendaciones en ese sentido, reiterando la necesidad de generar soluciones innovadoras a partir del reconocimiento de la realidad local y los desafíos que se presentan, evitando de esta manera generar soluciones “hechas a la medida” que terminan simplificando un problema complejo.

Una última dimensión de análisis propuesta por los autores en relación con la transparencia en la contratación pública, y que debe ser considerada por la presente investigación, tiene que ver con el caso colombiano, donde se destacan de manera preliminar los documentos oficiales producidos por la agencia oficial para la lucha contra la corrupción, denominada en la actualidad Secretaría de Transparencia (2016), esfuerzos conceptuales, analíticos y normativos plasmados en el documento CONPES 167 de 2013, que recoge la Estrategia Nacional Anticorrupción y que se torna en uno de los documentos referentes de la presente investigación, puesto que el resultado de esta experiencia busca incidir en sus contenidos al proponer una alternativa a la estructura actual de gestión contractual, con el ánimo de convertir la transparencia en el núcleo del sistema.

Con base en los anteriores referentes académicos, oficiales (públicos) y organizacionales (tercer sector), se encuentra algunas variables de análisis de la transparencia como principio y obligación de las entidades públicas frente a la contratación estatal, entre ellas la autonomía territorial, el desarrollo de buenas prácticas, el perfil del contratista y el reconocimiento del contexto social.

En ese entendido, se procede a revisar el marco regulatorio definido por la Ley 80 de 1993 desde la exposición de motivos, así como



la búsqueda de la transparencia por parte del Estado colombiano a través de la incorporación de normas, como respuesta preferida para atender las solicitudes de la sociedad.

En la exposición de motivos se propone de manera reiterada la necesidad de fortalecer la transparencia, para lo cual se eleva a rango de principio de la gestión contractual vinculándola a la selección objetiva, el debido proceso y la incorporación de pliegos de condiciones a modo de reglas de juego definidas de manera previa. La incorporación de la transparencia como principio de gestión contractual no es un hecho menor, puesto que solo se hace explícita mención a tres principios: economía, responsabilidad y el enunciado principio de transparencia, ligado a la selección objetiva del contratista.

El artículo 24 de la Ley 80 desarrolla el principio de transparencia como una condición para los servidores públicos de desplegar sus funciones mediante acciones concretas, tales como garantizar el derecho a la información y a la contradicción de los concurrentes, garantizar el derecho de publicidad, comprender toda la gestión contractual (selección-ejecución-liquidación) como pública, definir reglas de juego tanto de la selección como de la ejecución del contrato en los pliegos de condiciones, motivar los actos administrativos derivados de la gestión contractual, y garantizar la selección objetiva del contratista (Consejo de Estado, 2007).

La transparencia como principio de gestión contractual se encuentra referenciada en diferentes marcos jurídicos de la región como Argentina, Bolivia, Costa Rica, España, Guatemala, Paraguay, Perú y Venezuela (Castro, 2011), al igual que en Brasil, que además cuenta con un estatuto anticorrupción dispuesto por la Lei Ordinária N° 12846 de 2013, sancionada por la presidenta Dilma Rousseff.

Por desarrollo jurisprudencial el principio de transparencia ha generado la vinculación de nuevos principios relativos a la gestión contractual de los adjudicadores administrativos, entre ellos los principios definidos por el artículo 209 de la Constitución de 1991, en

tratándose del ejercicio de una función pública, es decir, los principios de “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (art. 209).

Esta incorporación del principio de transparencia evoca la discusión Hart vs. Dworkin frente a la existencia de principios y reglas en el derecho, aspecto en el que, de acuerdo con Rodríguez (1999), Kennedy (1997) plantea una tercera vía a través de la crítica a la adjudicación y a la necesidad de tomar en serio la ideología, en respuesta a la propuesta de tomar en serio los derechos de Dworkin.

En el marco de la discusión acerca de los principios y las reglas, Atienza (1991) plantea tres elementos que caracterizan su incorporación a los marcos jurídicos: la “fundamentalidad”, en virtud de la relevancia del principio que determina lo sustantivo y lo procedimental de las regulaciones; la “generalidad” en virtud de la abstracción y amplitud del precepto, y la “vaguedad” comprendida desde su grado de indeterminación (Ruiz, 2012).

En cuanto a la fundamentalidad, la búsqueda de la transparencia se ha convertido en una obsesión formal del legislador en Colombia, por decir lo menos, en cuanto a las aspiraciones de la sociedad por el cumplimiento del correcto ejercicio de la gestión pública.

En lo que corresponde al activismo legislativo se han producido múltiples normas orientadas hacia dicho fin, en desarrollo del principio de transparencia dispuesto por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, la generalidad y la vaguedad no son tan evidentes en virtud a los diseños normativos derivados del cumplimiento del principio, como la 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”, regula y delimita el alcance de la transparencia en la gestión contractual, asumiendo la necesidad de encasillar los principios a reglas y procesos particulares.

Para Dworkin (1984) el debate acerca de los principios y las reglas hace parte de su planteamiento teórico y de su crítica al positivismo, desde la manera como presenta la relación entre derecho y moral, y el debate por la discrecionalidad del juez, que termina siendo extensiva a los adjudicadores administrativos en el marco de la gestión contractual, a partir de la necesidad de motivar sus decisiones.

De acuerdo con el criterio de Dworkin (1984) el principio de transparencia para la gestión contractual corresponde a un principio de justicia o de moralidad en el marco de la actuación administrativa, y en igual sentido el operador administrativo y el judicial, ambos adjudicadores, están ligados al cumplimiento del principio jurídico como paradigma que integra el “campo jurídico”, en abierta contradicción a la supuesta “discrecionalidad judicial” promulgada por Hart (1968) y criticada por el teórico norteamericano.

Entre la valoración de la transparencia como principio o regla desde la ambigüedad de la Ley 80, y en general del marco jurídico de la contratación estatal en Colombia, Kennedy (1997) estipula que, en efecto, el adjudicador administrativo asume el principio o la norma de la transparencia desde su discrecionalidad y de manera conveniente, a partir de la regla de la motivación de los actos administrativos dispuesta por la Ley 80 de 1993 en el artículo 24 numeral 7, y expone ante la sociedad la adjudicación a la que quiere llegar, a partir de la instrumentalización del marco jurídico para sustentar su decisión.

¿Qué es la transparencia? Esta pregunta hubiese sido pertinente para los actores interesados de la sociedad colombiana que dan por sentado el concepto, sin haber hecho un análisis de los alcances y limitaciones de este. En ocasiones “principio”, en otras “regla”, de manera desprolija se aborda la transparencia, vinculándose a la necesidad de la selección objetiva y de la publicidad de las actuaciones de la administración.

Surge así mismo otro interrogante: ¿Es posible definir el concepto de la transparencia exclusivamente desde el marco jurídico? Y

así mismo: ¿Acaso otras disciplinas no se refieren a la transparencia de una manera compleja?

Para el filósofo Byung-Chul Hann (2015), en la Sociedad de la Transparencia, este concepto principalmente ha sido vinculado en las sociedades a la “libertad de información”, y se caracteriza por un imperativo totalizador de las sociedades contemporáneas, ávidas de información sin importar su contenido: más transparencia no significa mayor grado de verdad.

Continúa Hann con su crítica a la transparencia en la sociedad, y expone que considera que solo las máquinas son transparentes porque los individuos, los seres humanos, perderían su humanidad al renunciar a su espontaneidad. Para el filósofo la transparencia es el nuevo sinónimo de uniformidad, y cita a Freud: “El hombre ni siquiera para sí mismo es transparente” (Hann, 2015).

Concluye el filósofo coreano indicando que contar con mayor información no necesariamente garantiza tomar las mejores decisiones; indica que el cumplimiento de los fines sociales requiere de estrategias políticas que permitan su materialización y, por ende, al involucrar acciones estratégicas requiere de cierto grado de opacidad, puesto que “una transparencia total la paraliza”. Ante la ausencia de ideología, de estrategia y de política, se logra la estabilización del statu quo, aquel que los fines del Estado constitucional en el caso colombiano pretende modificar para cerrar la brecha generada por la desigualdad (Hann, 2015).

La demoledora crítica que realiza Hann (2015) a la transparencia invita a la reflexión acerca de todos los conceptos que son vinculados a la agenda pública de los Estados, y enaltece la necesidad de la deliberación pública en el marco de la democracia. En primer lugar, parece que el problema de la corrupción en Colombia estuviese ligado a la “falta de información”, concepto asociado a la transparencia.

Así mismo, se desestima la ausencia de capacidades técnicas en los territorios para el desarrollo de la función pública, el cual de ninguna

manera se supera exclusivamente con más información. En el presente caso, esta mirada desde la filosofía pone en entredicho el concepto de transparencia en relación con el sentimiento de la sociedad, generalizado por la búsqueda de procesos administrativos probos, dirigidos a garantizar los fines del Estado e intervenir las múltiples y complejas situaciones que afectan a las comunidades colombianas.

Continuando con la revisión de las regulaciones estipuladas para garantizar la transparencia, el Estado colombiano ha desarrollado un amplio marco regulatorio a nivel legislativo, a fin de garantizar la transparencia en la gestión contractual, los cuales se clasifican, para efectos ilustrativos, en tres categorías: transparencia y buen gobierno, ciudadanía, y vigilancia y control, donde se evidencia que el marco regulatorio acerca de la lucha por la transparencia se refiere a múltiples temas, como el derecho disciplinario (Forero, 2006).

**Tabla 1. Marco legislativo en búsqueda de la Transparencia**

## **1. TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO**

### **Contratación (6)**

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

Ley 1150 de 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”.

Ley 1450 de 2011, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.

Ley 1508 de 2012, “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1882 de 2018, “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”.

*Tabla 1 (cont.)*

Ley 2014 de 2019, “Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones”.

#### **Declaraciones anticorrupción (4)**

Ley 190 de 1995, “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”.

Ley 412 de 1997, “Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996)”.

Ley 668 de 2001, “Por medio de la cual se declara anualmente el 18 de agosto como Día Nacional de la Lucha Contra la Corrupción”.

Ley 970 de 2005, “Por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003”.

#### **Recursos Públicos (2)**

Ley 617 de 2000, “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.

Ley 819 de 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”.

#### **Buenas Prácticas (12)**

Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

Ley 951 de 2005, “Por la cual se crea el acta de informe de gestión”.

*Tabla 1 (cont.)*

Ley 962 de 2005, “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”.

Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Ley 1475 de 2011, “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1712 de 2014, “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1755 de 2015, “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Ley 1778 de 2016, “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”.

Ley 1828 de 2017, “Por medio de la cual se expide el Código de Ética y Disciplinario del Congresista y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1909 de 2018, “Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes”.

Ley 1958 de 2019, “Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo entre la República de Colombia y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) sobre Privilegios, Inmunidades y Facilidades otorgados a la Organización”, suscrito en Punta Mita, México, el 20 de junio de 2014”.

Ley 2013 de 2019, “Por medio del cual se busca garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia y publicidad mediante la publicación de las declaraciones de bienes, renta y el registro de los conflictos de interés”.

Tabla 1 (cont.)

**2. CIUDADANÍA Y CONTROL SOCIAL (3)**

Ley 134 de 1994, “Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana”.

Ley 850 de 2003, “Por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas”.

Ley 1757 de 2015, “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática”.

**3. CONTROL Y VIGILANCIA INSTITUCIONAL****Autocontrol (2)**

Ley 87 de 1993, “Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”.

Ley 872 de 2003, “Por la cual se crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios”.

**Control Fiscal (5)**

Ley 106 de 1993, “Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la auditoría externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el sistema de personal, se desarrolla la carrera administrativa especial y se dictan otras disposiciones”.

Ley 330 de 1996, “Por la cual se desarrolla el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales”.

Ley 610 de 2000, “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

Ley 678 de 2001, “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”.

Ley 1416 de 2010, “Por medio de la cual se fortalece al ejercicio del control fiscal”.



*Tabla 1 (cont.)*

**Control Disciplinario (7)**

Ley 200 de 1995, “Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”

Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.

Ley 821 de 2003, “Por la cual se modifica el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 - Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales”.

Ley 836 de 2003, “Por la cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”.

Ley 1015 de 2006, “Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional”.

Ley 1367 de 2009, “Por la cual se adicionan unas funciones al Procurador General de la Nación, sus delegados y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1952 de 2019, “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el Derecho Disciplinario” (Aplicable desde el 1/07/2020)

**Control Penal (10)**

Ley 273 de 1996, “Por la cual se modifica el Reglamento del Congreso en cuanto al juzgamiento de altos funcionarios”.

Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.

Ley 906 de 2004, “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Ley 938 de 2004, “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.

Ley 1407 de 2010, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

*Tabla 1 (cont.)*

Ley 1474 de 2011, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

Ley 1573 de 2012, “Por medio de la cual se aprueba la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora en París, República Francesa, el 21 de noviembre de 1997”.

Ley 1708 de 2014, modificada por la Ley 1849 de 2017, “Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio”.

Ley 1760 de 2015, modificada por la Ley 1786 de 2016, “Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad”.

Ley 1762 de 2015, “Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal”.

*Fuente:* (Morales, 2014) - Elaboración propia.

Después de la Ley 80 de 1993 el legislador colombiano ha procedido a expedir cincuenta (50) leyes relacionadas con la búsqueda de la transparencia y la cero tolerancia contra la corrupción, como respuesta a la aspiración/reclamación de la sociedad, inflación normativa descrita por Monroy (2011) que puede ser considerada como un fenómeno contraproducente de cara a la seguridad jurídica y a la capacidad de los adjudicadores de contener todas las reglamentaciones dispuestas por el legislador, así como la presunción del conocimiento de los marcos regulatorios por parte de los actores interesados en la gestión de procesos contractuales.

Estas expectativas o aspiraciones ciudadanas se encuentran documentadas en las exposiciones de motivos de la mayoría de las normas relacionadas. En el caso de la Ley 190 de 1995, “Por medio del cual se adopta el Estatuto contra la Corrupción”, su exposición de motivos comienza manifestando lo siguiente:

“Desde el mes de octubre del año anterior, los senadores de la Nueva Fuerza Democrática iniciamos en la Comisión Sexta del Senado una serie de foros, tendientes a buscar las causas que han llevado a la sociedad colombiana a perder fe en sus dirigentes y en sus instituciones. Teníamos como propósito buscar alternativas que le devolvieran a los colombianos la credibilidad en su gobierno y en sus instituciones. Con posterioridad a la celebración de estos foros, tuvimos la oportunidad de conocer situaciones, de repasar muchos documentos, de conocer experiencias similares de otros países y en especial de haber podido dialogar con muchas personas a las que les “duele” Colombia, y quieren hacer algo porque el país logre salir de la encrucijada en la que se encuentra en la actualidad”.  
(Ley 190 de 1995)

La manera como se presenta el texto citado refleja cierto grado de desesperación y frustración por parte del legislador, el cual no debe sorprender al lector de la presente investigación, puesto que coincide en partes descritas por la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, y la incesante búsqueda por la transparencia en el sector público.

Este mismo sentimiento es compartido por la exposición de motivos de la Ley 412 de 1997, al catalogar la corrupción como un “problema sistémico” que amenaza el desarrollo de los Estados; la exposición de motivos de la Ley 970 de 2005 que ratifica el compromiso del Estado colombiano en la lucha contra la corrupción como un problema con alcance internacional, e incluso mediante la Ley 668 de 2001 Colombia instauró el 18 de agosto como el “Día nacional de la lucha contra la corrupción”, y que en su exposición de motivos destaca la necesidad de “Promover y estimular la lucha contra la corrupción”.

En consecuencia, se procede a revisar los motivos y contenidos de los marcos regulatorios definidos en la categoría de transparencia y buen gobierno-contratación, sin olvidar que, previo a la expedición de la Ley 1150 de 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993”, se expidieron normas

en relación con la lucha contra la corrupción como la Ley 190 de 1995, “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”. Nótese la proclama en el Título de la Ley: “(...) Erradicar la corrupción administrativa”, título que genera preguntas como: ¿Es posible “erradicar la corrupción administrativa”? O, en otros términos, ¿Alguna sociedad ha erradicado la corrupción administrativa?

Respecto de la incorporación de la Ley 1150 de 2007 se debe tener presente que dicha norma, modificatoria de la Ley 80 de 1993, se realizó en el marco de ponerse a la par respecto de arreglos institucionales mundiales que moldeaban la dinámica económica, como la globalización y la libre competencia (Araujo, 2011).

En lo concerniente a la categoría de transparencia y buen gobierno-contratación la Ley 1150 de 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”, en su exposición de motivos se observa una clara intención de responder a incrementos en los costos de transacción derivados de situaciones asociadas a hechos de corrupción. En la propia exposición de motivos se hace mención a una encuesta desarrollada por el Banco Mundial acerca de la percepción de empresarios sobre el fenómeno de la corrupción en la contratación pública, donde ellos consideran que el valor promedio del soborno en los contratos estatales oscila entre el 19% del total.

De otra parte, la exposición de motivos de la modificación a la Ley 80 de 1993 coincide con los argumentos que llevaron a la expedición del régimen de contratación estatal, al reconocer, una vez más, la corrupción en los procesos de contratación estatal. Se reitera que esta apreciación dista de ser novedosa y termina convirtiéndose en una realidad, y de igual manera en un lugar común respecto de los marcos jurídicos que promueven la transparencia y la cero tolerancia con la corrupción.

Al respecto, la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 determina que, ante la existencia de actos de corrupción en la contratación estatal, urge la realización de iniciativas para otorgar transparencia a la gestión contractual. Es así como la ley plantea diferentes mecanismos de selección objetiva considerando la cuantía y el objeto del contrato, enfatizando en el cumplimiento de los principios de “Transparencia, Economía y Responsabilidad” (Ley 1150 de 2007, art. 2°, párrafo).

Uno de los hitos más importantes en la búsqueda de la transparencia por parte del Estado colombiano lo contempla el párrafo 7 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, la cual menciona a la “Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente”, y le otorga facultades como la promoción de “acuerdos marco de precios” y la elaboración de los “pliegos tipo”, con el ánimo de estandarizar la gestión contractual en todo el país.

La creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública, a través del Decreto 4170 de 2011, en desarrollo de la capacidad otorgada por el legislador mediante la Ley 1444 de 2011, “Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, es constituida como una Unidad Administrativa Especial con personería jurídica, adscrita al Departamento Nacional de Planeación, con el propósito de desarrollar una política integral para el Estado colombiano de cara a una gestión contractual que materialice el cumplimiento de los principios de eficiencia y transparencia, en consonancia con otros entes estatales que han optado por la constitución de un organismo técnico que determine lineamientos de política pública en materia contractual (Safar, 2017).

Acerca de la Agencia Nacional de Contratación Pública, también conocida como Colombia Compra Eficiente, se debe afirmar que en la práctica de la gestión contractual se ha convertido en un referente para las organizaciones públicas en virtud de la política de gestión contractual

que ha diseñado para el Estado colombiano, especialmente en frentes tales como la promoción de la libre concurrencia, elaboración de circulares, manuales, y la consolidación de herramientas electrónicas en línea para garantizar la publicidad de la gestión contractual.

Algunas de las plataformas en línea ofrecidas por el sistema son el Sistema Electrónico de Compas Públicas SECOP I y SECOP II, Tienda Virtual del Estado Colombiano, y compras a través de Grandes Superficies. Así mismo, se encuentra la plataforma compiladora de normas y jurisprudencia sobre contratación “SÍNTEISIS”, entre otros servicios como capacitaciones y mesa de servicio.

Sin embargo, a pesar de convertirse en referente de la gestión contractual, Colombia Compra Eficiente para las entidades públicas, especialmente mediante el uso de la plataforma SECOP I y II, donde debe cargarse todos los documentos expedidos por las entidades públicas en la etapa precontractual, contractual y posterior, garantizando de manera amplia el principio de publicidad, lo cierto es que a pesar de esta gran cantidad de información disponible para la ciudadanía, la corrupción en el campo contractual sigue siendo una problemática álgida.

De otra parte, existe controversia frente a la pretensión del ejecutivo de consolidar a Colombia Compra Eficiente como el ente regulador de la contratación estatal, puesto que dicha facultad reglamentaria de la actividad administrativa es propia de las competencias legislativas, y en determinados casos de la Presidencia de la República, cuando así el legislador lo considere, más aún en el marco de un Estado descentralizado que reconoce autonomía a sus entidades, entre ellas las territoriales.

La Corte Constitucional (2017) ha terciado en la discusión y ha definido que Colombia Compra Eficiente es un ente que genera doctrina en materia de gestión contractual, y que además brinda apoyo a los entes territoriales sobre la materia, lo que le permite constituirse en un ente promotor de políticas públicas acerca de la contratación estatal, con excepción de la expedición de los pliegos tipo, facultad reglamentaria otorgada por el

parágrafo 7 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 1882 de 2018, “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones” (Sentencia C-004).

Lo anterior evidencia un problema de diseño estructural de una institución que ha transformado la gestión contractual en el Estado colombiano que, a pesar de no contar con las facultades reglamentarias propuestas, se ha convertido en referente para las entidades públicas que acuden a Colombia Compra Eficiente para aclarar dudas en materia de gestión contractual. Una alternativa para la promoción de buenas prácticas podría estar encaminada en el fortalecimiento de la agencia y su descentralización, con el fin de fortalecer las capacidades técnicas de las instituciones públicas en todo el país, en procura de fortalecer el talento humano de las entidades públicas, especialmente de los más de mil municipios que no cuentan con un equipo de profesionales que adviertan a los ordenadores del gasto acerca de la importancia de la planeación contractual: la desigualdad no solo se mide en términos sociales, también en capacidad técnica, pudiéndose encontrar brechas entre las ciudades capitales y los demás municipios.

Continuando con el marco jurídico en materia de gestión contractual en búsqueda de la transparencia, la Ley 1450 de 2011, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014”, modifica la modalidad de contratación a través de la mínima cuantía para convertirla en un mecanismo más expedito en cuanto al procedimiento. Esta norma es particular ya que se presenta en el marco de un Plan de Desarrollo, lo cual genera interrogantes acerca de la unidad de materia y de la pertinencia de la modificación normativa en contratación estatal, y, por otro lado, puesto que usualmente el legislador colombiano tiende a complejizar y no a simplificar los procesos contractuales, convirtiéndose esta modificación en un caso exótico de simplificación de cara a la gestión contractual.

De otra parte, el Decreto 1082 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación

Nacional”, presenta la naturaleza de Decreto Compilatorio como parte de la iniciativa promovida por el CONPES 3816 de 2014, denominado “Mejora Normativa: Análisis de Impacto”, que a su vez está fundamentado en virtud del estudio realizado por la OCDE acerca de la política regulatoria en el Estado colombiano, como parte del proceso de incorporación de la República de Colombia a dicha organización multilateral, la cual se materializó el 28 de abril de 2020, luego de realizar reformas estructurales requeridas por la organización en el marco de su proceso de adhesión.

El Decreto 1082 de 2015 es particular porque recoge los decretos reglamentarios expedidos por el gobierno para compilarlos en una norma que, de acuerdo con su parte considerativa, es consecuente con el ejercicio de “racionalización y simplificación” necesarios para profundizar la certeza jurídica.

Parte de la lógica jurídica del Estado colombiano respecto a la certeza jurídica se relaciona con la proliferación de marcos regulatorios estableciendo una relación directa entre el número y volumen de las normas, y la certidumbre legal. En ese sentido, la “simplificación normativa” es ambigua, puesto que no es claro si consiste en la supresión de normas, en la reducción de normas o en una simple aglutinación de regulaciones.

Respecto de la supresión o depuración normativa el Decreto 1082 de 2015 no cumple con esta premisa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 3.1.1. denominado “derogatoria integral”, la cual advierte la derogatoria de las disposiciones reglamentarias del sector Planeación con contadas excepciones. Esta derogatoria es formal puesto que, al tratarse de un decreto compilatorio, lo que hace es copiar regulaciones existentes e integrarlas en una sola norma, en consecuencia, este ejercicio desplegado por la Presidencia de la República en el marco de sus funciones reguladoras no analiza su contenido en aras de optimizar las disposiciones legales del sector.

Acerca de la depuración normativa, al no analizar los contenidos normativos no se realiza una selección rigurosa de las disposiciones



legales; por el contrario, a partir de la implementación del Decreto 1082 de 2015, para lo concerniente al Título 1, “Contratación Estatal”, de la Parte 2, “Reglamentaciones”, se cuenta la modificación del decreto a través de otros decretos normativos: Decretos 1676 de 2016, 2100 de 2017, 392 de 2018, 342 de 2019, 1974 de 2019, 2096 de 2019 y 594 de 2020. De manera particular sobre este último, el inciso final de las consideraciones para su expedición advierte la necesidad de integrar esta norma al Decreto 1082 de 2015, sin evitar la oportunidad para recalcar en la importancia de este marco regulatorio para la promoción de la transparencia (documentos tipo para la contratación de la construcción de infraestructura de transporte).

Por lo tanto, dado que no hay depuración ni reducción normativa, el Decreto 1082 de 2015 es un instrumento normativo compilatorio que ni racionaliza ni simplifica el marco jurídico, limitándose a la agregación de regulaciones en un compendio que, como se anunció, ha sido modificado en lo concerniente a Contratación desde el 2015, en siete ocasiones en un periodo de cinco años (diciembre 31 de 2020).

En relación con los instrumentos que proyecta el Decreto 1082 de 2015 en materia de la promoción de la transparencia, se encuentra una serie de obligaciones para las entidades públicas relativas con la publicación de los expedientes precontractuales en la plataforma SECOP (Sistema Electrónico de Compras Públicas), al igual que la generación de instrumentos dirigidos a brindar información acerca de las compras estatales.

El primer instrumento es el denominado “Plan Anual de Adquisiciones”, según el artículo 2.2.1.1.1.4.1, es una matriz en la cual se presenta información donde se expresa la intención de compras públicas por parte de las entidades estatales.

Este plan de compras solo tiene como finalidad anunciar a los proponentes la eventual realización de compras públicas. No es obligatorio realizar todas las compras comunicadas, pero sí es obligatorio que todas las compras realizadas se encuentren anunciadas en el Plan. Ahora, si una entidad “de repente” requiere adquirir una compra no planificada,

basta con que proceda a modificar el plan de compras publicado, lo que le permite iniciar el proceso precontractual.

En ese sentido, el Plan de Compras no necesariamente cumple con las expectativas de planificación ante su volátil destino, y la publicidad que se realiza podría suplirse con el aviso de convocatoria dispuesto, pero sí se convierte en una formalidad más para las administraciones estatales; un requisito más en aras de “garantizar” la pretendida transparencia.

Para continuar garantizando la transparencia, se instituye el Registro Único de Proponentes de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.5.1., constituido a partir de la Ley 1150 de 2007, reglamentado por el Decreto 1510 de 2013 y compilado por el Decreto 1082 de 2015 en el artículo 2.2.1.1.1.5.1.

Dicho artículo inicia la subsección 5 en la cual se reglamenta lo concerniente al RUP, como base de datos en la que deben estar inscritas todas las personas tanto naturales como jurídicas que pretendan participar en procesos de selección objetiva. Si bien es cierto esta investigación abordará lo concerniente a la selección objetiva, es el momento de referirse al RUP como instrumento promotor de transparencia.

La racionalidad con la que funciona el marco jurídico de la contratación estatal establece que con la creación del RUP se fortalece la transparencia al incorporar la información relativa a la experiencia, la “capacidad jurídica”, la “capacidad financiera” y la “capacidad organizacional” de los proponentes en un registro público. Lo cierto es que las personas naturales o jurídicas que se han visto envueltas en escándalos de corrupción en materia de contratación estatal encuentran en el RUP en un formalismo más que cumplir para efectos de materializar su empresa criminal.

De otra parte, el RUP es administrado por las Cámaras de Comercio, las cuales han logrado instituir una nueva línea de negocio alrededor de la inscripción del RUP por parte de los proponentes, quienes tienen que pagar la suma de \$587.000 pesos colombianos para su inscripción (0.64

SMLMV), y \$314.000 para su renovación (0.34 SMLMV), de acuerdo con las cifras de la Cámara de Comercio de Bogotá para la vigencia 2021.

Lo anterior, para el caso de las MIPYMES debe ser considerado como un obstáculo más para efectos de concurrir a los procesos de selección a través de licitación pública o selección abreviada, donde el aportar el certificado de inscripción del RUP por parte de los proponentes es obligatorio so pena de rechazo de la propuesta (Ley 1882 de 2018, art. 5°). La expedición del certificado también tiene un costo de \$53.000 (CCB, 2021).

Sin embargo, en los procesos de selección objetiva como licitaciones o selecciones abreviadas donde es obligatorio el uso del RUP, los concurrentes deben aportar los certificados de experiencia y los relativos a la capacidad financiera y organizacional, con el fin de ser verificados por el comité evaluador en contraste con la información que reposa en el Registro. Es así como el RUP se convierte en un documento más de los expedientes físicos o digitales presentados por los proponentes, diluyendo su intención de promover la transparencia.

Por otro lado, el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, promotor de la transparencia en los procesos de la contratación pública, obliga a los servidores públicos a publicar toda la información concerniente al expediente precontractual y contractual en la plataforma SECOP I/II.

Los servidores estatales se ven obligados a realizar esta publicación en el término de tres (3) días, so pena del incumplimiento de los deberes legales, aspecto que genera efectos para el proceso de selección como individuales en cuanto a la responsabilidad del servidor.

Respecto de los primeros, la omisión de la publicación de documentos tales como el acto de apertura del proceso de selección, las enmiendas, las observaciones y respuestas a las mismas, afectan el debido proceso de los concurrentes y no son oponibles en la medida de la ausencia de publicación. Por tal motivo, la falencia en la publicidad oportuna puede

generar la nulidad del proceso de selección por coartar los derechos de los concurrentes a participar, a presentar objeciones y a conocer el estado del proceso en términos generales.

La comisión de errores por parte de las organizaciones públicas en términos de publicidad es un instrumento empleado por los concurrentes o personas con intereses particulares en la selección. Bajo tal escenario, podría argumentarse que la publicidad en los procesos de selección estatal fortalece el debido proceso de los concurrentes y de las organizaciones interesadas en los procesos de selección (que no necesariamente son organizaciones transparentes), pero eso no quiere decir que se fortalezca la transparencia per se, puesto que las organizaciones criminales, quienes son adjudicatarias de los procesos de selección, sortean esta etapa con éxito.

Ahora, queda abierto el debate acerca de las debilidades y limitaciones de las organizaciones estatales para dar estricto y oportuno cumplimiento a los requerimientos normativos, y a la ritualidad exegética y solemne de los procesos de selección, características que no van a la par de la dinámica de las necesidades sociales.

¿La corrupción en la contratación estatal en Colombia se genera por la ausencia de publicidad? La tesis de esta investigación considera que no es así.

### **2.1.3 GARANTIZAR LA SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA**

La tercera motivación expresada por el legislador para contar con un estatuto de contratación, respecto del cual se desplegará una serie de reglamentaciones adicionales, complementarias y modificatorias, es la necesidad de realizar procesos de escogencia del contratista bajo criterios objetivos.

Lo anterior de acuerdo con lo señalado por la exposición de motivos del proyecto de ley que dio origen a la Ley 80 de 1993, el cual plantea

como argumento principal, para incorporar al catálogo de principios de la contratación pública, la necesidad de que el servidor público, en ejercicio de la buena fe, simplifique los trámites, exigencias y procesos, y por ende escoja de manera objetiva los contratistas estatales (E.M. Ley 80 de 1993).

Resulta ambiguo que la fundamentación del legislador para vincular la selección objetiva parta de la buena fe del servidor público. De acuerdo con Carretero (2003), la buena fe se considera un principio general del derecho que se asume por parte del ciudadano en el marco de la expectativa que tiene frente al actuar de sus pares, y especialmente de las organizaciones públicas, es decir, el ciudadano considera que el servidor público desarrolla sus actuaciones bajo el principio de buena fe, entendiendo su alcance como el ejercicio del derecho carente de abuso, conforme a los parámetros jurídicos.

Si la sociedad presume el comportamiento ajustado a derecho o la buena fe del adjudicador, en principio no sería necesario establecer reglas de selección del contratista, puesto que el adjudicador administrativo, en cumplimiento de su deber legal, que no es otro diferente a la búsqueda de las finalidades del Estado y el ejercicio del derecho bajo el principio de la buena fe, tomaría decisiones jurídicas que favorezcan el interés público. No obstante, el legislador considera que, más allá de la buena fe expresada por el servidor público en su papel de adjudicador administrativo, debe estar prevista de un marco normativo que constituya la selección objetiva como criterio de corrección para evitar el abuso del derecho: la buena fe impuesta por la norma.

Kennedy (2002), al referirse a la fe en el derecho, expone cómo este criterio se convierte en un aspecto netamente argumentativo que sirve a los intereses de la apuesta jurídica que se pretende hacer imponer. La buena o mala fe plantea un escenario donde una de las actitudes es la incorrecta, hasta que llega un argumento jurídico que da explicación a dicho fenómeno que en principio parecía incorrecto, tal como le ocurrió cuando le plantearon “ajustar” su posición acerca de la regulación antimonopolio de manera conveniente a los intereses de su cliente.

Sin embargo, en el análisis que hace el legislador sobre la importancia de la buena fe como principio de actuación de los servidores públicos en el marco de la exposición de motivos del proyecto de Ley 80, da por sentado el alcance del concepto de la buena fe asumiéndolo como deseable para garantizar el ejercicio de la gestión contractual por parte del administrador, por ende, la consagración expresa de la aplicación del principio de buena fe del servidor público podría entenderse como un manto de duda que se siembra sobre el proceder del administrador, hasta el punto de tener que incorporar dicho principio como regla de comportamiento.

Sumado a lo anterior, la ambigüedad se profundiza cuando el legislador pretende que el adjudicador actúe de buena fe en la selección del contratista, pero le impone una serie de “trámites, requisitos y procedimientos” adicionales, dejando de lado la buena fe bajo el sentido del cumplimiento de los fines del Estado y del interés público para limitarse al cumplimiento de la norma, es decir, la buena fe no como principio, sino como consecuencia de la aplicación normativa.

Esta tensión entre buena fe como principio o finalidad no permite concluir si en efecto el legislador pretende que el servidor público actúe de buena fe, y por ello alimenta el marco jurídico que facilite su materialización, o si, por el contrario, existe cierta duda acerca del comportamiento de los servidores públicos respecto de la gestión contractual, que se pone de presente en los antecedentes de la exposición de motivos al referirse al “entramamiento” del despliegue de la administración (E.M. Ley 80 de 1993).

De manera descriptiva se podría advertir que el legislador requiere la simplificación de “trámites, normas y procedimientos” para que el servidor público actúe bajo el principio de buena fe en los procesos de selección del contratista, y para ello impone nuevos trámites, normas y procedimientos dirigidos a garantizar la selección objetiva del contratista, como resultado de la buena fe del ordenador del gasto.

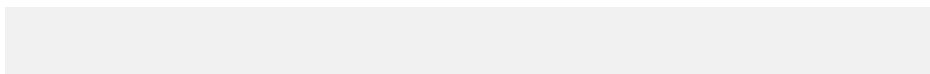
La Ley 80 de 1993 hace énfasis en la necesidad de realizar procesos de selección objetiva de los contratistas, como garantía del principio de

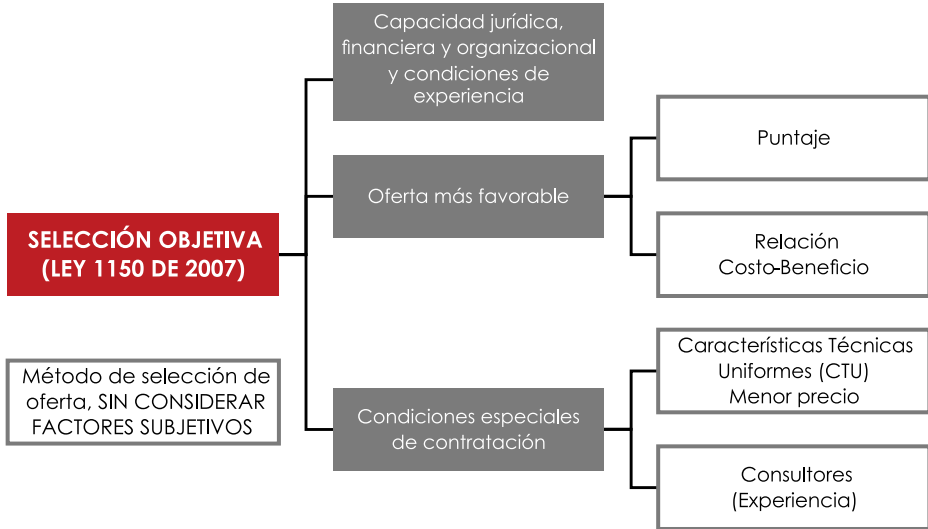
transparencia, por lo que en el artículo 24 del régimen de contratación estatal, referente a la transparencia, procede a incorporar en el numeral 8 una alusión expresa de la selección objetiva, asociada al estricto cumplimiento del deber y la persecución de los fines estatales, dejando claro que es obligatoria la selección objetiva.

Esta manifestación normativa liga el comportamiento del servidor público frente a los procesos de selección y adjudicación administrativa en materia contractual al cumplimiento de la buena fe, limitando el ejercicio de la función pública al cumplimiento de los marcos legales. Al hacer un análisis literal de la norma el estatuto se refiere expresamente al cumplimiento de “los fines previstos en la ley” (Ley 80 de 1993, art. 24, num. 8), lo que siembra la duda acerca del tratamiento que el legislador otorga a los parámetros constitucionales. ¿La Constitución de 1991 fue excluida o se está igualando la jerarquía normativa de la Constitución a la ley? Ambos escenarios presentan problemas en su ejecución.

Por otro lado, el legislador da por sentado que la selección objetiva como mecanismo de selección del contratista garantiza el cumplimiento de los fines previstos en la ley, lo anterior basado en lo descrito por el artículo 25 de la Ley 80, al dejar claro que la selección objetiva permite la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, criterio acerca del cual se hizo referencia previamente, aduciendo factores tales como la calidad, el costo y el beneficio, que se limitan a la compra del bien, sin considerar factores de redistribución, desarrollo local e impacto social respecto de la inversión pública.

¿Qué es la selección objetiva? El marco jurídico colombiano realiza un desarrollo conceptual de esta figura en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007. A continuación, se presenta un esquema donde se expone el concepto normativo de la selección objetiva moldeado por el legislador colombiano.



**Figura 2. Concepto normativo de selección objetiva**

Fuente: Elaboración propia, basado en la Ley 1150 de 2007.

En primer lugar, nótese cómo el concepto de selección objetiva se define, por parte del legislador, indicando que corresponde a la selección más favorable de una oferta, reprobando la selección subjetiva, asociándola a prácticas no favorables para la entidad pública. No se dan detalles precisos que expliquen la relación directa entre selección objetiva y oferta más favorable, aunque, como se anunció previamente, esta relación es implícita al entender la oferta más favorable como un asunto de competencia y libre mercado.

