



Universidad Internacional de La Rioja
Máster Universitario en Derecho del Comercio
Internacional

La Protección de los Derechos Humanos por el Estado Colombiano en los Contratos Públicos Internacionales

Trabajo de fin de máster presentado por: GINNA KATHERINE CORTES BETANCOURT

Titulación: MAESTRÍA

Área jurídica: DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Director/a: JUNIOR ARMANDO ALVARES GARCIA

Ciudad: BOGOTÁ

[12 de septiembre de 2019]

Firmado por:

Índice

I. Introducción.....	5
I.1 Presentación.....	5
I.2 Antecedentes.....	6
I.3 Justificación del Objeto de Investigación.....	7
I.4 Objetivos (general y específicos)	7
I.5 Metodología y enfoque del estudio.....	8
I. 6 Estructuración de la investigación.....	9
I.7 Agradecimientos.....	10
II. CONTRATOS PÚBLICOS.....	11
II.1. Definición de los Contratos Públicos.....	11
1.1. Elementos de los contratos públicos.....	12
II.2. Contratos de Obra Pública en Colombia.....	15
III. LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS.....	17
III.1. Derechos Humanos y Contratación Estatal.....	17
III.2. Principios de los contratos públicos.....	18
2.1. Preparación y planificación.....	18
2.2. Gestión de los posibles efectos negativos sobre los derechos humanos.....	20
2.3. Normas de ejecución del proyecto.....	21
2.4. Cláusulas de estabilización	22
2.5. Cláusulas de bienes o servicios adicionales.....	23
2.6. Seguridad física del proyecto.....	25
2.7. Participación de la comunidad	26

2.8.	Vigilancia y cumplimiento de las normas en el marco del proyecto.....	27
2.9.	Mecanismos de reparación de agravios por daño a terceros.....	28
2.10.	Transparencia/publicación de las condiciones del contrato.....	29

IV.	ANALISIS DE CASO. COLOMBIA Vs. GAS NATURAL FENOSA	30
IV.1.	Colombia y los Tratados de Libre Comercio.....	30
IV.2.	Caso Colombia Vs. Gas Natural Fenosa.....	31
2.1.	Antecedentes del caso.....	31
2.2.	Afectación a los derechos humanos.....	32
2.2.1.	<i>Actuación de la Superintendencia de Servicios Públicos.....</i>	33
V.	CONCLUSIÓN.....	34
VI.	Bibliografía.....	37

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo determinar como el Estado colombiano protege los derechos de sus habitantes al momento de celebrar contratos estatales, especialmente los de obra pública que por su magnitud e importancia es más frecuente que se adjudiquen a empresas extranjera. Se parte de la hipótesis que las normas de contratación estatal existentes en el ordenamiento jurídico colombiano han sido implementadas de manera eficaz lo cual permite la protección de los derechos humanos.

Primero se debe determinar que son los contratos estatales y cuales son los elementos que lo diferencian, una vez determinado esto se examinan los contratos de obras públicas, su naturaleza legal, a través de que modalidades de contratación la ley permite su adjudicación y cual ha sido su importancia en los últimos años. Para comprobar la hipótesis se utilizan dos: los principios de la contratación responsable y el caso de Electricaribe.

Palabras clave: Contratos estatales, contratación responsable, derechos humanos, contratos de obra, Electricaribe.

Abstract

This paper pretends establish how Colombian State protects the human rights of the population when celebrate state contracts, especially the construction contracts whose magnitude and importance is frequently awarded to foreign companies. The hypothesis is that the state contracting rules existing in the Colombian legal system have been implemented effectively allowing the protection of the human rights.

First it must be determined what are the state contracts and which elements are determinants, then examine the legal nature of construction contracts, through what modalities the law allows its adjudication and its importance in the last years. Finally take two criteria to test the hypothesis: the principles of responsible hiring and the Electricaribe case.

Key words: State contracts, responsible hiring, human rights, construction contracts, Electricaribe.

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Presentación

El presente trabajo tiene como finalidad analizar como el Estado Colombiano protege los derechos humanos de sus residentes¹, de posibles impactos negativos cuando este suscribe contratos de naturaleza pública con empresas extranjeras. El tema tiene gran relevancia en la actualidad, pues los Estados en muchos casos prefieren celebrar contratos público, especialmente de infraestructura o de prestación de servicios, con empresas extranjeras que tienen una amplia reputación y experiencia en el campo requerido, en la ejecución de estos contratos se encuentran inmersos los derechos de los residentes, los cuales pueden verse afectados de forma negativa por el actuar de estas empresas, por lo cual es necesario que el Estado adopte medidas para su protección.

Si bien las medidas que toman los Estados no son iguales y dependen en gran medida de su cuerpo normativo, la ONU en vista de la proliferación de estos contratos en el mundo, especialmente en varios países cuya situación de derechos humanos es muy precaria, ha decidido en el año 2015 realizar un documento que sirva como guía para que países protejan los derechos humanos al momento de celebrar contratos estatales con empresas extranjeras. Si bien este documento no es de carácter obligatorio para los países, contiene recomendaciones que de ser aplicadas evitarían que los derechos humanos fueran vulnerados.

En Colombia mucho antes de la publicación del manual por parte de la ONU se implementaron medidas para proteger las arcas de la nación y a los ciudadanos de abusos generados por la corrupción de la época. Este proceso inicio con la

¹ Se utiliza el termino de habitantes o residentes, pues es deber del Estado de derecho, como lo es la República de Colombia, que lo enuncia en el artículo 2 de la Constitución Política, el garantizar los derechos de sus nacionales, como de los extranjeros que se encuentran, aunque sea en transito en el territorio colombiano (1991). Es importante esta aclaración debido a que Colombia es uno de los países receptores de inmigrantes producto del éxodo de Venezuela y que esta población es considerada en condición de vulnerabilidad.

Constitución Política de 1991 que modernizó el sistema jurídico colombiano para que se adaptara a un mercado global, a raíz de ello muchas normas de menor jerarquía fueron cambiadas y otras más fueron promulgadas como es el caso de la Ley 80 de 1993, el cual conforma el vigente estatuto de contratación estatal, el cual se encuentra complementado por la ley 1150 de 2007, el decreto 4170 de 2011, entre otras.

1.2. Antecedentes

Cuando en Colombia se decidió regular la contratación estatal se realizó a través del Decreto 156 de 1976, el cual planteó por primera vez un sistema de contratación estatal nacional y descentralizada; este paso a ser regulada por el Decreto 222 de 1983, el cual permitía que cualquier entidad estatal tuviera su propio régimen de contratación, por lo que en un mismo ente territorial podían coexistir dos regímenes de contratación, lo que dificultaba saber cuál era la norma vigente para determinado proceso. Además, no existían límites claros sobre qué reglamentaba el decreto pues en este se reglamentaban asuntos ya regulados por el Código Civil y que no tenían relación con la contratación estatal.

El decreto contenía muchas formalidades y requisitos con los cuales se buscaba asegurar la transparencia de los contratos estatales, pero como lo señala Dávila (2016) “entre las diversas secuelas nocivas ocasionadas por el exceso de normas y de trámites a seguir, se ha destacado, además del incremento en el nivel de corrupción de servidores públicos y de contratistas (...)” (p. 14), lo que además implicó un detrimento en el erario público y un aumento en el costo de los contratos públicos.

El Decreto 222 de 1983 realizaba la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado, lo que causaba más problemas jurídicos que terminaban por afectar los recursos públicos y a la comunidad en general, ya que no se celebraban los contratos necesarios para el desarrollo y bienestar de la población.

A raíz de estos problemas y con los cambios que se dieron a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, se hizo necesario cambiar la ley que regulaba la

contratación espacial, por lo que se promulgo en 1993 la ley 80, el aún vigente Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

I.3 Justificación del Objeto de Investigación

Este trabajo se realiza con el fin de examinar como Colombia protege los derechos humanos de sus habitantes, cuando el Estado celebra contratos de carácter público con empresas o inversores extranjeras. De tal manera que el problema de la presente investigación es determinar la efectividad de las leyes de contratación pública.

Es por ello se parte de la hipótesis que las medidas tomadas por el Estado Colombiano en relación a la contratación estatal no solo han frenado la corrupción, el cual es su objetivo principal, sino que han permitido y facilitado la protección de los derechos humanos, en especial en los contratos de obra pública donde últimamente se han puesto al descubierto las situaciones de corrupción que terminaron por afectar los derechos humanos.

Lo cual es importante tomando en cuenta que Colombia es uno de los países que han decidido hacer parte del Acuerdo Plurilateral sobre la Contratación Publica de la OMC, la cual exige que los países miembros no solo ofrezcan a proveedores nacionales y extranjeros el mismo trato, sino que cumplan con unos mínimos entre los cuales esta la transparencia y la protección de los derechos humanos.

I.4. Objetivos

Objetivo Principal

Analizar como el Estado Colombiano ha protegido los derechos humanos de sus habitantes al momento de celebrar los contratos estatales en materia de obra pública con las empresas extranjeras, a partir de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 hasta la actualidad.

Objetivos Secundarios

1. Identificar cuales son los mecanismos de protección de los derechos humanos presentes en los contratos de obra pública en Colombia.
2. Examinar si el Estado colombiano ha cumplido los principios de la contratación responsable.
3. Establecer como se fijan mecanismos de protección de los derechos humanos en los TLC de los que Colombia hace parte.
4. Analizar si en el caso de GAS NATURAL FENOSA Vs. Colombia, realmente el Estado esta protegiendo los derechos humanos.

I.5. Metodología y Enfoque de estudio

La metodología a seguir en la presente investigación es el método cualitativo, en el cual se revisan los aspectos mas relevantes de un problema de las ciencias sociales, en este caso un problema jurídico, que en el presente se refiere a ¿Como se protegen los derechos humanos en los contratos públicos por parte del Estado colombiano?

Para la resolución del problema se parte de la hipótesis que las normas de contratación estatal existentes en el ordenamiento jurídico colombiano al ser implementadas protegen eficazmente los derechos humanos de cualquier posible vulneración.

Para comprobar la hipótesis en primer lugar se recogerá información sobre las formalidades del contrato estatal en Colombia y la realidad de lo que sucede con estos contratos, para ello se buscara la información en libros, artículos científicos, documentos estatales, artículos periodísticos, entre otros medios, es decir, se usará el método documental. En segundo lugar, se realizará un estudio del caso de Gas Natural Fenosa versus Colombia, el cual ofrece una respuesta a la pregunta problema.

El enfoque de estudios es de tipo histórico, pues se pretende examinar si la normativa expedida a partir de 1993 establece mecanismos para que se protejan efectivamente los derechos humanos y si la implementación de estas regulaciones.

Sin embargo, dentro de la presente investigación se tendrán en cuenta algunos elementos del método cuantitativo para contrastar la importancia de los contratos de obra en el contexto de la contratación estatal en Colombia.

I. 6 Estructuración de la investigación

En primer lugar, es necesario determinar que es el contrato estatal o contrato público para ello es necesario realizar una revisión de la literatura existente y del Estatuto General de la Contratación Estatal, determinado esto se deben señalar cuales son los elementos característicos del contrato estatal y cuales son los elementos especiales de este. Realizado esto a través de una revisión de las normas colombianas y de la información suministrada por las entidades se habla de la importancia del contrato de obra pública en el sistema de contratación colombiano.

Finalizado esto se habla de la importancia de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano, así como se determina si en Colombia se están cumpliendo con los principios de la contratación responsable, para ello se contrasta lo determinado por la ONU en estos principios con la realidad en la contratación colombiana.

Finalmente se analiza el caso Colombia vs. Gas Natura Fenosa, para ello se acude a informes de los órganos de control a la información que tiene la CIADI sobre el proceso allí seguido y a notas periodísticas que nos permitan saber la posición de la empresa en este conflicto y como se ha gestionado hasta el momento la problemática.

I.7 Agradecimientos

Quiero en primer lugar agradecer a Dios quien es el creador de la vida y quien me permite realizar todos mis propósitos; a mis padres quienes me han brindado todo su apoyo para realizarme profesional y académicamente, así como me han ofrecido soporte emocional cuando lo he necesitado y me impulsan a ser mejor persona y profesional; a mis maestros que me han brindado todo su conocimiento para que pueda aplicarlo en mi vida profesional y me han transmitido su amor por la actividad jurídica; a todas aquellas personas que a través de su ayuda, de sus palabras de aliento y de su fe en mi, me han dado la fuerza necesaria para concluir con este trabajo.

II. CONTRATOS PÚBLICOS

II.1. Definición de los Contratos Públicos

En primer lugar, hay que aclarar que antes de la existencia de la ley 80 de 1993 en Colombia existían dos tipos de contratos que podían ser celebrados por la administración; por un lado, existían los contratos de derecho administrativo y por otro lado los contratos estatales, esta diferencia no solamente era nominativa, sino que el régimen legal aplicable era diferente. Sin embargo, con la expedición de la ley 80 estos contratos se unificaron y hoy en día los términos contrato administrativo y contrato estatal son utilizados para referirse a cualquier contrato público.

En el entendido de que las definiciones son construcciones históricas se puede decir que hay diferentes definiciones del contrato estatal, las cuales corresponderán a un contexto social y jurídico particular. En el contexto colombiano actual encontramos que esta definición varia dependiendo de los autores, por ejemplo, para Herrera R. (2012) se podría definir un contrato estatal solo acudiendo a la definición de los contratos que se encuentra presente en el código civil, añadiendo que una de las partes es el Estado, por lo que “serían contratos estatales, el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa, siempre que al menos una de ellas sea una entidad estatal” (p. 507), para otros autores dicha definición resulta insuficiente y agregan otros elementos propios de los contratos estatales como en el caso de Bahamón M. para quien el contrato estatal:

“corresponde a un acto jurídico bilateral, que conlleva un acuerdo de voluntades en el que una de las partes es una entidad pública y el convenio supone un acuerdo de voluntades que obedece a una finalidad específica de colaboración, con un interés común diferente a la simple contraprestación propia del contrato”. (Bahamón, 2018, p. 16)

Sin embargo, para varios autores colombiano la definición de los contratos estatales se encuentra en el estatuto de contratación estatal, el cual lo define: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generados de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)” (Ley 80, 1993, art. 32). Esta definición legal es ampliamente aceptada y recogida por los autores, debido a que esta es la ley base de la contratación estatal en Colombia; por ello esta será la definición base en el presente trabajo.

Toda definición implica que el concepto tiene una serie de elementos los cuales también pueden variar, pero que por norma general se encuentran presentes en cualquiera de las definiciones anteriormente presentadas.

II.1.1. Elementos de los Contratos Estatales

Como se enuncio anteriormente en la definición de los contratos estatales por parte de Herrera, existen similitudes entre este y el contrato de derecho privado, por ello los elementos son similares:

- Capacidad: Se refiere principalmente a que “el sujeto público que pacta debe tener la competencia por razón de la materia, de grado y del territorio.” (Lira Ubidia, 2009), aunque también se debe comprobar que el Estado actué de manera *iure imperii*.
- Objeto: “La causa está constituida por los motivos determinantes del acto en los que están insertos el cuidado del servicio público y en particular el interés público.” (Lira Ubidia, 2009)
- Finalidad: Aquí se examina “el fin último que se persigue con el contrato, particularizando la generalidad del interés público y dirigirse concretamente a lo que se quiere lograr con el contrato.” (Lira Ubidia, 2009)
- Forma: “Si falta la forma prescrita por la ley o se ha festinado trámites o seguido un procedimiento irregular, el contrato resulta sin validez, es decir afectado de nulidad.” (Lira Ubidia, 2009)

- Elemento moral: En un principio se puede decir que lo que se debe examinar en este elemento es que el contrato estatal no sea objeto de corrupción, para ello en Colombia se instauró la *Acción Pública de Moralidad Administrativa*, la cual como señala Matallana Camacho (2010), tiene su origen en el artículo 88 de la Constitución Colombiana y que se estableció como método para que los ciudadanos realizaran una vigilancia de los contratos ejecutados en el territorio en el que vivían evitando así los actos de corrupción; sin embargo esta acción no está contemplada en el vigente *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.