La contradicción inicial de este concepto surge cuando se analiza la selección subjetiva como aspecto que se aparta de la oferta más favorable para la entidad, puesto que para el año 2019, de acuerdo con Colombia Compra Eficiente, el 72,5% de los contratos suscritos de la contratación estatal corresponde a contratación directa, es decir procesos de selección subjetiva. En ese sentido, el principal mecanismo de selección de contratistas en el Estado colombiano es la contratación de prestación de servicios de apoyo a la gestión (Colombia Compra Eficiente, 2020).

De otra parte, destacados doctrinantes han incursionado en el debate de asumir la selección objetiva más allá del principio, como



deber. Expósito (2019) indica en su artículo “El deber de selección objetiva”, lo siguiente:

“(…) la norma relativa a la selección objetiva de contratistas se le considera como uno de los principios de la contratación estatal (….) antes que un principio; constituye un auténtico deber de la administración pública a la hora de escoger a sus contratistas”. (Expósito, 2019)

Justifica este punto de vista aludiendo a los principios como “mandatos de optimización” y a las reglas como “mandatos definitivos” (Expósito, 2019).

Para Miranda (2015) tanto los principios como las reglas son componentes del ordenamiento jurídico, en la medida en que los principios se constituyen en lineamientos generales que orientan el accionar del servidor público, entretanto la regla establece un mandato absoluto de aplicación que debe ser cumplido de manera literal por el adjudicador.

Sin embargo, el Consejo de Estado (2015) ha intervenido en la discusión, indicando que es el marco jurídico quien asume la doble connotación de principio y deber de la selección objetiva para los servidores públicos, en especial por los adjudicadores administrativos, basado en el ánimo del legislador por obtener como resultado la selección de la mejor oferta para la administración, de manera transparente y en concordancia con una actuación de la administración pública, que a su vez garantiza el cumplimiento de los fines del Estado.

Asumir la selección subjetiva como un método de selección favorable a las entidades públicas sin reconocer la realidad que describe Colombia Compra Eficiente (2019) en su informe sobre el desempeño de SECOP II, es asumir que la mayoría de contratos estatales se adjudican a través de ofertas que no son favorables a las entidades y que no persiguen los fines de la ley, lo cual contraría la realidad, en el entendido que los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión se han convertido en

métodos de vinculación clave para la prestación de servicios, el apoyo al cumplimiento de las funciones públicas y la atención a las poblaciones más vulnerables por parte de las entidades públicas, y en especial por parte de las entidades territoriales quienes presentan limitaciones a la hora de vincular colaboradores, tal como lo exponen Torres y Vela (2020) en su investigación acerca de los mecanismos de vinculación de profesionales del derecho en los entes territoriales de Risaralda, Dosquebradas y Pereira, encontrando en este último municipio que la secretaría jurídica cuenta con 7 servidores públicos, y con 45 contratistas vinculados mediante contratos de prestación de servicios.

De otra parte, el artículo relaciona condiciones propias de las propuestas y sus oferentes respecto de la capacidad jurídica, financiera y administrativa, sumado a las condiciones de experiencia del proponente. Según Colombia Compra Eficiente (2018), la capacidad jurídica se comprende desde dos aspectos: la posibilidad de celebrar contratos con entidades estatales, y no encontrarse inmersa en inhabilidades o en incompatibilidades. Respecto de la capacidad para celebrar contratos, se debe diferenciar a la Persona Natural (PN) de la Persona Jurídica (PJ).

Para la PN basta con que tengan 18 años, y que no se hallen incurso de inhabilidad o incompatibilidad definida de manera expresa de la ley. Para la PJ debe considerarse el objeto social para la que se formó, que el representante legal se encuentre autorizado para suscribir contrato que obligue a la PJ, y que no se encuentre inhabilitada o en curso de incompatibilidad. Además de lo anterior, existe la posibilidad de que el proponente sea plural, es decir, que participe como consorcio o unión temporal. En ambos casos los integrantes del proponente plural deben cumplir con los parámetros descritos en su condición de PN o PJ.

Según Colombia Compra Eficiente (2018), el proponente debe tener presente que algunas actividades requieren autorización especial expresa por parte de las autoridades competentes, por lo que debe contarse con dicha autorización. De igual manera los proponentes deben estar habilitados en el ejercicio de su profesión.

Las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para contratar se encuentran descritas en el marco jurídico colombiano, diseminado en varios referentes normativos, como la Ley 80 de 1993 en su artículo 8°, el cual se complementa con lo dispuesto por los artículos 3°, 5° y 9° de la Ley 1474 de 2011, al igual que el Código Disciplinario Único y las Leyes 142 de 1994, 472 de 1998, 489 de 1998, 610 de 2000, 617 de 2000, 689 de 2001, 828 de 2003, 1148 de 2007, 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

Por otro lado, según Colombia Compra Eficiente (2018) la capacidad financiera se refiere a una serie de indicadores que evidencian el estado de las finanzas de las personas y las organizaciones. En él se establecen tres indicadores principales a saber: “índice de liquidez”, “índice de endeudamiento” y “razón de cobertura de intereses”. La entidad encargada del proceso de selección debe determinar a partir de un mínimo “índice de liquidez” y un máximo “índice de endeudamiento” y de “cobertura de intereses” para habilitar al proponente. Se aclara que, conforme con el objeto de la contratación, se puede adicionar otro tipo de indicadores.

Por último, la capacidad organizacional, al igual que la capacidad financiera, también se refiere a una serie de indicadores que pretenden determinar la posibilidad del cumplimiento del objeto contractual por parte del proponente a partir de su potencial operativo. Según Colombia Compra Eficiente (2008) los indicadores de capacidad organizacional son la “rentabilidad sobre patrimonio”, la cual define el potencial del proponente para promover utilidades operacionales respecto de su patrimonio, y la “rentabilidad sobre activos” que a su vez define la posibilidad de promover utilidades operacionales sobre sus activos.

La entidad encargada del proceso de selección debe determinar a partir de un menor “índice de rentabilidad de patrimonio” y de “rentabilidad del activo” para habilitar al proponente. Al igual que con los indicadores de capacidad financiera”, el índice de capacidad organizacional también cuenta con otros indicadores.

En cuanto a la experiencia, es definida como la participación en objetos contractuales similares o idénticos. Los proponentes deben

inscribirse y mantener actualizada la información en el Registro Único de Proponentes con el fin de presentar dicho certificado en las modalidades de licitación pública y selección abreviada. Para efectos de analizar la experiencia, la misma debe ser relativa y adecuada al objeto, el alcance, las actividades contractuales y el valor (Colombia Compra Eficiente 2018).

Por último, el régimen de contratación plantea cuáles son las variables que deben orientar la selección objetiva en procesos específicos. Para el caso de las compras realizadas de elementos con “Características Técnicas Uniformes” debe primar el menor precio ofertado por los concurrentes, una vez habilitados. De otra parte, para las consultorías prevalece la experiencia de los proponentes como evidencia de calidad para efectos de garantizar la oferta más conveniente para la entidad pública.

Hasta el momento el marco jurídico colombiano estructura de manera elaborada y detallada el proceso de selección de los contratistas para obtener la oferta más conveniente para las entidades públicas. Parece un sistema infalible que además está acompañado por una colección de manuales disponibles para los servidores públicos, con el fin de lograr la deseable selección objetiva como sinónimo de eficiencia y transparencia en la gestión pública.

Uno de los límites de este trabajo doctoral tiene que ver con la eficiencia en la contratación pública, el cual no aparece como concepto a ser desarrollado, sin embargo, ante la crítica realizada hasta el momento al diseño normativo de la contratación estatal, y de manera concreta a la selección objetiva, es necesario mencionar el artículo de Safar (2009), en el que considera la selección objetiva como ineficiente en virtud de los criterios contradictorios que propone la Ley 1150 de 2007 en cuanto a la selección objetiva del contratista, al poner en segundo lugar la fortaleza administrativa y financiera de las organizaciones, así como su experiencia, respecto de la selección por el menor precio en los contratos de “Características Técnicas Uniformes”.

Safar (2009) concluye advirtiendo que la preferencia por la transparencia orientada a reducir la posibilidad de volcar los procesos de selección a

un proponente en concreto es una política implementada de manera reactiva mas no reflexiva, dado que impide seleccionar las ofertas a partir de la calidad y del precio, planteadas por los proponentes a partir de decisiones racionales.

La política de selección objetiva y su desarrollo normativo no se agota con la expedición de la Ley 1150 de 2017; la Ley 1508 de 2012 en su artículo 12 establece criterios para la selección objetiva de los proponentes para las asociaciones público-privadas de iniciativa pública, aludiendo a los conocidos factores habilitantes como la capacidad técnica, administrativa, financiera y oferta económica. Por su parte, la Ley 1882 de 2018, “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, (...)”, se refiere a aspectos procedimentales para fortalecer la transparencia.

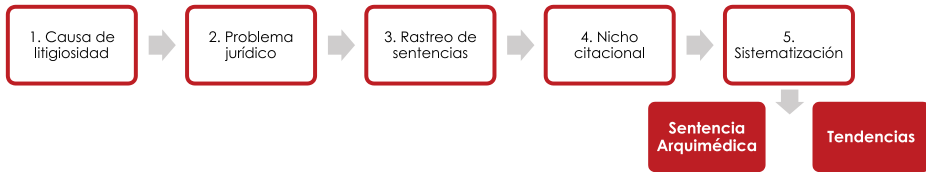
La Ley 2014 de 2019, “Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones”, fortifica las sanciones penales derivadas de actos de corrupción en materia de contratación estatal, como respuesta a la necesidad de transparencia y rectitud en el ejercicio de la gestión pública por parte de servidores públicos y contratistas.

## **2.2 TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES ACERCA DE LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Con el fin de complementar el análisis finalista del marco jurídico a partir de la posición de la Corte Constitucional, se empleará la “Técnica de investigación de la línea jurisprudencial” del “análisis dinámico de precedentes” (López, 2006). Lo anterior puesto que al analizar el marco normativo se ha interpretado la intención del legislador al promover la selección objetiva como principio orientador de la contratación estatal, se acerca a los postulados de la publicidad, la transparencia y la legalidad, apartando la promoción del desarrollo y de los actores locales como fin del Estado, y como expectativa constitucional que debe ser defendida por la “guardiana de la Constitución”.

Empleando los criterios por López M. (2006), definidos en El Derecho de los Jueces, y destacando la importancia que tiene la jurisprudencia como “fuente vinculante”, se plantea el diseño de la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

**Figura 3. Procedimiento de formulación de línea jurisprudencial**



*Fuente:* Elaboración propia, basado en datos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En primer lugar, se determina como causa de litigiosidad la selección objetiva en la contratación estatal, y como problema jurídico determinar si la Corte Constitucional garantiza el derecho al desarrollo entendido como concepto interdisciplinario fundante del Estado social de derecho en cuanto a sus múltiples intereses: a) el bienestar y su relación con la calidad de vida; b) la equidad y la protección de las personas vulnerables mediante la generación de oportunidades, y c) la sostenibilidad y la protección del ambiente (Fajardo, 2007).

Seguidamente se define como problema jurídico determinar la protección del desarrollo como principio, derecho constitucional y fin del Estado colombiano a partir de la selección objetiva en la contratación estatal. Se espera por lo tanto demostrar si la Corte Constitucional, además de garantizar la transparencia y la escogencia de las ofertas contractuales a partir de cálculos racionales, la relación calidad-precio, y la experiencia y capacidad jurídica, técnica, administrativa y financiera de los proponentes, garantiza la promoción del desarrollo local de los territorios en consideración a criterios de equidad.

Se procedió a realizar el rastreo de las sentencias empleando mecanismos tales como la verificación de la relatoría de la Corte Constitucional como fuente de información pública, y el uso de herramientas digitales

sofisticadas a partir de los recursos facilitados por la Biblioteca de la Universidad Libre y sus alianzas con bases de datos como fuente de información privada, empleando de manera particular Legis Analítica. Así mismo se verificó el desarrollo de trabajos con conceptos similares como el de Barón (2014), sin encontrar alguno que fuese idéntico. A continuación, se presenta el nicho citacional:

**Tabla 2. Nicho citacional. Línea jurisprudencial**

Año	Sentencias	Año	Sentencias
1992	---	2007	T-454 C-932
1993	---	2008	C-259 C-380 C-862
1994	C-407	2009	C-713
1995	C-166	2010	-
1996	T-147 C-388	2011	-
1997	C-154	2012	C-330 C-711
1998	---	2013	C-16 C-274
1999	C-113 C-400 C-623	2014	C-595
2000	C-40 C-1436	2015	---
2001	C-815 C-949 C-1048	2016	C-263
2002	C-290 C-508	2017	---
2003	C-629 T-724	2018	-
2004	C-249	2019	-
2005	T-1029 C-1153	2020	C-163
2006	---		

Fuente: Elaboración propia.

En el proceso de rastreo de sentencias proferidas por la Corte Constitucional respecto de la selección objetiva se identificaron como nicho citacional treinta (30) sentencias de constitucionalidad y cuatro (4) sentencias de revisión de tutela, para un total de treinta y cuatro (34) pronunciamientos efectuados desde el año 1992.

En cuanto al proceso de sistematización, se procedió a analizar el contenido y las relaciones de las treinta y cuatro (34) sentencias identificadas, a partir de su concordancia con los dos extremos del problema jurídico en cuanto a justificar la selección objetiva respecto de la protección al libre mercado, contra la selección objetiva como instrumento promotor del desarrollo local.

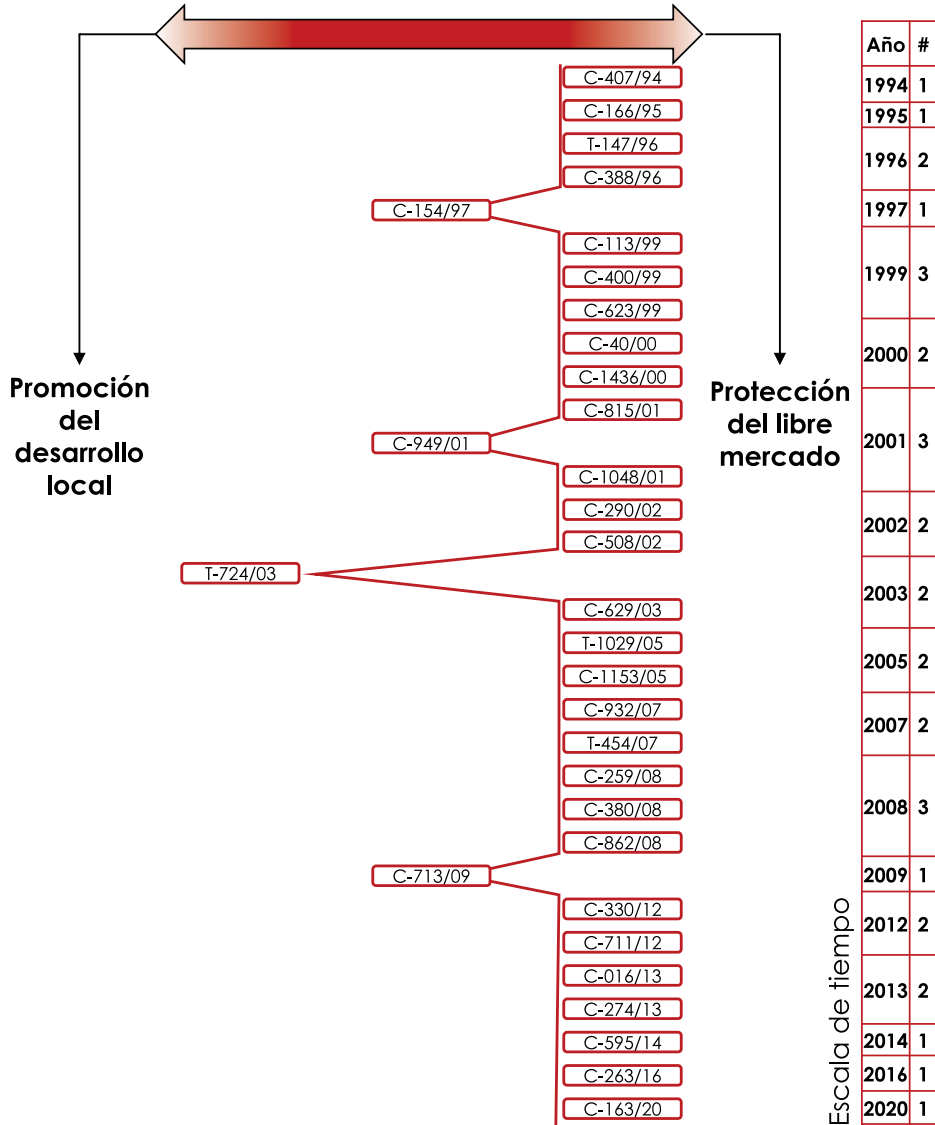
Se evidencia una posición férrea de la Corte Constitucional en el sentido de asociar la selección objetiva del contratista al favorecimiento del libre mercado, no así a la protección de las poblaciones vulnerables y su vinculación con los procesos de contratación estatal como paradigma para la promoción del desarrollo local, conclusión que corresponde al hecho que ninguna sentencia reconoce la importancia de considerar el desarrollo local como argumento a ser considerado en los procesos de selección objetiva, encontrándose una sola posición favorable que no es posible contabilizarla en virtud de que se trata de una aclaración al sentido del fallo (figura 4).

Durante los primeros años de la existencia de la Corte Constitucional (1994-1996) las providencias se acercaron a la protección del libre mercado. Igual ocurre durante los periodos de 1999-2002, con la excepción de una providencia moderada que en todo caso no se acerca a la promoción del desarrollo local, sino que asume una posición neutral. La única sentencia que se aproxima a la promoción del desarrollo local dentro de las finalidades de la selección objetiva en materia de contratación estatal es la providencia T-724 (Corte Constitucional, 2003). A partir de allí se evidencia una manifestación neutral y quince providencias desde el año 2003 hasta el año 2020 a favor de la protección del libre mercado, consolidando esta tendencia como dominante en las consideraciones del tribunal constitucional.



**Figura 4. Línea jurisprudencial: finalidad de la selección objetiva del contratista estatal. Corte Constitucional**

**¿Cuál es la postura de la Corte Constitucional frente a la finalidad de la selección objetiva en la contratación estatal?**



Fuente: Elaboración propia.

Los principales argumentos de la Corte para relacionar el libre mercado con el proceso de selección objetiva, en perjuicio de los actores

locales, se relacionan con la libre competencia, la libre concurrencia, la publicidad, la transparencia y su relación con el cumplimiento del objeto contractual y por ende los fines del Estado.

La sentencia “hito” refiere el concepto de la libre concurrencia junto con el de la selección objetiva, como condición para alcanzar la “oferta más favorable para la entidad”, toda vez que, al permitir la libre concurrencia, el proceso de selección dará cuenta de la persona más apropiada para ejecutar el contrato, afirmación que desconoce la posibilidad de la exclusión que genera las condiciones de la selección objetiva encaminada a destacar parámetros propios del libre mercado, como la promoción del desarrollo local a partir del fortalecimiento de sus actores (Corte Constitucional, 2007, Sentencia C-932, y Corte Constitucional, 2020, Sentencia C-163).

Para la Corte Constitucional (1996) garantizar los intereses del Estado requiere contar con contratistas que reúnan las condiciones que a su vez permitan dar cumplimiento integral al objeto contractual, lo que se logra en la medida de adjudicar el contrato a quien cumpla con requisitos de capacidad jurídica, técnica, financiera y administrativa, así como experiencia. Esta visión de la Corte refleja la incapacidad de comprender los fines del Estado más allá del resultado de la ejecución contractual, sin considerar la posibilidad de los efectos positivos que puede generar la vinculación de personas naturales o jurídicas del territorio en la adjudicación contractual. La Corte evidencia su desprecio por los actores locales al no considerar su importancia en el marco de la gestión de las compras públicas.

De otra parte, la Corte considera que la incorporación de criterios subjetivos como el fortalecimiento de los actores locales en el marco del proceso de selección, contraría el parámetro de publicidad y por ende la transparencia, principio de la función pública. Esta consideración no es clara en definir los alcances de la publicidad y la transparencia, puesto que los procesos de selección subjetiva como la contratación directa (A pesar de que la Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara manifestara que la selección subjetiva en la contratación directa no existe),

la publicidad se garantiza en el sentido de publicar todas las actuaciones que dieron origen a la adjudicación del contrato y su correspondiente ejecución, por lo tanto basta con efectuar la publicación en el SECOP, como lo plantea la Sentencia C-711 (Corte Constitucional, 2012) para cumplir con el requisito exigido (Corte Constitucional, 2014, Sentencia C-595).

En el centro de la tensión entre actores locales y libre competencia se encuentra la necesidad de implantar acciones afirmativas por parte del legislador en los marcos legales, que den cumplimiento efectivo a los parámetros de equidad, reconocimiento y garantía de los derechos de las poblaciones vulnerables; sin embargo, esta posición es relativa, puesto que se involucra nuevamente con la premisa de la selección objetiva a partir de criterios del libre mercado. No se logra superar la visión capitalista en los procesos de selección objetiva.

El referente más importante que rompe con la línea jurisprudencial a favor de la libre competencia en desmedro de la posición inferior que caracteriza a los actores locales, para efectos de participar en los procesos de selección de contratistas, es una aclaración de voto a la providencia C-932 (Corte Constitucional, 2007), la sentencia “hito”, donde el Magistrado Jaime Araújo considera lo siguiente:

“Desde los primeros estatutos de contratación siempre se ha utilizado el criterio de seleccionar la propuesta más favorable desde el punto de vista económico. Ahora este aspecto es sólo uno de los elementos. En consecuencia, reitero que, aunque los criterios de la contratación deben ser objetivos, lo cual es correcto desde un punto de vista de justicia formal, hay circunstancias en las cuales deben primar las condiciones subjetivas, desde un punto de vista de justicia material. A mi juicio, a esta ley le faltan esas condiciones subjetivas, para considerarlas en algunos casos por encima de las meramente objetivas”. (Aclaración de voto, Sentencia C-932/2007)

La aclaración propuesta por el Magistrado Araújo es una de las premisas de la presente investigación, que ha sido desconocida por la

Corte Constitucional al imponer la protección del libre mercado por encima del desarrollo de los actores locales, con la definición de criterios propios del liberalismo económico, sin considerar las condiciones de las personas naturales y jurídicas de los territorios, quienes no se involucran en los procesos de adjudicación en virtud de las barreras construidas por el legislador y sostenidas por el ente constitucional.

La Sentencia C-862 (Corte Constitucional, 2008) reconoce la importancia de generar condiciones especiales para la participación de las MIPYMES en los procesos de selección objetiva, sin embargo, los argumentos para tal reconocimiento se basan en aspectos asociados a la libertad de competencia, no a su reconocimiento como actores locales en condición desigual frente a las grandes organizaciones.

Así mismo, la Sentencia T-72 (Corte Constitucional, 2003) de manera sorprendente en su parte decisoria previene al Concejo del Distrito de Bogotá para que regule la configuración de “acciones afirmativas” en los procesos de selección a favor de una de las poblaciones más vulnerables de los territorios como son los recicladores, quienes se han visto históricamente desplazados en términos de capacidad jurídica, técnica, administrativa y financiera, no en experiencia, respecto de las personas jurídicas con mayores recursos, en el ejercicio del servicio público de aseo. La pregunta es si en realidad es el Concejo de Estado el competente para la incorporación de estas salvedades en los procesos de selección, más aún cuando la propia Corte Constitucional, como acaba de demostrar esta tesis, está en contra de dichos favorecimientos por considerarlos contrarios a la transparencia, la publicidad y la libre competencia.

Por otro lado, la Corte Constitucional (2003) considera que la ubicación de exclusión del requisito del Registro Único de Proponentes para cierto tipo de contratos corresponde al alcance de la capacidad del legislador para efectuar regulaciones. Este tipo de parámetros se podría considerar como una acción afirmativa con el fin de promover la participación de los actores locales en los procesos de selección contractual, acción afirmativa que no es reconocida como tal por la Corte.

Una vez analizado el estatuto de contratación estatal desde la selección objetiva, y su relación con el cumplimiento de los fines del Estado y la Transparencia, tanto desde el punto de vista normativo como desde la posición de la Corte Constitucional, es posible plantear que tanto legisladores como jueces no han otorgado el valor que merece en el papel de la generación de bienestar social y cierre de brechas.

De acuerdo con Medina (2013), es paradójico que los gobiernos acudan a la corresponsabilidad de los actores privados en los procesos de contratación, apelando a la responsabilidad social empresarial como factor determinante en la generación de capacidades en los territorios a partir de la práctica económica, y que por el contrario los Estados permanezcan con regímenes de contratación discriminatorios.

Medina (2013) acuña el concepto “Contratación Pública Responsable” para referirse a la necesidad de la promoción del interés colectivo a partir de la inversión pública como valor social añadido, que no riñe con la preocupación por el cumplimiento de los objetos contractuales. La promoción de la “compra pública social” tendría resultados directos en el incremento de la tasa de ocupación en los territorios, y en general frente a la lucha contra la pobreza y la discriminación.

Para Quintana (2020) la vinculación de criterios de contratación que atiendan parámetros sociales que favorezcan el desarrollo local hace parte de considerar las compras públicas como mecanismos estratégicos de gobernanza, con efectos deseables en el desarrollo de los territorios. Por lo visto, con el marco legislativo y las apreciaciones jurisprudenciales esta contratación estratégica social no tiene lugar.

En síntesis, el presente acápite ha realizado una caracterización normativa del régimen de contratación estatal, partiendo de las razones empleadas por el legislador en 1992 para la presentación de proyecto de ley que eventualmente se convirtió en el “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” (Ley 80 de 1993).

Dentro de las principales motivaciones evidenciadas se encuentra la necesidad de garantizar la selección objetiva como institución jurídica que materialice la transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado, posición que ha sido defendida por la Corte Constitucional de manera contundente según el balanceo jurisprudencial que se inclina hacia la protección de las reglas del libre mercado en perjuicio del desarrollo local.

No obstante, esta apuesta por el libre mercado en perjuicio del desarrollo local condiciona al adjudicador administrativo respecto de su campo de acción, el cual termina replicando las posiciones del legislador apartándose de la materialización de la transparencia y los fines del Estado amparado en el cumplimiento del imperio de la ley.

En el siguiente apartado se analizará en efecto si esta postura pro libre mercado en perjuicio de los intereses locales, especialmente de los actores que no logran competir bajo las condiciones de la globalización, garantiza la transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado deseados por el legislador hace treinta años.

---

**ANÁLISIS DE LA SELECCIÓN OBJETIVA COMO GARANTÍA DE TRANSPARENCIA Y CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL ESTADO, EN LA ADJUDICACIÓN DEL OPERADOR DEL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR (PAE) PARA LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA CIRALES DE EL CARMEN DE CHUCURÍ, SANTANDER (2019)**

Esta investigación ha trasegado por la presentación del marco teórico relacionado con la crítica a la adjudicación por parte de Duncan Kennedy, con la finalidad de proponer categorías de análisis para la evidencia del marco jurídico de la selección objetiva y de las razones para la estructuración de un régimen de contratación, a partir de la corriente de los CLS (*Critical Legal Studies*) la cual, dentro de su desarrollo teórico, se ha enfocado en el análisis de los discursos legislativos y judiciales. En esta ocasión los resultados que se presentan tienen como protagonista el papel del adjudicador administrativo.

Para efectuar dicha aproximación se adoptó la metodología de estudio de caso, diferente al análisis documental efectuado hasta el momento. Acerca del estudio de caso es necesario entender que este enfoque investigativo surge como alternativa y complemento a la investigación eminentemente dogmática, tal como ocurre con la tesis Estudio de caso del “derecho a la especial protección” de los habitantes de calle del Río Medellín, presentada en la Universidad del Rosario (Peláez, 2018).



A pesar de que el estudio de caso es aceptado ampliamente por centros de investigación en el mundo, es fundamental que las investigaciones doctorales en derecho en Colombia presenten formas diferentes de analizar la realidad, en aras de buscar respuestas para la intervención de situaciones problemáticas, especialmente cuando se trata de comprender fenómenos tan complejos como la selección objetiva en el marco del régimen de contratación estatal (Simons, 2009).

Con base en lo anterior, y con el fin de exponer el motivo por el cual fue seleccionado este enfoque investigativo, se aborda el concepto del estudio de caso de Simons (2009) como la “indagación empírica” de un fenómeno en un contexto particular, especialmente cuando no es clara la diferencia entre el fenómeno y el contexto, como ocurre en los casos controvertidos derivados de la contratación del programa de alimentación escolar en Colombia.

De otra parte, según las categorías planteadas por Stake (1995) en su texto *The art of case of study research*, el presente estudio de caso se cataloga como intrínseco, instrumental y orientado por la teoría.

Es intrínseco porque el mismo permitirá comprender la dinámica de la gestión contractual conforme con las reglas de juego establecidas por el régimen de contratación estatal, las cuales, como se pudo observar previamente, pretenden la estandarización de la selección objetiva en el país; es instrumental toda vez que la verificación del caso permitirá el análisis de la crítica a la selección objetiva en la contratación pública como un fenómeno particular, y por último, está orientado por la teoría puesto que la crítica de la teoría de la adjudicación será determinante para efectos del análisis de la información recolectada.

La planificación del estudio de caso en el marco de la investigación se justifica en la medida en que permite encontrar respuestas al interrogante estructural de la presente investigación: ¿La selección objetiva en la gestión contractual garantiza la transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado? Esta pregunta ha suscitado controversia en



esta investigación por tres razones: en primer lugar, según el cuerpo legislativo, se trata de la justificación para la constitución de un régimen de contratación estatal; en segundo lugar, el marco jurídico colombiano es claro en advertir la necesidad de la aplicación del principio de selección objetiva para cumplir con la transparencia en el ejercicio de la gestión pública y el cumplimiento de los fines finalidades estatales, y en tercer lugar, esta postura normativa coincide con la postura de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional (1992-2020) que defiende el principio de selección objetiva para garantizar la transparencia y los fines del Estado, como se argumentó previamente. A primera vista parece que la selección objetiva es la panacea que garantiza la transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado.

No obstante, luego del análisis crítico efectuado a los marcos jurídicos desplegados por el legislador, y a las providencias jurisprudenciales expuestas por la Corte Constitucional (1992-2020), se considera que la selección objetiva no garantiza per se la transparencia ni los fines del Estado, y por el contrario, en algunos casos, margina a población vulnerable de los procesos de escogencia de los contratistas, con las consecuencias que ello genera en términos de gobernanza y confianza en la relación Estado-sociedad, y de acuerdo con los principios democráticos.

Esta posición es controversial puesto que durante aproximadamente treinta años la selección objetiva se ha erigido como la respuesta a los problemas de corrupción y lucha por la transparencia en materia de contratación estatal, siendo determinante para la materialización de los fines del Estado, asumiéndose como concepto absoluto por parte de la comunidad jurídica y también por algunos sectores de la sociedad, que considera la selección objetiva como si se tratara de una fórmula mágica en contra de la corrupción, como lo evidencia los marcos jurídicos analizados y la vehemencia de la Corte Constitucional en la línea jurisprudencial en su defensa. Una pretensión de esta investigación como característica de los estudios críticos del derecho es poner en entredicho principios e instituciones jurídicas que son puestos en vigencia sin reflexiones o consideraciones previas.

Una paradoja de la selección objetiva, como promotora de la transparencia y de los fines del Estado, es el índice de transparencia internacional el cual ubica a Colombia como el país en el puesto 96 de 180 en materia de corrupción en el sector público (Transparency International, 2020), sumado a los 11.645.000 sufragios emitidos en la Consulta Anticorrupción llevada a cabo en el año 2018, posicionando la lucha contra la corrupción como una de las reclamaciones de la sociedad a la clase dirigente y a los servidores públicos.

El estudio de caso se torna necesario para comprender una realidad de la implementación de los marcos jurídicos y del acatamiento a las decisiones judiciales por parte de los adjudicadores administrativos, en consideración al principio de transparencia y de selección objetiva dirigidos a garantizar los fines del Estado y para verificar la hipótesis de trabajo.

Por lo anterior, se ha decidido documentar y analizar un caso conocido por la opinión pública que suscita debate respecto del proceso de gestión contractual comprendiendo la selección objetiva del proponente como la ejecución contractual de cara al cumplimiento de los fines del Estado colombiano, contrastando el marco normativo estructurado y valorado a partir del enfoque teórico expuesto.

En ese sentido, se ha optado por analizar el caso “Análisis de la selección objetiva como garantía de transparencia y cumplimiento de los fines del Estado colombiano, en la adjudicación del operador del Programa de Alimentación Escolar (PAE) para la Institución Educativa Cirales de El Carmen de Chucurí, Santander, 2019”.

Para efectos del diseño del estudio de caso, el punto de partida es el plano de investigación cualitativa que, mediante la observación del estudio y el respectivo análisis de las categorías teóricas y normativas, se pretende generar un conocimiento que pueda incidir en la transformación social bajo la óptica crítica. Con este conocimiento generado se espera aportar puntos de vista a la discusión acerca de la búsqueda de la transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado, aproximándose a la vinculación

de los actores sociales para la promoción del desarrollo local a través de los límites de la selección objetiva.

Los criterios teóricos empleados para el desarrollo del estudio de caso con perspectiva crítica son la indeterminación del derecho, la parcialidad del adjudicador y el mantenimiento del statu quo por parte del derecho, provenientes de la crítica a la adjudicación de Kennedy, bajo la corriente de los *Critical Legal Studies*.

De otra parte, los criterios normativos a utilizar son los motivos por los cuales el legislador justificó la creación de un régimen de contratación estatal, bajo la premisa de que la selección objetiva permite alcanzar la transparencia y por ende el cumplimiento de los fines del Estado.

Frente al contenido del estudio, en primer lugar, se procederá a exponer las características principales del Programa de Alimentación Escolar (PAE) y la polémica que en la actualidad existe alrededor de la manera como la selección de los contratos estatales requeridos para su implementación se puede ver afectada por actos de corrupción, destacando las consecuencias de dichos actos sobre la calidad de vida de niñas, niños y adolescentes.

### **3.1 DISEÑO METODOLÓGICO**

El caso seleccionado corresponde al proceso de contratación del Programa de Alimentación Escolar para el Departamento de Santander, el cual ha sido cuestionado por estar inmerso en procesos de corrupción, según diferentes actores sociales e institucionales como veedores, medios de comunicación y órganos de control, como se planteará más adelante.

Para efectos de ubicar la información documental de la primera instancia, es decir, que dé cuenta del proceso precontractual, se acudirá a la plataforma SECOP de Colombia Compra Eficiente, para descargar los expedientes precontractuales integrados por avisos de invitación, prepliegos, pliegos definitivos, observaciones realizadas por los proponentes

o ciudadanos, informes de evaluación, observaciones a los informes de evaluación, actas de audiencias y resolución de adjudicación del contrato.

Para verificar la segunda instancia, referente a las intencionalidades reales de los adjudicadores, se procederá a verificar los expedientes adelantados por organismos de control, que dé cuenta de presuntas irregularidades en el marco de la ejecución de las tres experiencias. Para obtenerlos, se empleará a fondo la legislación colombiana en materia de acceso a la información y las acciones constitucionales que garantiza el derecho fundamental de ser preciso, entre otros instrumentos jurídicos que garantizan la obtención de la información. Se aclara que el investigador respetará en todo momento el principio de reserva documental.

De igual forma, se procederá a verificar los documentos periodísticos elaborados por los medios de comunicación que han profundizado acerca de los alcances de los hechos materia de investigación.

Así mismo, se tiene contemplado la realización de entrevistas semiestructuradas a veedores, periodistas y servidores públicos de organismos de control que tengan información relevante sobre los casos objeto de investigación.

Finalizada la recolección de información, y la aplicación del trabajo de campo, se procederá a la construcción descriptiva de cada uno de los casos, como insumo final del presente objetivo específico (Simons, 2009).

La utilidad de la construcción de los insumos previstos por el estudio de casos se reflejará cuando los mismos sean sometidos al análisis a partir de la descripción teórica, conceptual y normativa desarrollada en los dos objetivos específicos de investigación mencionados previamente, para verificar si, en efecto, el cumplimiento de la crítica a la teoría de la adjudicación permite explicar el caso de los contratos del PAE, respecto de la subjetividad del operador administrativo bajo la óptica del “ECAQYQE - El contratista a quien yo quiero o debo elegir” (Kennedy, 1997).

Al finalizar la realización y desarrollo de los tres objetivos específicos se contará con suficiente información procesada y analizada para, una vez más, plantear conclusiones y recomendaciones derivadas del proceso de investigación, dirigidas a evidenciar que el marco normativo empleado para garantizar la neutralidad del operador administrativo en el marco de la selección objetiva del contratista estatal como garantía de transparencia, no es adecuado, en el entendido que la pretensión de abordar un problema social complejo desde una perspectiva eminentemente jurídica, se torna insuficiente.

### **3.2 ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL PAE**

En esta sección se procederá a describir los antecedentes jurídicos del Programa de Alimentación Escolar, con el fin de comprender sus orígenes, propósitos, competencias y la distribución de roles de los actores involucrados.

Es así como se revisará el marco jurídico del programa y sus modificaciones con el paso del tiempo, identificando las instituciones responsables del mismo y la manera como se distribuyen las competencias frente al proceso en la actualidad.

Los insumos para este momento del estudio de caso se limitan a los contenidos normativos expedidos por el legislador a través de la historia del programa.

### **3.3 CONTEXTO DE “EL CARMEN DE CHUCURÍ “**

En este apartado se expondrá información contextual de El Carmen de Chucurí, con el propósito de situar al lector en un entorno con características especiales, que evidencie no solo la necesidad de la población escolar respecto del cumplimiento del PAE, sino las características de la población en términos generales respecto a sus nexos con el desarrollo local del municipio.

Para tal fin, se acudirá a fuentes históricas como documentos, noticias y material multimedia, que permita dar cuenta del tejido social presente en el territorio. Así mismo, se acudirá a información cuantitativa proveniente de diversos sistemas de información demográfica, económica y datos provenientes del Sistema de Matrículas Estudiantil (SIMAT) del Ministerio de Educación Nacional relativa al municipio de El Carmen de Chucurí, con el fin de comprender la realidad situada.

### **3.4 ANTECEDENTES DEL PAE EN SANTANDER**

En esta sección se presentará información acerca de las situaciones ocurridas con la planificación, adjudicación y ejecución del programa de alimentación en Santander, con el propósito de verificar los antecedentes de gestión del PAE, bajo la modalidad de la selección objetiva que garantiza la transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado.

Para desarrollar esta sección del estudio de caso se acudió a referentes históricos como noticias de medios nacionales y locales, blogs de opinión y manifestaciones encontradas en sitios web, mediante la técnica de análisis del discurso.