Los elementos anteriormente mencionados, como ya se dijo tienen un paralelo con los elementos de los contratos del derecho civil, pero existen elementos que son exclusivos de los contratos estatales, estos son llamados los *poderes exorbitantes del Estado*, en el caso colombiano tal como lo menciona Fernández (2015), cuando aun estaba en vigor el Decreto Ley 222 de 1983, estos fueron importantes para identificar cuales eran contratos administrativos y cuales contratos privados de la administración; hoy en día eliminada dicha distinción se optó por limitarlos a través del Estatuto de Contratación Estatal, por lo que se encuentran enunciados en el artículo 14 de la ley 80 de 1993 :

- Terminación unilateral: Contrario a lo que sucede en los contratos de tipo privado donde se debe acudir a la jurisdicción para lograr la terminación del contrato, aquí “el Estado sí puede terminar unilateralmente el contrato sin tener que acudir a un juez para que lo haga. Él se convierte en juez y decreta la terminación.” (Beltrán García & Pedreros SÁCHICA, 2015)
- Interpretación unilateral: En los contratos privados cuando no existe claridad en las cláusulas es el juez quien las interpreta, pero en los contratos públicos se da “cuando el Estado y el contratista no logran un acuerdo sobre la interpretación que debe darse a las estipulaciones contractuales el Estado puede interpretar, convirtiéndose en juez.” (Beltrán García & Pedreros SÁCHICA, 2015)

- **Modificación unilateral:** Es muy común que en los contratos de construcción se de la modificación por temas de costos o diseño, pero a diferencia de los contratos de construcción civiles donde “Solo las partes pueden hacerlo de común acuerdo. Pero el Estado sí puede hacerlo unilateralmente durante la ejecución, para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público cuando no logra acuerdo con su contratista” (Beltrán García & Pedreros Sáchica, 2015)
- **Caducidad:** Es una de las formas de terminar el contrato sin que este haya finalizado, “La caducidad es la terminación anticipada del contrato estatal ya no por los motivos de la terminación unilateral, sino por incumplimiento del contratista.” (Beltrán García & Pedreros Sáchica, 2015), por ello se afecta al contratista cuyo contrato termina por esta cláusula, la afectación ocurre al imposibilitar al contratista a contratar por 10 años y le quita la posibilidad de seguir ejecutando otros contratos administrativos que tenga vigentes en el momento.
- **Liquidación unilateral:** La liquidación del contrato implica que hay un cruce de cuentas entre lo pagado por el Estado y lo que se adeuda al contratista, sin embargo aquí la cláusula implica que es el Estado quien realiza la liquidación y puede presionar la aceptación de esta por parte del contratista.

La ley 1150 de 2007 aumento tres poderes exorbitantes a los ya existentes: 1) la imposición de las multas pactadas mediante resolución motivada, 2) la declaratoria de incumplimiento del contrato para exigir la cláusula penal y 3) declaratoria de siniestros por resolución motivada.

A pesar de la ampliación de los poderes exorbitantes del Estado, se realizó una limitación a en que tipos de contratos estos podían ser utilizados, entre los cuales se encuentran los contratos de obra, o también conocidos como contratos de obra pública.

II.2. Contratos de obra pública en Colombia

Los contratos de obra pública que se encuentran enunciados en el artículo 32 numeral 1° de la ley 80 de 1993, son los contratos celebrados por el Estado para contratar la construcción y mantenimiento de infraestructura, por lo que estos contratos se asemejan a los contratos de servicios de construcción. Estos contratos se encuentran regulados por el Estatuto de Contratación estatal, en especial las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, además de algunas normas de derecho privado en especial cuando se trata de infraestructura de transporte.

La ley 1150 de 2007 enmarca las modalidades de selección de la contratación existentes en Colombia, siendo en el artículo 2° de esta ley donde se establecen las causales para contratar por una de las cuatro modalidades: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.

Teniendo en cuenta las causales para cada tipo de contratación se puede llegar a la conclusión que, debido a las características de las grandes obras de infraestructura las cuales suelen ser conocidas como megaobras², estas solo pueden ser contratadas a través de un proceso de licitación pública, pues por la magnitud de los proyectos y el valor al que ascienden estos, la licitación es la modalidad que la ley a habilitado para estos procesos.

Sin embargo, según el portal gubernamental Colombia Compra Eficiente, es posible llevar a cabo un contrato de obra pública a través de las otras modalidades de contratación, pero para ello dichas obras deben gozar de características específicas como lo son: la urgencia manifiesta o que el valor del contrato sea de mínima cuantía.

El portal gubernamental Colombia Compra Eficiente es una portal web en el cual se registran todos los datos de la contratación estatal desde el año 2016, garantizando así una contratación transparente y que los ciudadanos puedan acceder a la

² Megaproyectos, macroproyectos, son términos con los cuales se suelen referir, tanto los medios de comunicación como el gobierno, a los grandes proyectos infraestructura que se realizan en el país.

información de las contrataciones realizadas de manera inmediata y completa, también facilita el seguimiento de los procesos de contratación por parte de los oferentes y permite a las entidades gubernamentales tener mayor control de sus procesos; sin embargo la información consignada en la página a la cual tiene acceso la ciudadanía, es limitada e insuficiente, por ello no se tienen consolidados de cuantos contratos de obra se han celebrado en el país.

A pesar de esta falta de información en el portal, si se puede encontrar que en el año 2016 se contrato a través de la modalidad de licitación pública por un monto de 12,8 billones de pesos, lo que representa el 15% de la contratación estatal de este año. (Colombia Compra Eficiente, 2017)

Para completar esta información es necesario acudir a la pagina de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), la cual es la entidad encargada del diseño, construcción, mantenimiento, operación y administración de la infraestructura de Colombia (2017), en la cual se indica que en el año 2016 se llevo a cabo contratación en esta entidad por la modalidad de licitación pública del 11,20%, seria necesario tener información de otras instituciones importantes en cuanto al volumen de contratación, como lo son el Instituto de vías (INVIAS) y la Aeronáutica Civil (Aerocivil)³, sin embargo en las paginas de estas entidades no se tiene esta información registrada.

La información consignada en la página de Colombia Compra Eficiente (2018) para el año 2017 nos dice que se llevaron a cabo contratos por 12,4 billones de pesos lo que represento el 11% de la contratación estatal en Colombia; contrastando la información de esta pagina con la obtenida en la pagina de la ANI (2018) encontramos que esta entidad celebros contratos por la modalidad de licitación pública del 3,5%. Aquí se aprecia que hay una disminución en la contratación pública por esta

³ Se toman como referencia estas instituciones en razón a los resultados del Observatorio de Construcción del año 2016, el cual fue presentado por la Cámara Colombiana de Infraestructura. (Cámara Colombiana de la Infraestructura, 2017)

modalidad a nivel nacional y de la entidad específica de la ANI, aunque esta disminución no es directamente proporcional.

Si bien esta información no es concluyente pues faltan datos y no se tienen en cuenta variables como cuales contratos celebrados por licitación pública corresponden a contratos de obra, podemos inferir que los contratos de mayor cuantía y que por su naturaleza necesitan de mayor formalidad, han caído en desuso por lo menos en el área de infraestructura nacional, o que el Estado ha decidido no invertir en grandes obras por el momento, a raíz de escándalos como el de Reficar, Hidroituango o la ruta del sol.

III. LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

III.1. Derechos Humanos

Los derechos humanos es un concepto que se construye históricamente, dependiendo de un contexto social, político, económico y jurídico para su construcción, para la Corte Constitucional de Colombia durante 1994, los derechos humanos eran equiparables a los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los cuales también eran considerados derechos fundamentales.

Por ello los juristas colombianos denominaban derechos humanos aquellos enunciados entre el artículo 11 al artículo 41 bajo el título *De los Derechos Fundamentales*, de la Constitución Política de Colombia, sin embargo las posteriores sentencias proferidas por la Corte Constitucional cambiaron el paradigma.

La Corte ha construido jurisprudencialmente un concepto de los derechos fundamentales, para definirlos emplea el siguiente silogismo:

“El fundamento de los derechos constitucionales se desprende de su relación con la dignidad humana, por lo cual es necesario evaluar la existencia de consensos ya sean dogmáticos, legislativos o de derecho internacional para valorar qué es un derecho fundamental, quién es el titular de los mismos y cuál es el contenido del mismo.” (Corte Constitucional, Sala tercera de revisión, T – 095 – 16, 2016)

III.2. Principios de Gestión para una Contratación Responsable

El ordenamiento jurídico colombiano en materia de contratación estatal ha tenido por objetivo principal frenar la corrupción existente en este ámbito, dejando relegados otros aspectos a tener en cuenta como la protección a los derechos humanos. La Organización de las Naciones Unidas detectó este problema en muchos países razón por la cual desde el año 2011 ha promovido el documento “Principios de contratación responsable: integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores: orientación para los negociadores” (Naciones Unidas, 2015)

Este documento no consta en ningún tratado internacional por lo cual en Colombia no tiene fuerza vinculante, pero cuya aplicación según Naciones Unidas “permite encarar algunas de las cuestiones de derechos humanos que suscitan los contratos entre Estados e inversores.” (2015), en el documento se esbozan diez principios los cuales se abordarán a continuación y se determinará si se aplican o no en Colombia en la celebración de contratos estatales.

III.2.1. Preparación y planificación: ⁴

El documento de la ONU menciona que este es el primer principio a tener en cuenta por los Estados y que el inversor extranjero debe tener en cuenta antes de

⁴ El principio de preparación y planificación implica “identificar los beneficios que puede reportar para los derechos humanos y los riesgos para estos que puede acarrear” (Naciones Unidas, 2015, pág. 9), esto específicamente es deber del Estado, sin embargo ambos sujetos deben considerar las consecuencias que tendrá el proyecto para los derechos humanos y evitar todo efecto negativo.

presentarse al proceso de licitación, es deber de ambos contratantes considerar los riesgos para los derechos humanos que se pueden dar en la ejecución del contrato.

Los riesgos a los derechos humanos son diversos y dependen del objeto a desarrollar, por ello es necesario que antes de concebir un proyecto, se tome en cuenta las comunidades que pueden resultar afectadas en el desarrollo de este y que desde el inicio se involucren los organismos del gobierno que tengan algún tipo de competencia en el proyecto, para que se de una mejor valoración de los posibles riesgos.

Tanto en los contratos de concesión de títulos mineros como en los contratos de obra pública se deben examinar como afectará los derechos al medioambiente sano, el desplazamiento de comunidades, los derechos de los niños, el derecho a la salud de los habitantes de zonas aledañas, el derecho al trabajo y el consecuente derechos de asociación sindical, también se debe examinar la protección a los bienes de uso público y la protección al patrimonio cultural y arqueológico de la nación. Sin embargo, dependiendo de en que parte del territorio colombiano se va a ejecutar el proyecto algunos de estos aspectos tendrán mayor prevalencia que otros.

Es imposible que al momento de realizar las ofertas por parte de las empresas estas tengan en cuenta todas las variables que se pueden dar respecto de los derechos humanos, en la misma situación se encuentra la entidad licitante, ya que los conflictos sociales resultantes de un proyecto no siempre son visualizados por los gobiernos, o algunos de estos se generan al momento de ejecución del proyecto. En los contratos de obra pública celebrados en Colombia, especialmente en las megaobras, la tarea se dificulta aun mas debido a que estos suelen celebrarse por medio del gobierno central y en algunas instancias por los gobiernos departamentales los cuales se encuentran desconectados de las problemáticas sociales de las regiones, por ello es importante que todos los ministerios generen políticas públicas y que impulsen proyectos de ley que tengan por objetivo el

contrarrestar y minimizar los efectos negativos que se puedan generar en los proyectos, respecto de los derechos humanos.

III.2.2. Gestión de los posibles efectos negativos sobre los derechos humanos⁵

Todo contrato celebrado por el Estado implica la posibilidad de que con su realización se afecten negativamente los derechos humanos de una población que puede ser o no vulnerable, por ello es deber del Estado evaluar si los beneficios a obtener con la realización de la obra superan los perjuicios que pueden causarse a los derechos humanos de estos.

El Estado Colombiano tiene la obligación de gestionar recursos tanto económicos como institucionales en caso de presentarse una vulneración a los derechos humanos, además debe realizar planes que respondan a las futuras emergencias en materia de derechos humanos, por ejemplo obras como Hidroituango que cambiaban el curso del río y que afectaban la geografía de la zona exigían que el gobierno tuviera previsto un plan de evacuación de las zonas aledañas, en caso de que hubiera peligros de desbordamiento, si bien la implementación no se hace necesaria hasta que ocurre el desbordamiento, desde el inicio de las obras debió tenerse en cuenta que era posible que esto ocurriera y se debió tener el plan así como recursos destinados para su implementación.

En este principio se presenta una grave omisión por parte del Estado colombiano pues no se evalúan correctamente los riesgos, razón por la cual las autoridades no tienen planes de contingencia si estos se llegan a materializar. Reaccionar cuando el efecto negativo en los derechos humanos ya ha ocurrido no solo le genera problemas al Estado, que debe enfrentar los reclamos de la población y destinar recursos para atender la emergencia, sino que retrasa las actividades de la empresa contratista,

⁵ La ONU establece en este principio que “a fin de poder prevenir y mitigar los posibles efectos negativos en los derechos humanos, los Estados deben asegurarse de que se evalúen desde el comienzo del proyecto hasta sus fases finales”. (2015, pág. 12)

quien se encuentra en la obligación de destinar tiempo, personal y recursos para buscar una solución improvisada a la situación, pues de no hacerlo se enfrentan a manifestaciones sociales que no permitirán la continuación de la obra.

III.2.3. Normas de ejecución del proyecto⁶

Aunque en Colombia existen normas destinadas a la protección de los derechos humanos en diversas materias, cuando estas no son suficientes es posible acudir a las normas internacionales contenidas en tratados o en acuerdos que hayan sido ratificados por Colombia, esto se da por la aplicación del artículo 93 de la Constitución Política que prevé esta medida.

Todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia conforman el bloque de Constitucionalidad, este cuerpo normativo se encuentra por encima de la Constitución y su aplicación debe ser automática, sin embargo la Corte Constitucional a habilitado la aplicación de este cuerpo normativo en instancias judiciales y administrativas.

La existencia de esta posibilidad dentro del sistema normativo colombiano permite que al momento en el que se genere una vulneración de los derechos humanos esta deba ser detenida de inmediato, pero en Colombia a pesar de esta posibilidad que tienen las autoridades administrativas, las cuales son las encargadas de frenar las violaciones a los derechos humanos en primer lugar, no aplican las normas internacionales hasta que exista un fallo judicial que así lo ordene.

Por este motivo las comunidades se ven obligadas a acudir al recurso de la tutela, el cual si bien es expedito, se tramita en 10 días en primera instancia, no siempre se hace efectivo por parte de las autoridades administrativas y en algunos casos se

⁶ La ONU en este principio plantea que “El contrato debe indicar cómo se velará por el seguimiento y el cumplimiento de las normas adicionales que apunten a proteger los derechos humanos” (Naciones Unidas, 2015, pág. 15) las cuales pueden ser de carácter nacional aunque “las partes pueden complementar las leyes nacionales con normas externas”. (Naciones Unidas, 2015, pág. 14)

desconoce por parte del juez la gravedad de la situación o niega la pretensión de la aplicación de la ley, por lo que terminara siendo la Corte Constitucional quien a través del recurso de revisión quien ordena la protección de los derechos fundamentales; la revisión toma mucho mas tiempo, lo cual no evita que en el ínterin se produzca una grave vulneración de los derechos fundamentales y que no se puedan volver las cosas al estado anterior.

Además, al hablar de normas que ayuden a proteger los derechos de las comunidades suele exigirse al contratista de un contrato de obra que tenga licencias ambientales, licencias urbanísticas, así como el cumplimiento de normas de protección de patrimonio histórico, de desarrollo territorial, manejo de temas prediales, etc.

III.2.4. Cláusulas de estabilización⁷

El objetivo de las clausulas estatales es asegurar que se sigan los lineamientos de la contratación pública internacional, es decir, tienen por objetivo poner en igualdad de condiciones a los proveedores nacionales y extranjeros. Por ello se sanciona al Estado cuando este modifica la ley perjudicando al contratista, aunque en aras de proteger los derechos humanos la ONU establece que:

No deben prever sanciones económicas o de otra índole para el Estado en el supuesto de que instituya leyes, reglamentos o políticas que: a) se apliquen sin discriminación alguna y b) recojan normas, parámetros o buenas prácticas internacionalmente reconocidas en ámbitos como la salud, la seguridad, el empleo, el medio ambiente, las especificaciones técnicas u otros campos relacionados con los efectos del proyecto en los derechos humanos (Naciones Unidas, 2015, pág. 16).