### **3.5 PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN OBJETIVA**

Se analizará el proceso de selección desarrollado con el fin de adjudicar el Programa de Alimentación Escolar a un contratista, en el marco del principio de selección objetiva, con el propósito de garantizar transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se procederá a consultar dos fuentes de información: el Sistema Electrónico de Compras Públicas de la plataforma Colombia Compra Eficiente, denominado por sus siglas SECOP, y el Sistema Integral de Auditoría conocido como SIA Observa, sistemas en los que las entidades públicas cargan información acerca de los procesos de selección objetiva adelantados. Allí se descargarán los documentos oficiales publicados como estudios previos, proyecto de pliego de condiciones, actos administrativos de apertura y adjudicación, acta de cierre, acta de la audiencia de verificación de la oferta económica, y adjudicación o declaración

de proceso desierto y el acto administrativo de adjudicación, del proceso de selección del operador del PAE con número ED-LP-18-04.

De igual forma se realizará rastreo de información documental elaborada por medios de comunicación y entes de control respecto de las organizaciones que participaron en la licitación a través de uniones temporales o consorcios.

Para realizar el análisis, además de verificar el contenido de los documentos oficiales, se procesará la información a través de matrices de análisis de contenido, con información cuantitativa y cualitativa.

### **3.6 IMPLEMENTACIÓN DEL CONTRATO DEL PAE**

Una vez efectuada la descripción de la importancia del PAE respecto de los fines del Estado, presentado el contexto social de El Carmen de Chucurí, y análisis del proceso de selección precontractual, se examinarán los problemas en la implementación del contrato PAE en el territorio.

Para lograrlo se procederá a realizar la verificación de la ejecución del PAE con base en las actividades desarrolladas por la Interventoría. De igual forma, se procederá a revisar las actuaciones de veedores y de medios de comunicación respecto del programa, y las novedades referenciadas en el marco de su ejecución. Finalmente, se acudirá a expertos en ciencias de la salud para comprender algunos de los fenómenos ocurridos en el desarrollo del PAE de forma integral.

Dentro de las fuentes de información empleadas para esta sección se recurrirá a diferentes fuentes. Se ubicarán como fuentes secundarias documentos cargados en el Sistema Electrónico de Compras Públicas de la plataforma Colombia Compra Eficiente, denominado por sus siglas SECOP, y el Sistema Integral de Auditoría conocido como SIA Observa, para el proceso ED-CM-19-01 correspondiente a la interventoría del operador del PAE. También se acudirá a reportes emanados de medios de comunicación, blogueros o veedurías ciudadanas respecto de la ejecución del PAE.

Finalmente, respecto de las evidencias encontradas en el desarrollo del estudio de caso, se procedió a realizar entrevistas a profesionales expertos en el campo de las ciencias de la salud y la nutrición, con el fin de conocer su punto de vista acerca de diferentes situaciones que se presentaron en la ejecución del programa, y para ello se empleó la técnica de entrevista semiestructurada.

A continuación, se desarrolla el caso a través de la descripción y el análisis de lo observado.

### **3.7 ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL PAE**

Los primeros restaurantes escolares surgieron en el país en el Departamento de Boyacá, alrededor de la década de 1920, promovido por Rafael Bernal, que se caracterizó por sus ideas revolucionarias para la época en materia de asistencia social, preocupándose especialmente por la salud de los escolares, los cuales, según su propia experiencia, se veían afectados por problemas relacionados con su condición física.

Para Bernal (2017) los estudiantes eran “humanos orgánicamente debilitados”, y en ese sentido era necesario realizar acciones que abordaran el problema, surgiendo ideas como los roperos para los estudiantes, el “servicio médico estudiantil” y los “restaurantes escolares” (Exponencial, 2013).

Mediante la expedición del Decreto 291 de 1936 el Gobierno Nacional, liderado en ese entonces por el presidente Alfonso López Pumarejo, instauró un auxilio dirigido a los restaurantes escolares para su funcionamiento, en el cual se otorgaba una suma de dinero sujeta a tres condiciones: en primer lugar, la adaptación de “granjas escolares” para enriquecer la experiencia académica; en segundo lugar, asignar una contrapartida por parte del gobierno departamental, un valor igual al definido por la nación a modo de aporte, y la tercera involucraba de manera directa a diferentes actores sociales del municipio como el párroco, el maestro de la escuela y un padre de familia, quien no podría tener la



condición de empleado público, para conformar una “junta administradora del restaurante”, la cual decidía el destino de los recursos a emplear.

Así mismo, el Decreto daba pie para que el Gobierno Nacional realizara directamente contratos con el fin de organizar el funcionamiento de los restaurantes escolares, ante especiales circunstancias que impidieran a los departamentos o Municipios hacerlo, ejercicio en el que la comunidad se involucra de manera directa en la ejecución del servicio de alimentación escolar, quienes asumen la responsabilidad de seleccionar al ejecutor del servicio de alimentación.

Posteriormente, mediante el Decreto 319 de 1941, se establece la regulación para la entrega del subsidio destinado a los restaurantes escolares, creando una serie de requisitos, trámites e informes que faciliten el seguimiento de la inversión de los recursos, reservándose el derecho de suspender aquellos restaurantes que presentaron irregularidades en su gestión.

Con el paso del tiempo el programa de restaurantes escolares terminó siendo una estrategia empleada por el gobierno para evitar la deserción, especialmente en la zona rural, haciendo parte del programa SENDAS liderado por el General Rojas Pinilla (Exponencial, 2013).

Al surgir el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar los restaurantes escolares pasaron a manos de la naciente entidad, la cual involucró la iniciativa dentro de la oferta de servicios dirigida a los niños y niñas escolarizados a través del proyecto denominado “Protección Nutricional y Educación Alimentaria en Escuelas Oficiales de Educación Primaria”.

Este ejercicio continuó posteriormente con la expedición de la Ley 715 de 2001, la cual intentó entregar la competencia de la prestación del servicio de restaurante escolar a los distritos y municipios, hasta que la Corte Constitucional (2002) decretó la inexecutable del numeral 76.17 de la norma. No obstante, la Ley 1551 de 2012, en su artículo 6° numeral 20, establece la responsabilidad a los entes territoriales distritales y

municipales certificados, y a los departamentos por defecto en los municipios no certificados, de ejecutar el PAE conforme a los lineamientos técnicos de la Nación. Por último, el Plan Nacional de Desarrollo aprobado mediante la Ley 1450 de 2011 determinó la competencia del PAE en cabeza del Ministerio de Educación Nacional.

Más adelante el Decreto 1075 de 2015, modificado por el Decreto 1852 de 2015, incorpora un título completo que se refiere a la regulación del PAE, definiéndolo como una estrategia que busca reducir la deserción escolar y optimizar las capacidades orgánicas de los estudiantes a través de nutrientes recibidos en el marco de la jornada escolar. Para ello, el Gobierno Nacional ha diseñado un manual que contiene los lineamientos técnicos y administrativos para la ejecución del programa en los establecimientos educativos oficiales, haciendo explícita mención a la figura del Operador del PAE, el cual es el contratista seleccionado para su ejecución.

Este Decreto plantea la posibilidad, en el artículo 2.3.10.3.3., de que el Gobierno Nacional asuma la contratación del PAE en casos específicos donde no sea conveniente o posible por parte de los territorios su gestión, situación que alimenta la controversia conocida acerca de la realidad de la autonomía administrativa de los territorios. En todo caso, más allá de la gestión del programa, lo cierto es que el Gobierno Nacional se reserva la competencia para definir los lineamientos de implementación del sistema, quedando reducida la competencia de los territorios a efectuar la asignación presupuestal y a realizar la contratación del operador, según el artículo 2.3.10.3.6. del Decreto 1075 de 2015.

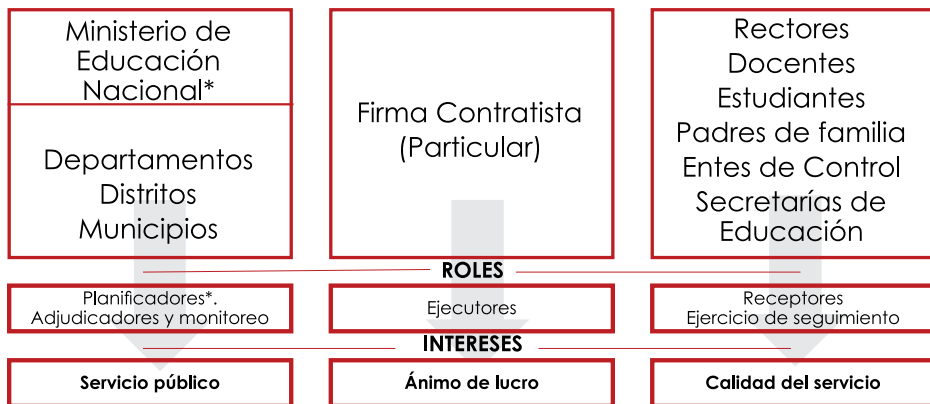
El papel de los rectores y de la comunidad académica, según el Decreto 1075 de 2015, se limita a ejercicios de seguimiento, control y evaluación del PAE, lo que difiere de lo dispuesto por el Decreto 291 de 1936, el cual involucraba a diferentes actores sociales en la toma de decisiones respecto del funcionamiento del restaurante escolar, primera versión de PAE.

El protagonista principal del PAE en términos de adjudicación es el ente territorial, específicamente las secretarías de educación y los representantes

legales de los entes territoriales, quienes a partir de un proceso de selección objetiva adjudican el contrato del PAE a un operador, siendo este último el responsable de la ejecución del programa en términos de calidad técnica y operacional del suministro de las raciones alimenticias bajo criterios de economía de mercado, alejándose de la función retributiva del gasto público a través de la contratación, ejecutado por las comunidades locales.

Con base en lo anterior, y frente a la decisión de modificar el rol que desempeñaban los actores sociales en los orígenes del PAE, de un papel activo en el cual administraban los recursos asignados y tomaban decisiones respecto de la operación del restaurante, pasaron en este modelo de transparencia y selección objetiva a ejercer un rol de seguimiento del programa, el cual es delimitado por el gobierno nacional y adjudicado por el gobierno territorial bajo parámetros definidos por la Ley 80 de 1993, referente a la selección de la oferta más conveniente para la entidad, basado en la capacidad técnica, administrativa, jurídica y financiera, al igual que su experiencia, así como en aspectos económicos relativos a la presentación de la oferta.

**Figura 5. Actores, roles e intereses del PAE (Decreto 1085 de 2015)**



Fuente: Elaboración propia.

Lo cierto es que el papel del operador comienza a generar interrogantes frente a las relaciones que el mismo pueda llegar a tener con las instituciones educativas y con los estudiantes que recibirán las

raciones contratadas: ¿Cuál es el valor de contar con proponentes cercanos a las comunidades? ¿Una relación cercana con la comunidad incidirá en la calidad de la ración? ¿La definición de lineamientos estándar para el país diseñado por el Ministerio de Educación Nacional, como parte de sus competencias funcionales, garantizan la calidad de la ejecución por parte del operador? En aquellos lugares donde no existe organizaciones sociales sólidas o con baja capacidad técnica, ¿cómo funciona el seguimiento al PAE por parte de las comunidades?

A primera vista, parece que la regulación expuesta por el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto Compilatorio 1075 de 2015 en su Título X, parece que tiene cubiertas todas las contingencias. En el desarrollo de esta investigación se determinará si, en efecto, el programa funciona de manera correcta, especialmente en términos de calidad por parte del operador.

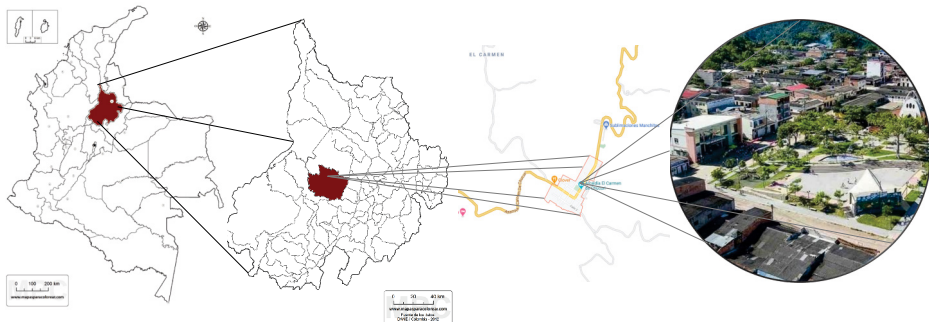
Se debe tener presente que, según Bejarano (2009), el cumplimiento de la regulación en materia contractual por parte del adjudicador administrativo legitima el proceso administrativo y el cumplimiento de la función pública. De esta manera se viabiliza la política alimentaria escolar en los colegios (Bejarano, 2014).

Por último, la Corte Constitucional se ha referido en diversas sentencias a la relación entre el Programa de Alimentación Escolar y el derecho fundamental a la educación. Para la Corte (2016) la alimentación escolar es uno de los componentes fundamentales para garantizar la permanencia de los estudiantes y la no deserción del sistema educativo, como incentivo positivo, especialmente para aquellas familias de escasos recursos económicos que no tienen la posibilidad de brindar los alimentos necesarios para impactar el desarrollo físico y mental de las niñas y los niños, sin embargo se destaca en el pronunciamiento de la Corte (2018) la necesidad de tener en cuenta los hábitos alimenticios de la población a beneficiar, aspecto que involucra la gastronomía local como referente para la programación de la dieta (Corte Constitucional, 2016) (Corte Constitucional, 2018)

### 3.8 EL CARMEN DE CHUCURÍ: “UNA TIERRA CON OLOR A CACAO Y SABOR A CHOCOLATE”

El Municipio de El Carmen de Chucurí se encuentra ubicado en la zona central del departamento de Santander, a 178 kilómetros de la Capital del Departamento (Bucaramanga), aproximadamente a cuatro horas de trayecto por la vía que conduce hacia Barrancabermeja, distrito especial portuario, industrial, turístico y biodiverso. El tramo entre Barrancabermeja y El Carmen de Chucurí es una calzada en doble sentido, la cual está pavimentada hasta el corregimiento de Yarima del Municipio de San Vicente, trayecto de una hora de tiempo en vía destapada.

**Figura 6.** Ubicación geográfica, casco urbano y fotografía de El Carmen de Chucurí, Santander



Fuente: Google. Elaboración propia.

El municipio limita por el Norte con San Vicente de Chucurí, por el oeste con los Municipios de Galán y Hato, y con el Este y con el Sur con el municipio de Simacota. El casco urbano del municipio cuenta con diecisiete manzanas aproximadamente. El perímetro de la zona urbana corresponde a 27 hectáreas, y la zona rural es de 93.988 hectáreas, para un total de 94.015 Has, según el Esquema de Ordenamiento Territorial del municipio.

Cuenta con una población de 21.820 habitantes, del cual el 48,4% pertenece al género femenino, y el 51,6% al género masculino. La población del área urbana corresponde al 14,55%, y el 85,45% responde a la población del área rural, para una densidad poblacional

de 22.88 habitantes por kilómetro cuadrado, siendo la media nacional 44 hab/Km<sup>2</sup> (DANE, 2020).

El municipio de El Carmen de Chucurí nace a la vida administrativa mediante la Ordenanza 28 de 1985 del Departamento de Santander. Anteriormente pertenecía al municipio de San Vicente del Chucurí del cual se escindió, del territorio en el que se asentaba “Placitas”, para conformar en la actualidad sesenta y cuatro veredas y dos centros poblados.

El Carmen de Chucurí, más conocido como “El Carmen”, surge con el apoyo de sus habitantes fundadores y las personas que se asentaban en el territorio. Es así como existen emblemas dentro del municipio que se erigen como parte de gestas comunitarias: el Colegio San Luis Gonzaga, fundado por el padre Horacio Silva, se caracterizó porque los padres de familia realizaban diferentes actividades para pagar los salarios de los profesores y construir las aulas de clase. Luego se construyó la escuela antigua con el apoyo del comité de cafeteros (Alcaldía de El Carmen de Chucurí, 2020).

Una de las familias más reconocidas y queridas del municipio son los Beltrán, quienes aportaron terrenos para la construcción de equipamientos colectivos, al igual que las viviendas del casco urbano. La señora Josefina Luque de Beltrán, además de liderar grupos de oración, donó el terreno para el hospital, el puesto de salud, la parroquia, la electrificadora y también para la escuela. Por ese motivo, en el marco de la elección de autoridades locales por votación popular, se propuso el nombre de Alirio Beltrán, integrante de la familia para que fuese candidato a la alcaldía (Alcaldía de El Carmen de Chucurí, 2020).

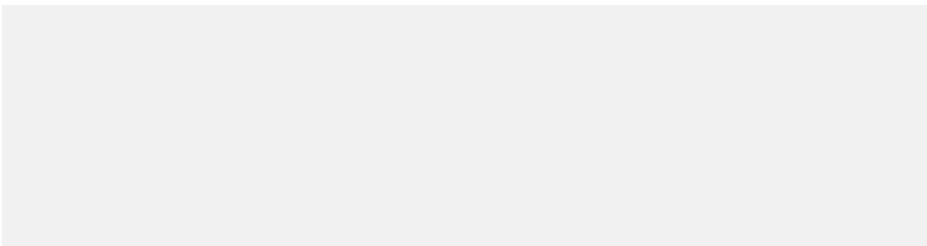
En 1991 el alcalde Beltrán fue secuestrado y asesinado por integrantes del ELN, situación que motivó la reacción de la comunidad a través de la conformación de grupos de autodefensa, quienes generaron a su vez intimidación en la población. Estos escenarios de conflicto armado y de violencia evidencian como patrón la ausencia de organizaciones estatales (Alcaldía de El Carmen de Chucurí, 2020).

A pesar de las dificultades generadas por la violencia, se encuentran evidencias de la fortaleza y disciplina de la población para sobreponerse a las adversidades; la creación de la cooperativa de cacaoteros, la empresa de transporte Cootransmagdalena, la construcción de diversos equipamientos colectivos y la fundación del municipio en sí son reflejo de la unión comunal y del liderazgo de sus habitantes, quienes demuestran sentido de pertenencia y disposición por la asociatividad (Alcaldía de El Carmen de Chucurí, 2020).

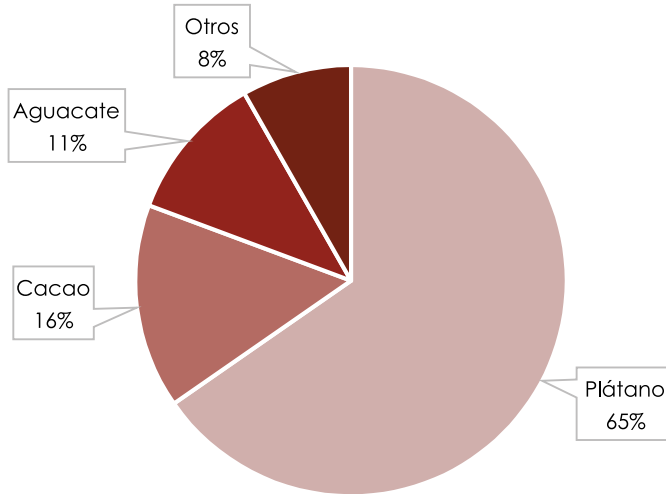
El municipio de El Carmen de Chucurí es una despensa agrícola. Produce 45 mil toneladas de cacao al año. Cuenta con aproximadamente 4.200 productores de cacao. Así mismo, se nota un auge por la producción de aguacate, siendo el mayor productor de Santander, con aproximadamente 1.200 agricultores dedicados a cosechar este fruto (Alcaldía de El Carmen de Chucurí, 2020).

La dinámica económica del municipio da cuenta de la vocación productiva de orden agropecuario, el cual se refleja en “pequeñas unidades productivas agrícolas y ganaderas de tipo tradicional”, aspecto que se constituye en la principal fuente de recursos para las familias de El Carmen, que se caracteriza por estar integrada por pequeños productores, según el plan de desarrollo municipal “La Renovación es de Todos” (Alcaldía de El Carmen de Chucurí, 2020).

Lo anterior se puede reflejar en el inventario agrícola presentado por el DANE, en el cual se destacan cultivos como el plátano, el cacao y el aguacate.



**Figura 7. Principales cultivos por tonelada. El Carmen de Chucurí**



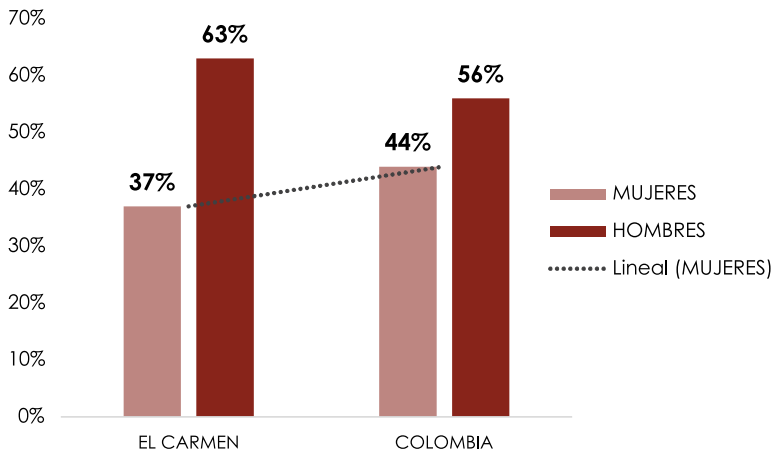
Fuente: Terridata, 2016.

A pesar de contar con una plataforma de pequeños productores, se evidencia debilidades para la producción agrícola en virtud a la ausencia de apalancamiento financiero, débil proyección empresarial, ausencia de políticas para el control de plagas y una implementación tecnológica para dar el salto hacia la producción agroindustrial (Alcaldía de El Carmen de Chucurí, 2020).

Las debilidades en materia de producción agrícola y la ausencia de mayores oportunidades para el sector rural se ven reflejadas en los indicadores de pobreza multidimensional, el cual reduce las alternativas de generación de ingresos para los campesinos y golpea con mayor contundencia a las mujeres rurales, según las estadísticas del Departamento Nacional de Planeación (2019), en el cual el 37% de personas afiliadas al sistema de seguridad social son mujeres, cuando la media nacional es del 44%.



**Figura 8.** *Personas cotizantes al Sistema de Seguridad Social por género.*  
*El Carmen de Chucurí*

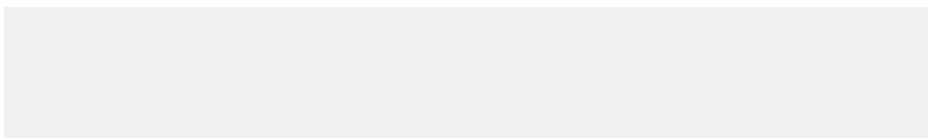


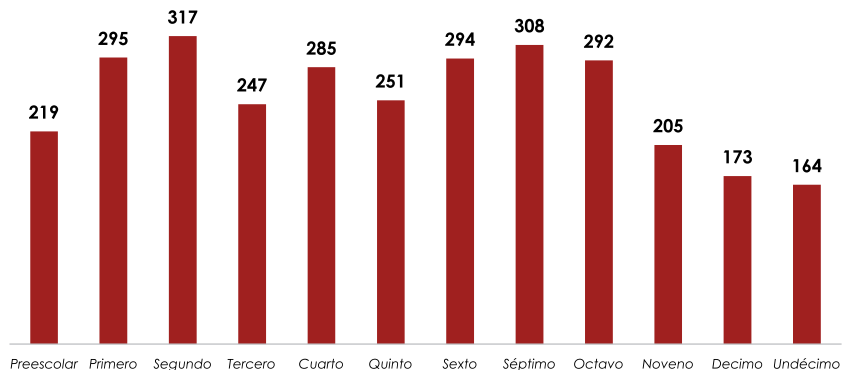
Fuente: Terridata, 2016.

En materia educativa, de acuerdo con el Plan de Desarrollo “La Renovación es de Todos” (Alcaldía de El Carmen de Chucurí, 2020), el Municipio cuenta con siete instituciones educativas:

- a) Institución Educativa Cirales.
- b) Colegio San Luis Gonzaga.
- c) Institución Educativa El Centenario.
- d) Institución Educativa Santo Domingo del Ramo
- e) Institución Educativa La Salina.
- f) Institución Educativa Forjadores de un Mundo Nuevo.
- g) Institución Educativa Islandia.

A continuación, en las anteriores instituciones educativas, se presenta el número de estudiantes discriminados por grados académicos, de acuerdo con las cifras del Sistema de Matrículas Estudiantil (SIMAT):



**Figura 9. Estudiantes matriculados por grados académicos. El Carmen de Chucurí**

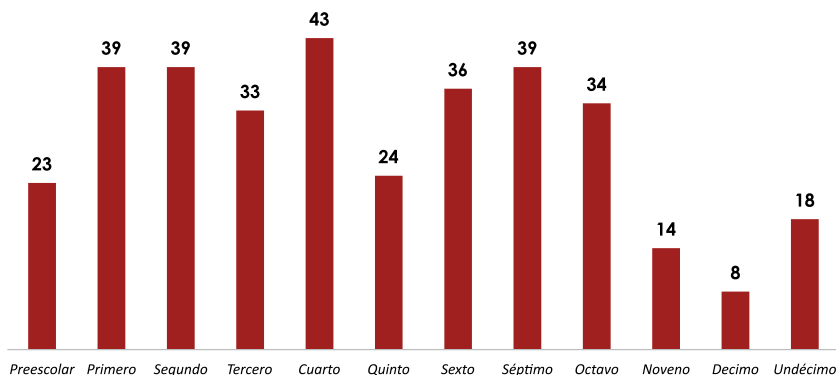
Fuente: SIMAT, 2020.

La Institución Educativa Cirales fue fundada en 1968, en un gesto de apoyo solidario de la comunidad como gran parte de los equipamientos colectivos de El Carmen de Chucurí. El colegio comenzó a funcionar en las instalaciones de un trapiche propiedad del señor Abelardo Parra, quien cedió dichas instalaciones con el fin de aportar a la formación de las niñas y los niños de la zona rural. La primera profesora de Cirales fue la señora Leonor Menéndez.

El inicio de actividades del colegio estuvo marcado por la ausencia de recursos financieros. No contaban con sillas para los estudiantes, por lo que las clases se impartían en el suelo. Posteriormente, la comunidad solicitó al Comité de Cafeteros un aporte económico para consolidar la infraestructura y el equipamiento de la institución educativa, la cual tenía problemas para garantizar la seguridad de su comunidad académica por los problemas de orden público del territorio. Con el tiempo, y la movilización de los padres de familia, se fue extendiendo el colegio en cuanto a infraestructura, e incluso se logró la construcción de un polideportivo, escenario que sirve tanto para actos deportivos, como recreativos y culturales.

Finalmente, el colegio surge de manera oficial como institución educativa a través de la Resolución 119 de agosto 22 de 2003, contando en la actualidad con el siguiente número de estudiantes:

**Figura 10.** *Estudiantes matriculados por grados académicos. I.E. Cirales*



Fuente: SIMAT, 2020.

Respecto al Programa de Alimentación Escolar, el Plan de Desarrollo “La Renovación es de Todos” (Alcaldía de El Carmen de Chucurí, 2020) determina que impacta a 2.976 estudiantes de las instituciones educativas del municipio, donde 1.967 reciben complemento alimentario “industrializado”, y 1.000 reciben complemento alimentario “almuerzo”.

### **3.9 ANTECEDENTES Y SEÑALAMIENTOS A LA ADJUDICACIÓN DEL PAE EN SANTANDER**

En el marco de la audiencia de adjudicación de la licitación ED-LP-18-04 un ciudadano se refirió sin mucho tacto a presuntos actos de corrupción en el proceso, al señalar que la adjudicación “se ha visto manchada en procesos anteriores” ¿Esta afirmación se encuentra fundamentada?

A partir del año 2014 el PAE, que era manejado por el ICBF y el Ministerio de Educación Nacional, fue descentralizado. Los cuestionamientos comenzaron al año siguiente. En el año 2015 la Gobernación de Santander adjudicó el Contrato 645 relativo al PAE a la Empresa Cooperativa de Servicios Nacionales, la cual desfalcó al Estado con la compra de complementos alimenticios por encima de los valores fijados por el Ministerio de Educación Nacional, situación que comprometió al exgobernador Richard Aguilar en investigación adelantada por la Contraloría General de la República (Vanguardia, 2018).

Según información de la Fiscalía General de la Nación (2019) el contratista del programa de alimentación escolar para Santander, denominado “Cooperativa Multiactiva Surcolombiana de Inversiones Ltda.”, terminó con la imputación de cargos y en la condena al representante legal, señor Germán Trujillo Manrique, con motivo de sobrecostos en la etapa de planificación del proceso de adjudicación del PAE en el año 2016. De igual manera, se le dictó medida de aseguramiento a la secretaria de Educación Departamental (Vanguardia, 2017).

En el año 2017, la adjudicación del PAE no estuvo exenta de polémicas. Según La Silla Vacía, el adjudicador delegado en la Secretaría de Educación Departamental tenía presuntas preferencias por uno de los proponentes, a quien finalmente le fue adjudicado el contrato, no obstante haber tenido un tiempo limitado para realizar correcciones que fueron publicadas de una manera imprevista por la entidad. Al parecer el presunto favorecimiento se presentó en el diseño de los menús donde, según versiones, el proponente presentó información no ajustada a la verdad.

También en el 2017 fue un hecho de conocimiento público la protesta realizada por varios proveedores del PAE a quienes les adeudaban más de 20 mil millones de pesos desde hace varios meses (W Radio, 2017).

Para la adjudicación del PAE 2018 en Santander los medios de comunicación advertían que, en el proceso de selección objetiva, hubo una discrepancia interna en el equipo de la Secretaría de Educación Departamental, en la cual el asesor jurídico manifestaba que el proceso debía declararse desierto, punto de vista que no era compartido por la secretaria de Educación quien, a pesar de una presunta falsedad documental, decidió adjudicar el proceso (Vanguardia, 2018).

Así mismo, la Fiscalía General de la Nación (2019) informó la detención del exgobernador de Santander, Didier Alberto Tavera Amado, por presuntas irregularidades en la adjudicación de tres contratos referentes al PAE, y procedió a radicar escrito de acusación contra el exgobernador; en dicho documento se hacen acusaciones respecto al desfalco al interés público y a la desviación de recursos.

Antes de la licitación ED-LP-18-04, que buscaba adjudicar mediante un proceso de selección objetiva que tiene como propósito garantizar la transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado a través de la escogencia del mejor contratista, y con la oferta más favorable para la entidad, en todos los años se había presentado cuestionamientos que incluso llevaron a servidores públicos y particulares a ser privados de la libertad.

Como se pudo observar, a partir de los criterios de evaluación definidos por la crítica de la adjudicación es evidente que en los casos donde hubo concierto para delinquir entre servidores públicos y proponentes el derecho se instrumentalizó de manera determinada para favorecer intereses particulares, aspecto que compromete la imparcialidad del adjudicador administrativo a favor del beneficio propio o de un tercero, lo que a su vez facilita la reproducción de la jerarquía instaurada por el statu quo por parte de organizaciones privadas.

Respecto de los criterios de análisis normativo relacionados con las justificaciones expuestas por el legislador para la formulación de un régimen de contratación, queda claro que la selección objetiva dispuesta de manera formal, en los actos administrativos de adjudicación, no fue transparente y, por ende, al desfaltar el interés general en pro del beneficio económico de un particular reflejado en la cooptación del programa, no se cumplen los fines teleológicos.

En consideración a los antecedentes descritos, paso seguido se verificará si, contrario a lo ocurrido, la selección objetiva para el proceso de adjudicación del PAE 2019 garantiza la transparencia, la obtención de la oferta más conveniente para la entidad pública y el cumplimiento de los fines del Estado.

### **3.10 PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN OBJETIVA**

Como se observó en acápite anteriores, el procedimiento de selección objetiva en Colombia se encuentra reglamentado por el régimen

de contratación estatal, el cual comprende un marco normativo legal y el desarrollo de planteamientos jurisprudenciales, que promueven la selección objetiva como mecanismo para la transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado.

En el desarrollo del caso seleccionado se procederá a presentar de manera inicial la estructura del proceso de selección objetiva de manera esquemática, con el fin de establecer la ruta de la adjudicación del PAE, ejecutado en la Institución Educativa Cirales en el año 2019.

### 3.10.1 Estructura normativa

En primer lugar, se debe aclarar cuál es el marco jurídico correspondiente al proceso precontractual. Para definir lo anterior, el régimen de contratación estatal ofrece distintas modalidades de selección conforme con diferentes criterios.

En la siguiente tabla se presenta, en términos sintéticos, la descripción de la necesidad por parte de la entidad pública para adelantar el proceso de selección objetiva.

**Tabla 3. Información básica para la contratación**

Requerimiento	Información
<i>Objeto contractual</i>	“Suministro diario de complementos alimentarios a escolares beneficiados con el Programa de Alimentación Escolar-PAE, en las instituciones educativas oficiales de los 82 municipios no certificados de Santander, vigencia 2019”
<i>Valor total (Zonas 1+2+3+4)</i>	\$25.542.737.495
<i>Valor Zona 3 - (El Carmen de Chucurí)</i>	\$6.242.675.395
<i>Plazo</i>	Cincuenta y cinco (55) días hábiles consecutivos del calendario escolar contados a partir de la suscripción del acta de inicio.
<i>Entidad pública</i>	Departamento de Santander

Fuente: SIMAT, 2020.

De acuerdo con el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 las modalidades de selección son la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa. Atendiendo lo expuesto por el objeto contractual, el tipo de contrato corresponde a suministro, el cual con base en la cuantía definida por valor de 326.95.03 SMMLV, el cual supera el valor de la selección abreviada para el Departamento de Santander, estipulada en el año 2019 ascendía a \$828.116.000 por encontrarse en las entidades públicas con un presupuesto anual superior a los 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales. En ese sentido, se requiere adelantar el proceso de selección objetiva definido para la licitación pública.

De otra parte, es el Departamento de Santander el responsable de la contratación del PAE para el Carmen de Chucurí, toda vez que el municipio no cuenta con certificación para la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones en materia educativa, de conformidad con lo expuesto por los artículos 6° y 8° de la Ley 715 de 2011.

La licitación pública es el procedimiento de selección objetiva que por regla general se debe implementar por parte de las organizaciones estatales y entidades obligadas a cumplir con los mandatos del régimen de contratación estatal, fundamentado en la Ley 80 de 1993.

Este procedimiento de escogencia del contratista se diferencia de la selección abreviada, el concurso de méritos y de la convocatoria por mínima cuantía, porque ofrece las mayores garantías para la concurrencia de proveedores. Tiene como objetivo adjudicar el contrato a quien presente una mejor oferta en tratándose de bienes y servicios, o presente un menor precio en el caso de presentar lances ante una subasta inversa.

### **3.10.2 Etapas del proceso**

De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, en aras de garantizar la transparencia y la selección objetiva del contratista, y de esta manera dar cumplimiento a los fines del Estado,

el proceso de selección debe ser publicado de manera integral en la plataforma de Colombia Compra Eficiente.

En el sitio web [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co), el Departamento de Santander procedió a crear el evento del proceso de selección con el número ED-LP-18-04. A continuación se exhibe la captura de pantalla con información general sobre el proceso.

**Figura 11. Captura de pantalla del proceso ED-LP-18-04 de la Gobernación de Santander**



Términos de uso | Mapa del sitio | Preguntas frecuentes | Contáctenos

**SECOP I**

Compradores | Proveedores | Colombia Compra | Circulares | Transparencia | Sala de Prensa | Ciudadanos

**Detalle del Proceso Número: ED-LP-18-04**

SANTANDER - GOBERNACIÓN

Información General del Proceso	
Tipo de Proceso	Licitación Pública
Estado del Proceso	Celebrado
Asociado al Acuerdo de Paz	No
Régimen de Contratación	Estatuto General de Contratación
Grupo	[F] Servicios
Segmento	[90] Servicios de Viajes, Alimentación, Alojamiento y Entretenimiento
Familia	[9010] Restaurantes y catering (servicios de comidas y bebidas)
Clase	[901016] Servicios de banquetas y catering
Detalle y Cantidad del Objeto a Contratar	SUMINISTRO DIARIO DE COMPLEMENTOS ALIMENTARIOS A ESCOLARES BENEFICIADOS CON EL PROGRAMA DE ALIMENTACION ESCOLAR-PAE EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES DE LOS 62 MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS DE SANTANDER VIGENCIA 2019
Cantidad a Contratar	3 25.542.737,499
Moneda de Pago	Peso Colombiano
Tipo de Contrato	Suministro

Fuente: Colombia Compra Eficiente, 2020 (<https://www.contratos.gov.co>).

El primer documento cargado por la entidad pública es el Aviso de Convocatoria, el cual se encuentra reglamentado por el artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082 de 2015. Este documento cuenta con información variada del proceso, y busca brindar información a los oferentes y a la comunidad en general acerca de las características generales de la selección.

En aras de garantizar la selección objetiva, se destacan los siguientes aspectos del proceso de selección.



En primer lugar, el hecho de ser convocado a través de Licitación Pública corresponde a una decisión que debe adoptar el adjudicador administrativo, en este caso la Gobernación de Santander, y de manera específica la Secretaría de Educación Departamental, conforme a lo estipulado en el Decreto Departamental N° 007 de enero 18 de 2016, en la cual el Gobernador delega la gestión contractual en cabeza del titular de la Secretaría de Educación. En ese sentido, se delega el acto de adjudicación, aspecto que a pesar de concordar con los artículos 211 constitucional, 12 de la Ley 80 de 1993, 37 del Decreto 2150 de 1995 y 9° de la Ley 489 de 1998, es una actuación que genera interrogantes acerca de las motivaciones del funcionario administrativo, en este caso del Gobernador, respecto del grado de importancia que le otorga al ejercicio de sus funciones.

Es decir, más allá de advertir que la delegación se encuentra acorde con el marco jurídico al ser una herramienta empleada por los funcionarios para apoyarse en sus subalternos, delegar la adjudicación del Programa de Alimentación Escolar en el titular de la cartera de la Secretaría de Educación, que en todo caso es un servidor público de inferior jerarquía al Gobernador, no es consecuente con el discurso que evidencia deficiencias en la prestación del servicio, lo anterior basado en lo descrito en el Plan de Desarrollo Departamental de Santander 2016-2019 “Santander nos une”, que en la página 58 expone que el PAE presentó obstáculos en su ejecución (Departamento de Santander, 2016).

A pesar de detectar problemas en la implementación del programa el Despacho del Gobernador decide delegar en la Secretaría de Educación la adjudicación del PAE, a pesar de que el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 determina que los representantes legales deben realizar “control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual”, situación que, al apartarse de la responsabilidad directa de adjudicar el proceso, se dificulta.