⁷ En el manual de principios la ONU determina que “Las cláusulas de estabilización contractual tienen por objeto mitigar los riesgos que los cambios en la ley suponen para los inversores.” (Naciones Unidas, 2015, pág. 17)

Si bien es cierto que no existe obligación para los Estados de pactar cláusula de estabilidad, como lo indican Azuero Z.& otros (2019), en una región política y jurídicamente inestable como América latina, algunos países entre ellos Chile, Venezuela, Colombia, han adoptado esta medida para atraer la inversión extranjera.

En Colombia existen diferentes medidas para proteger las inversiones de las empresas extranjeras, un ejemplo de esto es la *Ley de Estabilidad Jurídica Para los Inversionistas en Colombia*, la cual permitió, tal como lo revela el estudio realizado por Azuero Zuñiga y otros (2017), que hasta el 2014 se celebraran 69 *Contratos de Estabilidad Jurídica* entre el gobierno y empresas extranjeras, la medida fue tomada con el objetivo de atraer la inversión extranjera, a pesar de ello hoy en día se encuentra derogada.

A propósito, dentro de diversos *Tratados de Libre Comercio* firmados por Colombia también se propone una *Cláusula de Estabilidad Jurídica*, cuyo contenido es diferente al de los contratos, pues esta tiene por objetivo evitar que se demande en sede judicial cualquier controversia surgida a casusa de un contrato celebrado bajo el ampro del TLC.

III.2.5. Cláusula de bienes o servicios adicionales⁸

El pactar estas cláusulas en los contratos supone un gran riesgo, pues no se tiene certeza de la fiabilidad de la empresa al realizar el proyecto, de igual manera no se sabe si la empresa sera capaz de adaptar su forma de trabajar a la normativa colombiana y si realmente protegiera los derechos humanos durante la ejecución de los proyectos, si se presentaran a futuro problemas con las comunidades y en caso de presentarse como resultara la solución de los problemas.

⁸ Para el manual de Principios de Contratación Responsable de la ONU la cláusula adicional “hace referencia a los bienes o servicios que el inversor suministre o preste en beneficio del Estado, las comunidades locales u otros integrantes del Estado si no guardan relación con las actividades del proyecto ni constituyen medidas para prevenir, mitigar o subsanar los efectos negativos reales o potenciales del proyecto en los derechos humanos.” (Naciones Unidas, 2015, pág. 20)

El que se pacte la realización de otra obra por una cláusula adicional y no por medio de un proceso de licitación, genera dudas y conflictos, pues si el proyecto pactado corresponde a una obra de infraestructura importante, sea por su importancia o por su tamaño, es muy probable que existan diversos reclamos por parte del grupo social que se beneficiara de la realización de proyecto. La reclamación apuntara a que la adjudicación de un proyecto a traves de una cláusula no garantiza las condiciones óptimas y de calidad para la realización de la obra, que probablemente no se han pactado garantías para el respeto de los derechos humanos y además se genera la sospecha de corrupción en la celebración del contrato, pues aunque la administración se justifique en la urgencia de la obra, no deja de ser sospechoso que se realice una obra por este medio y parece mas una forma de favorecer a la empresa que ya ha obtenido un contrato.

En caso de pactarse un proyecto a traves de una cláusula adicional, este debe ser de urgencia manifiesta, de lo contrario existen otras modalidades de contratación, diferentes a la licitación pública, que deben ser usadas para adjudicar la realización de las obras y que no son tan ritualistas como la licitación, pero que garantizan al transparencia del proceso.

Aunque en Colombia existan diversos mecanismos para hacer válidos los derechos de la población como las tutelas y otros recursos administrativos, para la activación de estos es necesario que los derechos fundamentales ya hayan sido vulnerados o esten inminentemente en peligro, lo cual no solo afecta a la comunidad en la cual el proyecto impacta, sino que además genera un desgaste en la rama judicial o en la administración, el cual se pudo evitar, si la obra se hubiera adjudicado por medio de un nuevo contrato, en el cual se debieron acordar cláusulas para la protección de los derechos humanos y que establecen mecanismos expeditos y directos para la protección de los derechos humanos.

III.2.6. Seguridad física del proyecto⁹

El inicio de ejecución de un proyecto implica el despegamiento de mecanismos de seguridad, especialmente en países como Colombia cuya situación de orden interno es complicado “Algunos de los atentados más graves contra los derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial han tenido como protagonistas al personal de seguridad (policía local, fuerzas armadas y miembros de la seguridad privada) encargado de proteger las instalaciones o las operaciones de las empresas.” (Naciones Unidas, 2015, pág. 24), estas situaciones pueden ser generadas ya sea por los servicios de seguridad propios de las empresas o por las fuerzas armadas del Estado, que ha sido enviadas a proteger las obras.

Colombia no es ajena a los sucesos de violencia que se dan con la instalación de un proyecto, especialmente cuando este se desarrolla en lugares de la geografía colombiana donde el Estado tiene una presencia débil y existen comunidades marginadas, esto es lo que ocurrió con “Las comunidades afrocolombianas en las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó, ubicadas en el bajo Atrato, departamento del Chocó, las cuales se vieron inmersas en violencia, despojo y desplazamiento debido a la llegada de empresas para explotar la palma de aceite y también la instalación del paramilitarismo.” (Ibáñez & Ordoñez, 2014).

Algunas de las empresas llegan incluso a financiar a estructuras ilegales como lo hicieron Nacional de chocolates, Pilsen, Noel o Postobon que suministraba ciertas ayudas al bloque Héroes de Granada de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), las cuales ayudaban al mantenimiento de la estructura paramilitar (Sala de Justicia y Paz Tribunal Superior de Medellín, Sentencia 2009-83846, 2019) o como lo hizo la multinacional Chiquita Brands “de financiar grupos armados ilegales para cometer las más graves violaciones a los derechos humanos que han tenido lugar en el país.” (Fajardo Sánchez, 2011)

⁹ En este principio que la ONU recoge en los Principios de Contratación Responsable, se establece que “Al definir los riesgos, se debe tener presente el perfil de seguridad actual de la zona en que se llevará a cabo la inversión, al igual que las posibles corrientes de migración con origen o destino en la zona que pueda causar el proyecto.” (Naciones Unidas, 2015, pág. 25)

En los anteriores casos se configura un delito, pues como lo establece Fajardo Sánchez (2011), este es cometido directamente por las empresas pues se financia una estructura militar ilegal la cual ejecuta crímenes de lesa humanidad, tanto así que la Corte Interamericana de derechos humanos ha condenado a las compañías por estas acciones.

III.2.7. Participación de la comunidad¹⁰

El punto de vista de la comunidad no solo permite que la empresa y el Estado conozcan más a fondo los riesgos que se pueden presentar, sino que también es una forma en la cual la comunidad puede plantearle al gobierno otras alternativas para lograr el beneficio que se pretende con el proyecto que se quiere realizar, pues así como en los riesgos, la comunidad tiene una visión única de las problemáticas y como se pueden solucionar estas.

En Colombia se tiene un mecanismo de participación de la comunidad, la cual recibe el nombre de *consulta previa*, “Dicha consulta encuentra sus bases en el artículo 330 de la Constitución Política y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajos (oit)” (Silva Fonseca, 2010), este convenio se incorporó “al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la Ley 21 de 1991. Asimismo, en la sentencia C-864 de 2008 la Corte Constitucional de Colombia señaló expresamente que dicho Convenio hace parte del bloque de constitucionalidad” (Sierra - Camargo, 2017).

La consulta previa es “un derecho fundamental e irrenunciable y su objetivo es intentar lograr, en forma genuina y mediante diálogo intercultural, el consentimiento de las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas (administrativas y legislativas) que las afecten.” (Corte Constitucional, Sala Plena, SU- 123- 18, 2018). La

¹⁰ Con este principio la ONU establece “que la comunicación efectiva y continua con la comunidad es una buena práctica necesaria para el éxito de los proyectos de inversión. Se trata de la mejor manera de determinar y comprender los posibles efectos negativos para los derechos humanos y de elaborar medidas efectivas para su prevención y mitigación.” (Naciones Unidas, 2015, pág. 27)

consulta previa es predicable de las comunidades étnicas como los pueblos indígenas, tribales, afrocolombianos, raizales, palenqueros y roms.¹¹

Sin embargo, hoy en día las comunidades campesinas y urbanas de los territorios donde se busca desarrollar los proyectos con impacto ambiental, especialmente los de explotación minera, han hecho uso de la consulta previa no como derecho, sino como mecanismo para manifestar su descontento con proyectos que a su parecer generan mas efectos negativos que beneficios.

III.2.8. Vigilancia y cumplimiento de las normas en el marco del proyecto¹²

El Estado tiene el deber de destinar recursos y personal para verificar que mientras se desarrolla el proyecto la empresa respete las normas de la contratación estatal y sobre todo que respete los derechos humanos. El deber de vigilancia no se limita a los contratos públicos celebrados con empresas o contratistas extranjeros, de hecho durante la ejecución de cualquier proyecto en el que exista un contrato estatal el Estado colombiano ejerce la debida vigilancia a través de los interventores y los controllers quienes revisan el cumplimiento de las normas y la ejecución del presupuesto.

Para ejercer la vigilancia en Colombia se tienen entidades como la defensoría del pueblo y la contraloría, la primera es el ente encargado de intervenir cuando se reporta un abuso de los de derechos humanos en el territorio colombiano, para ello a nivel municipal se cuenta con la presencia del defensor del pueblo que busca terminar con estos abusos de manera rápida y efectiva. Por otro lado, la contraloría

¹¹Reciben el nombre de raizales quienes pertenecen al grupo indígena originario del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Se denomina palenqueros al grupo étnico descendiente de esclavos africanos que huyeron de sus amos y se establecieron como comunidad independiente en San Basilio de Palenque. Los roms son las comunidades gitanas asentadas en Colombia.

¹² Según este principio de la ONU plasmado en el manual de Principios de Contratación Responsable “El Estado debe cerciorarse de que se le reconozcan los derechos necesarios para llevar a cabo toda la labor de vigilancia del cumplimiento que haga falta” (Naciones Unidas, 2015, pág. 30)

es el organismo encargado de las finanzas de la nación y por lo tanto la que interviene cuando hay un uso indebido de los recursos de un proyecto.

El Estado colombiano posee diferentes entidades encargadas de vigilar que las empresas contratistas de un proyecto cumplan con los requisitos de la ley, entidades como las Corporaciones Autónomas Regionales son las encargadas de vigilar que se cumplan las leyes ambientales mientras se ejecute la obra, para el manejo de los recursos los veedores son los responsables de examinar que los recursos se ejecuten de manera correcta, además las secretarías municipales y departamentales tienen el deber de vigilar que no se infrinja ninguna norma mientras el proyecto se ejecute en su territorio.

III.2.9. Mecanismos de reparación de agravios a por daños a terceros¹³

Los mecanismos deben ser efectivos y no presentar ningún obstáculo para que los afectados puedan acceder a ellos, en estos el inversor tiene un papel tan importante como el propio Estado. La rapidez de este mecanismo es necesario para evitar que los perjuicios a los derechos humanos sean mayores; sin embargo, la existencia de estos mecanismos extrajudiciales no debe evitar que los afectados tengan acceso a la vía judicial o administrativa.

Los mecanismos a adoptar pueden ser diversos y no siempre deben implicar una gestión ante la administración, pero la habilitación de canales de información como líneas telefónicas, correo electrónico u otras vías para interponer quejas o reclamos directamente ante la empresa o a órganos de control son imprescindibles, pero no suficientes para que se cumpla con este principio, debido a que es muy común no obtener una respuesta o solución si se elevan por este medio reclamos y quejas.

¹³ Para la ONU es importante que “Los mecanismos de reclamación de nivel operacional contribuyen a definir los efectos perjudiciales para los derechos humanos como parte de la diligencia debida en materia de derechos humanos que debe observar en todo momento el inversor. Estos mecanismos también permiten que el inversor atienda los agravios y repare las consecuencias negativas, de forma rápida y directa, a fin de evitar daños mayores o una escalada de reclamaciones” (Naciones Unidas, 2015)

III.2.10. Transparencia / publicación de las condiciones del contrato¹⁴

La transparencia es un principio importante de la contratación estatal, que no solo brinda seguridad en la población en la cual impacta la ejecución del proyecto, sino que también genera una competencia sana entre los proponentes. Para que esto se cumpla es importante que la publicidad del proceso se de desde sus primeras etapas, por lo que la entidad estatal que planea contratar debe hacer públicos el pliego de condiciones y las normas que regirán este proyecto.

Implementar este principio en Colombia era un propósito muy importante el cual no pudo concretarse efectivamente hasta la creación del portal gubernamental Colombia Compra Eficiente, en el cual se pueden registrar las entidades contratantes y los contratistas. Este portal permite que las entidades creen sus procesos de contratación atendiendo al *Estatuto de la Contratación Estatal*, permite que se verifiquen las condiciones de los contratistas de forma mas rápida y eficiente, pues los oferentes tienen la obligación de subir el sitio todos los documentos que los acrediten como idóneos para el proceso.

Además en este portal se publican todos los documento del proceso de contratación para que puedan ser consultados por los proponentes que no ganaron la contratación, para que los entes de control y vigilancia puedan saber como se ejecuta el presupuesto y hacer seguimientos a los cambios del proceso y para que los ciudadanos se enteren de los procesos de contratación que se están realizando en su territorio.

¹⁴ Para la ONU la transparencia se da con “La publicación en debida forma de las condiciones del contrato permite a ambas partes mantener una comunicación transparente con quienes se ven afectados por el proyecto a fin de disipar las sospechas acerca de la ecuanimidad de dichas condiciones y evitar que se generen expectativas poco realistas.” (Naciones Unidas, 2015, pág. 36)

IV. ANALISIS DE CASO. COLOMBIA Vs. GAS

NATURAL FENOSA

IV.1. Colombia y los Tratados de Libre Comercio

La Constitución Política de Colombia fue promulgada en el marco de la apertura económica en la cual se planteaba abrir el mercado nacional a los extranjeros, es por ello que en la Constitución de 1991 en su artículo 227 se habla de integración global, sin embargo como lo enuncian Rojas & Gómez (2018), este proceso ya había iniciado con la incorporación de Colombia al GATT en 1981 y la firma de diversos acuerdos de preferencia arancelarios que Colombia suscribió entre 1966 y 1974.

Sería el año 1994 cuando Colombia entraría en la OMC y firmaría el primer Tratado de Libre Comercio con México y Venezuela, el cual en momento fue conocido como el G3, de esta manera empezarían a concretarse los planes de apertura mercantil que se tenían en mente al momento de la promulgación de la nueva constitución, durante los siguientes años el gobierno colombiano buscaría negociar más TLC con países no solo de la región, sino de distintas latitudes.

Además de la integración global en la Constitución esta plasmado la integración latinoamericana, la cual permitía que Colombia hiciera parte de organismos de integración como la CAN, la cual en principio solo buscaba ser una zona aduanera común, aunque se esperaba que esta evolucionara en una zona de integración no solo económica, sino también política; sin embargo el proyecto fracaso debido en parte a la existencia de otro tratado de integración comercial como lo es el MERCOSUR y por otra parte para algunos autores como Herrera (2016), por la firma de TLC con potencias, ya que se afectaban los intereses de la CAN en dichos instrumentos.

Los TLC que Colombia ha suscrito no solo permiten que se comercien productos y servicios de un país a otro con aranceles más bajo, sino que también a permitido que las empresas que quieran operar en el otro país parte del TLC obtengan un trato

preferencial que en muchas ocasiones excede el trato nacional, pues se le conceden a las empresas extranjeras cláusulas especiales.

El artículo 93 de la Constitución de 1991 habla del *Bloque de Constitucionalidad*, que no es más que la incorporación al sistema jurídico colombiano de los tratados y convenios de derechos humanos ratificados por el gobierno colombiano, sin embargo los convenios y tratados de carácter económico no se encuentran contemplados en esta norma, para su incorporación es necesario que el poder legislativo lo apruebe a través de un proceso de ley orgánica.