Adicionalmente, una vez revisado el contenido del Decreto 007 de 2016, mediante el cual se realiza la delegación, se observa que el mismo se hace de manera general para todos los procesos contractuales de la administración, lo que evidencia que la razón de la delegación contractual en los secretarios

de despacho tiene como principal fundamento agilizar la contratación, no garantiza el cumplimiento de los fines del Estado, por el contrario, el hecho de que el despacho de la gobernación priorice determinados procesos de selección, que por su trascendencia social son sensibles para la comunidad, invitará al representante legal del Departamento a asumir por parte de su oficina y sin intermediarios el proceso de selección.

En segundo lugar, al tratarse de una licitación pública nótese cómo el Decreto 1082 de 2015 obliga a requerir el certificado del Registro Único de Proponentes, aspecto que no es obligatorio para procesos de mínima cuantía o contratación directa. El certificado del RUP, como requisito adicional, debe ir acompañado en la propuesta de los certificados de experiencia que en todo caso son revisados por el comité evaluador a la hora de realizar sus funciones. Exigir requisitos adicionales es un elemento que atenta contra la pretendida selección objetiva, puesto que limita la concurrencia de los proponentes al proceso de selección.

En tercer lugar, a pesar de contarse con un valor global del proceso de selección, la administración departamental, en este caso la Secretaría de Educación como delegada, tomó la decisión de adjudicar el contrato por zonas, lo cual es una medida que facilita la adjudicación del proceso contractual a varios proponentes y de esta manera, según la Gobernación, reducir los riesgos de la ejecución por parte de un solo proponente. Más adelante, cuando se proceda a revisar las relaciones de los proponentes respecto del territorio, se verificará qué tan efectiva fue esta decisión adoptada por el adjudicador.

En cuarto lugar, tal como lo establece la norma, el adjudicador administrativo se ve conminado por el diseño normativo a impedir que este proceso sea limitado a MIPYME, quedando en desventaja las organizaciones que eventualmente tengan esa condición en el Municipio de El Carmen de Chucurí frente a las grandes corporaciones.

Por último, los criterios definidos para la adjudicación del contrato como requisitos habilitantes y factores de evaluación son:

**Tabla 4. Estructura de requisitos habilitantes y factores de evaluación.**

*Licitación Pública ED-LP-18-04*

Requisito Habilitante (obligatorio para participar)	Evaluación (puntaje)		
	Criterio	Valor máximo	
	Factor económico	690	Total 1.000
<i>Jurídico</i>	Factor técnico	290	
<i>Financiero</i>	Incentivo a la industria nacional	100	
<i>Técnico</i>	Incentivo a favor de personas con discapacidad	10	

Fuente: SECOPI. Elaboración propia.

Como se puede observar, se desplazan tanto de los requisitos habilitantes como de los criterios para la evaluación que otorgan puntaje, no hay una referencia expresa a la necesidad de garantizar la vinculación de la comunidad en los procesos de operación del Programa de Alimentación Escolar. La única referencia al factor territorial se colige de la ventaja de las organizaciones nacionales respecto de las extranjeras, como si las grandes organizaciones empresariales colombianas o los esquemas de asociación (Consortios o Uniones Temporales) con mayores capacidades no tuviesen ventaja respecto del tejido social y organizacional de El Carmen de Chucurí.

### **3.10.3 Aspectos técnicos para la gestión del PAE**

Continuando con el proceso de selección, la Secretaría de Educación de Santander, como adjudicadora, procede a publicar los estudios previos del proceso, conforme con el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015. En dicho artículo se exponen los contenidos mínimos del estudio previo. Su contenido es replicado por los pliegos de condiciones empleados para determinar las reglas de juego del proceso precontractual.

En los primeros puntos del Estudio se encuentra la invitación a las veedurías ciudadanas a participar. El marco legal de estas organizaciones se desprende de la Ley Estatutaria 850 de 2003, en la cual se establecen

diferentes obligaciones a las entidades públicas como la Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo y Ministerio del Interior, con el fin de brindar apoyo a las veedurías constituidas en los territorios. Más adelante, especialmente en la audiencia de adjudicación, se verificará si participaron veedurías con presencia en El Carmen de Chucurí.

Seguidamente, en la sección número dos, se procede a relacionar una serie de documentos que sirven como referentes para la celebración de la contratación en cuestión. Se observan documentos provenientes del Ministerio de Educación Nacional (Resoluciones relacionadas con el PAE), y tanto ordenanzas como resoluciones expedidas en el Departamento de Santander. No se evidencia una sola mención por parte de las autoridades de El Carmen del Chucurí. Si bien es cierto, conforme con lo expuesto por la Ley 715 de 2001 el Municipio no se encuentra certificado para administrar los recursos del Sistema General de Participaciones en materia de educación y PAE, no es menos cierto que se trata de un ente territorial a quien el adjudicador administrativo, Gobernación de Santander, excluye totalmente del proceso de selección, limitándose a cumplir con la competencia funcional legal, omitiendo la necesaria articulación entre entidades territoriales, especialmente para que la alcaldía en su calidad de representante legal del municipio, realice observaciones, recomendaciones y manifestaciones acerca de la manera como debe implementarse el PAE.

De antemano, se advierte que no hay una sola referencia proveniente del Municipio de El Carmen de Chucurí respecto a como debiese implementar el PAE en su territorio. El estudio previo da cuenta de un PAE sin enfoque diferencial, excluyente, centralizado y hecho a la medida del departamento.

El estudio previo exige a los proponentes la suscripción del “Formato de compromiso de transparencia” y “Anticorrupción”. El estudio previo es enfático en advertir que la omisión en la entrega del formulario está catalogada como causal de rechazo de la propuesta, es decir, no se consideraría para efectos del proceso de evaluación de esta al no habilitarse.

El formato aludido se encuentra como anexo al pliego de condiciones y se denomina “Formato 7. Compromiso anticorrupción”. La estructura del aludido formato consiste en una serie de manifestaciones referentes al comportamiento del proponente respecto del contrato que reflejen el compromiso del eventual contratista con el cumplimiento de la Ley. Dentro de sus cláusulas se expresa el apoyo a las entidades públicas en el fortalecimiento de la transparencia y en el ejercicio de la rendición de cuentas, indicando que no se encuentran inhabilitados para contratar, expresan por escrito que no ofrecerán dádivas ni sobornos ni prebendas, a no hacer pactos económicos con los proponentes, a entregar la información requerida por los entes de control, y se comprometen a que sus empleados cumplan con los parámetros definidos por el compromiso. Finalmente, aducen conocer las consecuencias del compromiso anticorrupción.

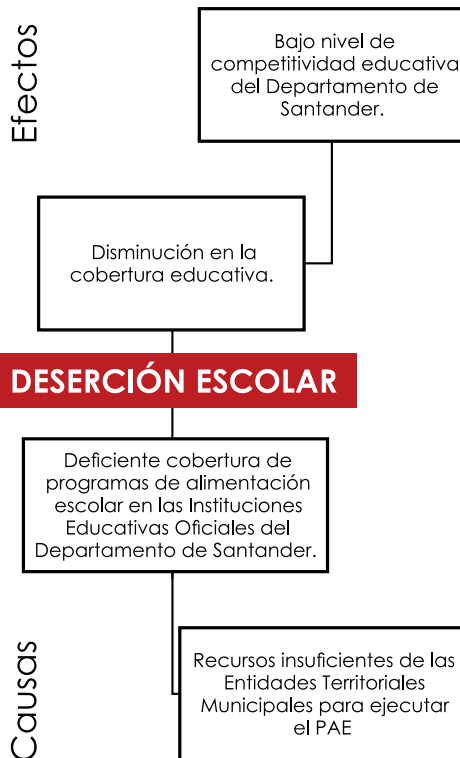
Analizando el contenido del “Formato 7. Compromiso anticorrupción”, se observa que el mismo consiste en una serie de manifestaciones que hacen parte de las obligaciones de los particulares y de los servidores públicos de acuerdo con el artículo 6° de la Constitución de 1991. Manifestar que no se violará la ley en el ejercicio del contrato es innecesario, porque para ello existe un marco legal que prohíbe y sanciona las conductas descritas, las cuales no se juzgan por contar con una proclama por escrito, sino por el mismo hecho de su ocurrencia; así mismo, es inocuo porque el documento tiene un valor simbólico que, al ser un formato, un trámite, pierde el sentido de su simbología. El compromiso se reduce a un simple documento, más que anexar cientos de hojas que se aportan para la verificación de la oferta.

¿Cuál es el uso que el adjudicador administrativo le otorga al compromiso anticorrupción? Si se analiza desde el principio de la buena fe, que se encuentra en el artículo 83 de la Constitución de 1991, el cumplimiento del marco constitucional bastaría para entender que el particular que eventualmente resulte favorecido con la adjudicación del contrato desplegará su comportamiento “bajo los postulados de la buena fe”. Por el contrario, con la amenaza del rechazo de la propuesta, el adjudicador administrativo olvida la presunción constitucional de buena fe.

Para finalizar, los resultados del compromiso anticorrupción no han sido evaluados, sin embargo, el Decreto 19 de 2012 de la Presidencia de la República (Anti-trámites) establece la necesidad de que las entidades públicas no requieran más documentos que los estrictamente necesarios. La utilidad jurídica del compromiso anticorrupción no es clara, y por ende debería prescindirse del mismo.

Más adelante el adjudicador administrativo, en el estudio previo, expone la estructuración del problema en el cual basa la descripción de la necesidad de la contratación, y para ello hace referencia a cifras de carácter departamental acumulativas, sin especificar el contexto o la realidad de El Carmen de Chucurí.

La entidad procedió a estructurar el problema mediante la metodología de árbol de problema, el cual se expone en el siguiente esquema:



**Figura 12.** *Árbol de problemas-Deserción Escolar en Santander. Licitación Pública ED-LP-18-04*

Fuente: SECOP I. Elaboración propia.

Como se puede observar, la estructuración del problema del PAE se limita a identificar como causa la deficiente cobertura del programa PAE, y como causa indirecta la ausencia de recursos. Sin embargo, no se refiere a la calidad del programa ni a la vinculación y participación activa de los actores sociales involucrados en el proceso del PAE, como son los municipios, instituciones educativas, rectores, docentes, estudiantes, padres de familia y el sector productivo local que, en una decisión cuestionable del adjudicador administrativo, representado en el caso por la Gobernación de Santander-Secretaría de Educación, excluye a los actores locales del proceso de selección.

En relación con los aspectos técnicos del PAE, el estudio previo expone los tipos de complementos alimentarios y los grupos etarios, los cuales se diferencian en industrializados (elaborados y empacados previamente), y los preparados en sitio:

**Tabla 5. Estructura financiera. Licitación Pública ED-LP-18-04**

Grupo etario	Descripción	Tipo	Valor Unitario
<i>Tipo A</i>	Jardín, transición y primero (4-6 años)	<i>Preparado en sitio</i>	\$3.316
<i>Tipo B</i>	Segundo a séptimo (7-12 años)	<i>Industrializado</i>	\$3.092
<i>Tipo C</i>	Octavo-undécimo (13-17 años)	<i>Almuerzo</i>	\$4.357
<i>Tipo almuerzo</i>	Jornada única.	Zona 3 \$6.242.675.395 419 instituciones educativas	

Fuente: SECOP I. Elaboración propia.

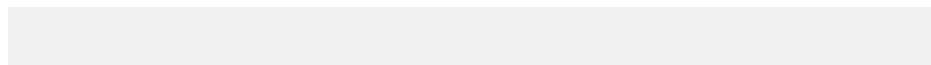
Al analizar la estructuración financiera y el árbol de problemas, la descripción de la alternativa de abordaje al problema, es decir, la contratación del PAE, no ofrece soluciones directas a las causas descritas por el Adjudicador Gobernación de Santander, más aún cuando la causa es la cobertura y la ausencia de recursos. La alternativa de solución cuenta con recursos destinados por el Sistema General de Participaciones, lo que desvirtúa el argumento frente a la ausencia de recursos.

Continúa el estudio previo con la definición de obligaciones para el eventual operador. Las obligaciones se clasifican en generales, técnicas, administrativas, financieras, jurídicas y las específicas respecto de las condiciones de los alimentos suministrados.

En las generales se destaca la obligación de participar en las reuniones del “Comité de Alimentación Escolar”. Dentro de las técnicas, la obligación de garantizar los aspectos higiénicos y sanitarios de la manipulación de los alimentos, preparación y entrega. En ese sentido, debe contar con el personal idóneo y con equipos de almacenamiento y transporte adecuados, más aún cuando el esquema de producción de alimentos establece la necesidad del desplazamiento de alimentos desde lugares alejados, al descartar a los proveedores locales y el fortalecimiento de la infraestructura de los restaurantes escolares en las instituciones educativas.

Otra de las obligaciones que llama la atención se refiere a las financieras, en la cual se solicita realizar y reportar como mínimo el 20% de las compras de manera local. Si la intención del adjudicador fuese la de respaldar la economía local, requeriría la compra de insumos alimenticios en el territorio en una mayor proporción. El 20% termina siendo un valor simbólico que, en caso de aumentarse, afectaría las finanzas del contratista, aspecto que deja entrever las fallas del modelo de selección objetiva al basarse en aspectos propios del mercado, dejando de lado la importancia de fortalecer el desarrollo local.

En relación con el equipo de trabajo requerido, el estudio previo establece que este parámetro será considerado como requisito habilitante, es decir, si el comité evaluador constata su incumplimiento será causal de rechazo de la oferta. El número mínimo de colaboradores se precisa con base en el número de raciones alimenticias, y aumenta en la medida en que la ración sea industrializada. La proporción es la siguiente:





**Tabla 6. Número mínimo de manipuladores de alimentos.**

*Licitación Pública ED-LP-18-04*

	Empleados	1	2	3	4	5	6	7
En sitio	Raciones	1-75	76-150	151-300	301-500	501-750	751-1000	1001-1500
	Empleados	11	12	22	32	42		
Industria- lizados	Raciones	1-49	50-150	151-500	501-1000	1001-1500		

Fuente: SECOPI. Elaboración propia.

Este cálculo en detalle del mínimo de empleados por ración alimenticia suministrada, se relaciona con la lógica de mercado propuesta por el Ministerio de Educación para el manejo del programa PAE en las instituciones educativas. Al definir un número mínimo la entidad estatal está respondiendo a un análisis racional de costo y beneficio para el privado, que deberá cumplir de manera básica con un número de empleados. No obstante, el análisis racional no incentiva la calidad al proponer números deseables de personas a cargo del programa, partiendo de una base mínima en virtud de un grado de prestación del servicio básico, precario.

En el marco de la ejecución del contrato, una vez adjudicado, el contratista beneficiado cuenta con una serie de obligaciones a modo de alistamiento, como solicitar permisos a las autoridades sanitarias, elaborar listado de utensilios y formular planes de manejo preventivo y de operación, aspecto que busca garantizar tanto la sanidad de la operación, como de los insumos utilizados para la preparación de los alimentos; la lista de chequeo es extensa y se nota rigurosa con la higiene y la calidad nutricional de los alimentos.

Son tantos los requisitos que justifican la contratación de la interventoría, la cual deberá dedicarse a revisar de manera minuciosa cada uno de estos elementos, para lograr el propósito del objeto contractual. Sobre este aspecto se retornará en el momento de analizar la ejecución de la operación y los problemas que surgen alrededor de la operación del PAE en El Carmen de Chucurí durante el año 2019.

De igual manera, para efectos de la operación del PAE es necesario que el contratista cuente con la capacidad operativa para la ejecución del contrato. En este aspecto, el estudio previo enfatiza en condiciones de “sanidad, inocuidad y oportunidad” de la operación del objeto contractual. De esta manera se establecen condiciones específicas de buenas prácticas de higiene y sanidad, la existencia de un “plan de saneamiento básico”, realizar el transporte con base en la normatividad vigente, garantizar la calidad de los utensilios empleados para preparar y consumir los alimentos, contar con implementos de aseo para toda la cadena de producción y garantizar la calidad de los alimentos, para lo cual se desarrolla un anexo específico del pliego “Anexo 1. Aspectos alimentarios y nutricionales”, indicando de manera expresa la prohibición de entregar alimentos vencidos, en mal estado, contaminados o que hayan sido adulterados; contar con métodos apropiados de “empaquete y embalaje” que, además de lograr el propósito de contar con alimentos inocuos, sus materiales sean amigables con el ambiente, y garantizar la disposición final de las raciones a sus receptores a quienes califica como “titulares de derecho”.

El estudio previo no se detiene allí. Continúa especificando de manera detallada el “aporte nutricional” en el cual se determina la carga de calorías, proteínas, grasas, carbohidratos, hierro y calcio a suministrar con base en el rango etario de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes beneficiados por el programa, diferenciada por las modalidades de suministro de raciones, ya sea industrializada o preparada en sitio, así como la jornada escolar para refrigerios y almuerzo.

Finalmente, se hace referencia a la “minuta patrón”, que consiste en un formato en el cual se contempla los aspectos de implementación del PAE, que plantea un ciclo de alimentación de veinte días, con base en las modalidades de los complementos alimenticios enunciados. La minuta patrón se encuentra reglamentada por la Resolución 29452 de 2017 del Ministerio de Educación Nacional (MEN).

El ciclo de menú debe ser elaborado según el estudio previo por un profesional en “nutrición y dietética”. Contempla además la necesidad de tener en cuenta la cultura gastronómica de la región, aspecto a considerar

por parte del nutricionista, al igual que la dieta de grupos étnicos. La minuta patrón debe publicarse en la institución educativa, y si hay presencia de grupos étnicos, además del castellano debe publicarse en su lengua.

Por último, el estudio previo plantea la posibilidad de realizar cambios en el menú, indicando el procedimiento a seguir, proceso en el que participan tanto el contratista, como la institución educativa, la Secretaría de Educación Departamental de Santander y la interventoría del contrato.

Todos estos complejos detalles de operación, que además cuentan con el soporte legal dispuesto por el Ministerio de Educación Nacional a través de reglamentos expedidos, permiten concluir que para la adjudicación de este contrato se cuenta con un manual de aprestamiento, operación, distribución, servicio y seguimiento al PAE detallado, específico y que garantiza a los “titulares de derechos” niños, niñas, adolescentes y jóvenes, el complemento alimenticio básico, balanceado y nutritivo que les permita cumplir con sus actividades diarias.

No obstante, se echa de menos la participación activa de las comunidades locales en general, es decir, estudiantes, padres de familia, profesores, rector, comerciantes, empresarios, secretarios de despacho de la administración del Carmen, Alcalde, integrantes de las juntas de acción comunal, ediles, concejales, líderes del territorio que observan cómo el protagonismo de la ejecución del PAE es del Ministerio de Educación, del Contratista y de la Secretaría de Educación Departamental, quien desde su sede administrativa en la Gobernación de Santander observa la ejecución del contrato a cuatro horas de camino en la Institución Educativa Cirales, de El Carmen de Chucurí.

### **3.10.4 Condiciones para la selección objetiva**

#### ***a) Requisitos habilitantes***

Retornando a las condiciones impuestas para la selección objetiva del contratista, que a su vez garanticen la transparencia del proceso y el

cumplimiento de los fines del Estado, la licitación determina condiciones jurídicas, técnicas y financieras exigidas a los proponentes para la presentación de sus propuestas.

Respecto al valor del contrato, se procedió a realizar un estudio de mercado que arrojó el valor de las raciones a partir de cotizaciones presentadas por cuatro organizaciones. A partir de las cotizaciones se extrajo el promedio junto con la respectiva desviación para determinar un valor por cada modalidad de complemento alimenticio.

La forma de pago definida para la ejecución del contrato contempla el pago del 90% del valor total en virtud de la ejecución de este, y el 10% restante del contrato de suministro para materializar la liquidación. No se contempla anticipo.

Para la presentación de la propuesta es necesario que el proponente presente los siguientes documentos, como parte de un listado de chequeo que será verificado tanto en su forma como en su contenido, por parte del comité evaluador, así:

**Tabla 7. Documentos requeridos para la presentación de la oferta. Requisitos habilitantes. Capacidad Jurídica. Licitación Pública ED-LP-18-04**

Requisito	Descripción
<i>Carta de presentación de la propuesta</i>	Formato elaborado por la entidad, en este caso la Gobernación de Santander, Secretaría de Educación, que debe ser diligenciado por la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o agrupación comercial.
<i>Certificado vigente de existencia y representación legal (personas jurídicas)</i>	Documento que da cuenta de la inscripción de una persona jurídica ante las cámaras de comercio, en la cual se incorporan los estatutos de la organización, información administrativa como el capital, el representante legal (persona natural), las funciones y facultades de los diferentes estamentos corporativos, y el objeto de la organización

Requisito	Descripción
<i>Certificado de Registro Mercantil (personas naturales)</i>	Evidencia la inscripción de la actividad económica de personas naturales de manera pública, ante una cámara de comercio.
<i>Inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP)</i>	Registro de la experiencia de las personas que pretendan participar en procesos de selección objetiva realizados por organizaciones estatales. En ella se relacionan los contratos celebrados por el proponente, clasificado con base en el UNSPSC (clasificador de bienes y servicios de naciones unidas). Así mismo se incluye información acerca de la capacidad financiera del proponente.
<i>Garantía de seriedad de la propuesta</i>	Generalmente consiste en una póliza de seguros que cubre el 10% del valor oficial de la propuesta presentada, en caso de retirarse la oferta o no suscribir el contrato.
<i>Certificados de antecedentes fiscales</i>	Documento emitido por la Contraloría General de la República, donde se indica que el proponente no tiene sanción fiscal vigente.
<i>Certificados de antecedentes disciplinarios</i>	Documento emitido por la Procuraduría General de la Nación, donde se indica que el proponente no tiene sanción disciplinaria vigente.
<i>Certificados de antecedentes penales</i>	Documento emitido por la Policía Nacional donde se indica que el proponente no tiene sanción penal vigente que le impida suscribir contratos con entidades públicas.
<i>RUT</i>	Documento expedido por la DIAN donde se incorpora la calidad tributaria básica de la persona natural o jurídica, especialmente el código de la “Clasificación Industrial Internacional Uniforme”, conocido como CIIU.
<i>Copia de los documentos de identidad de las personas naturales o representantes legales de las personas jurídicas participantes, de cada uno de los integrantes del esquema de asociación (Unión Temporal o Consorcio)</i>	Documento de identificación de las personas naturales y/o jurídicas que participan como proponentes. generalmente cédulas de ciudadanía en el caso de los colombianos.

Requisito	Descripción
<i>Certificado de situación militar resuelta</i>	Certificado expedido por el Ejército Nacional de Colombia indicando que la situación militar de las personas naturales del género masculino, menores de cincuenta años, tienen su situación militar resuelta.
<i>Certificación del cumplimiento de aportes a la seguridad social y parafiscales</i>	Documento elaborado por el representante legal o revisor fiscal de las organizaciones respecto del efectivo cumplimiento para la fecha del pago de la seguridad social, y de los parafiscales a los que se encuentra obligado con base a su nómina de empleados.
<i>Documento de constitución de proponente plural (Unión Temporal o Consorcio)</i>	Documento en el cual las personas que se integran de manera temporal para la constitución de un esquema de asociación que permita aunar esfuerzos y capacidades para la presentación de la propuesta en el marco de la licitación. Pueden constituirse uniones temporales, en la cual se estipula el grado de participación en términos porcentuales o el Consorcio, en el que participan en la misma proporción.
<i>Autorización de los socios en junta (Acta)</i>	Personas jurídicas que requieran autorización de la junta directiva o la asamblea general de socios para contratar.
<i>Certificado de ausencia de sanciones del Sistema de Registro de Medidas Correctivas</i>	Documento emitido por la Policía Nacional donde se indica que el proponente no tiene sanción relacionada con medidas correctivas que le impidan suscribir contratos con entidades públicas.

Fuente: SECOP I. Elaboración propia.

Todos los requerimientos estipulados para la presentación de la oferta corresponden a un entramado normativo del marco jurídico colombiano, caracterizado por requerir información, incluso pública, que contraría el espíritu de la regulación anti-trámites, como el Decreto 2106 de 2019, especialmente cuando se solicitan documentos que reposan en la propia entidad o proveniente de bases de datos públicas como los antecedentes fiscales, disciplinarios, penales y el de medidas correctivas.

En cuanto a la experiencia, para este contrato se solicitó la presentación de cuatro (4) contratos y/o convenios, los cuales al sumarse deben corresponder a la zona de mayor valor, es decir a la zona 1, expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta manifestación genera dudas acerca del exceso en la solicitud de experiencia, especialmente para el proponente, a quien se le adjudique una zona con un valor inferior, apreciación que coincide con la observación presentada por un ciudadano interesado en el proceso, quien advirtió esta inconsistencia, la cual fue subsanada por la entidad pública al advertir que se modificarán los pliegos definitivos ciñendo la experiencia a la zona de menor valor.

No obstante, esta situación termina siendo insuficiente en términos de experiencia al no igualar el valor total de la zona; se nota un cambio de enfoque sobre el requisito que pasa de un extremo donde se excedía en la solicitud de experiencia, a otro extremo donde la experiencia solicitada puede llegar a no ser suficiente en caso de que un proponente se postule a dos o más zonas, teniendo que cumplir con los requisitos de la zona de menor valor.

En cuanto al personal empleado, como requisito habilitante la estructura básica corresponde a tres empleados, así: un coordinador operativo del PAE, quien tiene una dedicación del 100%, que debe tener mínimo un año de experiencia profesional y que debe ser profesional en nutrición y dietética, o ingeniero(a) de alimentos o ingeniero(a) químico(a) de alimentos o administrador(a) de empresas o contar con una profesión afín. Así mismo debe contar con dos operadores de campo, quienes deben ser profesionales o tecnólogos o técnicos en el área de alimentos o afines.

Los documentos del personal mínimo requerido deben ser presentados junto con la oferta: copia del documento de identidad, certificaciones académicas y certificaciones de experiencia, tanto general como específica, que corresponde a un (1) año en procesos similares al del objeto contractual.

Con base en el personal requerido como requisito habilitante, este es el mínimo exigido. No es claro por qué motivo se incluye dentro del perfil del coordinador la posibilidad de ser administrador de empresas, cuando el desarrollo del objeto contractual no tiene que ver necesariamente con ese tipo de profesión. También despierta inquietudes qué pasa con el personal técnico requerido para la operación, preparación y distribución de las raciones alimentarias, componente que no es evaluador como requisito habilitante por parte del ente adjudicador. Una vez más, como en el resto de los estudios previos, el papel de los actores locales se ve relegado. Solo los estudiantes quienes son “sujetos de derechos” son nombrados, al indicar que son los receptores de la ejecución contractual.

Como condiciones especiales para la adjudicación del contrato se debe presentar por parte del proponente el Formato N° 3, relativo a las compras locales, en el que se determina que mínimo el 20% de los productos deberá realizarse adquiriendo los insumos a comerciantes locales. Al revisar el Anexo 3, se determina que los pequeños comerciantes pueden participar del proceso de selección objetiva, siempre y cuando cumplan a cabalidad con las condiciones definidas en los pliegos.

Al analizar lo señalado por el Anexo N° 3, respecto de los pequeños productores, se observa que el pliego presenta errores en cuanto a la planificación del diseño, toda vez que la clasificación del proceso por zonas obliga a los pequeños comerciantes interesados en participar en calidad de operadores del PAE en el Municipio de El Carmen de Chucurí, a contar con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y administrativa exigida para las zonas, situación que afecta la posibilidad real de participación, relegando la oportunidad a los grandes empresarios que cuenten con esta clase de capacidades. Así mismo, no se evidencia procesos de asociatividad liderados por la Gobernación de Santander con el fin de que los pequeños comerciantes constituyan uniones temporales o consorcios, de cara a una participación real y plural de los pequeños comerciantes en el proceso licitatorio.

Por otro lado, se requiere una flota de cinco vehículos tipo furgón, de los cuales tres deben ser termo refrigerados, en virtud de la necesidad



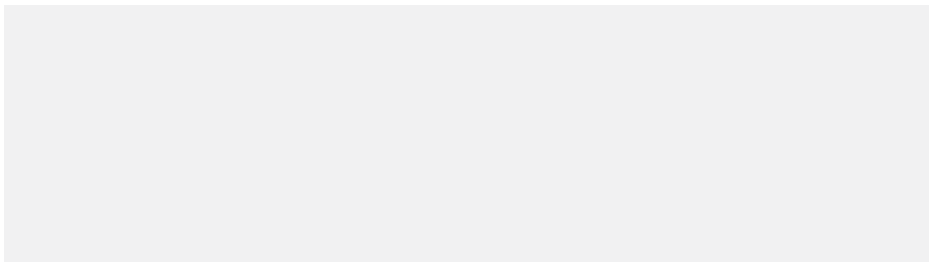
de trasportar los alimentos, garantizando la inocuidad de los mismos. Para validar la flota de transporte se requiere adjuntar documentos registrales: SOAT, revisión técnico-mecánica y de gases, y la ficha del vehículo.

¿Cuántos pequeños comerciantes de El Carmen cuentan con este tipo de posibilidades? La situación evidencia que el componente del mercado es determinante como criterio de adjudicación, y que en realidad la participación de los actores locales no es considerada en serio por parte de la Secretaría de Educación de Santander.

También se requiere aportar un ciclo de menús elaborado por un profesional competente en nutrición y dietética, el cual debe cumplir con los estándares del Ministerio de Educación Nacional y del Ministerio de Salud, con base en los parámetros indicados anteriormente.

De otra parte, se requiere a los proponentes una infraestructura mínima, la cual corresponde a contar con cuatro (4) centros de acopio ubicada en la zona de influencia de cada una de las zonas en las que presente oferta. Surge la inquietud por la exigencia de bodegas en el marco de un proceso precontractual, requisito que evidencia la lógica del mercado que determina finalmente la adjudicación, lo anterior bajo el criterio de economía de escala como incentivo para el contratista.

Acerca de los indicadores financieros, se presenta la información definida por el estudio previo, el cual fue modificado a partir de observaciones presentadas por ciudadanos interesados en el proyecto, y por la entidad mediante las respectivas adendas:



**Tabla 8. Valores correspondientes a la capacidad financiera. Requisitos habilitantes. Capacidad Jurídica. Licitación Pública ED-LP-18-04**

Ítem	Valor
Índice de liquidez	$\geq 0.35$
Índice de endeudamiento	$\leq 0.68$
Razón de cobertura de intereses	$\geq 1$
Capacidad organizacional	
-Rentabilidad del patrimonio	$\geq 0.09$
-Rentabilidad del activo	$\geq 0.03$
-Capital de trabajo	$\geq 100\%$ Zona de menor valor

Fuente: SECOP I. Elaboración propia.

Para finalizar, se establecen los puntajes a otorgar de acuerdo con los factores calificados. Se aclara que para realizar la calificación de factores debe superarse la habilitación.

**Tabla 9. Valores correspondientes a los factores de evaluación. Factores de evaluación. Licitación Pública ED-LP-18-04**

Ítem	Criterio	Puntaje máximo
1	Análisis calórico y nutricional	100
2	Sedes educativas adicionales con análisis de laboratorio	100
3	Capacitación a sedes educativas	90

Fuente: SECOP I. Elaboración propia.

La vinculación de los criterios financieros para efectos de la adjudicación contractual se torna determinante en la medida que el marco regulatorio definido por el legislador así lo establece. En ese sentido, el adjudicador administrativo se convierte en un operador jurídico y procede a calcar dichos marcos normativos en los pliegos de condiciones, con un margen de maniobra limitado. La discrecionalidad del servidor público se ve limitada a la elaboración de análisis del mercado para la definición de los índices, indicadores y rangos para el proceso de adjudicación, sin tener la posibilidad de responder a ejercicios de planificación comunitaria que involucre nuevas variables enrutadas a garantizar los fines del Estado.

### 3.10.5 Requisitos adicionales

Otro aspecto que se referencia en los estudios previos es la matriz de riesgos y la necesidad de contratar una interventoría para garantizar la ejecución del proceso contractual. Para ello la entidad pública se encuentra en la obligación de proponer la definición de los riesgos, los cuales proceden a ser publicados como insumo que hace parte integral del proceso precontractual, y que es aceptado por todos los intervinientes, especialmente por el contratista en el momento de suscribir la minuta contractual adjudicada.

Al revisar la matriz de riesgo para el proceso en cuestión se destacan dos aspectos: la asignación de riesgos frente a la calidad de los productos contratados, y la ausencia de la participación efectiva de la ciudadanía en la ejecución contractual, asignación que se materializa con la celebración de la audiencia a la que hace alusión el artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015.

En la página 12 de la matriz de riesgos se determina el evento operacional relativo a la entrega de bienes, en este caso de suministro, que son entregados sin la calidad definida por los estudios previos y los pliegos de condiciones. El riesgo es tipificado como alto. No obstante, la alternativa de solución descrita en la tabla se refiere a la correcta labor de la interventoría.

La calificación del riesgo de calidad no hace alusión a la participación de los actores locales en el monitoreo, seguimiento y evaluación de la ejecución del proyecto, mucho menos contempla la posibilidad de vincular a los actores locales como operadores del PAE como herramienta para garantizar la calidad de los productos servidos a los “titulares de derechos”. No hay rastro o mención de veedurías ciudadanas o de actores institucionales locales como la personería municipal en ejercicio del control disciplinario, o el concejo municipal quien ejerce control político para determinar un seguimiento local a la ejecución del PAE en El Carmen de Chucurí, o cualquier otro municipio vinculado al proceso de selección.

De otra parte, el estudio previo y los pliegos de condiciones definen la necesidad de contratar una interventoría que se encargue de realizar el seguimiento correspondiente al proceso contractual una vez adjudicado.

Finalmente, el estudio previo se refiere a la necesidad de constituir pólizas de cumplimiento, pago de prestaciones sociales, e indemnizaciones laborales y calidad del servicio para la ejecución del objeto contractual.

¿Qué papel juega el adjudicador administrativo en la formulación de los documentos precontractuales? Por lo visto hasta el momento el adjudicador, en este caso la Secretaría de Educación de la Gobernación de Santander, se limita al estricto cumplimiento del marco legal, incorporando los elementos propios definidos por el legislador en el régimen de contratación estatal, materializando la voluntad de la Ley 80 de 1993 en cuanto a la priorización de la libre competencia como garantía de transparencia y del cumplimiento de los fines del Estado. Sin embargo, el énfasis por la defensa del libre mercado termina definiendo el rumbo del proceso de la adjudicación, reduciendo y desplazando los fines del Estado colombiano a un segundo lugar. Parece que la libre competencia es sinónimo de transparencia y eficacia en el cumplimiento de los propósitos de las organizaciones estatales, olvidando que la libre competencia es un arreglo institucional propio de la dimensión económica, cuya agenda no necesariamente coincide con el modelo de Estado social de derecho, y la promoción del bienestar general.

Y el adjudicador administrativo se siente satisfecho con cumplir con los marcos legales, más allá del cumplimiento de los fines del Estado; sin creatividad o valor agregado procede a elaborar un estudio previo, un análisis del sector, a realizar las diferentes audiencias que el método de selección objetiva le impone, y a responder de manera oportuna a las solicitudes realizadas por los participantes. Apela al cumplimiento del debido proceso respecto de los proponentes que participan, presentan documentos, observaciones, objetan, aclaran y subsanan.

¿Y el debido proceso de las comunidades, de los estudiantes, de los padres de familia, de los rectores y docentes, de los concejales y alcaldes de

los municipios no certificados, de los comerciantes, de las organizaciones sociales, de los líderes políticos del territorio? No son materia de análisis puesto que la norma no lo contempla, y no lo contemplará entretanto se aborde el programa de alimentación escolar como si se tratara de un negocio más, de un suministro de alimentación que requiere comprar la Gobernación para atender el cumplimiento de un derecho.

Prueba de la ausencia de innovación es la escogencia del modelo de selección. Se echa de menos un análisis del contexto social, institucional y comercial que determine las reales posibilidades de las organizaciones sociales de ser operadoras del PAE, evitando largos transportes, la elaboración de refrigerios industrializados y toda una serie de advertencias frente al enfoque diferencial que estarían de más si los operadores del PAE fuesen colectivos sociales del territorio. Nuevamente, para el adjudicador administrativo, este tipo de análisis no se contempla porque el legislador no se lo ordena. En otras palabras, quien realmente toma decisiones y administra parece el legislador, y los adjudicadores administrativos son simples subordinados.

### **3.10.6 Presentación de ofertas y evaluación**

En el desarrollo de la presentación de ofertas por parte de los proponentes se otorgó de manera previa la oportunidad legal de presentar observaciones al proyecto de pliego de condiciones, con el fin de solicitar aclaraciones de sus alcances o modificaciones al contenido de las reglas de juego.

De acuerdo con los archivos cargados en la plataforma SECOP, de Colombia Compra Eficiente, se puede evidenciar dos documentos denominados “Observaciones”, referentes al contenido de los pliegos de condiciones preliminares los cuales, como lo indica la norma y su rótulo, no son definitivos.

En primer lugar, se procede a sintetizar en términos cuantitativos lo evidenciado en las observaciones, para revisar posteriormente

algunos aspectos que ameritan comentarios referentes al ejercicio de investigación que desarrolla este trabajo.

**Tabla 10.** *Observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones. Síntesis. Licitación Pública ED-LP-18-04*

Número de observaciones compiladas	Número de observadores	Número de observaciones	Número total de páginas
2	12	86	40

Fuente: SECOP I. Elaboración propia.

Las observaciones presentadas giraban en torno a diferentes temas:

- a) Infraestructura mínima, la obligación de requerir bodegas y la entrega de documentos contractuales para acreditar el cumplimiento del requisito.
- b) Ciclos de menús.
- c) Aspectos técnicos alimentarios y nutricionales.
- d) Condiciones de capacidad financiera exigidas.
- e) Exigencia de presentar contratos con proveedores en la etapa precontractual del proceso.
- f) Subcontratación del personal que manipula los alimentos.
- g) Plazos reducidos para la etapa de aprestamiento.
- h) Personal mínimo requerido.
- i) Perfil de los profesionales y manera de contabilizar el tiempo de experiencia.
- j) Cercanía de la administración de la operación del programa y las zonas propuestas.
- k) Forma de presentación de la propuesta.

Incluso se evidencia tensiones entre algunos proponentes y la institucionalidad gubernamental; lo anterior por manifestaciones de sospecha expresadas por algunos observantes, las cuales carecían de sustento desde lo documental, no obstante, reflejan tensiones y prevenciones de las organizaciones particulares frente a los procesos

de selección. De igual forma, podrían ser asumidas como expresiones irrespetuosas dirigidas a servidores públicos.

A continuación, se traslada de manera textual dichas afirmaciones:

“Lo expuesto tiene justificación en el hecho que la adjudicación de más de un grupo es un alea, es decir una expectativa que como tal no puede implicar exigencias que desbordan en un vicio o vulneración del principio de selección objetiva, habida cuenta que eventualmente puede estar enmarcada **a el (SIC) favorecimiento de un contratista o proponente en particular, máxime si tenemos en consideración que puede ser un aspecto a evaluar para el futuro contratista y no para los proponentes**”.

(...) Lo anterior evita que se generen condiciones de subjetividad y desigualdad de condiciones, que no permitan la libre concurrencia de participantes **afectando la transparencia en el presente proceso**, impactando en la pluralidad de oferentes” (Fundación Cooperación Colombia. Observación prepliegos proceso licitatorio ED-LP-18-04. Gobernación de Santander)

“Es inaudita e inaceptable la respuesta dada por el Departamento de Santander a la observante que solicito con anterioridad se aclararan los códigos de la Carne y el Pollo que serán permitidas por la entidad para la evaluación de los ciclos de menús del complemento almuerzo, pues como se pudo evidenciar la respuesta es que deberían contar con una profesional que conociera la resolución 29452 de 2017, **acaso el Departamento no quiere hacer claridad en estos puntos por que no cuentan con el personal idóneo para dar tal respuesta?** O prefieren no dejar las reglas claras en el pliego de condiciones **para después darle manejo el proceso de acuerdo al proponente que les favorezca, acción que violentaría el principio de transparencia de la entidad la cual se ha visto manchada en procesos anteriores**” (Observación prepliegos proceso licitatorio ED-LP-18-04. Gobernación de Santander).

Respecto a estas afirmaciones, desde el punto de vista social rememoran los señalamientos que han tenido los procesos precontractuales del PAE en cuanto a la selección de los contratistas, como a dificultades y falencias en los procesos de implementación. A pesar de la dureza de las afirmaciones expresadas, la administración procede a publicar estas expresiones sin edición alguna, al ser parte de sus funciones.

No obstante, como se pudo observar en la sección anterior, los antecedentes y señalamientos a la adjudicación del PAE en Santander, desde que se descentralizó y encargó a la Gobernación, en todas las vigencias ha tenido señalamientos o problemas, que incluso han terminado con servidores públicos con medida de aseguramiento, y particulares condenados por la comisión de delitos (Vanguardia, 2017).

Finalmente, la Secretaría de Educación Departamental procede a responder las múltiples observaciones en un oficio de veinticuatro páginas en las cuales aclara, rechaza y acepta algunas de las observaciones presentadas por los proponentes, haciendo énfasis en la garantía al principio de concurrencia, la transparencia en el proceso de selección y la búsqueda de la oferta más conveniente para la administración. Las observaciones aceptadas proceden a ser incorporadas al pliego de condiciones a través de una adenda que deberá ser considerada por los diferentes interesados en el proceso.

### **3.10.7 Adjudicación**

Continuando con el proceso de selección objetiva, el 31 de diciembre de 2018 a la 10 de la mañana, en las instalaciones de la Secretaría de Educación Departamental, se realizó el cierre de presentación de ofertas, la cual quedó consignada en un acta, y da cuenta de la presentación de seis (6) ofertas. Todos los proponentes conformaron uniones temporales para presentar sus propuestas, con miras a la adjudicación del PAE en Santander y sus zonas.

A continuación, se presenta la información relativa a los proponentes y a los integrantes de las Uniones Temporales, y a verificar antecedentes contractuales de los representantes legales de los esquemas plurales:



**Tabla 11. Cierre de la Licitación Pública ED-LP-18-04**

N°	Proponente	Integrantes	Observaciones acerca de los proponentes
1	Unión Temporal Nutrimos Santander 2019	Empsenal (97%) Nutrialianza SAS (3%) R.L. Irma Lucía Noguera Gaona	La señora Irma lucía Noguera Gaona funge como representante legal de EMPSENAL. Dicha organización fue operadora del PAE de Santander en el marco del Contrato N° 352 del 16 de enero de 2014. En dicho contrato se impuso una multa por incumplimiento al contratista por valor de \$497.200.880
2	Unión Temporal 3V PAE 2019	3V Suministros SAS (18%) Adiel Calderón Vaca (82%) R.L. Mario Rafael Chica Meza	Versiones de prensa indican que el señor Mario Rafael Chica Meza participó en el proceso de adjudicación del PAE de Floridablanca en 2016 (Blu Radio, 2018), en Caldas en 2015 (Radio Nacional, 2015) y en Putumayo (Mi Putumayo, 2020). El portal de noticias “La Silla Vacía” lo denominó “El superpoderoso del PAE” (2017)
3	Unión Temporal Siempre Adelante	Ec Catering SAS (30%) LE & VE Alimentos MACSOL SAS (40%) ECOSERVIR SAS (30%) R.L. Eduardo Andrés Duarte Acevedo	MASCOL SAS ha sido señalada de ser la firma a la que se adjudica el PAE en El Cesar durante las vigencias 2016, 2017 y 2018, sin competencia (El Pílon, 2018)
4	Unión Temporal NUTRIPAE, Santander	SERYAL SAS (60%) DISERAL SAS (40%) R.L. Blanca Nelly Barragán Molina	DISERAL SAS fue investigado por la SIC por conductas anticompetitivas, al conformar una especie de cartelización que pactaba los términos para presentar ofertas relacionadas con el PAE (Diario del Magdalena, 2018)

N°	Proponente	Integrantes	Observaciones acerca de los proponentes
5	Unión Temporal Creer en Santander	Construcciones Consultoría y Suministros SAS (80%) Yeffer Panche Cárdenas (20%) R.L. Víctor Hugo Ayala Toloza	La empresa Construcciones Consultoría y Suministros SAS tiene experiencia en la construcción de obras de infraestructura. Junto con el señor Yeffer Panche se les adjudicó el PAE de Arauca en 2017. En el año 2020 se les adjudicó el PAE de Cúcuta en procesos cuestionados por la comunidad. (La Opinión, 2019) A Consultoría y suministros le fue adjudicado el PAE de Sucre en 2019 (La Regional, 2019)
6	Unión Temporal por los niños del Santander	Fundación Social de Apoyo, Desarrollo y Bienestar de la niñez y el adulto mayor Nuevo Amanecer (20%) Company Service Food SAS (40%) SILFO Comercializadora SAS (20%) Fundación FUDAC (20%) R.L. Francisco Javier Ramírez Ospina	El señor Francisco Javier Ramírez Ospina fue el representante legal de la “Unión temporal Unidos por los niños del Quindío”, la cual presentó problemas en el suministro del PAE en el año 2018 (El Quindiano, 2018)

Fuente: SECOPI. Elaboración propia.

Como se puede observar, a pesar de contar con pluralidad de oferentes, todos los proponentes plurales cuentan con integrantes sobre los cuales recaen señalamientos, y en algunos casos acusaciones por su proceder en el marco de la ejecución de contratos estatales.

En ese sentido, el adjudicador administrativo se encuentra restringido por el marco jurídico al no existir una sanción que produzca

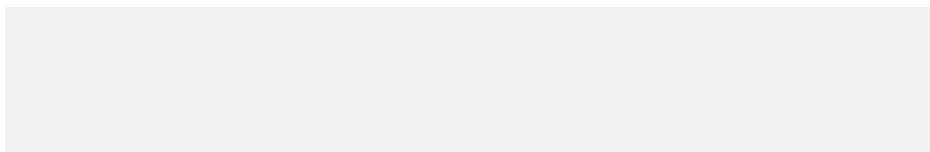
una inhabilidad para no admitir en el proceso de selección objetiva a los participantes, todos ellos con antecedentes que sembrarían dudas acerca de la transparencia promovida por la licitación pública. A pesar de los reclamos de las veedurías y de la ciudadanía, en cuanto a las situaciones enunciadas, las mismas no son suficientes para que el adjudicador administrativo actúe, por lo menos a requerir explicaciones a los implicados en los señalamientos, en virtud del principio de buena fe y de la presunción de inocencia, mandatos constitucionales y legales que no son de buen recibo por parte de los veedores y la ciudadanía.

Continúa el proceso de selección con la evaluación realizada por el comité respectivo, y posteriormente con la oportunidad para subsanar las recomendaciones, aclarar y presentar observaciones al informe de evaluación. Luego de agotada esa etapa procesal, prosigue la audiencia de adjudicación.

En el acta de la audiencia celebrada el 17 de enero de 2019, en las instalaciones de la Secretaría Departamental de Educación de Santander, se llevó a cabo la audiencia de apertura de oferta económica y de adjudicación o de declaratoria de desierta de la Licitación ED-LP-18-04, cuyo objeto es **“Suministro diario de complementos alimentarios a escolares beneficiados con el Programa de Alimentación Escolar-PAE, en las instituciones educativas oficiales de los 82 municipios no certificados de Santander, vigencia 2019”**.

Se debe recordar que la adjudicación del PAE se realizará respecto de cuatro zonas de los municipios no certificados del Departamento de Santander.

A la audiencia asistieron los siguientes actores:



**Tabla 12. Participantes audiencia de Licitación Pública ED-LP-18-04**

Actores	N° de asistentes
Representantes de las uniones temporales participantes	9
Colaboradores de la Secretaría Departamental de Educación de Santander	11
Periodistas	2
Veedores	2
Otros	0
<b>Total participantes</b>	<b>24</b>

Fuente: SECOP I. Elaboración propia.

Nótese la reducida participación de veedores y de ciudadanos para uno de los programas más importantes del territorio. Así mismo, queda evidenciada la ausencia total de padres de familia y acudientes, estudiantes, rectores, concejales y/o integrantes de los municipios donde va a operar el PAE. También se recuerda que la audiencia fue presencial, es decir, no se podía seguir por otro medio. Tampoco asistieron a la audiencia pública diputados del departamento o líderes de opinión. Asistieron por parte de la ciudadanía dos periodistas y dos veedores. La participación de la ciudadanía, dejando de lado a los periodistas que están llevando a cabo el ejercicio de su profesión, se reduce a dos personas, que terminan representando a más de dos millones de individuos que habitan el territorio departamental.

Para efectos del desarrollo del proceso precontractual, el Gobernador de Santander expidió el Decreto 009 de 2019, “Por medio del cual se establecen los días sábado del mes de enero de 2019 como hábiles para trámites contractuales adelantados por la Secretaría de Educación Departamental”, una medida tomada por el adjudicador que demuestra la necesidad de agilizar el trámite, incluso alterando el horario regular de los servidores públicos de la Secretaría, medida con la que se habilitaron cuatro días del mes de enero, al parecer cruciales para la operación del PAE.

Con el fin de garantizar la firmeza del informe de evaluación, se procede a revisar las particularidades de este, y se identifican dos circunstancias por parte de los proponentes:

**Tabla 13. Proponentes no habilitados. Licitación Pública ED-LP-18-04**

N°	Proponente	Integrantes	Observación
2	Unión Temporal 3V PAE 2019	3V Suministros SAS (18%) Adiel Calderón Vaca (82%) R.L. Mario Rafael Chica Meza	Se evidenció mediante un correo electrónico enviado por la Veeduría Colombia que la señora Paula Milena Fonseca, funcionaria del nivel asesor del despacho del Gobernador, es esposa del señor Mario Rafael Chica Meza, representante legal de la UT. En ese sentido, la entidad pública procede a rechazar la propuesta por encontrar una incompatibilidad a la luz de lo dispuesto por el artículo 8° numeral 2 de la Ley 80 de 1993.
4	Unión Temporal NUTRIPAE - Santander	SERIAL SAS (60%) DISERAL SAS (40%) R.L. Blanca Nelly Barragán Molina	DISERAL SAS fue investigado por la SIC por conductas anticompetitivas, al conformar una especie de cartelización que pactaba los términos para presentar ofertas relacionadas con el PAE (Diario del Magdalena, 2018)
6	Unión Temporal por los niños del Santander	Fundación Social de Apoyo, Desarrollo y Bienestar de la niñez y el adulto mayor Nuevo Amanecer (20%) Company Service Food SAS (40%) SILFO Comercializadora SAS (20%) Fundación FUDAC (20%) R.L. Francisco Javier Ramírez Ospina	La UT no presentó la garantía de seriedad de la oferta, incurriendo en la causal de rechazo expuesta por el parágrafo 3 del artículo 5° del Decreto 1082 de 2015.

Fuente: SECOP I. Elaboración propia.

Los tres proponentes enunciados no fueron habilitados para continuar en el proceso de selección objetiva. ¿Qué hubiese pasado si la Veeduría Colombia no le avisa a la Secretaría de Educación Departamental acerca de la presunta incompatibilidad por ser el representante legal esposo de una de las asesoras del gobernador? Desde el punto de vista legal se hubiesen activado las responsabilidades disciplinarias por la transgresión de la Ley 80 de 1993, fiscales y penales por la transgresión de los artículos 408 a 410 de la Ley 599 de 2000 referente a la violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, “interés indebido en la celebración de contratos” y en la “suscripción de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales”. Otra posibilidad igual de delicada es que nadie se hubiese percatado del vínculo civil entre el contratista y la asesora del despacho del Gobernador.

Esta situación pone en entredicho el papel del equipo de asesores técnicos y jurídicos del PAE de la Secretaría de Educación de Santander, quienes solicitan innumerables documentos y exigentes requisitos con el fin de seleccionar el mejor proponente, y no se encargan de revisar aspectos básicos como los vínculos de consanguineidad o civiles respecto de los proponentes. Así mismo, queda en evidencia la mala fe de la actuación del proponente que se ha visto envuelto en múltiples señalamientos por la adjudicación de contratos del PAE en otros entes territoriales, especialmente en el municipio de Floridablanca (La Silla Vacía, 2017).

Lo ocurrido expone cómo el adjudicador administrativo oscila entre la libertad para exigir requisitos y las restricciones, en el sentido de tomar acciones reglamentadas por la Ley para evitar que individuos con incompatibilidades sean adjudicatarios del PAE.

Por otro lado, el hecho de que la asesora del Gobernador sea la esposa de un representante legal de una Unión Temporal que compita por el PAE, incrementa la percepción de desconfianza entre la ciudadanía y la administración. Este tipo de prácticas es asumido por la comunidad como un presunto caso de “LSALQYQL” (Kennedy, 1999), en el cual el adjudicador actúa de manera conveniente para favorecer a un proponente en particular.

En consecuencia, son habilitados los siguientes proponentes:

**Tabla 14. Proponentes habilitados. Licitación Pública ED-LP-18-04**

N°	Proponente	Integrantes	Observaciones acerca de los proponentes
1	Unión Temporal Nutrimos Santander 2019	Empsenal (97%) Nutrialianza SAS (3%) R.L. Irma Lucía Noguera Gaona	La señora Irma lucía Noguera Gaona funge como representante legal de EMPSENAL. Dicha organización fue operadora del PAE de Santander en el marco del Contrato N° 352 del 16 de enero de 2014. En dicho contrato se impuso una multa por incumplimiento al contratista por valor de \$497.200.880
3	Unión Temporal Siempre Adelante	Ec Catering SAS (30%) LE & VE Alimentos MACSOL SAS (40%) ECOSERVIR SAS (30%) R.L. Eduardo Andrés Duarte Acevedo	MASCOL SAS ha sido señalada como la firma a la que se adjudica el PAE en El Cesar durante las vigencias 2016, 2017 y 2018, sin competencia (El Pílon, 2018)
5	Unión Temporal Crear en Santander	Construcciones Consultoría y Suministros SAS (80%) Yeffer Panche Cárdenas (20%) R.L. Víctor Hugo Ayala Toloza	La empresa Construcciones Consultoría y Suministros SAS tiene experiencia en la construcción de obras de infraestructura. Junto con el señor Yeffer Panche se les adjudicó el PAE de Arauca en 2017. En el año 2020 se les adjudicó el PAE de Cúcuta en procesos cuestionados por la comunidad. (La Opinión, 2019) A Consultoría y suministros le fue adjudicado el PAE de Sucre en 2019 (La Regional, 2019)

Fuente: SECOP I. Elaboración propia.

Para dar continuidad al proceso de selección se procedió a leer algunas observaciones efectuadas por una veeduría, la cual precisamente se refirió a las sanciones impuestas a integrantes de la Unión Temporal Nutrimos Santander 2019, reprochando su participación dentro del proceso. De igual forma reprochan que el proponente Unión Temporal Siempre Adelante, Ecoservir SAS tenga deudas con proveedores que le permitieron atender el PAE en 2017.

La respuesta de la entidad se basa en la restricción que la ley determina para la creación de inhabilidades en virtud de los incumplimientos parciales que ostenten las firmas que participan, relacionadas con el desarrollo de su actividad económica.

Esta manifestación es una aceptación tácita a las limitaciones que tiene la selección objetiva y sus reglas para la adjudicación, en la cual se percibe la necesidad de realizar la selección del contratista con el fin de iniciar la operación, dejando de lado aspectos como la integridad de los proponentes, antecedentes administrativos y cumplimiento general de sus obligaciones. ¿Un proponente sancionado y un proponente que tiene deudas pendientes con sus proveedores, son quienes garantizan la oferta económica más conveniente para la entidad? Para la licitación ED-LP-18-04 así es, conforme con las reglas de la libre competencia y el régimen contractual colombiano.

Continuando con la audiencia, se procede a describir los tres proponentes habilitados, con la particularidad de que se están adjudicando cuatro zonas para tres proponentes. El abogado contratista que lidera la audiencia solicita la apertura de las ofertas económicas, la verificación de que ninguna supera el presupuesto de la entidad, y procede a determinar el orden de elegibilidad con base en el puntaje obtenido y la variación de la TRM que determina el método de valoración de la oferta económica.

Se procede a definir el orden de elegibilidad, y ante la ausencia de un cuarto proponente se acude al pliego de condiciones para verificar el procedimiento de adjudicación, asignándose a uno de los proponentes. A continuación, el resultado de la adjudicación:



**Tabla 15. Adjudicación. Licitación Pública ED-LP-18-04**

N°	Proponente	Integrantes	Observaciones acerca de los proponentes	Zona adjudicada y valor
1	Unión Temporal Nutrimos Santander 2019	Empsenal (97%) Nutrialianza SAS (3%) R.L. Irma Lucía Noguera Gaona	La señora Irma Lucía Noguera Gaona funge como representante legal de EMPSENAL. Dicha organización fue operadora del PAE de Santander en el marco del Contrato N° 352 del 16 de enero de 2014. En dicho contrato se impuso una multa por incumplimiento al contratista por valor de \$497.200.880	3* \$6.237.321.640  *Zona correspondiente a El Carmen de Chucurí.
3	Unión Temporal Siempre Adelante	Ec Catering SAS (30%) LE & VE Alimentos MACSOL SAS (40%) ECOSERVIR SAS (30%) R.L. Eduardo Andrés Duarte Acevedo	MASCOL SAS ha sido señalada como la firma a quien se adjudica el PAE en El Cesar durante las vigencias 2016, 2017 y 2018, sin competencia (El Pilón, 2018)	1 \$6.875.421.300
5	Unión Temporal Creer en Santander	Construcciones Consultoría y Suministros SAS (80%) Yeffer Panche Cárdenas (20%) R.L. Víctor Hugo Ayala Toloza	La empresa Construcciones Consultoría y Suministros SAS tiene experiencia en la construcción de obras de infraestructura. Junto con el señor Yeffer Panche se les	2 \$6.580.578.070  4 \$5.685.854.845  \$12.266.432.915 (Total Zona 1+2)

N°	Proponente	Integrantes	Observaciones acerca de los proponentes	Zona adjudicada y valor
			adjudicó el PAE de Arauca en 2017. En el año 2020 se les adjudicó el PAE de Cúcuta en procesos cuestionados por la comunidad (La Opinión, 2019) A Consultoría y suministros le fue adjudicado el PAE de Sucre en 2019 (La Regional, 2019)	

Fuente: SECOP I. Elaboración propia.

De esta manera se adjudicó la Zona 3, en la que se encuentra El Carmen de Chucurí y la Institución Educativa Cirales, a la Unión Temporal Nutrimos Santander 2019, integrada por Empsenal con una participación del 97% y Nutrialianza SAS con una participación del 3%. La representante legal es la señora Irma Lucía Noguera Gaona. Esta firma, como se comentó por parte de la veeduría ciudadana Transparente, había sido sancionada por irregularidades en procesos similares.

De la lectura del acta contentiva de la audiencia se observa que quien se expresa constantemente es el asesor jurídico, quien es un contratista de prestación de servicios de la administración. Este contratista, bajo los términos de la Ley 80 de 1993, es quien lidera e impulsa la audiencia con la presencia de la secretaria de Educación Departamental, quien funge como delegada del gobernador en materia contractual e interviene cuando el abogado contratista se lo solicita.

El desarrollo de la audiencia es eminentemente jurídico. Las intervenciones de los proponentes se ven subsumidas por las manifestaciones expresadas por el abogado contratista de la administración departamental,

especialista en Contratación Estatal, y quien suscribió contrato para estos fines según la plataforma SECOP I desde la vigencia anterior, con un Certificado de Disponibilidad Presupuestal correspondiente a vigencias futuras. La suscripción de contratos de prestación de servicios con cargo a recursos con vigencias futuras es una situación que no es frecuente en la administración pública, dado que estos recursos se utilizan por lo general para procesos de contratación complejos, no para un contrato de un profesional por un par de meses, lo que evidencia la debilidad de los equipos de trabajo conformados por las administraciones para asumir procesos con un alto grado de complejidad, como la adjudicación del PAE.

De otra parte, se discute la manera como los actores concurren al proceso, siendo el adjudicador el único que cuenta con asesoría jurídica. La veeduría interviniente se presenta con un escrito que es respondido por la asesoría jurídica de la Secretaría de Educación Departamental, y no es controvertido en cuanto a sus manifestaciones por parte del veedor presente que no es abogado. La audiencia consiste en un ritual cuyo ritmo es marcado por la entidad pública y la necesidad de adjudicar con el fin de iniciar la operación del PAE. Ante el indiscutible afán de la administración por adjudicar, se puede indicar que una de las motivaciones del adjudicador es la de tomar la decisión respecto de la selección del contratista, es decir, motivaciones de cumplimiento de políticas públicas como lo plantea Kennedy (1997) al referirse al adjudicador estratega.

El acto administrativo de adjudicación, identificado como la Resolución 478 de 2019 de la Gobernación de Santander, describe la manera formal como el despacho y los servidores públicos procedieron dando cumplimiento a las funciones y delegaciones asignadas, acometiendo cada una de las etapas procesales de la licitación pública, salvaguardando el debido proceso y el derecho de contradicción y otorgando respuesta a cada una de las observaciones expresadas, tanto por parte de los interesados en el proceso como las partes concurrentes.

Lo que no advierte el acto administrativo es la ausencia plena de la comunidad involucrada receptora del proyecto. No se enuncia las

manifestaciones de conformidad por parte de los rectores, la participación de padres de familia o de la comunidad estudiantil, del personero de la localidad de El Carmen de Chucurí, la Comisaría de Familia, integrantes del Concejo Municipal, el Alcalde o algún actor que representara a la población, la cual, según las actas del proceso, pasó desapercibida en el proceso de selección objetiva del operador que iba a suministrar a los niños y niñas del municipio complementos alimentarios.

Finalmente, se adjudica un PAE por parte de la Secretaría de Educación Departamental, delegada por el Gobernador de Santander, con observaciones por parte de las veedurías ciudadanas participantes, con la ausencia de los receptores de derecho, con proponentes controvertidos y con antecedentes de sanciones por incumplimiento en la operación del PAE, pero con la satisfacción por parte de la entidad pública de haber seleccionado la “propuesta más conveniente para la entidad” al cumplir de manera rigurosa con los mandamientos legales. A continuación, en la etapa de implementación se verificará si en efecto la adjudicación cumple con parámetros de transparencia y la materialización de los fines del Estado.

### **3.11 IMPLEMENTACIÓN DEL PAE**

“La carne era babosa, muy roja e, inclusive, de mal olor. Creíamos que era de vacas viejas, porque la metíamos a la olla de presión y no se ablandaba como la de res. Algunos niños la dejaban en el plato. Nunca se nos pasó por la mente que les fueran a hacer esto”.  
(Rectora de la Institución Educativa Cirales, El Carmen de Chucurí)  
(El Tiempo, 2019)


Con el fin de analizar la ejecución del Contrato 395 de 2019 del Departamento de Santander, inicialmente se brindará información precisa de las particularidades del contrato a través de la información contenida en el acta de inicio. Así mismo, se hará referencia a la interventoría contratada por la Gobernación para realizar seguimiento al contrato, se explorarán las diferentes fuentes de información contenidas en el territorio y expresadas a través de periodistas, blogueros, veedores y ciudadanía en general.

Posteriormente se realizará una exploración a la información publicada por los entes de control, para finalizar con las reacciones de cuatro expertos en disciplinas de las ciencias de la salud y la nutrición, quienes expondrán sus consideraciones al respecto.

### 3.11.1 Inicio e interventoría

El acta de inicio del Contrato 395 de 2019 de la Gobernación de Santander presenta la siguiente información la cual, a diferencia de la información presentada hasta el momento en esta investigación, se captura del documento original para presentar la manera como se publican los documentos por parte de las organizaciones estatales en el Sistema Integral de Auditoría (SIA), administrado por la Auditoría General de la República:

**Figura 13. Acta de inicio contrato 395 de 2019. Gobernación de Santander**

 <p>ACTA DE INICIO</p>	CÓDIGO	AP-JC-RG-06
	VERSIÓN	6
	FECHA DE APROBACIÓN	28/03/2016
	PÁGINA	1 de 3

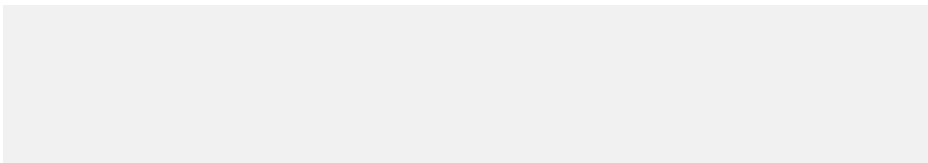
TIPO DE CONTRATO:	SUMINISTRO	
CONTRATO	No: 00000395	FECHA: 28 DE ENERO DE 2019
OBJETO	SUMINISTRO DIARIO DE COMPLEMENTOS ALIMENTARIOS A ESCOLARES BENEFICIADOS CON EL PROGRAMA DE ALIMENTACION ESCOLAR-PAE, EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES DE LOS 82 MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS DE SANTANDER VIGENCIA 2019 PARA LA ZONA TRES (3) (PROVINCIAS COMUNERA (PARCIAL), MARES (PARCIAL) Y VELEZ (PARCIAL))	
CONTRATISTA	UNION TEMPORAL NUTRIMOS SANTANDER 2019	
CEDULA O NIT	901246176-2	
VALOR INICIAL:	6.237.321.640	
ANTICIPO (X XX %)	NO APLICA	
PLAZO INICIAL:	NO APLICA	
NOMBRE INTERVENTOR	UNIÓN TEMPORAL CONSULTORES SF 2019	
NUMERO CONTRATO DEL INTERVENTOR	0000489 DEL 01 DE FEBRERO DE 2019	
Nit o C.C. DEL INTERVENTOR	901250421-8	
SUPERVISOR	NO APLICA	
FECHA DE INICIACION:	04 de febrero de 2019	
FECHA DE TERMINACION:	29 de abril de 2019	
OFICINA GESTORA:	Secretaría de Educación Departamental	

Fuente: SIA Observa. Auditoría General de la República.

Se reitera que el contrato que permite la implementación del PAE en los municipios de la Zona Tres en las provincias Comunera (Parcial), Mares (Parcial) y Vélez (Parcial), corresponde a un contrato de suministro. En ese sentido, el Programa de Alimentación Escolar que permite brindar complementación nutricional a los niños y niñas de las instituciones educativas públicas de Santander, que debería permitirles aprender y adquirir buenos hábitos alimenticios y prácticas sanitarias deseables para evitar el contagio de enfermedades, que debería fomentar la instalación de huertas caseras, especialmente en los municipios de 5ª y 6ª categoría del país que cuentan con una influencia y unas raíces socio culturales rurales, el programa que debería apropiarse a los estudiantes de la gastronomía local como un proceso de reivindicación de su cultura y de su forma de vida, fundamentalmente para los grupos étnicos, que debería promover en los estudiantes curiosidad y creatividad para la generación de oportunidades frente a la producción de alimentos y el fortalecimiento de la soberanía alimentaria, termina reducido a servir un refrigerio o un almuerzo.

La decisión de los alcances del PAE y su tratamiento como un suministro, y no como una política pública, es un aspecto que recae en el sistema estatal compuesto por legisladores, jueces y especialmente por administradores, quienes se sienten satisfechos y orgullosos con la adjudicación contractual, para ellos una labor titánica y rigurosa, subestimando, por un lado, la complejidad de la operación del contrato adjudicado, y por otro la visión reducida que tiene la entidad pública sobre el programa, limitándolo a la entrega de comida.

A continuación, se presenta cómo tituló el sitio web de la Gobernación de Santander el logro alcanzado por el equipo de trabajo de la Secretaría de Educación Departamental:



**Figura 14.** Nota de prensa sobre la adjudicación del PAE 2019. Prensa  
Gobernación de Santander. Sitio web Gobernación de Santander

Jueves, 17 de Enero de 2019, a las 3:21 pm

## Gobernación adjudicó contrato para el PAE 2019

tamaño de la fuente 🔍 🔍 | Imprimir | Email | Compartir



Con la participación de los proponentes y veedurías, la Secretaría de Educación Departamental adjudicó la licitación para el suministro de alimentación escolar PAE - 2019, que beneficiará durante el primer semestre a los niños, niñas y adolescentes de las instituciones educativas oficiales de Santander, excepto a las de Barrancabermeja, Bucaramanga, Floridablanca, Girón y Piedecuesta, que son certificadas.

En audiencia pública se adjudicó a los proponentes la prestación del servicio por 4 zonas del Departamento, las cuales fueron concedidas de la siguiente manera: a la Unión Temporal Siempre Adelante le corresponde Zona 1, a la Unión Temporal Creer en Santander las Zonas 2 y 4, y a la Unión Temporal Nutrimos Santander 2019, la Zona 3.

La secretaria de Educación, Inés Andrea Aguilar Aldana, explicó cómo se desarrolló el proceso de evaluación: "Contamos con la participación de seis propuestas en los que iban inmersas 15 empresas de Santander y Colombia, hubo pluralidad de oferentes. De las seis propuestas presentadas, dos fueron rechazadas por temas jurídicos, y de las cuatro que quedaron habilitadas una no subsanó las observaciones técnicas presentadas, por lo cual se adjudicó a los tres oferentes que cumplieron los requisitos establecidos".

Con estas acciones, el Gobierno Departamental está cumpliendo el cronograma establecido y continúa trabajando para gestionar procesos transparentes y con pluralidad de oferentes en toda su contratación, y garantizando el derecho a los niños y niñas a una educación pública de calidad.

Fuente: Prensa Gobernación de Santander. <https://www.santander.gov.co/index.php/actualidad/item/3346-gobernacion-adjudico-contrato-para-el-pae-2019>

**Figura 15.** Tweet de la Gobernación de Santander con video sobre la adjudicación  
del PAE



Fuente: Prensa Gobernación de Santander. Cuenta de Twitter Gobernación de Santander, Twitter @gobdesantander (17/01/2019)

Ni en la nota de prensa ni en el video publicado en Twitter se hacen mención de la incompatibilidad detectada en el marco del proceso, ni se explica que las seis uniones temporales han sido cuestionadas por diferentes actores, e incluso en el caso de la zona tres, correspondiente al Municipio de El Carmen de Chucuri, la Unión Temporal favorecida cuenta con un integrante sancionado por la propia Secretaría de Educación de Santander por incumplimiento de las obligaciones del PAE en un contrato anterior.

El acta de inicio del Contrato 395 de 2019 fue suscrita entre el contratista Unión Temporal Nutrimos Santander 2019, conformado por Empsenal (97%) y Nutrialianza SAS (3%), con la representación legal de Irma Lucía Noguera Gaona. De otra parte, se encuentra el interventor denominado Unión Temporal Consultores SF 2019.

A continuación, se presenta la ficha técnica del interventor:

**Tabla 16.** Información contrato 489/2019. Interventoría contrato 395/2019.  
*Licitación Pública ED-LP-18-04*

Nombre interventor	Unión Temporal Consultores SF 2019 Representante Legal Gonzalo Julián Ávila Villalobos
<i>Integrantes</i>	Corporación Socio-Cultural Huellas de Sabiduría CORSABIDURIA (50%) – R.L. Andrés Martín Rentería NIT – 900.334.295-4 Fundación Social Con Futuro (50%) – Angélica Carolina Pastrana Puche NIT – 832.004.907-9
<i>Número proceso de selección</i>	ED-CM-19-01
<i>Número contrato</i>	489 de 2019
<i>Objeto contrato</i>	Interventoría administrativa, técnica, financiera y jurídica al suministro diario de complementos alimentarios a escolares beneficiados con el Programa de Alimentación Escolar-PAE, en las instituciones educativas oficiales de los 82 municipios no certificados de Santander, vigencia 2019 para para el grupo uno (1) que incluye las zonas uno (1) y tres (3) del suministro



Nombre interventor	Unión Temporal Consultores SF 2019 Representante Legal Gonzalo Julián Ávila Villalobos
<i>Valor contrato</i>	\$1.033.473.629,95 Valor inicial: \$688.982.419,97 Valor adiciones: \$344.491.209,98 Adición por valor de 49,99% del monto inicial.
<i>Plazo</i>	87 días del calendario escolar Inicial: 55 días Prórroga: 32
<i>Observaciones</i>	Respecto de CORSABIDURIA, es una entidad que se encuentra domiciliada en el Valle del Cauca, específicamente en Buenaventura. Esta organización ha estado involucrada en afectaciones al sistema de educación en el Distrito Portuario. En el año 2015 fue investigada por la Fiscalía General de la Nación por irregularidades en la prestación del servicio. En ese entonces no se llamaba CORSABUDIRÍA, su denominación era HÉROES DEL SABER. La organización se cambió el nombre en esa época, conservando el Número de Identificación Tributaria (NIT), situación que le generó al exalcalde de Buenaventura, Bartolo Valencia, medida de aseguramiento, específicamente por desvíos de los recursos del sistema de salud. Esta es la organización que supervisará el PAE de Santander en las Zonas 1 y 3.(El País, 2019).  Acerca de la Fundación Social CONFUTURO, se encuentra ubicada en Sincelejo, Sucre. Esta organización ha sido sancionada con multas por parte de la Alcaldía de Buga en el Valle del Cauca en el año 2016, en el marco del contrato PAE. Así mismo el ICBF caducó un contrato de Aporte 23/2016/106 suscrito en el año 2016.

Fuente: SECOP I. Elaboración propia.

La tabla anterior presenta la información relativa al interventor del Contrato 395 de 2019, cuyo objeto es “Suministro diario de complementos alimentarios a escolares beneficiados con el Programa de Alimentación Escolar-PAE, en las instituciones educativas oficiales de los 82 municipios no certificados de Santander, Vigencia 2019”.

De acuerdo con el régimen de contratación, el papel del interventor es fundamental puesto que es el encargado de realizar seguimiento

técnico referente al cumplimiento integral del objeto contractual, a través de la integración de un equipo de trabajo interdisciplinario que se encarga de realizar monitoreo en múltiples dimensiones como la técnica, administrativa, financiera, ambiental, jurídica y social, entre otras requeridas por las particularidades del objeto contractual (Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, art. 83).

Para seleccionar al interventor del Contrato 395 de 2019 la Gobernación de Santander, a través de la Secretaría de Salud, procedió a desarrollar el concurso de méritos ED-CM-19-01, en el cual, después de haber desarrollado el procedimiento definido por la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1092 de 2015, de haber convocado al concurso, publicado el proyecto de pliegos, recibir observaciones, publicar pliegos definitivos, recibir ofertas y finalmente adjudicar, se le otorgó la responsabilidad de la interventoría a la Unión Temporal Consultores SF 2019, conformada en partes iguales por la Corporación Socio-Cultural Huellas de Sabiduría CORSABIDURIA (50%), y por la Fundación Social con Futuro (50%).

En relación con el integrante CORSABIDURIA, se evidenció que dicha organización modificó su nombre dado que anteriormente se denominaba Corporación Héroes del Saber. Esta organización fue señalada por medios de prensa vallecaucana como involucrada en el desfalco a la educación de Buenaventura, hechos que generaron al exalcalde Bartolo Valencia medida de aseguramiento (El País, 2019).

No obstante, es más delicada la situación del otro integrante, la Fundación Social con Futuro. Como se puede observar en el RUP presentado en el marco del proceso de selección, se evidencia que en la página 30 de 31 la Fundación en comento tiene registrada una multa reportada por el Municipio de Buga, en el marco de la ejecución del contrato LP-SEM-1900-133-2018, la cual no había sido pagada.

**Figura 16.** Extracto del Registro Único de Proponentes (RUP). Fundación Social Con Futuro. Presentación de Oferta UT Consultores SF 2019 – ED-CM-19-01 Gobernación de Santander

CERTIFICA: MULTAS	
QUE LA INFORMACIÓN QUE HAN REPORTADO LAS ENTIDADES ESTATALES CON RELACION CON LAS MULTAS EN FIRME ES LA SIGUIENTE:	
MULTA No.1	
ENTIDAD QUE REPORTÓ LA MULTA:MUNICIPIO DE BUGA	
NIT:8913800335	
MUNICIPIO:76111 - BUGA	
AREA O SECCIONAL:PRINCIPAL	
IDENTIFICACIÓN FUNCIONARIO:1115064126	
NOMBRE FUNCIONARIO:LEONARDO ANDRES MARIN SEVERINO	
NÚMERO DEL CONTRATO:SEM-1900-133-2018	
NÚMERO DEL CONTRATO SECOP:LP-SEM-1900-045-2018	
FECHA DE ACTO:03/04/2018	
FECHA DE EJECUTORIA:10/04/2018	
VALOR DE LA MULTA:\$37.005.209,00	
VALOR PAGADO DE LA MULTA:\$37.005.209,00	
FECHA DE INSCRIPCIÓN:06/11/2018	
NÚMERO REGISTRO LIBRO I DE PROPOONENTES:23263	

Fuente: SECOP I.

De igual forma, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) declaró, mediante Resolución N° 4168 de octubre 05 de 2018, confirmada por la Resolución 4381 de octubre 29 de 2018, la cual desata recurso de reposición y confirma la decisión adoptada de incumplimiento parcial del contrato de aportes N° 23/2016/106 suscrito con la Fundación Social CON FUTURO, aspecto que generaría inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas de conformidad con lo expuesto por el artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

La situación planteada fue expuesta en los procesos de selección de Nariño y de Atlántico relacionados con el PAE, donde el pronunciamiento del procurador regional de Nariño puso en alerta a las entidades territoriales acerca de la participación de la Fundación Social Con Futuro en procesos de selección objetiva. En ambos casos la participación de dicha organización fue rechazada por los dos entes territoriales. No ocurrió lo mismo con el adjudicador de Santander, quien no solo habilitó al proponente a través del comité evaluador, sino que adjudicó el proceso de selección para las zonas 1 y 3, y adjudicó el contrato a la Fundación Social Con Futuro, inhabilitada para tales efectos.

En síntesis, la Unión Temporal Consultores SF 2019, con la participación de la Fundación Social CON FUTURO, estaba inhabilitada para

presentar propuesta. Sin embargo, no tuvo reparos en suscribir en el documento de presentación de la propuesta dentro del proceso de selección ED-CM-19-01 la manifestación de no encontrarse incurso de inhabilidades e incompatibilidades para suscribir contratos, bajo la gravedad de juramento:

**Figura 17. Extracto del formato de presentación de oferta. ED-CM-19-01. Gobernación de Santander.**

Manifiesto que el Proponente **UNIÓN TEMPORAL CONSULTORES SF 2019** está a paz y salvo con sus obligaciones laborales frente al sistema de seguridad social integral y demás aportes relacionados con las obligaciones laborales.

Adjunto la garantía de seriedad de la Oferta la cual cumple con lo establecido en los Documentos del Proceso.

Manifiesto bajo gravedad de juramento, que no me encuentro (ni la firma que represento) incurso en alguna causal de inhabilidad e incompatibilidad o prohibiciones previstas en la Constitución Política o en la Ley, especialmente en el artículo 8°. de la Ley 80 de 1993, Ley 190 de 1995, Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes, que impidan la participación del proponente en el presente proceso contractual y en la celebración y ejecución del respectivo contrato.

Fuente: SECOP I.

La anterior manifestación también se encontraba expuesta en el documento de conformación de la Unión Temporal Consultores SF 2019:

**Figura 18. Extracto del documento de constitución de Integrante Plural - UT Consultores SF 2019. ED-CM-19-01. Gobernación de Santander**

**DÉCIMA PRIMERA. - INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES:** Los suscritos bajo gravedad de juramento, manifestamos que no nos encontramos incurso en alguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad establecidas por la ley.

En constancia de lo anterior, se firma el día 22 de ENERO del 2019.

<p><b>POR CORSABIDURÍA</b></p>  <p><b>ANDRÉS MARTÍN RENTERÍA</b> C.C. No. 16.469.761 de Buenaventura <b>CORSABIDURÍA</b> Nít. No. 900.334.295-4</p>	<p><b>POR FUNDACIÓN SOCIAL CON FUTURO</b></p>  <p><b>ANGÉLICA CAROLINA PASTRANA PUCHE</b> C.C. No. 1.064.897.694 de Cereté-Córdoba <b>FUNDACIÓN SOCIAL CON FUTURO</b> Nít. No. 823.004.907-7</p>
<p><b>ACEPTAMOS EL NOMBRAMIENTO</b></p>  <p><b>GONZALO JULIÁN AVILA VILLALOBOS</b> C.C. No. 1.098.703.171 de Bucaramanga Represente Legal Principal</p>	 <p><b>JAVIER ANDRÉS ARIAS MEDINA</b> C.C. No. 1.02.832.028 de Sincelajo Representante Legal Suplente</p>

Fuente: SECOP I.

Igual afirmación se encontraba expresada en el formato 6: “Compromiso de Transparencia”, presentado por la Unión Temporal Consultores SF 2019:

**Figura 19. Formato 6. Compromiso de Transparencia. - UT Consultores SF 2019 - ED-CM-19-01. Gobernación de Santander**

-46

**UNIÓN TEMPORAL CONSULTORES SF 2019**

---

**FORMATO 6 - COMPROMISO DE TRANSPARENCIA**

Los suscritos: **GONZALO JULIAN AVILA VILLALOBOS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.098.703.171 de Bucaramanga (Santander), domiciliado en Bucaramanga, actuando en representación de **UNIÓN TEMPORAL CONSULTORES SF 2019** que en adelante se denominará el **PROPONENTE**, y los funcionarios abajo firmantes, debidamente identificados, que en adelante se denominaran **LA ENTIDAD**, manifestamos la voluntad de asumir el presente **COMPROMISO DE TRANSPARENCIA** teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Que el **PROPONENTE** tiene interés en apoyar la acción del Estado Colombiano y del **DEPARTAMENTO DE SANTANDER**, en el implemento de mecanismos y normas para el fortalecimiento de la transparencia en los procesos contractuales y en la lucha contra la corrupción.

Que el **PROPONENTE** tiene interés en el presente proceso contractual referido en el primer considerando, y se encuentra dispuesto a suministrar la información necesaria para la transparencia del proceso, y en tal sentido realiza las siguientes manifestaciones y compromisos.

**DECLARACIONES**

**PRIMERA:** Proponente. Declaro no encontrarme incurso dentro de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Política ni en el artículo 6º. de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, así como no tener sanción vigente por la trasgresión de alguna de ellas, para contratar con Entidades Públicas.

*Fuente:* SECOP I.

A pesar de los formatos y de las expresiones, es evidente que la Fundación Social Con Futuro, con Nit 823004907-9, omitió informar al comité evaluador la inhabilidad que recaía sobre ella, y que el comité evaluador del Concurso de Méritos para la selección del interventor del Contrato 395 de 2019 del PAE no verificó a profundidad la información del RUP, ni se enteró de la inhabilidad del contratista, situación que puede generar múltiples responsabilidades a saber:

- a) Disciplinarias, según el numeral 30 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, relativo a las faltas gravísimas que

- derivan en sanción de destitución más inhabilidad general de 10 a 20 años para el ejercicio de funciones públicas y contratación estatal.
- b) Fiscales, por el presunto detrimento patrimonial en virtud de lo señalado por la Ley 610 de 2000 al suscribir contrato estatal con personas inhabilitadas, impidiendo el cumplimiento integral del contrato.
  - c) Responsabilidad penal, por la tipificación de los artículos 408, referente a violación del régimen legal de inhabilidades, y 410, que aborda la suscripción de contratos estatales sin el cumplimiento de los requisitos legales, así como la responsabilidad que le cabe al proponente, derivada del artículo 287 del Código Penal frente a la falsedad material en documento público por realizar afirmaciones falsas, y presentarlas ante una autoridad para obtener la adjudicación contractual.

Finalmente, la Unión Temporal Consultores SF 2019 con dos integrantes, uno señalado por el desfalco a la educación en Buenaventura, y el otro inhabilitado para contratar, componen el interventor del PAE para la Zona 3, y tendrán la responsabilidad de verificar las actuaciones del contratista Unión Temporal Nutrimos Santander 2019, en cumplimiento de su misión de seguimiento al comportamiento apropiado del contratista en relación con el objeto contractual, las actividades y obligaciones contractuales.

El acta de inicio entre contratante UT Nutrimos Santander 2019 y la UT Consultores SF 2019 se firmó el 28 de enero de 2019. A continuación, se presentarán las novedades surgidas en el marco de la ejecución contractual. Contratista e Interventor, ambos adjudicatarios de la Secretaría de Educación, se aprestaban a ejecutar el Programa de Alimentación en la Zona 3 del Departamento de Santander.

### **3.11.2 Interventoría: Seguimiento formal al operador**

Acerca de la revisión efectuada por la interventoría a la ejecución del contrato 395 de 2019, realizado por la Unión Temporal Nutrimos

Santander 2019, se debe partir del hecho de que la interventoría contratada se le adjudicó las zonas 1 y 3 del PAE de Santander. La Zona 1 cuenta con seiscientos setenta y seis (676) instituciones educativas, y la Zona 3 cuenta con cuatrocientas diecinueve (419), para un total de mil noventa y cinco instituciones (1095) instituciones educativas a las cuales la interventoría debería realizar seguimiento técnico, jurídico, administrativo y financiero.

Para la verificación de los informes presentados por la Interventoría se procedió a revisar nueve informes expuestos, los cuales cuentan con un total de cuatro mil setecientos treinta y ocho (4.738) folios cargados en la plataforma SECOP, relativa a la ejecución del Contrato 489 de 2019 adjudicado a Unión Temporal Consultores SF 2019.

A pesar del volumen considerable de los informes presentados, ante un número tan elevado de instituciones educativas, las referencias efectuadas por parte de la interventoría al seguimiento del PAE en la Institución Educativa Cirales de El Carmen de Chucurí, se limitaron a unas cuantas anotaciones que se procede a relacionar a continuación:

Al contratista UT Nutrimos Santander 2019 se le requirió con motivo de la disposición de bodegas para el almacenamiento de los productos alimenticios; la misma no estaba autorizada por la Secretaría de Educación Departamental, y no contaba con cuartos fríos.

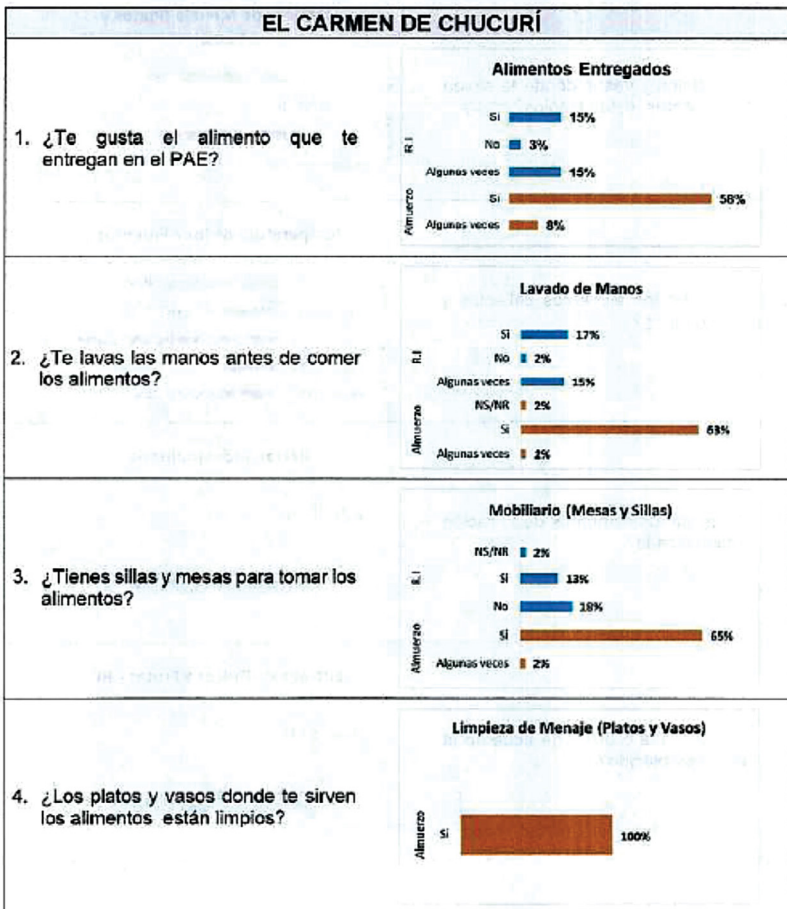
En la visita del 20 de febrero de 2019 se realiza una verificación a las instituciones de El Carmen de Chucurí, de manera particular verificando las raciones industrializadas, obteniendo un puntaje de 44,44, considerado como deficiente. Igualmente se reporta entrega diferente del menú programado, mal estado de las instalaciones y ausencia del diligenciamiento de las planillas.

De otra parte, se requiere en varias ocasiones al contratista por las evidencias del pago de la seguridad social a sus colaboradores, especialmente el de las manipuladoras de alimentos, las cuales reclamaban no contar con la dotación necesaria para realizar su trabajo.

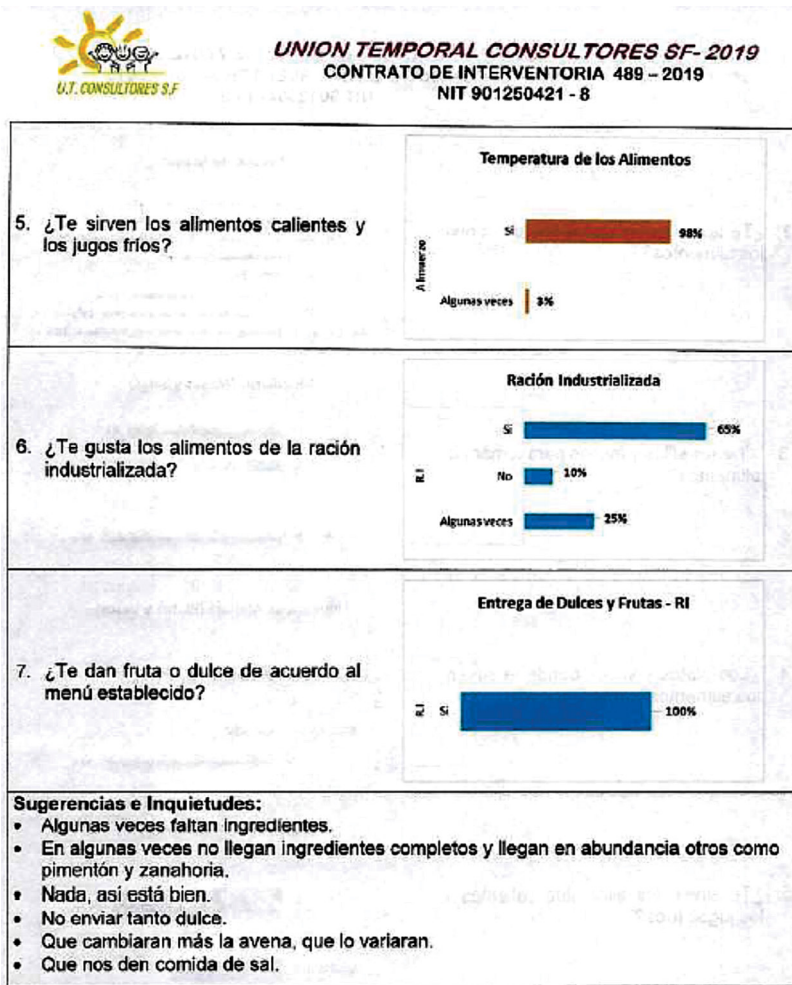
Se solicita constantemente al contratista el correcto diligenciamiento de las planillas relacionadas con la ejecución del programa. Se insiste en que algunas cuentan con tachaduras y enmendaduras.

En las escasas visitas alcanzadas se reportó que los estudiantes estaban recibiendo alimentos de mala calidad, especialmente las frutas, las cuales no eran consumidas por estos. Acerca de su percepción sobre el programa, la interventoría procedió a realizar una encuesta con los titulares de derecho para verificar el grado de satisfacción con el PAE en todo el municipio. Estas son las respuestas:

**Figura 20. Encuesta percepción PAE, El Carmen de Chucurí – UT Consultores SF 2019**







Fuente: SECOP.

De los resultados de la encuesta de percepción se observa que el procesamiento de las preguntas presenta dificultades para su abordaje. Al revisar la pregunta 1 se realiza respecto de la ración industrializada y de los almuerzos, pero la suma de todos los valores, de la variable almuerzo y de la variable ración industrializadas no alcanza el 100%. Con las preguntas 2 y 3 se requiere sumar ambas variables para alcanzar el 100%, no obstante, la pregunta se realiza para ambos momentos de manera independiente. En las recomendaciones los “titulares de derechos” solicitan mayor comida de sal y menos dulce. Los resultados de la encuesta no son aplicados para la realización de ajustes al programa.

Los medios de comunicación reportaron, el 09 de mayo de 2019, la intoxicación masiva de los niños y las niñas del colegio Camilo Torres del municipio vecino San Vicente del Chucurí, atendido por la Unión Temporal Nutrimos Santander 2019 (Vanguardia, 2019).

El 11 de mayo de 2019 se realiza oficio a la representante legal respecto de no conformidades de valores microbiológicos en una institución de San Vicente de Chucurí, reportando existencia de coliformes fecales en la pasta con pollo servida el 30 de abril de 2019.

Respecto de la intoxicación en el municipio vecino de San Vicente, el interventor realizó visitas y expresó que se había aplicado el protocolo de atención de emergencias, y que la posible fuente de contaminación fue un sándwich de pollo y avena con leche.

Al hacer una inspección a los alimentos el 13 de mayo de 2019, se encuentra que las pechugas de pollo tienen fecha de vencimiento el 28 de febrero de 2019, y fueron servidas el 9 de mayo de 2019. Luego del incidente, en el informe mensual del mes de mayo, se reporta un cumplimiento elevado de la institución Camilo Torres Sede El Bosque, propiciado presuntamente por la necesidad del operador de cumplir a cabalidad con las obligaciones contractuales, del interventor por presentar resultados de fondo a la supervisión y por un seguimiento más estricto desarrollado por la Secretaría de Educación Departamental ante los riesgos jurídicos y sociales provocados por el programa.

La señora Irma Lucía Noguera Gaona, representante legal de la UT Nutrimos Santander 2019, envía oficio el 23 de mayo de 2019 a Gonzalo Julián Ávila Villalobos, Representante Legal UT Consultores SF 2019, en el cual aporta certificados de viabilidad técnica de las siguientes plantas de beneficio:

- a) Riofrio S.A.S.
- b) Santa Cruz.
- c) Porkys.
- d) Sakuntala.

Se destaca la participación de la planta de Riofrio. Según la Fiscalía General de la Nación el señor Fernando Trujillo re-etiquetaba los empaques de cárnicos con el nombre de esa planta, y la hacía pasar por carne de res, cuando en realidad era carne de burro (El Universal, 2020).

Se anexa certificado de la planta ecológica de beneficio animal Rio Frio S.A.S., sede Floridablanca, por parte de la representante legal de la UT Nutrimos Santander.

Por su parte, la interventoría modificó su estructura como proponente plural, al solicitar a la administración el reconocimiento de la cesión de los derechos patrimoniales de la Fundación Social Con Futuro, la cual, como se expuso anteriormente, se encontraba incurso de inhabilidad para contratar con el Estado, a la Corporación Socio cultural Huellas de Sabiduría. La modificación fue avalada por la Secretaría de Educación Departamental.

Respecto de las observaciones presentadas, la recomendación de la interventoría es la de realizar planes de manejo para superarlas, sin importar que las “recomendaciones y sugerencias” de la población estudiantil se dirijan al mal estado de los productos, y a la intermitencia de la prestación del servicio y los hallazgos indiquen el mal etiquetado de los productos, planteando como respuesta el diligenciamiento de una forma matriz.

Luego de los graves hechos ocurridos en el municipio de San Vicente de Chucurí, se inició proceso sancionatorio en contra del proveedor UT Nutrimos Santander 2019. A pesar de las declaraciones de la Secretaría de Educación frente a una supuesta multa por valor de ciento tres millones de pesos se observan dos cuestiones:

- a) Se expidió la Resolución 7115 de mayo 29 de 2019, en la cual se anuncia la apertura de procedimiento sancionatorio contra la UT, y de otra parte la Resolución 14826 de 28 de agosto de 2019 en la cual se termina el procedimiento contractual sancionatorio exonerando al contratista UT.

- b) Al revisar el acta de liquidación del Contrato 395 de 2019, no se encuentra evidencia alguna de la imposición de multas o sanciones, ni el siniestro de las garantías adquiridas por el contratista y, por el contrario, las partes manifiestan encontrarse a paz y salvo por todo concepto.

Apesar de las observaciones se recomendó la adición en tres ocasiones del contrato; el valor inicial del mismo ascendió a \$6.237.321.640, y las adiciones sumaron \$2.789.944.176, las cuales ascendieron en términos porcentuales a un 44% del valor inicialmente contratado.

La verificación de las condiciones sanitarias y de inocuidad de los alimentos en campo es mínima. La verificación de la interventoría se realiza con base en oficios y respuestas a los mismos. Los documentos, planillas, formatos, informes y matrices son parte de la evidencia con la que la Interventoría demuestra el cumplimiento del contrato. Este tipo de documentos son requeridos también por la Secretaría de Educación Departamental, la cual da fe de la calidad del programa con los documentos, que terminan siendo protagonistas de excepción para verificar la calidad del programa. Los expedientes voluminosos justifican los más de nueve mil millones de pesos (\$9.027.265.816) que costó el contrato.

La satisfacción de las comunidades escolares pasa a un segundo plano frente al volumen de documentos construidos, que de manera formal exponen la eficacia del proceso, el cual se refleja en los informes, en el papel. De esta manera el interventor y el contratista reciben su remuneración, y la Secretaría de Educación Departamental rinde cuentas por la ejecución del gasto. El cumplimiento de los fines del Estado se convierte en una carrera por la ejecución presupuestal y la acumulación de informes, dejando de lado la materialización real de los derechos de los niños y las niñas.

También pasan desapercibidas instituciones locales, quienes no se pronuncian. La alcaldía, los concejales y la personería guardan silencio ante los problemas operacionales que terminan afectando a los niños y niñas de El Carmen de Chucurí.

Se destaca que no se encuentra referencia alguna a otros problemas de ejecución del contrato. Como no se evidencian en el proceso de interventoría por el que la Gobernación de Santander suscribió contrato por más de mil millones de pesos (\$1.033.473.629,95), se procederá a revisar las manifestaciones expresadas por medios de comunicación, blogueros, veedores y ciudadanos en general, así como entes de control, respecto de problemáticas derivadas, como un aspecto que la flamante interventoría seleccionada para realizar seguimiento contractual al operador pasó por alto: el suministro de carne de burro.

### **3.11.3 “INTERVENTORÍA” CIUDADANA: MANIFESTACIONES DE LA PRENSA Y LA CIUDADANÍA**

Los mil millones de pesos asignados al Contrato 489 de 2019 para la interventoría jurídica, administrativa, financiera y técnica al Contrato 395 de 2019 para suministro del PAE en la zona 3, pasaron por alto diferentes situaciones identificadas por periodistas y veedurías. Sin tantos recursos, pero con el control social como bandera, los periodistas y veedores terminan realizando un trabajo de mayor impacto que la interventoría.

La primera irregularidad se genera con la ejecución del programa días después del inicio del calendario escolar, situación que fue denunciada por el veedor Carlos Martí, quien indica que varias zonas, entre ellas la 3, no han dado inicio con el programa (Blu Radio, 2019).

Se debe destacar el reporte remitido por el Comité Transparencia por Santander, organización dedicada a la veeduría y el control social en el Departamento. En el informe publicado el 18 de marzo de 2019 se procede a analizar tres instituciones educativas correspondientes a cuatro zonas. En el caso de la Zona 3, en la que se encuentra El Carmen de Chucurí, se optó por seleccionar al municipio de Betulia y a la Institución Educativa Colegio Integrado Nuestra Señora de la Paz.

El resultado de la visita determinó que la calificación de la visita fue insuficiente en virtud del cumplimiento estándar del Ministerio de Educación Nacional que arrojó 45,9% sobre 100%, advirtiendo sobre

problemas en la logística, contaminación cruzada, y ausencia de dotación suficiente para las y los manipuladores de alimentos (Comité Transparencia por Santander, 2019).

Uno de los casos más graves se presentó el 9 de mayo con la intoxicación de cuarenta niños en San Vicente del Chucurí, con ocasión del consumo de un sándwich de pollo y una avena preparada en leche. De la inspección realizada posteriormente se pudo evidenciar que el pollo había vencido varios meses atrás, situación que generó una emergencia de salud pública en el hospital del Municipio (Vanguardia, 2019).

Otro caso que creó debate en la opinión pública consistió en la medida adoptada por el Instituto Técnico Isaías Ardila de Mogotes, que decidió castigar a varios estudiantes con mal comportamiento negándoles el suministro del PAE, situación generada por la rectora del colegio que plantea la ausencia de una política pública materia de alimentación escolar que vaya más allá de la definición de aspectos operativos, y que se centre en la creación de líneas estratégicas, visión, principios, corresponsabilidades y mejoramiento continuo (La FM, 2019).

Sin embargo, el caso más complejo se descubrió un año después, a través de investigaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación, donde se comprobó que el señor Fernando Trujillo comercializaba carne de burro a operadores del PAE, haciéndola pasar por carne de res.

Según la Fiscalía General de la Nación, la Unión Temporal Nutrimos Santander 2019 recibió carne del proveedor, la cual era empaquetada y etiquetada con beneficiaderos reconocidos y autorizados por la Secretaría de Educación Departamental. Entre los municipios afectados con la entrega de complementos alimenticios preparados con carne de burro se encuentra la Institución Educativa Cirales, ubicada en El Carmen de Chucurí (*El Tiempo*, 2019):

“Los jóvenes sí decían: “Profe, esa carne sabe feo”. Uno les decía: “Muchachos, no se regodeen, mire que el Estado les está regalando

una alimentación”. Ahora nos damos cuenta de que tenían toda la razón. Las bolsas de carne que están mostrando eran las que nos llegaban” (Rector del Colegio San José de Cimitarra, Santander, Zona 3) (El Tiempo, 2019).

La anterior afirmación evidencia la influencia de poder que tiene no solo el operador del PAE en el ejercicio de la contratación, sino el mismo adjudicador, es decir, la Gobernación de Santander, que tiene como función principal la promoción del bienestar general como entidad estatal, máxime en tratándose de la implementación de un programa como el PAE, en el cual se atiende a la población más vulnerable y por ende la más desprotegida e indefensa frente a eventuales abusos del Estado a través de servidores públicos o contratistas como en el caso del PAE.

En esta ocasión los estudiantes, y también los integrantes de la comunidad académica, asumen una posición de “resignación”, en palabras de Galanter (1974) en calidad de demandantes ocasionales, quienes por no conocer el procedimiento, o no contar con asistencia técnica para presentar reclamaciones formales que tengan éxito, evitan realizar observaciones al proceder erróneo del Estado a través del operador del PAE, con el fin de evitar un perjuicio colateral o pasar por un “desgaste psicológico”.

Con el fin de comprender con mayor claridad las particularidades de suministrar carne de burro en el marco del programa PAE, y las presuntas afectaciones a la salud por su consumo en niños y niñas en edad escolar, se procedió a entrevistar a varios expertos sobre la materia, en el entendido que la investigación propone asuntos que son superados por la disciplina jurídica, y por lo tanto se hace necesario acudir a profesionales de la salud. La multidisciplinariedad caracteriza las investigaciones con métodos socio jurídicos.

Para tal fin, se acudió a la Facultad de Ciencias de la Salud, y de manera específica al programa de Nutrición y Dietética, donde se encuentran profesionales con un amplio recorrido profesional y una estructura académica a niveles superiores como doctorados y maestrías, quienes amablemente participaron de la presente investigación.

El primero es el doctor Julio Hurtado Alarcón, Zootecnista de la Universidad Nacional, Magister en Bosques y Conservación Ambiental de la Universidad de Nacional, y Doctor en Ecología de la U. Nacional, a quien se le indagó acerca del uso de la carne de burro para el consumo humano.

En sus apreciaciones profesionales el doctor Hurtado expone que el consumo de carne de burro per se no afecta la salud. El problema con la carne de burro, así como con cualquier cárnico, depende de la gestión del animal desde su nacimiento hasta su cocción y disposición final para el consumo.

Expone que es necesario determinar la destinación del semoviente para el consumo humano, lo que decidirá su gestión en términos integrales como la alimentación, la aplicación de vacunas, las sustancias que debe consumir, la actividad física que debe llevar a cabo y su periodo de vida, entre otras cuestiones (Hurtado, 2021).

De acuerdo a lo anterior, debe disponerse de una planta de beneficio que cuente con las garantías mínimas y las autorizaciones expedidas por parte de las autoridades correspondientes, con el fin de habilitar el establecimiento para desarrollar procesamiento de carne de burro, garantizando su inocuidad (Hurtado, 2021).

Finalmente, la logística y el transporte, la cadena de frío y la manipulación para efectos de preparación de alimentos debe garantizar la permanencia de la inocuidad exigida, con el fin de evitar problemas de salud por un consumo indebido (Hurtado, 2021).

Los requisitos anteriormente descritos pertenecen a reglamentaciones efectuadas por las autoridades de salud como el INVIMA, quien regula el procedimiento para obtener autorización sanitaria para “plantas de beneficio, desposte y desprese”, según la Resolución 1282 de 2016 (Hurtado, 2021).

Sin embargo, según lo expone el doctor Hurtado (2021), la manipulación de carne de burro no cuenta con autorización legal de autoridades



sanitarias en el país, por lo que la inocuidad del producto no se encuentra garantizada, resaltando lo siguiente:

“En Colombia no hay instalaciones adecuadas. Las plantas de beneficio para el procesamiento de carne de burro realizan la actividad de manera clandestina. Los animales no están criados para ese fin. No hay una trazabilidad de las enfermedades de esos animales. No hay estudios patológicos sobre esos animales. No hay un linaje específico de burros para el consumo de carne. Son animales descartados para su sacrificio, para ningún segmento de la población, ni siquiera para animales de zoológicos. No hay una reglamentación que permita garantizar la inocuidad de esos productos” (Hurtado, 2021)

Como se puede observar, se concluye que el riesgo de consumir carne de burro en Colombia se concentra en el destino de los “asnales” para actividades diferentes al procesamiento de carne para consumo, la producción clandestina y la ausencia de medidas que garanticen la inocuidad del cárnico, situación que genera problemas de salud pública.

De otra parte, se contó con la participación del doctor Héctor Mario Buriticá Herrera, bacteriólogo, especialista en microbiología y especialista en administración de la salud de la Universidad Católica de Manizales, magister de salud pública de la Universidad de Caldas y Epidemiólogo de la Universidad de Caldas, a quien se le consultó de manera específica por el tipo de patógenos que puede desencadenar alteraciones a la integridad física de las personas a través del consumo de la carne de burro.

El doctor Buriticá (2021) expone una serie de enfermedades que se pueden generar por el consumo de cárnicos como infecciones transmitidas por alimentos “ETA”, toxi infecciones, bacterias, virus, parásitos, hongos, microorganismos como la “Escherichia Colí”, la listeria, rotavirus, tenias y cisticercos, por mencionar algunos problemas que se pueden detectar en productos cárnicos a los cuales no se les pueda garantizar la inocuidad, y por lo tanto está prohibido el consumo humano, e incluso animal.

Acerca de los graves riesgos en la salud que se pueden generar a partir del consumo de cárnicos sin la inocuidad garantizada, el doctor Buriticá (2021) indica lo siguiente:

“Existe posibilidades de mortalidad en el grupo de cinco años, se requiere hospitalización puesto que los niños se deshidratan muy fácil y si no reciben atención rápida el cuadro es de pronóstico reservado. Y a mediano plazo y largo plazo los cisticercos que se puedan enquistar en el cerebro y el problema de desnutrición porque hay parásitos que pueden producir obstrucciones en el intestino cuando hay parásitos en demasiado número y tamaño. La deshidratación es muy peligrosa en los niños”. (Buriticá, 2021)

Es evidente que el consumo de carne de burro en niños y niñas, quienes se encuentran en pleno desarrollo de su sistema inmunológico, físico y mental, los hace más vulnerables a las patologías, especialmente a los cuadros de deshidratación que pueden incluso causar hasta la muerte. Ya se tienen antecedentes respecto de las actuaciones del proveedor Unión Temporal Nutrimos Santander 2019, y lo ocurrido en el municipio de San Vicente de Chucurí el 9 de mayo de 2019, en el cual “titulares de derechos” resultaron afectados por el consumo de un sándwich de pollo y una avena en leche, donde la verificación del pollo con el que prepararon la ración concluyó con que había vencido desde el mes de febrero (Vanguardia, 2019).

Por último, en esta ronda de expertos es necesaria la visión de un profesional que tuviese conocimientos académicos y profesionales acerca de aspectos bioéticos relativos a la práctica del suministro de carne de burro en un programa dirigido a niños y niñas, población vulnerable a la que se debe sumar la fragilidad socioeconómica con la que el Programa de Alimentación Escolar justifica su existencia, como instrumento para evitar la deserción escolar.

Para ello se contactó al doctor Luis Evelio Aristizábal Franco, enfermero de la Universidad de Caldas, abogado de la Universidad

Libre, especialista en epidemiología de la Universidad del Área Andina, especialista en Responsabilidad Médica de la Universidad Libre, y Doctor en Bioética con énfasis en Bioderecho de la Universidad El Bosque.

El doctor Aristizábal (2021) plantea la necesidad de realizar un debate moral al proveedor del PAE que, con el fin de obtener una mayor rentabilidad, procede a adquirir productos con menor valor para lucrarse, a costa de la integridad física y mental de la población escolar vulnerable, en una clara muestra de la mercantilización del Programa de Alimentación Escolar (Aristizábal, 2021).

Así mismo, reprueba la práctica del proveedor del PAE en virtud de la ausencia de la aplicación del principio de la alteridad, desarrollado por Emmanuel Levinas, quien se refiere a la necesidad del reconocimiento de la “otredad”, quienes merecen respeto hacia su integridad física y hacia su dignidad como seres humanos (Aristizábal, 2021).

Se le indagó acerca de la posibilidad de que los padres de familia asuman la operación del PAE respecto de los intereses y motivaciones, apartándose de la mercantilización del programa y de la identificación de intereses directos sobre el éxito del proyecto, y al respecto manifestó:

“Ponerlo en manos de los padres de familia, representa un interés natural de que los padres desean que sus hijos estén muy bien alimentados, pero implicaría unos procesos formativos y de capacitación acerca de prácticas adecuadas para la alimentación de los niños y niñas. Se requeriría adelantar un acompañamiento técnico para que ellos pudieran asumir ese reto de alimentar bien a sus hijos e hijas”. (Aristizábal, 2021)

Uno de los aspectos que se destacan de los comentarios expertos planteados por el doctor Aristizábal consiste en la discusión planteada por Levinas respecto de la alteridad, el reconocimiento del otro camino que se recorre a partir del diálogo y de la experiencia, siendo lo contrario la imposición, la intransigencia y la violencia, es decir, la renuncia a la palabra y a su repuesta a través del diálogo (Fernández, 2015).

Desde luego, las condiciones de contexto son determinantes para entablar el diálogo, y de allí que los actores locales deban jugar un papel más activo en la adjudicación y ejecución del PAE, en virtud que son ellos quienes se reconocen y dialogan como comunidad.

La mercantilización del Programa de Alimentación Escolar traslada la discusión sobre la “titularidad de derechos” hacia el plano racional económico, en el cual se presentan unas jerarquías implícitas donde el operador del PAE ejerce el papel dominante, frente a los supuestos titulares de derecho que se ven sometidos a las decisiones racionales que generen mayor beneficio y rentabilidad, como la de adquirir insumos a precios más bajos a pesar de estar presupuestada su utilidad en el pliego de condiciones adjudicado.

Las irregularidades evidenciadas en la implementación del PAE en Santander, en El Carmen de Chucurí durante el año 2019, se suman a una larga lista de situaciones acontecidas relacionadas con otros procesos de selección objetiva que igualmente terminaron en escándalos por manejos inapropiados, tal como se comentó previamente en la presente investigación. Para la adjudicación del año 2019 la Secretaría de Educación Departamental decidió adelantar el proceso a través de cuatro zonas, replicando algunos modelos de entidades territoriales de la Región Caribe.

Sin embargo, las polémicas en la selección objetiva del operador, la calidad de los proponentes y la adjudicación de la interventoría, las irregularidades en la operación del sistema y la pasividad de la interventoría permiten argumentar que la selección objetiva no garantiza la transparencia en la gestión pública ni mucho menos el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Al final, los errores de la adjudicación terminan siendo asumidos por los “titulares de derechos”.

En relación con las categorías de análisis teóricas, una vez desarrollado y analizado el caso, se puede observar a una Secretaría de Educación Departamental, delegada por el Gobernador de turno, determinada a adjudicar el proceso, para lo cual no solo no tuvo reparo frente a la calidad

de los concurrentes, todos ellos con cuestionamientos por la celebración de contratos sobre el PAE en la región y otros lugares del país, sino que terminó adjudicando la operación del programa a un contratista sancionado anteriormente por problemas en la ejecución del PAE en Santander.

Es evidente que el adjudicador cumple a cabalidad con el formalismo legal, pero calificar esta adjudicación como la más conveniente para la entidad implica asumir el riesgo de que ocurran nuevos inconvenientes en la operación del PAE, como en efecto se documentó por parte del operador de las Zonas 1 y 3 para el año 2019 en Santander.

Ante la alarmante situación, que plantearía dudas respecto del papel del adjudicador y su determinación/indeterminación, ante la calidad de los actores intervinientes, a lo mejor hubiese sido prudente declarar el proceso como desierto, sin embargo, la ausencia de una planeación con mayor margen de maniobra y el inicio inminente del calendario escolar, y por ende del programa, no otorgó mayor alternativa al operador administrativo que adjudicar, a pesar del perfil de los proponentes y de las observaciones expuestas dentro del proceso.

Respecto del comportamiento neutral del adjudicador, es difícil juzgar y manifestar que es plenamente parcial, cuando se detectaron inconvenientes en la adjudicación del operador, como el caso del rechazo de la propuesta del representante legal cónyuge de la asesora del despacho del Gobernador, así como la adjudicación de la interventoría a un contratista multado y sancionado, inhabilitado para contratar.

La parcialidad de la Secretaría de Educación en el proceso de adjudicación del PAE se avizora en la definición de condiciones específicas de difícil cumplimiento en los pliegos de condiciones, requiriendo la suscripción de acuerdos de voluntades con los proveedores, antes de la suscripción del contrato, una condición habilitante polémica.

Por último, la parcialidad hacia la necesidad de adjudicar se planea en virtud de los graves errores cometidos en el proceso de adjudicación

de la interventoría. Esta parcialidad no necesariamente iba dirigida a apoyar a alguno de los intervinientes, sino a adjudicar y dar inicio al contrato a toda costa, con hechos como la habilitación de los sábados a través de decreto departamental. La parcialidad de la Secretaría fue con el Plan de Desarrollo del gobernante, a modo de parcialidad estratégica motivada por una política pública.

Respecto de los criterios normativos empleados para analizar el comportamiento del adjudicador, ante los reiterados y graves hechos descritos en el estudio de caso, es evidente que la transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado se vieron truncados a pesar de la selección objetiva del contratista.

No es posible referirse a la transparencia cuando la adjudicación del contrato de operación del PAE contó con el rechazo de proponentes por conflictos de intereses que involucran a asesores del Gobernador, cuando el adjudicatario de las Zonas 1 y 3 corresponde a un contratista sancionado por problemas en la operación del PAE, y al exponer el afán de la Secretaría de Planeación por adjudicar el contrato ante el inicio del calendario escolar. Sumado a lo anterior, se encuentra la adjudicación de la interventoría a un proponente inhabilitado.

Se reitera que los graves hechos acaecidos en el marco de la ejecución del programa en Santander, en la Institución Educativa Cirales de El Carmen de Chucurí y en otros territorios, evidencian el fracaso de la ejecución del programa ante el peligro al que se expuso a miles de estudiantes de instituciones educativas de Santander, quienes no solo fueron afectados en su integridad física y mental, sino en su dignidad como seres humanos, al ser utilizados como instrumento para generar rentabilidad a su costa.

En síntesis, la selección objetiva del contratista Unión Temporal Nutrimos Santander 2019 se caracterizó por múltiples cuestionamientos, a saber: un proceso que hace uso de la norma para extender los días hábiles con el fin de favorecer la adjudicación, aspecto que se pudo haber evitado con una planificación más rigurosa; pliegos de condiciones

cuestionados por las veedurías concurrentes al proceso; ausencia total de los actores receptores del programa, catalogados como “titulares de derechos”, al parecer son titulares para recibir los complementos alimenticios, pero no para participar e involucrarse en la formulación del proceso de contratación, al igual que la exclusión de las comunidades impactadas por el programa; concurrentes rechazados por ser cónyuge de la asesora del despacho del Gobernador, y concurrentes todos señalados con antecedentes en escándalos derivados de la adjudicación del PAE en Santander y en otros lugares del país; proponentes multados, sancionados por incumplimiento en programas de alimentación escolar ejecutados anteriormente, que finalmente terminan siendo adjudicatarios del proceso de selección.

Mención aparte para la adjudicación del contrato al interventor con inhabilidad para contratar, situación que constituye una presunta violación al régimen disciplinario, régimen fiscal y Código Penal, hecho que pasó desapercibido en el caso del proceso de selección en Santander, pero no en otros sitios como en Nariño o Atlántico, donde se excluyó al proponente inhabilitado.

Acerca de la implementación, se observa un operador que incumple con los términos del contrato, que no cuenta con los requerimientos adecuados para su ejecución, que además intoxica con su negligente accionar a cuarenta niños en San Vicente de Chucurí, y que termina sirviendo comida en mal estado, con raciones que no cumplen el gramaje, y que suministran carne de burro a niños, quienes son atraídos con el PAE como una manera de que no deserten de las aulas de clase.

Lo anterior bajo la mirada del interventor inhabilitado que funge como contratista, quien se limita a solicitar en los informes planes de mejoramiento y a requerir constantemente al contratista por no cumplir con la dotación para las manipuladoras de alimentos. Finalmente, cuando solicita adelantar un proceso de incumplimiento, termina aceptando las respuestas del operador y recomienda a la Secretaría de Educación la culminación del proceso sancionatorio.

Una Secretaría de Educación que presenta como una gesta la adjudicación del proceso a pesar de los cuestionamientos, que se ve limitada a la capacidad técnica del operador para cumplir con el PAE, que presencia sin mayor capacidad de acción cómo a los niños y niñas se les niega la prestación del servicio ante la intermitencia del operador y la baja calidad de las raciones servidas, al igual que debe responder ante la opinión pública por la intoxicación de los estudiantes por el operador escogido en el marco de la selección objetiva.

Y finalmente, una ciudadanía, alcaldes, concejales, líderes de El Carmen de Chucurí, padres de familia, rectores, profesores y estudiantes que son excluidos por el sistema de selección y la priorización de contratistas para que cumplan un contrato, ante la ausencia de una política pública integral de alimentación escolar que los convoque no solo como titulares de derecho, sino como corresponsables en la operación, ejecución y seguimiento del PAE que, en óptimas condiciones, termina siendo una iniciativa fundamental para su desarrollo físico, mental y social.

En esta ocasión la selección objetiva del operador del PAE en Santander en el año 2019, para El Carmen de Chucurí, no solamente careció de transparencia e cumplió con los objetivos del Estado colombiano, sino que puede haber afectado las relaciones de confianza entre el Estado y la sociedad.



---

## CONCLUSIONES

### 4.1 ACERCA DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación surgió del análisis del objeto de estudio a partir de una plataforma teórica propuesta por los *Critical Legal Studies*, con énfasis en los planteamientos de la crítica a la teoría de la adjudicación de Duncan Kennedy. Con base en los criterios de análisis que se desprenden de la teoría, se realizó la crítica al campo regulatorio de la Ley 80 a partir de la interpretación de los motivos para su conformación por parte del legislador, destacando las variables de selección objetiva, transparencia y cumplimiento de los fines del Estado, finalizando con el análisis crítico a las consideraciones de la Corte Constitucional en defensa de las tres variables enunciadas.

Con el discurso teórico abordado, y con el análisis crítico del marco regulatorio efectuado, se procedió a estructurar el estudio de caso denominado “Selección objetiva como garantía de transparencia y cumplimiento de los fines del Estado colombiano, en la adjudicación del operador del Programa de Alimentación Escolar (PAE) para El Carmen de Chucurí, Santander, 2019”, desde el cual se busca dar cumplimiento al propósito general de la pregunta de investigación, a partir del análisis de contexto, del marco normativo del PAE, de los antecedentes del PAE en Santander, del proceso de selección objetiva e implementación del PAE contratado.



Una vez valoradas las distintas variables de análisis del caso, se consolidan razones suficientes para defender la tesis planteada, que parte de la consideración de los motivos para considerar que la selección objetiva del contratista estatal es inapropiada para garantizar la transparencia y el cumplimiento de los fines estatales.

Esta afirmación se sustenta, en primer lugar, desde una perspectiva eminentemente crítica, propia de las estrategias analíticas propuestas por los Crits en la compleja sociedad estadounidense, en la cual permanecen problemas relativos a la desigualdad de género, la lucha por los derechos raciales y las jerarquías impuestas por una minoría que se impone ante el resto de la sociedad, y que se reproduce a partir de las relaciones de poder.

En Colombia también existen coincidencias frente a la segregación de poblaciones vulnerables a partir de la manera como los actores con mayores capacidades se imponen frente al resto de la población, afectando a las niñas y los niños escolarizados, uno de los grupos sociales más frágiles de la sociedad, lo cual justifica la aplicación de la teoría crítica para la comprensión de estas dinámicas.

A pesar de las diferencias de contexto, las distancias, la capacidad de desarrollo económico y los aspectos culturales, tanto en Colombia como en Estados Unidos coinciden en la existencia de problemas de índole social que terminan marginando a las poblaciones más desprotegidas, aquellas que requieren la ayuda del derecho para romper el círculo vicioso de la desigualdad, con el fin de regular las prácticas que reproducen y amplifican su impacto en detrimento de las poblaciones más vulnerables entre las vulnerables.

En ese sentido, la indeterminación del derecho en un contexto de desigualdad no solo debe ser criticada, sino que es reprochable y responsable de la reproducción de las brechas sociales como sistema regulador imperante. El Estado y la sociedad deben dar respuesta a la pregunta acerca de cuál es el tipo de derecho que se necesita para garantizar la protección de la población vulnerable, en respuesta a la invitación realizada por Diego López (1999) sobre el tipo de derecho en contextos de desigualdad.

Esta teoría crítica se caracteriza por promover la discusión acerca de la conveniencia de una agenda política retributiva y social para el derecho, con el fin de integrar dentro de la agenda pública el cumplimiento de funciones y la prestación de servicios estratégicos y de interés social por parte del mismo Estado, y en el evento de requerir su tercerización, hacerlo a través de la participación comunitaria, considerando la complejidad técnica y operativa de la necesidad.

La fe por la selección objetiva como promotora de la transparencia y de los fines del Estado es respaldada a partir de la cultura formalista del campo jurídico colombiano, el cual suele plantear estrategias sin reflexiones previas acerca de sus alcances y consecuencias, desplazando la transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado en casos particulares.

Kennedy ha sido considerado uno de los principales exponentes del movimiento en virtud al desarrollo de posturas teóricas alrededor de las categorías de análisis planteadas. Su crítica de la adjudicación basada en la crítica a la neutralidad judicial pone de presente la manera como la política, la ideología y otras externalidades pueden influenciar la decisión judicial, entendida como adjudicación, clasificando a los jueces en activistas, mediadores y bipolares.

En Libertad y Restricción, Kennedy (1999) expone el desplazamiento del juez frente a los marcos regulatorios desde el individualismo hasta el altruismo, indicando que los abogados también presentan esta dualidad en el ejercicio de la defensa de los intereses de sus clientes.

Uno de los aspectos que más se destaca de la crítica a la adjudicación es el rol del juez como adjudicador, aspecto que desconoce la realidad de la adjudicación en Colombia, donde este proceso de toma de decisiones con implicaciones jurídicas no es exclusivo de los profesionales en derecho, los jueces ni de la rama judicial. Es necesario reconocer el papel que juega el adjudicador administrativo en calidad de servidor público, que en ejercicio de sus funciones adopta decisiones en el marco del imperio de la ley.

Otra característica de los adjudicadores administrativos en Colombia es que no necesariamente son profesionales en derecho; ingenieros, arquitectos, administradores públicos, economistas, contadores, politólogos, administradores de empresas y negocios, médicos y en general profesionales de ciencias sociales, económicas, de la ingeniería y de la salud, entre otros campos del conocimiento, son designados como funcionarios públicos para que dirijan la gestión pública y a su vez asuman el rol de adjudicadores administrativos, es decir, nos encontramos ante un adjudicador que proviene de diferentes disciplinas que a su vez influyen en la manera como se adoptan decisiones en el marco de la ley.

Lo anterior es relevante puesto que la relación entre ciudadanía y sector público en Colombia va más allá de las decisiones judiciales, convirtiéndose el servicio público colombiano en una de las primeras instancias de relación entre ciudadanía y Estado, más aún en un Estado social de derecho, donde el sector público cuenta con una amplia oferta de servicios y funciones para el ciudadano.

Muestra de la estrecha relación entre sociedad y servidores públicos es el caso de estudio de caso analizado en la presente investigación. El PAE es un servicio vital para la población atendida catalogada como “titulares de derechos” por parte del marco regulativo, sin embargo, la adjudicación realizada por el operador administrativo es un referente de adjudicación tan poderoso como el del juez, a partir de la garantía y operacionalización de la Carta de Derechos.

Cabe recordar que los nominadores a quienes se hace alusión son el presidente de la República, gobernadores, alcaldes y demás representantes legales de las entidades públicas designados por los primeros ya sea de manera directa o en ejercicio de su capacidad en los Consejos o Juntas Directivas.

Por otro lado, los subalternos a los que se refiere este planteamiento y que ejercen cargos de dirección, confianza y manejo (Ley 909 de 2004, art. 5°) son Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Gerentes

y Directores de entidades descentralizadas y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Directores de Establecimientos Públicos, y a nivel territorial Secretarios de Despacho y jefes de oficina, entre otras posiciones, siendo frecuente emplear la “delegación administrativa” por parte de los nominadores a los funcionarios enunciados para que realicen adjudicaciones, es decir, profieran actos administrativos y adjudiquen contratos estatales, tal como ocurrió en el estudio de caso de parte del Gobernador de Santander a la Secretaría de Educación.

En el entendido que los nominadores relacionados anteriormente son elegidos mediante voto programático (Const., 1991, art. 259), el cual se proyecta con la aprobación del plan de desarrollo tanto para el Presidente de la República como para los Gobernadores y Alcaldes (Ley 152 de 1994), y que estos mandatarios seleccionan mediante el libre nombramiento y remoción a subordinados en altos cargos de dirección, confianza y manejo, siendo algunos responsables de la adjudicación y otros delegados para adjudicar, existe relación entre adjudicación y política, al igual que la existencia de subjetividad del adjudicador, por lo menos respecto a las políticas públicas e instrumentos de planificación del desarrollo y del territorio de los gobiernos de turno.

A pesar de que la relación derecho y política es criticada por Kennedy (1999) a partir de la incoherencia con los fundamentos del derecho y la neutralidad jurídica, se considera que la relación entre el derecho y la política no solamente existe, sino que es deseable como elemento de corrección en escenarios democráticos, donde mediante el ejercicio de la deliberación ciudadana se estipula el sentido y propósito del aparato estatal, y por ende de la administración de justicia, más aún en territorios caracterizados por desigualdades sociales y económicas.

La crítica a la adjudicación, al igual que los estudios críticos del derecho, tienen como premisa generar conciencia acerca de los límites y alcances del marco jurídico para el abordaje de los problemas sociales y la necesidad de redireccionar la acción jurídica hacia la constitución de órdenes más justos, especialmente con las poblaciones relegadas históricamente. En este marco, tal perspectiva crítica “debe ser capaz de proponer reajustes para nuestros

conceptos subyacentes, conceptos que constituyen los supuestos a los que nos hemos acostumbrado” (Aguirre y Tillman, 2020, p. 168).

A partir del reconocimiento de las carencias del derecho surge la “pérdida de la fe”, que en palabras de Kennedy (2002), se entiende el derecho como “retórica jurídica”. En ese sentido el autor ha considerado que el Derecho ha estado históricamente, en Estados Unidos, al servicio del liberalismo económico y en pro de la defensa por el capitalismo.

En el caso colombiano las diferentes decisiones de política pública determinadas por los gobiernos de turno y elevadas a instrumentos legislativos, tanto en tiempos ordinarios como en los estados de excepción, han intentado socavar la Carta de 1991 y su contenido reaccionario (Vieira, 2007), que ha subsistido en parte por la capacidad de reacción de la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución en su defensa. Es así como el discurso legislativo en Colombia se ha tornado favorecedor de los intereses económicos, aspecto que ha contribuido al continuo estado de desigualdad social, con un coeficiente de GINI de 0.526, según el DANE para el 2019, ubicado como uno de los niveles de desigualdad más altos de la región y del mundo.

Plantear las limitaciones del derecho para revertir el problema de contexto social del país y de la región se constituye en el primer paso para identificar soluciones más allá del derecho, que contribuyan a revertir la situación y que consoliden el campo jurídico como un instrumento para la protección de las poblaciones más vulnerables, con el fin de garantizar a la ciudadanía el reconocimiento y ejercicio pleno de sus derechos.

Reconocer el valor de la crítica al derecho consiste en asumir un compromiso con el abordaje a los problemas actuales de la sociedad colombiana, que perdurarán en la medida que no se logre reconocer la realidad del derecho como promotor del statu quo promotor de desigualdades e injusticias.

Como respuesta a la necesidad de la población de cerrar las brechas y disminuir la desigualdad emerge la selección objetiva en la contratación

estatal, la cual apuesta por la imparcialidad del adjudicador para efectos de promover el libre mercado y la concurrencia de proponentes para la operación de funciones o servicios públicos a través de la tercerización.

Así como la Constitución de 1991 surgió como respuesta al contexto de violencia y desigualdad por la que atravesaba el país, los marcos regulatorios quisieron ponerse al día respecto de las necesidades y expectativas de la población. En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se describe de manera intensa y crítica el “Fracaso de los fines buscados”, y se lamentan los congresistas por el incremento de los casos de corrupción bajo la tutela del anterior régimen de contratación.

La respuesta al problema de la incapacidad del régimen de contratación para disminuir los problemas de corrupción, y el fracaso de los fines, no se dirigió a analizar el problema de manera multidimensional o con perspectiva interdisciplinaria. La solución consistió en la expedición de otro marco regulador que reemplazara al anterior, con la esperanza de que el nuevo régimen revierta de manera efectiva los problemas de transparencia y cumplimiento de los fines del Estado del anterior.

El nuevo régimen de contratación se fijó como objetivo garantizar la selección objetiva del contratista, y por ese camino garantizar la promoción de la transparencia en la gestión contractual y el cumplimiento de los fines del Estado.

En primer lugar, el cumplimiento de los fines estatales, especialmente la prosperidad general, consagrada en el artículo 2° de la Constitución de 1991, se materializará con la contratación estatal y el cumplimiento integral de los objetos contractuales y sus actividades.

Sin embargo, en el camino por el cumplimiento de los fines estatales el régimen de contratación estatal asumió la contratación pública como un proceso de compras, sin considerar el potencial de la gestión de las finanzas públicas en el territorio, como dinamizador del desarrollo local.

Este enfoque en las compras públicas se concentró en la garantía a la libre competencia y en favorecer las reglas del mercado, estableciendo

el concepto de la oferta más favorable en algunos tipos de selección como aquella con el menor precio, convirtiendo al aparato estatal en un comprador racional, dejando de lado el impacto que genera el presupuesto público en las economías locales, y cumpliendo con la apertura económica sin considerar la exclusión que genera en los actores locales.

El régimen de contratación estatal también procedió a estandarizar los reglamentos para las compras públicas, limitando la capacidad y autonomía de los entes territoriales para adaptar sus regulaciones a los contextos sociales y a las necesidades particulares de la geografía colombiana, situación que impidió el fortalecimiento de las relaciones entre las organizaciones sociales locales y las entidades públicas.

De esta manera, el Estado graduó a la población y a los actores locales como receptores del desarrollo, y los desplazó de la responsabilidad de participar en la selección de los contratistas como posibles adjudicadores, más allá de la intención fallida de seguimiento requerida a través de las veedurías ciudadanas, organizaciones que participan de manera excepcional en la adjudicación de los contratos estatales.

Entre la rigidez del marco regulador nacional, la defensa por el libre mercado, el desconocimiento de los actores sociales y el limitado margen de maniobra de las administraciones locales, los adjudicadores administrativos se limitaron a operativizar el régimen de contratación estatal, más preocupados por el formalismo procedimental que por los efectos en el desarrollo que pudiese generar la contratación. Es así como las acciones afirmativas planteadas por la Corte Constitucional para proteger a poblaciones vulnerables fueron olvidadas por el adjudicador contractual, ante la posibilidad de afectar la legalidad del proceso de selección por presuntos favorecimientos y la activación del régimen de responsabilidades del servidor público.

En segundo lugar, la búsqueda por la transparencia se ha convertido en una obsesión para la sociedad contemporánea. A nivel internacional existen múltiples agencias públicas creadas exclusivamente para diseñar



estrategias anticorrupción, al igual que organizaciones no gubernamentales que se pronuncian a través de estudios, investigaciones, reportes, análisis, estadísticas y producción de conocimiento sobre la materia, insistiendo en que la transparencia es un proceso complejo a partir de las diferentes variables que deben ser abordadas para su obtención: plataformas políticas y morales, voluntad colectiva, orientación del sistema educativo, participación y deliberación ciudadana, control social y ajustes al marco normativo, entre otras.

En Colombia el énfasis se ha concentrado en el cambio de regulación normativa, generando la expectativa consecuente en la población a partir de la incorporación de un amplio régimen en pro de la transparencia, el cual estipula principios, procedimientos, instituciones jurídicas, regímenes de responsabilidad, prohibiciones, deberes, tipificación de delitos y demás herramientas de gestión pública, como matrices de riesgo o manuales anticorrupción.

Esta oleada de reglamentaciones que intentan de manera equivocada simplificar el problema de la búsqueda por la transparencia a la creación de normas, se constituye en una operación administrativa que generalmente es desplegada por los servidores públicos en un intento fútil que, además de generar pérdida de tiempo y recursos públicos, aumenta el nivel de desconfianza de la ciudadanía hacia el sector público, la cual, indignada y excluida, espera por la ley que decretará la transparencia.

En tercer lugar, la selección objetiva constituye la panacea que propone la Ley 80 para resolver todos los problemas de la transparencia en la adjudicación contractual, visión que es avalada por el marco jurídico, y especialmente por la Corte Constitucional, que hace una defensa abrumadora del principio-regla en sus decisiones jurisprudenciales, según la tendencia de la línea jurisprudencial estructurada en esta investigación.

Poco dice la Corte o la reglamentación acerca de la manera agresiva como el régimen legal se refiere a la selección objetiva como regla del proceso de selección, en la cual, siempre y cuando se demuestre la capacidad

jurídica, financiera y organizacional, más las condiciones de experiencia, se debe adjudicar el proceso contractual con base en los criterios de selección definidos en los pliegos de condiciones, ya sea mediante puntaje o a través de la relación costo-beneficio, como regla general.

Lo anterior, sin consideración alguna por las organizaciones locales que hacen parte de la población receptora de desarrollo, y que para algunos objetos contractuales, con el acompañamiento técnico estatal, lograrían ejecutar el objeto contractual de manera adecuada, con algunos beneficios adicionales como la generación de empleo local, dinamización de la economía, compra a proveedores locales, vinculación de la ciudadanía a la operación contractual, apropiación de los proyectos sociales, interés intrínseco de promover mejores condiciones para la comunidad, y un control más estricto al desempeño privado.

Con estos parámetros los adjudicadores administrativos intentan hacer su trabajo enfrentándose a las presiones externas de los grupos de interés, las decisiones políticas y el comportamiento racional económico del proponente y eventual contratista, ante el señalamiento de la norma a su capacidad de criterio y la desconfianza en la selección subjetiva, que paradójicamente es aceptada para la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

La selección objetiva hasta el momento en Colombia no ha librado a la ciudadanía de la realización de actos de corrupción en materia de contratación estatal, incumpliendo la promesa de la transparencia y fallando en el cumplimiento de los fines del Estado. Para confirmar lo anterior, basta referenciar casos emblemáticos de adjudicación contractual como Transmilenio Fase III, la construcción de numerosos proyectos viales que terminan inconclusos o que colapsan, como ocurrió en el Puente Chirajara, la adjudicación de recursos del Sistema General de Regalías para la construcción de “Elefantes blancos”, y el Programa de Alimentación Escolar.

Como evidencia del fracaso de la selección objetiva diseñada por la Ley 80 para la adjudicación contractual, en procura por la transparencia y el cumplimiento de los fines estatales, se encuentra el Programa de

Alimentación Escolar, el cual se instituye como una iniciativa que evita la deserción en los colegios del país, ofreciéndole complementos alimenticios a los estudiantes como contraprestación a que no abandonen las aulas de clase; esta perspectiva cuestionable, de atraer con comida a los estudiantes y de no abordar el problema de la seguridad alimentaria en las familias más vulnerables o del trabajo infantil, como fenómeno que caracteriza el contexto de la sociedad colombiana, es evidencia de la simplificación de los equipos legislativos y los adjudicadores de los problemas sociales.

Así fue como esta investigación se trasladó al contexto de la Institución Educativa Cirales, ubicada en El Carmen del Chucurí, en la Provincia de Mares, del Departamento de Santander, territorio conocido en su región por las bondades agropecuarias, catalogado como la despensa agrícola de Santander, con un desarrollo local rural, pero con comerciantes y campesinos dedicados a la producción de alimentos, dentro de los cuales se destaca el plátano y el cacao, y la calidad de su ganado, que le ha permitido constituir asociaciones de productores en el territorio.

A pesar de la oferta productora de alimentos del territorio, la Fiscalía General de la Nación (2020) detectó que durante los años 2018 a 2019, en la Institución Educativa Cirales, se les sirvió carne de burro a los niños y niñas “titulares de derechos” por parte del Operador del Programa de Alimentación Escolar, seleccionado por la Gobernación de Santander. Entretanto, el mismo operador en mayo de 2019 intoxicó a cuarenta niños en el municipio vecino de San Vicente de Chucurí, al servir un sándwich de pollo con una proteína que había expirado hace varios meses.

El operador en cuestión fue seleccionado por la Gobernación de Santander, en virtud de la competencia otorgada por la ley ante la ausencia de certificación del municipio, aspecto que según el legislador impide que pueda llevar a cabo la contratación del PAE de manera directa, trasladando el proceso a la Secretaría de Educación de Santander, delegado por el gobernador mediante acto administrativo.

El proceso de licitación pública mediante el cual se seleccionó al operador tuvo múltiples observaciones, como el rechazo de un proponente

por ser el cónyuge de uno de los asesores del despacho del Gobernador, así como la adjudicación del proceso a un proponente que ya había sido sancionado por incumplir obligaciones del PAE.

Respecto de la interventoría, se adjudicó la misma en el marco de un concurso de méritos cuestionado por la adjudicación del contrato a una empresa que se encontraba inhabilitada para contratar, también por incumplimientos declarados por la ejecución del PAE en otros territorios.

A pesar de las múltiples polémicas el adjudicador delegado, Secretaría de Educación de Santander, calificó el proceso como satisfactorio y transparente, enfatizando en el cumplimiento de los parámetros legales. Vale la pena anotar que desde el año 2015, en el cual se adjudica el PAE, las polémicas por la adjudicación mediante selección objetiva son recurrentes, hasta el punto de que se ha catalogado la responsabilidad penal por parte de servidores públicos y proponentes, quienes han terminado privados de la libertad.

El fracaso de la selección objetiva para la adjudicación del PAE en Santander se refleja en el incumplimiento de los fines del Estado, y de contrariar el principio de transparencia perjudicando los derechos humanos de los niños y las niñas, así como de la población académica en general, atentando contra la dignidad de la comunidad académica y de la ciudadanía del El Carmen.

Dentro de los problemas del diseño de la selección objetiva definida por el legislador, y aplicada por el adjudicador administrativo, se encuentra la preponderancia de las condiciones racionales dictadas por el libre mercado y el ánimo de lucro por parte de los proponentes, quienes, movidos por intereses particulares, entre los que se estiman incrementar su rentabilidad, disminuyendo los costos sin importar la calidad del servicio a la población más vulnerable e indefensa.

La intermediación propuesta por el Ministerio de Educación Nacional para la operación del PAE es indebida y arriesgada para la salud pública, más aún cuando se procede en condiciones de libre mercado

donde los intereses y preocupaciones de los proponentes no se encuentran atadas de alguna manera al plano local, y además se excluye del proceso de selección a las organizaciones locales quienes cuentan con el interés directo de proteger a la primera infancia, infancia y adolescencia de su comunidad, más aun tratándose probablemente de sus propios hijos, hijas y familiares.

A lo mejor, al Programa de Alimentación Escolar no le conviene los procesos de selección objetiva que excluya a los colectivos y habitantes de las comunidades donde se ejecutarán los procesos contractuales, para lo cual se debe plantear posibilidades como la contratación comunitaria, aspecto que, además de contrariar la selección objetiva de la Ley 80 de 1993, defendida por la Corte Constitucional, requiere del fortalecimiento y acompañamiento técnico de las comunidades, elemento que podría hacer parte de una política pública de nutrición y alimentación escolar, que va más allá de servir refrigerios, una política que va más allá de la retórica detrás de eufemismos como “titulares de derechos”.

Parte del valor de la crítica del derecho consiste en la capacidad de darse cuenta de las limitaciones y de los problemas estructurales que representan algunas figuras jurídicas, y las características de los servidores públicos, sean funcionarios o jueces de la república, frente al ejercicio de la adjudicación, versión del reconocimiento de la realidad que debe servir como punto de partida para realizar los ajustes correspondientes, no solo a los marcos jurídicos, sino a las múltiples dimensiones de la sociedad colombiana para comprender que las soluciones normativas a los problemas sociales pueden ser inapropiados desde una perspectiva crítica.

## **4.2 REFLEXIONES FINALES: UNA PROPUESTA INCONCLUSA**

El desarrollo de la presente investigación, en la cual se realizó la exploración de una teoría crítica del derecho en un contexto donde las mujeres, los afroamericanos y los oprimidos reclaman un sistema jurídico que disminuya las desigualdades sociales y que reivindique los derechos de

las minorías, se ha convertido en un descubrimiento de unas consignas e insatisfacciones que también se comparten en el territorio latinoamericano con los mismos actores, acentuado por los conflictos sociales y las carencias económicas para una gran parte de la población.

No obstante, a pesar de la distancia y de las diferencias entre los contextos, las posturas críticas de Kennedy y la crítica a la selección objetiva desde la crítica de la adjudicación, termina constituyendo una metodología que bien pudiese ser empleada por investigadores sociales, académicos e incluso instituciones públicas y del tercer sector para efectos de realizar control social a la efectividad de los marcos jurídicos, con la peculiaridad que buena parte de los servicios sociales en Colombia se han tercerizado mediante el apoyo de los particulares, quienes participan por lo general en procesos de selección objetiva.

El Programa de Alimentación Escolar se suma a la construcción de proyectos de infraestructura de transporte, la operación de servicios públicos, la adquisición de suministros y equipos con condiciones técnicas uniformes, la construcción de infraestructura social, equipamientos colectivos, redes de acueducto y alcantarillado, la prestación de servicios de salud y servicios educativos, entre otros, y hace parte de los numerosos objetos contractuales que se adjudican diariamente, bajo el deber ser de la transparencia y el cumplimiento de los fines del Estado.

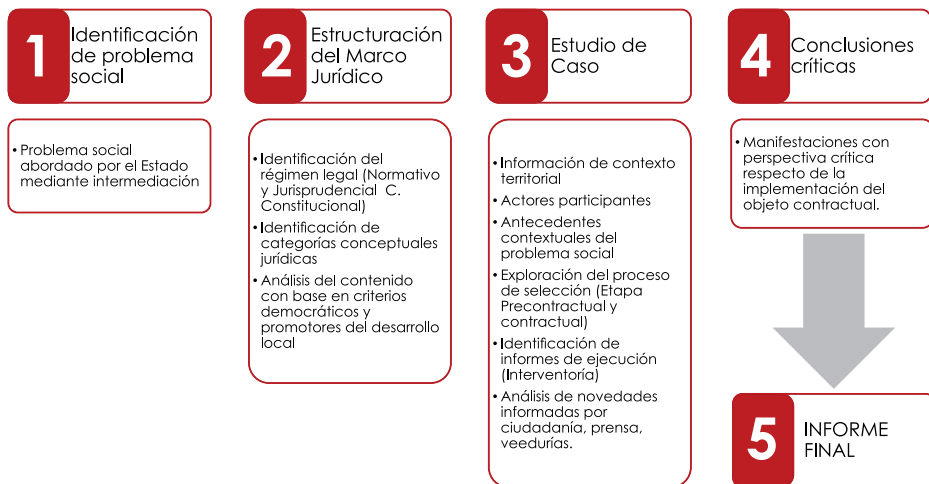
Este proceso, en primer lugar, deberá partir de la perspectiva crítica de los marcos jurídicos, para lo cual será necesario identificar el problema social a analizar; en segundo lugar, se requiere estructurar el problema jurídico realizando un sondeo de los referentes normativos relacionados con la intervención pública particular, sondeo que debe identificar las categorías conceptuales jurídicas, y seguidamente se debe analizar los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto; en tercer lugar, se debe analizar el caso en cuestión, partiendo del contexto social del territorio, la caracterización del problema social con el contexto territorial, el análisis de antecedentes presentados por la sociedad, medios de comunicación, veedurías y ciudadanía en general.

Posteriormente se debe analizar el proceso de selección identificando y recolectando las fuentes documentales a disposición, con el fin de analizar su contenido a la luz del cumplimiento de las categorías sociales, y finalmente se procederá a analizar las novedades surgidas de la implementación contractual a partir de cotejar los informes de interventoría con las manifestaciones realizadas por periodistas, veedurías y demás organizaciones que se hayan expresado al respecto.

Los resultados del ejercicio permitirán expresar conclusiones con perspectiva crítica acerca de la efectividad de la implementación normativa en el contexto colombiano.

A continuación, se presenta un esquema que ilustra el proceso de análisis crítico normativo de problemas sociales, basado en la crítica a la adjudicación.

**Figura 21.** *Propuesta de análisis del abordaje de problemas sociales mediante soluciones normativas a partir de la crítica de la adjudicación*



Fuente: Elaboración propia

El análisis de la dimensión del problema a partir de la observación de la realidad, desde una perspectiva crítica, constituye un insumo a ser considerado por universidades, centros de investigación, organizaciones

políticas, organizaciones del tercer sector, veedurías, entes de control y organizaciones públicas para reconocer las limitaciones de los sistemas jurídicos que se tornan insuficientes como estrategias en el proceso de abordaje de los problemas sociales complejos por naturaleza.

Si bien es cierto la crítica a la adjudicación no plantea una aproximación constructivista, el Programa de Alimentación Escolar analizado requiere algunas reacciones frente a posibles alternativas para su materialización, más aun teniendo en cuenta la población objetivo vulnerable que atiende, considerando que el programa, según lo analizado en la presente investigación, es insostenible bajo el modelo de selección objetiva que privilegia el libre mercado y excluye a los actores locales.

En ese sentido, se debería explorar la posibilidad de involucrar con un papel protagónico a los actores locales, con el fin de que puedan ejecutar el programa de alimentación bajo los esquemas de contratación comunitaria.

Coincide con la elaboración de esta investigación la sanción de la Ley 2042 del 27 de julio de 2020, “Por medio de la cual se otorgan herramientas para que los padres de familia realicen un acompañamiento eficaz con el fin de cuidar los recursos del PAE”, norma que se suma a la biblioteca normativa referente al control social, la transparencia y la lucha contra la corrupción, donde se obliga a los operadores e interventores a rendir cuentas semanales a los padres de familia para que se realice un seguimiento estricto al PAE.

Si bien es cierto el hecho de que la norma reconozca el papel de la comunidad académica dentro del desarrollo del programa es importante, lo cual ya está reconocido en parte por Leyes como la 850 de 2003, entre otras, también indica que el operador deberá contar con mínimo el 20% del personal total que manipula alimentos en calidad de padres de familia usuarios del programa, situación que dista de resolver el problema de la mercantilización del programa a actores sin un interés directo por la calidad del servicio.



Es allí donde surge la contratación comunitaria como un concepto enunciado en la presente investigación y abordado por la Organización Internacional del Trabajo que pretende “potencializar la participación integral de la población beneficiaria”, impacto en las diferentes fases del ciclo de proyectos: formulación, ejecución y operación como mantenimiento (Álvarez, 2015).

Este ejercicio desplaza a la tradicional selección objetiva, cambiando el enfoque de escogencia del contratista, involucrando de manera directa a la población objetivo que adolece del servicio o función pública para que se convierta en parte de la solución, a través de un “contrato comunitario”, a modo de alianza público-privada (Álvarez, 2015).

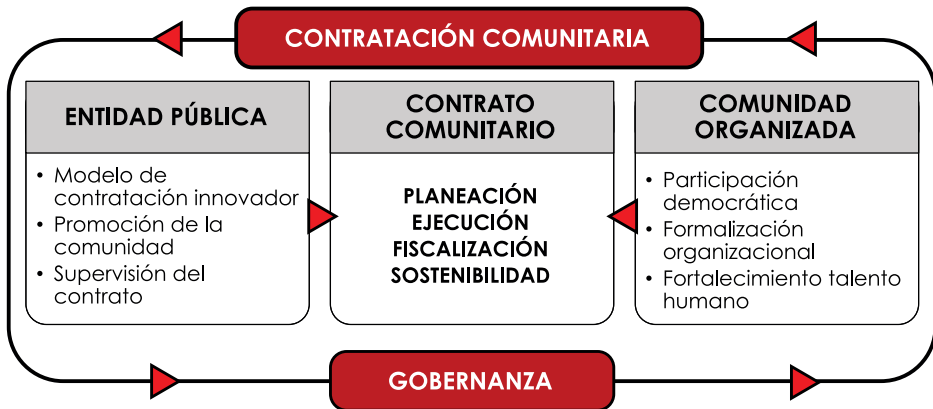
Dentro de las experiencias exitosas documentadas, en Madhya Pradesh, India, una comunidad ubicada en la India, se procedió a suscribir contrato comunitario entre el ayuntamiento y un contratista seleccionado por la comunidad integrante de la misma para la adquisición de materiales de plomería, bienes de condiciones uniformes, proceso que ahorra costos en cuanto al almacenaje y transporte de los insumos, le permitió a los proveedores locales ganar, además de dinero, experiencia, generó la deliberación pública al ser seleccionado por la propia comunidad para que fuese contratista, asumió responsabilidad directa con la comunidad por la calidad de los suministros entregados y ayuda constantemente a la comunidad, no solo con la provisión de suministros sino con la instalación personalizada y consejos de mantenimiento de los mismos, a partir de una relación de confianza (World Bank, 2009).

También en la misma locación se realizó la contratación de una calzada elevada que, además de mejorar su calidad de vida, les ha brindado oportunidades comerciales. Para ello el Estado generó un ejercicio de trabajo comunitario en el cual, con ayuda y orientación técnica, la comunidad comenzó a construir la calzada pagando a los obreros de la misma comunidad por su trabajo, y comprando los insumos al único proveedor de materiales del pueblo. La construcción bajo esta modalidad supuso un 33% de ahorro de dinero, según cálculos de la organización estatal (World Bank, 2009).

En Paraguay contratan el mantenimiento de las vías interdepartamentales con integrantes de la comunidad, quienes logran con ello ingresos para subsistir, y de igual forma mantienen en óptimo estado el ingreso vial a su pueblo (Álvarez, 2015).

Las bondades de la contratación comunitaria no se limitan al cumplimiento de los objetos contractuales. Por un lado, la entidad pública incorpora innovación en gestión pública, promueve el desarrollo de la comunidad y logra aliados en el proceso de supervisión del contrato, y de otra parte, la comunidad al involucrarse con la gestión de las finanzas y en la toma de decisiones se involucra mediante procesos de participación democrática, logra la conformación de organizaciones formales y fortalece las capacidades de sus actores comunales. De esta manera, el contrato comunitario es garantía de planeación, ejecución, fiscalización y sostenibilidad, lo cual promueve la gobernanza, el diálogo y la solidaridad entre actores oficiales y comunitarios.

**Figura 22. Beneficios del modelo de contratación comunitaria frente a la gobernanza**



Fuente: Elaboración propia según datos de la OIT (Álvarez, 2015).

Nuevamente en India, para efectos de generar procesos de selección con proveedores locales, las organizaciones estatales crean clústeres de comerciantes, los cuales realizan rondas de negocios para la oferta de sus suministros a partir de la exhibición pública de precios, que en el contexto

local lograban ser negociados nuevamente a la baja, con el fin de obtener la adjudicación de la compra pública.

En Los Ángeles, California, existe una política pública estatal premiada con mención de honor en el “Future Policy Award, 2018” con la estrategia “Good Food Purchasing Program”, la cual se basa en la generación de cadenas de proveedores de alimentos dirigidos a los restaurantes escolares del distrito escolar unificado de Los Ángeles (LAUSD), y que ya han replicado capitales estatales como Nueva York.

La estrategia se basa en cinco pilares: compras locales para el desarrollo de las economías comunitarias, sostenibilidad ambiental, empleos bien remunerados y valorados, y bienestar animal y nutricional en medidas iguales. El programa ha logrado generar servicio para 750.000 comidas al día desde 2012, para un presupuesto de 185 millones de dólares anuales, reduciendo la huella de carbono, convirtiéndose en un programa de desarrollo local amigable con el ambiente, el cual selecciona sus proveedores con base en un rango mínimo de distancia a los centros escolares (Broad, 2012).

Para lograr avanzar en este ejercicio se consultó a la ingeniera de alimentos de la Universidad de Caldas, Adriana Posada Molina (2021), quien asesora al Municipio de Dosquebradas, Risaralda, en la implementación de los programas PAE. Dentro de sus impresiones parte criticando la manera como está diseñado por el Gobierno Nacional el PAE, en virtud de los conflictos económicos que se generan por la necesidad de maximizar la rentabilidad de los operadores, en detrimento de la calidad de los insumos. Comenta que le preocupa el trato que se le da a las manipuladoras de alimentos, y señala que las entidades públicas buscan la tercerización del programa, toda vez que disminuye la presión sobre la ejecución de este.

Acerca de la posibilidad de que los padres de familia asuman la ejecución del programa, comenta la ingeniera Posada (2021) que la operación del PAE, por parte de las organizaciones de padres de familia, es

posible en la medida que se realice un acompañamiento técnico por parte de la organización estatal responsable del PAE. Considera que debe enfocarse el acompañamiento no solo en aspectos administrativos y de manipulación de alimentos, sino en talleres sobre trabajo en equipo y resolución de conflictos, y para finalizar enfatiza que, con base en su experiencia, la participación de las comunidades escolares en el seguimiento al programa es mínima (Entrevista 4).

En síntesis, a pesar de las ventajas que a primera vista ofrece la selección objetiva, es necesario comprender que la adjudicación contractual objetiva no necesariamente garantiza la transparencia en la contratación estatal, ni el cumplimiento de los fines del Estado. Existen otros caminos que no han sido explorados por el Estado colombiano, siempre abierto a incorporar las buenas prácticas internacionales.

Una buena práctica internacional recomendada por todas las agencias de desarrollo consiste en la vinculación de las comunidades como corresponsables de su propio bienestar. Una nueva forma de adjudicar es posible.

---

## BIBLIOGRAFÍA

Aguirre, J. & Tillman, R. (2020). Análisis de los roles de la historia de la filosofía en la formación filosófica: hacia una propuesta didáctica para formar filósofos fontaneros. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*. 15(2), 164-180. Disponible en: <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2020v15n2.6727>

Aguirre-Román, J y Pabón-Mantilla, A. (2020). Hacia una epistemología jurídica crítica: precisiones y distinciones sobre epistemología jurídica, métodos y metodología. *Revista Entramado*. Vol. 16. N° 2. Bogotá. Universidad Libre.

Alcaldía de El Carmen de Chucurí (2020). Plan de Desarrollo 202-2023 “La Renovación es de Todos”. El Carmen de Chucurí.

Alt, J. (2012). *Enforcement and Public Corruption: Evidence from the American States*. Cambridge: Department of Government, Harvard University.

Álvarez, E. (2015). *Contratación comunitaria para la ejecución de obras y la administración de servicios con enfoque de género e interculturalidad*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, OIT, ONU.



- Amaya, C. (2020). La selección objetiva en la contratación estatal: Una limitación al principio de la autonomía de la voluntad de la teoría general del negocio jurídico. *Revista Temas Socio Jurídicos*. Vol. 39. N° 78. Bucaramanga.
- Araujo, R. (2011). *La Ley 1150 de 2007. ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* Bogotá: Universidad del Rosario.
- Arrowsmith, S. (1998). Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement. *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 47. N° 4 (octubre).
- Arroyo, J. (2018). Mecanismos e instrumentos jurídicos y administrativos implementados para luchar contra corrupción pública en América Latina. *Revista Enfoque*. Vol. 16. N° 2. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Atienza, M. & Ruiz, J. (1991). *Sobre principios y reglas*. Alicante: Doxa.
- Barón, C. (2014). Línea jurisprudencial del principio de transparencia en la contratación estatal. Villavicencio: Universidad Santo Tomás.
- Bejarano, J. (2009). *Fundamentos de contratación pública para proyectos sociales en alimentación y nutrición*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Bejarano, J. (2014). El derecho a la alimentación desde la contratación pública de servicios sociales de suministro. Opiniones, debates y controversias. *Revista Facultad de Medicina*. Vol. 62. Bogotá.
- Bernal, E. et al (2017). *Comisión del gasto y la inversión pública: Informe final*. Bogotá: Fedesarrollo.
- Bovis, C. (2006). *The Effects of the Principles of Transparency and Accountability on Public Procurement and Public-Private Partnerships Regulation*. Hull, Uk. University of Hull.

- Broad, E. (2012). Putting state food policy to work for our communities. Harvard, Boston.
- Camerer, M. (2008). What makes for effective anti-corruption systems? Johannesburg: South African Institute of International Affairs.
- Cárdenas, M (2007). Macroeconomía frente a equidad social: una crítica desde la retórica constitucional al enfoque de la “protección social”. El desarrollo: Perspectivas y dimensiones. Bogotá: Uniandes.
- Carretero, S. (2003). Un reducto para la libertad del juez: la doctrina de los actos propios y la buena fe. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. (11-34).
- Casanova M., (2009). La corrupción política en democracia y la confianza. Tesis Doctoral. Madrid. Universidad de Alcalá.
- Castañeda, G. (2016). La discrecionalidad del juez penal y reseña crítica del sistema penal acusatorio en Colombia. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Castañeda, P. (2015). Orígenes institucionales de la corrupción: El caso de Colombia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Castro, C. (2011). Transparencia y lucha contra la corrupción en la contratación estatal. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Cetina, C. (2014). Corrupción: Medición del problema y los problemas en su medición. Bogotá. Secretaría de Transparencia.
- Chêne, M. (2008). Drafting a national anti-corruption strategy for Vietnam. Bergen. Transparency International.
- Clark, G. (1994). A conversation with Duncan Kenedy. The Advocate. Vol. 24. N° 2. Boston.

Colombia Compra Eficiente (2020). Informe de Gestión 2019. Bogotá: Agencia Nacional de Contratación Pública.

Colombia Compra Eficiente (2018). Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación. Bogotá: Agencia Nacional de Contratación Pública.

Colombia Compra Eficiente (2018). Solicitud 4201813000010008-PAE. Respuesta. Bogotá: Agencia Nacional de Contratación Pública.

Colombia Compra Eficiente (2015). Guía para determinar y verificar la capacidad residual del proponente en los procesos de contratación de obra pública. Bogotá: Agencia Nacional de Contratación. Pública.

Congreso de la República de Colombia (1993, octubre 28). Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Imprenta Nacional.

Congreso de la República de Colombia (1993, octubre 28). Ley 80. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Imprenta Nacional.

Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso. Año XIV No. 466. Bogotá.

Departamento Nacional de Planeación (2014). Consejo Nacional de Política Económica y Social. Mejora normativa: Análisis de impacto. Conpes 3816. Bogotá.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (2011, enero 31). Sentencia 17767. M.P.: Olga Medina Valle de la Hoz.

Consejo de Estado. Sala Plena (2015, julio 23). Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805). C.P. Hernán Andrade Rincón.



Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (2007, agosto 29). Sentencia 15324. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Contraloría General de la República (2019). Diagnóstico perceptivo sobre el Programa de Alimentación Escolar “PAE”. Bogotá.

Corredor, O. (2018). El PAE y la inasistencia escolar: el rol del tipo de contratación y la capacidad institucional del municipio. Bogotá: Universidad del Rosario.

Corte Constitucional (1992, junio 24). Sentencia T-426. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (2020, junio 4). Sentencia C-163. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional (2018, noviembre 27). Sentencia T-457. M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional (2017, enero 18). Sentencia C-004. M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional (2016, noviembre 21). Sentencia T-641. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional (2016, mayo 18). Sentencia C-263. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional (2014, agosto 20). Sentencia C-595. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional (09 de mayo de 2013) Sentencia C-274-2013. [M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2013, enero 23). Sentencia C-016. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional (2012, septiembre 12). Sentencia C-711. M.P.: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional (2012, mayo 9). Sentencia C-330. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional (2009, octubre 7). Sentencia C-713. M.P.: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2009, mayo 11). Sentencia C-321. M.P.: Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional (2008, septiembre 3). Sentencia C-862. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2008, abril 23). Sentencia C-380. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional (2007, noviembre 8). Sentencia C-932. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2007, junio 5). Sentencia T-454. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2005, noviembre 11). Sentencia C-1153. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2005, octubre 13). Sentencia T-1029. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional (2004, marzo 16). Sentencia C-249. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional (2003, agosto 20). Sentencia T-724. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional (2003, julio 29). Sentencia C-629. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional (2002, julio 3). Sentencia C-508. M.P.: Alfredo Tulio Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (2002, abril 23). Sentencia C-290. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2001, octubre 4). Sentencia C-1048. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2001, septiembre 5). Sentencia C-949. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2001, agosto 2). Sentencia C-815. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2000, octubre 25). Sentencia C-1436. M.P.: Alfredo Tulio Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (2000, marzo 29). Sentencia C-371. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (2000, enero 26). Sentencia C-40. M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (1999, agosto 25). Sentencia C-623. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (1999, junio 2). Sentencia C-400. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional (1999, febrero 24). Sentencia C-113. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

- Corte Constitucional (1991, octubre 23). Sentencia C-535. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional (1997, marzo 19). Sentencia C-154. M.P.: Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional (1996, agosto 22). Sentencia C-388. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional (1996, abril 17). Sentencia T-147. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional (1995, abril 20). Sentencia C-166. M.P.: Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional (1994, septiembre 15). Sentencia C-407. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional (1992, junio 5). Sentencia T-407. M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez.
- Costa, S. (2012). ¿Do freedom information laws decrease corruption? Rosenbergstrasse. St. Gallen: Department of Economics.
- Dalton, C. (1985). An essay in the deconstruction of contract doctrine. *The Yale Law Journal*. Vol. 94. N° 5.
- De Fazio (2010). *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Duncan Kennedy. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Delgado, A. (2009). Punteo Unidad 1. Curso Anticorrupción y Desarrollo Humano. Bogotá, Colombia: Escuela Virtual.
- Departamento Nacional de Planeación (2014). *Mejora normativa: Análisis de impacto*. Bogotá: CONPES 3816.

- DeShazo, P. (2007). Esfuerzos contra la corrupción en América Latina. Lecciones Aprendidas. Washington: Asis.
- Díaz Vázquez, R. F., & Valencia Jiménez, W. G. (2020). Una Introducción a las Investigaciones Empíricas en Derecho: Estudio de Caso. *Verba Luris*, (44), 119–137. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.44.6877>
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel. Barcelona.
- El Heraldo (2018). Lucha contra la corrupción une al fiscal, al procurador y al contralor. Disponible en: <https://www.elheraldo.co/bolivar/lucha-contra-la-corrupcion-une-al-fiscal-al-procurador-y-al-contralor-427522>
- Esfahani, H. (2003) Institutions, infrastructure, and economic growth. *Journal of Development Economics*. N° 70. Chicago.
- Exponencial (2013). Evaluación de operaciones y resultados para determinar el grado de efectividad del Programa de Alimentación Escolar-PAE. Bogotá: CINDE.
- Expósito, J. (2009). El deber de selección objetiva. En: José Luis Benavides, Jaime Orlando Santofimio (Comp.). *Contratación Estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Expósito, J. (2008). El deber de selección objetiva. En: Juan Carlos Lozada & Juan Carlos Covilla (Comp.). *Del Contrato Estatal al Sistema de Compras Públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fajardo, L. (2007). El desarrollo humano en Colombia. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*. 7(12),69-89. Bogotá
- Fernández, C. (2018). *Informalidad empresarial en Colombia*. Fedesarrollo: Working Paper. N° 76. Bogotá.

- Fernández, O. (2015). *Levinas y la alteridad: Cinco planos*. La Rioja: Brocar.
- Forero, J. (2010). *Hacia la excelencia en la administración pública colombiana*. Diálogo de Saberes (s.n.). Bogotá: Universidad Libre.
- Forero, J. (2006). *Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: Análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo*. Diálogo de Saberes. N° 25. Bogotá: Universidad Libre.
- Gómez, B. (2016). *Deserción escolar en áreas rurales de Colombia: Análisis del problema con base en dos municipios, Chinú, departamento de Córdoba y Ortega, departamento del Tolima*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Galanter, M. (1974) *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*. *Law & Society Review*. Vol. 9. N° 1. New York.
- González, M (2014). *La regla de la selección objetiva en la celebración de convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Gray, C.W. y D. Kaufmann (1998). *Corruption and Development. New Perspectives on combating corruption*. Washington D.C.: Transparencia Internacional y Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo.
- Gualdrón, J. (2016). *Corrupción, reforma y realidad. Incidencia de la corrupción publicada por los medios de comunicación en la estructura de la policía nacional de Colombia (1993-2012)*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Han, B. (2015). *La sociedad de la transparencia (Transparenzgesellschaft)*. Traducido por Raul Gabás. Buenos Aires: Herder.

- Hart, H. L. A. (1994). "Postscript", en *The Concept of Law* (2.a ed.). Clarendon Press, Oxford.
- Heimler, A. (2012). *Cartels in Public Procurement*. Oxford: Oxford University Press.
- Henao, J. e Isaza C. (2018). *Corrupción en Colombia. Corrupción, política y sociedad*. Bogotá: Universidad Externado.
- Hernández, J. (2010). *Inversión pública y crecimiento económico: Hacia una nueva perspectiva de la función del gobierno*. Economía: teoría y práctica. N° 33. México: Nueva Época.
- Hernández, R. (1991). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill.
- Ibáñez, J. (2004). El "Estatuto general de contratación de la administración pública". Estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza. *Vniversitas*. 53(108), 119-192.
- International Transparency (2020). *Corruption perception index-2019*. Bruselas.
- Kennedy, D. (2019). *A Political Economy of Contemporary Legality. The Law of Political Economy: Transformations of the Function of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kennedy, D. (2017). *Hacia una comprensión histórica de la conciencia jurídica: El caso del pensamiento jurídico clásico en Estados Unidos, 1850-1940*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Kennedy, D. (2017). *American Legal Thought. Law Critique*. Cambridge: Harvard Law School.
- Kennedy, D. (2016). *Una semiótica de la Crítica. Una revista de Derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes.

- Kennedy, D. (2015). Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico, 1850-2000. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kennedy, D. (2014). The hermeneutic of suspicion in contemporary american legal thought. *Law Critique*. 25, 91-139.
- Kennedy, D. (2013). Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Kennedy, D. (2012). Legal Intellectuals in conversation. Reflections on the construction of contemporary American Legal Theory. *Critical Legal Studies*. New York: New York University Press.
- Kennedy, D. (2002). Left Legalism/Left Critique. Editado por Wendy Brown y Janeth Halley. Duke University Press, 2002. Traducido por Juan González Bertomeu. Durham, NC.
- Kennedy, D. (1999). Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS). Traductores: Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Kennedy, D. (1997). A Critique of Adjudication [fin de siècle]. Harvard University Press.
- Kennedy, D. (1992). Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos. *Dictionare de Theorie, du Droit*, Andre Arnaud.
- Kennedy, D. (1976). Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*. Ed. 1685.
- Krever, et al. (2015). Law on the Left: a Conversation with Duncan Kennedy. Unbound. Harvard Journal of the Legal Left. Cambridge.



- Kwok Man-Wai, T. (2010). Formulating an effective anti-corruption strategy. The experience of Hong Kong Independent Commission Against Corruption.
- Lemaitre, J. (2009) El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. Bogotá: Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes.
- López, D. (2006). El Derecho de los Jueces. 2ª ed. Bogotá: Legis.
- López, D. (2004). Teoría Impura del Derecho. 1ª ed. Bogotá: Legis.
- López-Leones, C. (2018). La contratación pública y su impacto en la gestión de las MIPYMES de Manabí, Ecuador. Dominio de Las Ciencias. Vol. 4. N° 1. Manabí: POCAIP.
- Luna, B. (2014). Mecanismos jurídicos contra la corrupción en la contratación estatal en Colombia. Especial referencia en las acciones constitucionales en la lucha contra la corrupción. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad Nuestra Señora del Rosario.
- Malena, C. Holloway G. (2005). Community-Led Procurement. Civicus.
- Martínez, D. & González, E. (2014). El principio de transparencia en la contratación estatal. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Martínez, E. (2006). La corrupción en la contratación estatal colombiana: una aproximación desde el neoinstitucionalismo. Bucaramanga: Universidad Autónoma.
- Martínez, J. (2015). Transparencia versus corrupción en la contratación pública. Medidas de transparencia en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción. Tesis doctoral. Universidad de León.

- Martini, M. (2013). Anti Corruption HelpDesk. Examples of national anti-corruption strategies. Transparency International.
- Matías, S. (2005). El municipio y la descentralización en Colombia. Diálogo de Saberes. N° 22. Bogotá: Universidad Libre.
- McCusker, R. (2006). Review of anti-corruption strategies. Canberra: Australian Government.
- Medina, T. (2013). Más allá del precio: Las compras públicas con criterios de responsabilidad. Hacia una contratación pública eficiente: Medidas de simplificación y mejora de los procesos de compra pública. Madrid: Ministerio de Economía y Competitividad. Gobierno de España.
- Méndez, R. (2016). Reflexión crítica de la selección objetiva de consultores a través de la contratación de mínima cuantía. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Midgley, M. (2002). Delfines, sexo y utopía. México: Fondo de Cultura Económica.
- Milbourne, R. (2001). Public Investment and Economic Growth. Sidney: Applied Economics, Abril.
- Milkijer, M (2006). Duncan Kennedy y la crítica a los derechos. Revista Jurídica Universidad de Palermo. Buenos Aires.
- Miranda, M (2015). La selección objetiva en la contratación pública colombiana entre el principio y la regla. Monografía de Maestría. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Molina, A. (2015). Estudios críticos del derecho. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen uno. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F.

- Monroy, C. (2011). Seguridad jurídica e inflación normativa. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*. N° 346. Bogotá.
- Morales, D. (2014). Análisis normativo de las acciones propuestas para la implementación de la Política Pública Distrital de transparencia, integridad y no tolerancia con la corrupción. Bogotá: PNUD.
- Moreno et al. (2020). *Contratación pública global: visiones comparadas*. Santiago: Tirant lo Blanch.
- Moretti, L. (2015). Firm's qualifications and Subcontracting in Public Procurement. *Journal of Competition Law & Economics*. Oxford: Oxford University Press.
- Mota, M. (2013). Fraccionamiento del contrato estatal en Colombia como vulneración al principio de Transparencia. Monografía para Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Libre.
- Neudorfer, B. (2014). Decentralization and Political Corruption. Disaggregating Regional Authority. *The Journal of Federalism*. Vol. 45. N° 1. Oxford: Oxford University Press.
- Nieves, J. (2017). El principio de selección objetiva en la licitación pública: Análisis desde la etapa precontractual. *Verba Iuris*. Bogotá: Universidad Libre.
- Nuño, J. (2019). Las modalidades de selección en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública como mecanismos de selección objetiva de contratistas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- OECD (2011). *La integridad en la contratación pública: Buenas prácticas de la A a la Z*. Madrid: INAP.
- Ostrovnyaya, M. (2015). Antitrust enforcement in public procurement: The case of Russia. *Journal of Competition Law & Economics*. Oxford: Oxford University Press.

- Oviedo, M. (2016). Principios de la contratación estatal aplicables a los reglamentos especiales de contratación de la agencia nacional de hidrocarburos. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Palacios, A (2018). La transparencia legislativa en Colombia: Medidas democráticas y anticorrupción. *Corrupción en Colombia: Corrupción, Estado e Instrumentos Jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pashev, K. (2006). *Corruption in Public Procurement. Risk and Reforms Policies*. Sofía: Center for the study of democracy. Friedrich Ebert Stiftung.
- Peláez, H. (2018). Estudio de caso del “derecho a la especial protección” de los habitantes de calle del Río Medellín. Tesis Doctoral. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Pérez, J. (1993). El Movimiento *Critical Legal Studies*. Tesis Doctoral. Alicante: Universidad de Alicante.
- Presidencia de la República de Colombia (2013). Estrategia nacional de la política pública integral anticorrupción. Documento CONPES 167. Bogotá.
- Presidencia de la República de Colombia (2012). Estrategias para la construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano. Bogotá.
- Prevenslik, L. (2006). *Curbing Corruption in Public Procurement*. Berlín. Transparency International.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2013). Hacia una primera reflexión sobre políticas anticorrupción: Algunos insumos para la implementación de la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción desde la experiencia de América Latina. Panamá: PNUD.

- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2011). Buenas prácticas de transparencia en la gestión contractual. Bogotá: PNUD.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2009). La corrupción en oposición al desarrollo: problemas y sus dimensiones. Anticorrupción: Nota práctica. Bogotá: PNUD.
- Pulido, C. (2014). La injerencia del realismo jurídico en el proceso penal colombiano. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad Nacional.
- Quiceno, A. (2020). Afectación al principio de selección objetiva a través de la celebración de convenios o contratos interadministrativos. Revista Digital de Derecho Administrativo. N° 24. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Quintana, T. (2020). La contratación pública estratégica en la contratación del sector público. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quintero, B. (2017). Una lectura crítica frente a la selección de contratistas en la administración pública. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Ramos, M. (2019). El control de la corrupción en América Latina: Agenda política, judicialización e internacionalización de la lucha contra la corrupción. Documentos de Trabajo. N° 11. Madrid: Fundación Carolina. Universidad Complutense de Madrid.
- Republic of Kosovo (2011). Anti Corruption Strategy 2012-2016. Pristina.
- Republic of Romania (2011). National Anticorruption Strategy for the period 2012-2015. Bucarest.
- República Argentina (2009). Organismos de lucha contra la corrupción. Informe sobre agencias estatales de lucha contra la corrupción en el continente americano. Buenos Aires: Oficina Anticorrupción.

- República de Colombia (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.
- República de Perú (2012). Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción. 2012-2016. Lima: Comisión de Alto Nivel Anticorrupción.
- Ríos, C. (2006). El principio de transparencia y selección objetiva en el contrato de obra. Bucaramanga: UIS.
- Robles, V. y Tovar Y. (2016). Teoría jurídica crítica norteamericana. Una introducción a los *Critical Legal Studies*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodríguez, C. (1999). Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Rodríguez, J. (2001). El Estado Unitario Descentralizado: Una crítica del enfoque constitucional colombiano. Cuadernos de Economía. Vol. XX. N° 35. Bogotá: Uniandes.
- Rodríguez, F. (2015). Los principios de selección objetiva y subsanabilidad en la contratación estatal: Un estudio sobre la interpretación del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y normas concordantes, a fin de procurar una adecuada evaluación de la oferta. Bogotá: Universidad Católica.
- Rodríguez, S. (2017). Análisis de la normatividad colombiana en materia contractual frente a la lucha contra la corrupción. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Ruiz, R. (2012). La distinción entre reglas y principios, y sus implicaciones en la aplicación del derecho. Derecho y Realidad. N° 20. Bogotá.
- Safar, D. (2017). La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado: ¿nuevo alcance de la

- potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia? Revista Digital de Derecho Administrativo. N° 19.08. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Safar, M. S. (2009). III. Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas en el ámbito jurídico colombiano: ineficiencias del sistema. Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano: Hacia un mecanismo eficiente y transparente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sierra, M. (2015). La aplicación del principio de transparencia en los procesos de selección en la contratación estatal colombiana a través del Secop. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Simons, H. (2009). Case Study Research in Practice. Londres: Sage.
- Stake, R. (1995). The Art of Case Study Research. Londres: Thousand Oaks, CA, Sage.
- Tantalean, R. (2016). Tipología de las Investigaciones Jurídicas. Derecho y Cambio Social. Lima.
- The partnering initiative (2005). The case study toolbox. Cambridge.
- The World Bank (2002). Writing an effective Anticorruption Law. Washington.
- Torres, I. (2016). Tensión en la dinámica de la contratación estatal. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Torres, M. y Vela C. (2020). Análisis de mecanismos de vinculación de colaboradores en las secretarías jurídicas de la Gobernación de Risaralda y las alcaldías de Pereira y Dosquebradas, durante los años 2017-2018. Pereira: Universidad Libre.

- Transparencia Internacional (2020). Barómetro global de la corrupción América Latina y el Caribe 2019. Berlín.
- Transparencia Venezuela (2013). Programa Anticorrupción para Venezuela. 2013-2019. Caracas.
- Transparency International (2008). Drafting a national anti-corruption strategy for Vietnam. Hanoi.
- UNCDF (2013). Procurement for local development. A Guide to Best Practice in Local Government. Bangkok.
- UNCDF (2013). Procurement in Least Developed Countries. UN. New York
- Valdés, F. et al (2002). Crossroads, Directions, and a New Critical Race Theory. Philadelphia: Temple University Press.
- Vieira, O. (2007). La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho. Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos. 4(6). Sao Paulo.
- Webb, P. (2005). The United Nations Convention Against Corruption. ¿Global achievement or missed opportunity? Journal of Competition Law & Economics. Oxford: Oxford University Press.
- Williams, S. (2007). The Use of Exclusions for Corruption in Developing Country Procurement: The Case of South Africa. Journal of African Law. Vol. 51. N° 1.
- World Bank (2009). Community Based Procurement Value for Money Analysis. Washington
- Wren-Lewis, L. (2013). ¿Do infrastructure Reforms Reduce the effect of Corruption? Theory and Evidence from Latin America and the Caribbean. The World Bank Economic Review. Oxford: Oxford University Press.
- Yin, R. (1994). Case Study Research: Design and Methods. Londres: Sage.



## **NOTAS DE PRENSA Y MULTIMEDIA**

Alcaldía de El Carmen del Chucurí (2020, septiembre 27). Especial 30 años. Alcaldía de El Carmen del Chucurí. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=c4CjBIRiQ9w>

Blu Radio (2019, febrero 19). Denuncian que no llega la alimentación escolar a varios municipios de Santander. Disponible en: <https://www.bluradio.com/blu360/santanderes/denuncian-que-no-llega-la-alimentacion-escolar-a-varios-municipios-de-santander>

Blu Radio (2018, abril 08). Polémica por adjudicación del PAE a contratista cuestionado en Santander. Disponible en: <https://www.bluradio.com/blu360/santanderes/polemica-por-adjudicacion-del-pae-a-contratista-cuestionado-en-santander>

Blu Radio (2016, abril 4). Denuncian irregularidades en el programa PAE en El Carmen de Chucurí. Disponible en: <https://www.bluradio.com/blu360/santanderes/denuncian-irregularidades-en-el-programa-pae-en-el-carmen-de-chucuri>

Canal tropical (2020, diciembre 14). Por preacuerdo con la Fiscalía, vendedor de carne de burro y caballo al PAE pagaría solo 4 años de cárcel. Disponible en: <https://canaltropical.co/?p=75754>

CUT Santander (2020, diciembre 10). Madres comunitarias de Piedecuesta enfrentadas a un pulpo de corrupción. Disponible en: <https://cutsantander.blogspot.com/2020/11/madres-comunitarias-de-piedecuesta.html>

Diario del Magdalena (2018, junio 06). SIC comprobó malos manejos con el PAE. Disponible en: <https://www.hoydiariodelmagdalena.com.co/archivos/111769>

El Espectador (2020, marzo 13). ¿Qué pasa con el PAE en Colombia? Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/que-pasa-con-el-pae-en-colombia-articulo-909279/>

El Nuevo Siglo (2019, junio 11). Contratistas inhabilitados estarían en puja por licitación para PAE. Disponible en: <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/06-2019-alertan-que-contratistas-inhabilitados-participan-en-licitacion-para-el-pae>

El País (2019, septiembre 06). El 'Grupo de los 100', la banda que desmanteló la educación en Buenaventura. Disponible en: <https://www.elpais.com.co/valle/el-grupo-de-los-100-la-banda-que-desmantelo-la-educacion-en-buenaventura.html>

El Quindiano (2018, junio 06). PAE en el Quindío, 700 millones de pesos en alimentos corren el riesgo de perderse. Disponible en: <https://www.elquindiano.com/noticia/6527/pae-en-el-quindio-700-millones-de-pesos-en-alimentos-corren-el-riesgo-de-perderse>

El Tiempo (2020, septiembre 28). Red también exportó la carne de burro que llegó a los niños del PAE. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/unidad-investigativa/carne-de-burro-en-raciones-del-pae-para-ninos-tambien-se-exporto-540051>

El Tiempo (1992, junio 14). La increíble y triste historia de El Carmen. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-137539>

El Universal (2020, septiembre 22). PAE en Santander: carne de caballo y burro también se vendía en mercados. Disponible en: <https://www.eluniversal.com.co/colombia/pae-en-santander-carne-de-caballo-y-burro-tambien-se-vendia-en-mercados-MB3524068>

Fiscalía General de la Nación (2019, diciembre 11). Gobernador de Santander fue cobijado con detención domiciliaria por

- aparentes irregularidades en suscripción de contratos del PAE. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/gobernador-de-santander-fue-cobijado-con-detencion-domiciliaria-por-aparentes-irregularidades-en-suscripcion-de-contratos-del-pae/>
- Fiscalía General de la Nación (2019, abril 09). Condenado contratista que defraudó al PAE en Santander. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/condenado-contratista-que-defraudo-al-pae-en-santander/>
- Head Topics (2020, septiembre 19). Carne de burro y caballo que daban en colegios de Santander tenía un químico para cambiarle el color. Disponible en: <https://headtopics.com/co/carne-de-burro-y-caballo-que-daban-en-colegios-de-santander-ten-a-un-qu-mico-para-cambiarle-el-color-15740815>
- I.E. Cirales (2021, enero 05). Página web oficial. Disponible en: <http://iecirales.edu.co/index.php>
- Infobae (2020, diciembre 02). Otorgan casa por cárcel a comerciante que dio carne de burro a niños en Santander. Disponible en: <https://www.infobae.com/america/colombia/2020/12/02/otorgan-casa-por-carcel-a-comerciante-que-dio-carne-de-burro-a-ninos-en-santander/>
- La FM (2019, mayo 23). Colegio deja sin refrigerio a sus estudiantes para castigar mala conducta. Disponible en: <https://www.lafm.com.co/colombia/colegio-deja-sin-refrigerio-sus-estudiantes-para-castigar-mala-conducta>
- La opinión (2019, enero 24). El PAE entregado a Constructores. Disponible en: <https://www.laopinion.com.co/cucuta/el-pae-entregado-constructores>
- La Regional (2019, marzo 09). PAE Sucre 2019 arranca el 18 de marzo del año en curso. Disponible en: <https://www.laregional.net/pae-sucre-2019-arranca-el-18-de-marzo-del-ano-en-curso/>

- La Silla vacía (2017, agosto 20). El ganador anunciado del PAE en Santander. Disponible en: <https://lasillavacia.com/silla-santandereana/el-ganador-anunciado-del-pae-en-santander-62218>
- La Silla vacía (2017, mayo 07). Chica, el súper poderoso del PAE en Floridablanca. Disponible en: <https://lasillavacia.com/historia/chica-el-superpoderoso-del-pae-en-floridablanca-60822>
- Mi Putumayo (2020, junio 04). Sancionado operador del PAE 2019 por parte de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares. Disponible en: <https://miputumayo.com.co/2020/06/04/sancionado-operador-del-pae-2019-por-parte-de-la-agencia-logistica-de-las-fuerzas-militares/>
- N.N. Contexto del municipio del Carmen del Chucurí (2016). Los liberales derrotados en Juan Bosco. Disponible en: <http://186.170.30.3:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/477/DPP-0360%20Propuesta%20municipal%20de%20El%20Carmen.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Los%20liberales%20derrotados%20en%20la,Juan%20Bosco%20de%20La%20Verde.>
- Noticias Caracol (2020, septiembre 18). Carne de burro y caballo que daban en colegios de Santander tenía un químico para cambiarle el color. Disponible en: <https://noticias.caracoltv.com/colombia/carne-de-burro-y-caballo-que-daban-en-colegios-de-santander-tenia-un-quimico-para-cambiarle-el-color>
- Portafolio (2017, diciembre 03). Los contratistas que están involucrados en el desfalco del PAE. Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/los-contratistas-que-estan-involucrados-en-el-desfalco-del-pae-512237>
- Radio Nacional de Colombia (2015, octubre 16). Denuncias por alimentos escolares descompuestos. Disponible en: <https://cms.radionacional.co/noticia/denuncias-por-alimentos-escolares-descompuestos-en-la-dorada>

sanvicentedelchucuri.com. (2020, septiembre 27). Carne de burro habría sido consumida en la Institución Educativa Cirales, del Carmen de Chucurí. Disponible en: <https://www.sanvicentede-chucuri.com/carne-de-burro-habria-sido-consumida-en-la-institucion-educativa-cirales-del-carmen-de-chucuri/>

SECOPI. Colombia Compra Eficiente (2018, diciembre 08). Proceso selección PAE Santander. Disponible en: [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=18-1-197163&g-recaptcha-response=03AGdBq27fXZ0deZIdgW9BRM9c4dShQsJrs3K7dl7rltyiiP\\_OT-5a\\_XQxH8u50Vxw38ceUCRcTTPVE94pFJ48Eulbh7Oml2nyt7XAE7DOCREkHxUE0j4iP-nABvhm9g8PvW12YCU8\\_fd-4pfMMK\\_2gNZpONs5OUt\\_N1PlqnZafj\\_ydmBApoSQjY1E6GaNmSGXCGuuhr9q4RhTgs1n0awX6Ao4lCJQwMPYUvua2DnQQIP30W6MVWKZuqRWosVzIq5\\_qt1FCkxjBvRct-t09pSyvR897gEGY8VbULiBJMlKTYlvje0ZuWuN0vpYODpWQ4W3hUzLpCQ4kyp8-SHcXPbG3tnyINaeZOKsRr9zrzhaunIvIrlrHA-PSDr0UB2wmwi0g6Dm7HLgiuw9G-Xm63-kEPbScWg20BceEbIoLX9jvovyrqXxHtHAYSqFTJP4fmoX4eC9FSxT1MgS0KZ84IpRgEW22YWNctrGVYeaw](https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=18-1-197163&g-recaptcha-response=03AGdBq27fXZ0deZIdgW9BRM9c4dShQsJrs3K7dl7rltyiiP_OT-5a_XQxH8u50Vxw38ceUCRcTTPVE94pFJ48Eulbh7Oml2nyt7XAE7DOCREkHxUE0j4iP-nABvhm9g8PvW12YCU8_fd-4pfMMK_2gNZpONs5OUt_N1PlqnZafj_ydmBApoSQjY1E6GaNmSGXCGuuhr9q4RhTgs1n0awX6Ao4lCJQwMPYUvua2DnQQIP30W6MVWKZuqRWosVzIq5_qt1FCkxjBvRct-t09pSyvR897gEGY8VbULiBJMlKTYlvje0ZuWuN0vpYODpWQ4W3hUzLpCQ4kyp8-SHcXPbG3tnyINaeZOKsRr9zrzhaunIvIrlrHA-PSDr0UB2wmwi0g6Dm7HLgiuw9G-Xm63-kEPbScWg20BceEbIoLX9jvovyrqXxHtHAYSqFTJP4fmoX4eC9FSxT1MgS0KZ84IpRgEW22YWNctrGVYeaw)

Semana (2019, diciembre 13). Tamales a \$30 mil, entre las irregularidades del PAE que tienen en líos al Gobernador de Santander. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2YRVwoDVrusJ:https://www.semana.com/educacion/articulo/tamales-a-30-mil-entre-las-irregularidades-del-pae-que-tienen-en-lios-al-gobernador-de-santander-didier-tavera/644746/+&cd=10&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

Vanguardia (2020, octubre 21). Lllaman a juicio al exgobernador de Santander, Didier Tavera, por el PAE. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:K7yCWn7wvPUJ:https://www.vanguardia.com/politica/llaman-a-juicio-al-exgobernador-de-santander-didier-tavera-por-el-pae-HI3028889+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

- Vanguardia (2019, mayo 09). Aumentan a 40 los niños intoxicados en San Vicente de Chucurí, presuntamente con comida del PAE. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:FgrqbqD12wYJ:https://www.vanguardia.com/santander/barrancabermeja/aumentan-a-40-los-ninos-intoxicados-en-san-vicente-de-chucuri-presuntamente-con-comida-del-pae-FY919070+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>
- Vanguardia (2018, agosto 14). Por irregularidades en el PAE, Contraloría investiga al exgobernador de Santander Richard Aguilar. Disponible en: <https://www.vanguardia.com/politica/por-irregularidades-en-el-pae-contraloria-investiga-al-exgobernador-de-santander-richard-aguilar-LBVL442018>
- Vanguardia (2018, marzo 03). Polémica adjudicación del PAE de Santander para 2018. Disponible en: <https://www.vanguardia.com/politica/polemica-adjudicacion-del-pae-de-santander-para-2018-DDVL426216>
- Vanguardia (2017, noviembre 18). Secretaria de Educación fue enviada a prisión por contrato PAE. Disponible en: <https://www.vanguardia.com/politica/secretaria-de-educacion-fue-enviada-a-prision-por-contrato-pae-GGVL416110>
- Vanguardia (2020, septiembre 18). Este fue el hombre que durante un año le vendió carne de burro al PAE en Santander. Disponible en: <https://www.vanguardia.com/area-metropolitana/bucaramanga/video-este-fue-el-hombre-que-durante-un-ano-le-vendio-carne-de-burro-al-pae-en-santander-DC2895500>
- W Radio (2018, abril 19). Proveedores del PAE Santander 2017 se encadenaron a la gobernación. Disponible en: <https://www.wradio.com.co/noticias/regionales/proveedores-del-pae-santander-2017-se-encadenaron-a-la-gobernacion/20180419/nota/3739618.aspx>

## **ENTREVISTAS**

Aristizábal, E. (2021). Cuestiones bioéticas sobre el suministro de carne de burro en el PAE. Entrevistado por Daniel Alfonso Morales Zapata.

Buriticá, H. (2021). Patógenos en la carne de burro. Entrevistado por Daniel Alfonso Morales Zapata.

Hurtado, J. (2021). Riesgos del consumo de Carne de Burro en el PAE. Entrevistado por Daniel Alfonso Morales Zapata.

Posada, A. (2021). Gestión operativa del PAE. Entrevistada por Daniel Alfonso Morales Zapata.

Análisis de la selección objetiva desde la crítica de la adjudicación:  
El caso del Programa de Alimentación Escolar en El Carmen de Chucurí  
Se terminó de producir en octubre de 2021.  
Las fuentes tipográficas empleadas son Chaparral Pro Light en 12 puntos en texto corrido  
y Swiss 721 Condensed BT Bold en 13 puntos y Chaparral Pro Bold en 12 puntos en títulos.



## Acerca de esta publicación

---

Investigación doctoral  
reconocida con la distinción  
*magna cum laude*



**Directora de tesis:**  
Ph.D Ana Patricia Pabón Mantilla  
Universidad Libre

Bogotá, D.C., Colombia, 2021

El resultado de investigación que tienen en sus manos constituye un compromiso por cuestionar lo que se hace con el derecho, en una discusión contra el derecho. La investigación sin embargo no cierra con el diagnóstico y valoración fáctica a partir de lo que las fuentes teóricas sugieren. En este sentido se aparta de la teoría crítica y pasa a esbozar alternativas con la intención de dejar algunas pinceladas que tengan el potencial de promover mejoras para las condiciones sociales de grupos excluidos del poder imperante, o que al menos constituya una denuncia y que quienes tienen capacidad de agencia puedan hacer el trabajo de fontanería con las herramientas que da el sistema jurídico. Por esto último, la apuesta también es una indagación con el derecho, pues, aunque nos invada el escepticismo, cuando se abordan problemas de investigación en el que los niños, niñas y adolescentes ven involucrados el disfrute de sus derechos, no nos puede ganar la desesperanza, seguimos manteniendo la obligación de preservar “cierta fe”, aunque no ciega, y recordar los y las estudiantes de derecho que un día fuimos.

Le agradezco a la Universidad Libre, mi casa de formación doctoral, por permitirme acompañar esta investigación y a Daniel, un padre que seguramente vio en cada niño de El Carmen de Chucurí a su propio hijo, por la confianza, la disciplina, la empatía, la indignación y la rabia, pues la investigación que no incomode tiene menos potencial transformador.

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA



**UNIVERSIDAD LIBRE®**  
Facultad de Derecho  
Instituto de Posgrados • Doctorado en Derecho

ISBN 978-958-5578-77-7



9 789585 578777