IV.2. Caso Colombia Vs. Gas Natural Fenosa

IV.2.1. Antecedentes del caso

Desde el año 2009 el grupo empresarial español conocido en su momento como Gas Natural Fenosa, hoy conocido en Colombia como Vanti Gas Natural¹⁵, adquirió el 85% de la Empresa Electrificadora de la Región Caribe conocida como Electricaribe, mientras que el 15% de la misma quedó en manos del gobierno colombiano.

Anterior a esto la empresa Electricaribe venía prestando el servicio público domiciliario de electricidad en los departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena y Sucre de manera intermitente, lo que provocó que en el año 2005 la Defensoría del Pueblo (2005), hiciera un seguimiento del caso, identificando que solo existía el problema de la intermitencia en la prestación del servicio, sino que también se generaron problemas en la facturación, la ineficiencia para atender las solicitudes de conexión, entre otros.

En julio de 2016 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (2017), recibió documentos que daban cuenta del estado de los cuentas de Electricaribe en la que se daba cuenta de una cesación generalizada de pagos, además de la existencia de un pasivo externo de \$2,4 billones de pesos lo que llevó a este organismo a que el

¹⁵ En España el grupo cambió de nombre de Gas Natural Fenosa a Naturgy en el año 2018.

día 14 de noviembre de 2016 ordenara la intervención de Electricaribe, tomando la Superservicios el control de esta.

Durante los meses que siguieron a la intervención se mantuvieron diálogos entre los directivos del conglomerado español y el gobierno de Colombia, sin embargo el día 14 de marzo de 2017 se ordeno la liquidación de la empresa, que como lo manifestaron los directivos de Gas Natural Fenosa a la revista Dinero (2017), rompe con el ámbito conciliatorio que se pretendía con los diálogos mantenidos.

Es en razón al proceso de liquidación que la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios ordena contra Electricaribe que la empresa Gas Natural Fenosa decide interponer demanda ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), donde pretende una indemnización superior al *“valor contable de Electricaribe, que es de 475 millones de euros.”* (Dinero, 2017)

IV.2.2. Afectación a los derechos humanos

El 21 de marzo de 2017 la empresa Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia S.L. presento demanda ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el 17 de diciembre de 2017 se constituyo el tribunal de acuerdo a las normas del UNCITRAL nombrando a Stephen L. Drymer (canadiense) como presidente, a Eric A. Schwartz (francés / estadounidense) por parte de los reclamantes y a Alexis Mourre (francés) por parte del demandado.

En el transcurso del año 2018 se llevaron a cabo las actividades preliminares por parte del tribunal, del demandado y de los demandantes o reclamantes, en el año 2019 se surtieron las últimas etapas del litigio que aun no ha terminado, por lo cual la información es de carácter reservado y solo se puede tener acceso a ella a través de las declaraciones que han entregado en la prensa.

IV.2.2.1. Actuación de la Superintendencia de Servicios Públicos

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es la entidad encargada de ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las entidades y empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y gas. Este organismo es de carácter Constitucional y está habilitado para intervenir a las empresas de servicios públicos cuando sea necesario por razones de recursos o de incumplimiento en la prestación del servicio.

En el presente caso la Superservicios estableció dos causales que hacían necesaria la intervención de Electricaribe, estos dos argumentos son:

- a. La inminente suspensión en el pago de las obligaciones mercantiles de Electricaribe. En este argumento la Superservicios aseguraba que la sociedad no estaba cumpliendo oportunamente con sus obligaciones mercantiles, aunque aun poseía recursos para pagar por dichos incumplimientos. Sin embargo las proyecciones económicas realizadas por el ente de control mostraban que la compañía empezaría a incumplir gravemente sus obligaciones en noviembre de 2016. Esta situación era ampliamente reconocida por los directivos de la sociedad quienes denunciaron tener un déficit en la caja que correspondía al 30%. (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2017)

Esta situación aun no esta totalmente solucionada, pues si bien el gobierno nacional ha realizado un desembolso de recursos que ascienden a \$125 mil millones de pesos, pero aun así se han trabajado en otros frentes como consolidar la base de clientes que pagan su factura y continuar con la recaudación.

- b. La imposibilidad de prestar el servicio con la calidad y la continuidad debidas. Debido a la grave situación económica de Electricaribe en la época existía una gran posibilidad de que la empresa se viera en la imposibilidad de prestar el servicio de manera adecuada, esto ya se evidenciaba en la limitación de

suministro que ya se daba en Electricaribe. Además la Dirección de Investigaciones de Energía y Gas combustible determino que la empresa venia incumpliendo con la calidad y continuidad del servicio desde el primer semestre del año 2015. (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2017)

Este punto a pesar de lo que declaro la gerente interventora Ángela Patricia Rojas la revista Dinero (2019) de la mejoría en el servicio, aun se presentan apagones que afectan la zona norte del territorio colombiano y en algunos lugares aun se presta el servicio por horarios.

V. CONCLUSIÓN

Primero: El contrato estatal es un elemento muy importante del derecho administrativo, el cual permite una mejor organización de la función administrativa, pues al determinar que es un contrato estatal, que entidades pueden contratar y como se debe realizar la contratación se realiza uno de los fines del Estado, enunciados en el artículo 2 de la Constitución de 1991, promover el bienestar general.

Segundo: Al confrontar cada principio consagrado en el manual de la ONU con lo ocurrido en los últimos años en materia de contratación estatal en Colombia, se encuentra que el Estado colombiano ha sido negligente en la adopción de medidas eficaces, antes de la ejecución de lo proyectos, pues en el pliego de condiciones no se plasman todos los riesgos que se pueden presentar en materia de derechos humanos.

Tercero: Se están vulnerando los derechos humanos de los residentes del territorio colombiano en la celebración de contratos estatales, con empresas nacionales y con empresas internacionales.

Cuarto: La desprotección de los derechos humanos durante la celebración de los contratos estatales genera costos que no encuentran contemplados los cuales pueden sobrepasar los costos del proceso de por el cual se adjudicaron estos, convirtiendo en inútiles los recursos y el tiempo gastados en la adjudicación.

Quinto: En el caso Colombia Vs. Gas Natural Fenosa (Naturgy), en una primera lectura se puede decir que efectivamente el Estado colombiano esta protegiendo los derechos humanos de la población colombiana, pues el discurso que maneja la Superintendencia de Servicios Públicos para justificar su intervención es que lo hacen para defender los derechos de los consumidores.

Sexto: Una lectura más profunda de la situación de Electricaribe revela que la Superservicios a sido ineficaz pues debió mejorar la calidad del servicio prestado, lo cual aun no ha ocurrido, pues los apagones generalizados se siguen presentando y la facturación aun presenta fallas.

Séptima: La intervención por parte del Estado de compañías extranjeras que prestan servicios en Colombia generan altos costos que no justifican la celebración de los contratos estatales con empresas extranjeras, pues el Estado termina asumiendo los sobrecostos.

Valoración personal

La problemática de la protección de los derechos en la contratación estatal, aunque no es única del contexto colombiano a propiciado un ambiente propicio para que empresas extranjeras y nacionales generen ganancias, pues si no es con el proyecto demandan a la nación lo que provoca no solo un detrimento en el erario público, sino desconfianza y sospecha de la contratación estatal.

Los mecanismos con los que cuentan los ciudadanos para verificar la transparencia de los contratos públicos aun son paupérrimos y llenos de formalismos lo que desincentiva la veeduría ciudadana y le deja la tarea de la vigilancia a las entidades

estatales, que en ocasiones se encuentran tan saturadas que no ejercen el adecuado control o que en ocasiones han sido afectadas por la corrupción por lo cual dejan que el contrato siga su curso normal.

Recomendaciones

La desprotección de los derechos humanos en la contratación estatal, no se dan porque no exista normas que regulen la contratación pública, sino que estas medidas no son eficaces al momento de su aplicación, en otros casos esto se da porque quienes formulan los pliegos de petición han olvidado el principio de integración y colaboración interinstitucional, que se encuentra presentes en las normas de la contratación pública, incluida la Constitución.

Por ello la solución no es la promulgación de más normas, sino la creación de un sistema de integración institucional que permita que antes de que se genere un pliego de condiciones para la contratación de una obra, todas las entidades estén informadas y que aquellas que se sientan llamadas a intervenir en el proceso puedan aportar en la construcción del pliego, de esta forma se minimiza el riesgo de no contemplar la vulneración de ciertos derechos humanos.

De igual manera se debe incentivar aun más la participación de la comunidad en los procesos de licitación pública, pues son ellos quienes saben cuales derechos pueden ser vulnerados al momento de la realización del proyecto, además que pueden ofrecer su punto de vista sobre como se debe ejecutar el proyecto.

También es necesario que se integren los principios de la contratación responsable en los procesos de contratación, para ello no es necesario la aprobación de una norma que los incluya basta con interiorizar estos principios en cada institución que contrate, lo cual se puede lograr a través de directivas y de capacitaciones al personal encargado de la realización de esta tarea.

La implementación de lo anterior no significa que no se vulneraran los derechos de los habitantes al momento de ejecutar un contrato de obra, pero se disminuirán los riesgos y se aumentara la eficacia de las normas ya existentes que regulan la contratación.

Líneas prospectivas de investigación

Se puede ampliar el tema al determinar si el fenómeno de la corrupción en la contratación estatal es la causa principal de que los derechos humanos no sean siempre tenidos en cuenta durante la ejecución de los proyectos.

BIBLIOGRAFÍA

- Azuero Zúñiga, F., Guzmán Vásquez, A., & Trujillo Dávila, M. A. (15 de Agosto de 2019). *Scielo Colombia*. Obtenido de Contratos de estabilidad jurídica en Colombia: un análisis desde la economía de la información y la economía política: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-50512017000100125&lng=en&nrm=iso&tlng=es
- Beltrán García, A., & Pedreros SÁCHICA, M. F. (2015). *Algunos Temas Sobre Contratación Estatal*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Cámara Colombiana de la Infraestructura. (15 de 2019: agosto de 2017). *Cámara colombiana de la infraestructura*. Obtenido de RESULTADOS DEL OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN AÑO 2016: <https://www.infraestructura.org.co/nuevapagweb/ObservatorioContratacion/Resultados%20Observatorio%20Contratacion%20-2016-.pdf>
- Chahín Lizcano, G. (2011). Derecho Comunitario como Derecho de la Integración. En J. A. Bonivento Fernández, & P. Lafont Pianetta, *Negociación Internacional* (págs. 53 - 90). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Colombia Compra Eficiente. (5 de 2019: agosto de 2017). *Colombia Compra Eficiente*. Obtenido de Indicadores - Ciudadanos: <https://indicadores.colombiacompra.gov.co/#fh5co-work>

Colombia Compra Eficiente. (5 de 2019: agosto de 2018). *Colombia Compra Eficiente*.

Obtenido de Indicadores - Ciudadanos:

<https://indicadores.colombiacompra.gov.co/#fh5co-work>

Defensoría del Pueblo. (2019: agosto de 2005). *Defensoria del Pueblo*. Obtenido de

INFORME DE SEGUIMIENTO A LA RESOLUCIÓN DEFENSORIAL N° 29 DE 2004

Sobre "La prestación del servicio de energía eléctrica en la costa Atlántica":

[http://www.defensoria.gov.co/attachment/130/La%20prestaci3n%20del%20servicio%20de%20energ%C3%ADa%20el3ctrica%20en%20la%20costa%20A](http://www.defensoria.gov.co/attachment/130/La%20prestaci3n%20del%20servicio%20de%20energ%C3%ADa%20el3ctrica%20en%20la%20costa%20Atl%C3%A1ntica.pdf)

[tlántica.pdf](http://www.defensoria.gov.co/attachment/130/La%20prestaci3n%20del%20servicio%20de%20energ%C3%ADa%20el3ctrica%20en%20la%20costa%20Atl%C3%A1ntica.pdf)

Dinero. (14 de marzo de 2017). Gas Natural pide indemnización por liquidación de

electricaribe. *Dinero*.

Dinero. (6 de junio de 2019). ¿Como va Electricaribe? *Dinero*.

El tiempo. (17 de diciembre de 2018). Colombia contrademandó a Gas Natural Fenosa

por caso Electricaribe. *El Tiempo*.

Fajardo Sánchez, L. A. (2011). LOS MERCADERES DE LA MUERTE EN COLOMBIA:

MULTINACIONALES Y DERECHOS HUMANOS. *VIA INVENIENDI ET IUDICANDI*.

Fernández, I. M. (2015). *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso*

administrativo. Armenia: Editorial Universitaria - Universidad la Gran

Colombia.

Frydman, B. (2018). *Breve Manual Práctico del Derecho Global*. Bogotá: Universidad

Externado de Colombia.

Gobierno de Colombia. (15 de agosto de 2019). *Colombia Compra Eficiente*. Obtenido

de Guía para los Procesos de Contratación de obra pública:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708_guia

[_para_los_procesos_de_contratacion_de_obra_publica.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708_guia_para_los_procesos_de_contratacion_de_obra_publica.pdf)

Herrera, J. C. (2016). La cláusula latinoamericana de integración en Colombia: entre

el "lazo de la unión" y la tautología de la "camisa de fuerza". *Revista Derecho del Estado*, 127 - 163.

Herrera Robles, A. (2012). *Aspectos Generales Del Derecho Administrativo*

Colombiano. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.

Ibáñez, P., & Ordoñez, V. (2014). Papel de las Empresas y de los Estados en la Debida Diligencia en Derechos Humanos. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 219 - 246.

La República. (24 de julio de 2018). Gas Natural demanda a Colombia por US\$1.660 millones, por intervención a Electricaribe. *La República*.

La República. (24 de julio de 2018). Gas Natural demanda a Colombia por US\$1.660 millones, por intervención a Electricaribe. *La República*.

Lira Ubidia, C. (2009). *Los Contratos Públicos*. El cid .

Matallana Camacho, E. (2010). Acción popular de moralidad administrativa. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 195-262.

Naciones Unidas. (2015). Principios de contratación responsable integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre estados e inversores. Orientación para los negociadores. Nueva York, Ginebra.

Portal de la ANI. (23 de 2019: julio de 2017). *Agencia Nacional de Infraestructura*.
Obtenido de Estadísticas de Contratación:
<https://www.ani.gov.co/estadisticas-contratacion>

Portal ANI. (23 de 2019: agosto de 2018). *Agencia Nacional de Infraestructura*.
Obtenido de Estadísticas de Contratación:
<https://www.ani.gov.co/estadisticas-contratacion>

Rojas Sánchez, C., & Gómez Olaya, Á. P. (2018). Los acuerdos comerciales bilaterales: el caso colombiano (1990-2015). *Apuntes del CENES*, 117 -149.

Roa Rojas, H., & Roa Díaz, C. (2008). *Régimen de Contratación Estatal*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

Salomón Castro, J. A. (2008). La reforma a la contratación pública. *Derecho y Realidad*, 171 - 188.

Sierra - Camargo, J. (2017). La importancia de decolonizar el derecho internacional de los derechos humanos: el caso de la consulta previa en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 137-186.

Silva Fonseca, V. (2010). El derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa. *Revista Derecho del Estado*, 247-251.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (2019: Diciembre de 2017). *LA CRISIS DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A.* Obtenido de Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: <https://www.superservicios.gov.co/toma-posesion-electricaribe>

Villamizar Schiller, E. A. (2006). El derecho colectivo: "moralidad administrativa" en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 173 - 205.

FUENTES NORMATIVAS

Pueblo de Colombia. (20 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. [Constitución de 1991] D.O.: 116

Congreso de Colombia. (28 de Octubre de 1993). Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993] D.O.: 41.094

Congreso de Colombia. (16 de Julio de 2007). Medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150 de 2007] D.O.: 46.691

Presidente de la República. (17 de julio de 2013). Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. [Decreto 1510 de 2013]

Presidente de la República. (3 de noviembre de 2011). Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente-, se determinan sus objetivos y estructura. [Decreto – ley 4170 de 2011]

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Bloque “Héroes de Granada”, 110016000253 2009 83846 (SALA DE JUSTICIA Y PAZ TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN 21 de febrero de 2019).

Corte Constitucional, Sala tercera de revisión. (25 de febrero de 2016) Sentencia T-095- 16. [MP Alejandro Linares Cantillo]

Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de noviembre de 2018) Sentencia SU- 123- 18, 2018 [MP Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes]