**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Personas en condición de discapacidad – Incentivo legal – Puntaje adicional – Requisitos**

[…] En los procesos de licitación pública o concurso de méritos, para obtener el puntaje adicional, por tener vinculadas personas en condición de discapacidad en la planta de personal, se debe acreditar: i) el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal; y ii) el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal.

Para el primer requisito, la norma prevé que la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, deberá certificar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes, a la fecha de cierre del procedimiento de selección. Tratándose de proponentes singulares, la acreditación de esta condición se cumple con la certificación expedida por: i) la persona natural o ii) el representante legal de la persona jurídica o su revisor fiscal, cuando deba tenerlo.

Cuando se trate de proponentes plurales, esto es, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, cada integrante debe certificar de forma independiente el número de trabajadores vinculados a sus plantas de personal, ya sea directamente en el caso de personas naturales, o por conducto de su representante legal o revisor fiscal, en el caso de las personas jurídicas.

[…]

La entidad estatal tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento [40%] de la experiencia requerida en el procedimiento de contratación. Como se señaló previamente, la acreditación de los requisitos corresponderá de forma independiente al integrante que aporte el porcentaje mínimo de experiencia requerida.

**ACCIONES AFIRMATIIVAS – Contratación estatal – Deber de selección objetiva – Derecho a la igualdad**

[…] según la jurisprudencia constitucional, la implementación de medidas de acción afirmativa como requisitos puntuables dentro de procesos de selección, no constituye en sí misma una desatención del deber de selección objetiva, como quiera que la necesidad de inclusión permite generar una posición favorable en el proceso de contratación para los competidores que favorezcan la participación del grupo cuya exclusión se pretende aliviar, sin que ello objetivamente impida a las respectivas entidades cumplir con la obligación de escoger la oferta más favorable para la entidad conforme a las reglas que impone el deber de selección objetiva.

[…]

En ese sentido, el cumplimiento del mandato del artículo 5-2 de la Ley 1150 de 2007, según el cual «oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad»,  no se vería conculcado por la inclusión de factores de ponderación que vayan en procura de la participación de grupos excluidos, siempre que estas medidas de inclusión garanticen el cumplimiento del objeto contractual y efectivamente constituyan una ventaja competitiva idónea para garantizar el acceso en igualdad de oportunidades al grupo marginado y la menos lesiva para quienes no se encuentren beneficiados por la misma […].

**ACCIONES AFIRMATIIVAS – Contratación estatal – Criterios ponderables – Requisitos – Implementación – Factores puntuables**

[…] las entidades públicas en la estructuración de sus procesos de selección de selección abreviada, tienen la facultad de incluir medidas de acción afirmativa en favor de grupos marginados, en la modalidad de criterios ponderables, estando en la libertad de adoptar medidas iguales a las contempladas en el Decreto 392 de 2018 como de obligatoria observancia en las licitaciones públicas y concursos de méritos, o incluso de adoptar otras distintas en favor de otros grupos marginados de la actividad económica, siempre que las mismas se encuadren dentro de las reglas que el deber de selección objetiva impone, y siempre que ello haya sido específicamente detallado en el correspondiente pliego de condiciones o documento equivalente.

[…]

Esta interpretación se encuentra acorde con lo dispuesto al respecto en la «Guía de compras públicas socialmente responsables», expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, en la cual se establece que podrán incorporarse este tipo de cláusulas siempre que: i) estén vinculadas al objeto del contrato; ii) sean específicas y objetivamente cuantificables; iii) tengan difusión, publicidad amplia al mencionarse expresamente en los avisos de convocatoria y en los pliegos de condiciones; y iv) cumplan con los principios y normativa del sistema de compra pública.

Bogotá D.C., **24/02/2020 Hora 16:51:24s**

**N° Radicado: 2202013000001215**

Señor

**Martín Elías Salcedo**

Facatativá, Cundinamarca

**Concepto C - 063 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | INCENTIVO LEGAL PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD / PUNTAJE ADICIONAL — Requisitos / ACCIONES AFIRMATIIVAS / CONTRATACIÓN ESTATAL — Deber de selección objetiva — Derecho a la igualdad — Criterios ponderables — Requisitos para implementar acciones afirmativas como factores puntuables. |
| **Radicación:** | Respuesta a consultas # 4202012000000335 y 4202013000000465 |

Estimado señor Salcedo,

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde sus consultas con radicados No. 4202012000000335 de 20 de enero de 2020, y No. 4202013000000465 de 23 de enero de 2020, remitida por el Departamento Nacional de Planeación.

1. **Problemas planteados**

Revisado el contenido de sus peticiones, se advierte que el objeto de las consultas elevadas consiste en la absolución de los siguientes interrogantes, subsumiéndose la segunda en la primera:

«i) ¿Se estaría quebrantando el ordenamiento Jurídico o el estatuto contractual, si una entidad en un proceso de selección abreviada de menor cuantía establece como criterio puntuable asignación de puntaje para aquellos oferentes que acrediten la vinculación de personal en condición de discapacidad en los mismos términos del Decreto 392 de 2018?; ii) ¿Podría la entidad incluir este criterio en una selección abreviada de menor cuantía, a pesar de que el Decreto lo dispone como obligatorio solo para procesos de licitación pública y concurso de méritos?; iii) ¿ Puede la entidad acoger de manera autónoma este incentivo en procesos de selección sin incurrir en extralimitación?; iv) ¿Puede la entidad definir este criterio en procesos de selección abreviada a título de acción afirmativa que propende por la vinculación de personal en condición de discapacidad al mercado laboral?; y v)¿Puede la entidad otorgar un puntaje razonablemente superior al 1% del total?».

1. **Consideraciones**

Para resolver la presente consulta se analizarán los siguientes temas: i) incentivos en los procedimientos de selección para los proponentes que cuenten con personas en condición de discapacidad según la Ley 1618 de 2013 y el Decreto 392 de 2018; ii) acciones afirmativas en procesos de contratación; y iii) criterios de acción afirmativa como factores ponderables en procesos de selección abreviada.

**2.1. Incentivos en los procedimientos de contratación para los proponentes que cuenten con personas en condición de discapacidad según la Ley 1618 de 2013 y el Decreto 392 de 2018**

Esta Subdirección, en el concepto con radicado No. 4201913000004446 del 13 de agosto de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos identificados con radicado No. 4201912000005689 del 16 de septiembre de 2019, radicado No. 4201913000006154 del 10 de octubre de 2019, radicado No. 4201912000006258 del 3 de octubre de 2019 y radicado No. 4201913000007151 del 2 de diciembre de 2019, estudió los requisitos para acreditar que el proponente cuente con el personal en situación de discapacidad, con la finalidad de obtener puntaje por el incentivo desarrollado en el Decreto 392 de 2018. La tesis sostenida en estos conceptos se expone a continuación.

La Ley 1618 de 2013 estableció varias reglas para estimular el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad[[1]](#footnote-2). En particular, el artículo 13 le ordenó al Gobierno Nacional expedir un reglamento para incentivar a las empresas que en su planta de personal tengan vinculado personal en situación de discapacidad:

Artículo 13. Derecho al trabajo. Todas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009, el Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces y demás entidades competentes establecerán entre otras, las siguientes medidas:

1. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, expedirá el decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, para las empresas que en su planta de personal tengan personas con discapacidad contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, y para las empresas de personas con discapacidad, familiares y tutores.[…]

7. El Gobierno Nacional deberá implementar mediante Decreto reglamentario un sistema de preferencias a favor de los empleadores particulares que vinculen laboralmente personas con discapacidad debidamente certificadas, en un porcentaje mínimo del 10% de su planta de trabajadores. Tal sistema de preferencias será aplicable a los procesos de adjudicación y celebración de contratos, y al otorgamiento de créditos o subvenciones de organismos estatales.

8. Los gobiernos nacional, departamentales, distritales y municipales, deberán fijar mediante decreto reglamentario, en los procesos de selección de los contratistas y proveedores, un sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad.

El artículo 13.1 de la Ley 1618 de 2013 dispone que el Gobierno Nacional debe expedir un reglamento para asignar una «puntuación adicional» en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa; mientras que los numerales 7 y 8 exigen que el reglamento desarrolle un «sistema de preferencias». Por tanto, existen diferencias entre los numerales citados, y es necesario precisarlas, porque este documento se desarrolla con base en ellas.

En primer lugar, sobre el «sistema de preferencias», para cumplir el mandato de los numerales 7 y 8, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1082 de 2015, pues el artículo 2.2.1.1.2.2.9. creó factores de desempate, y la regla del numeral 4 dispone una «preferencia» para las propuestas cuando el oferente cuente con por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina en condición de discapacidad[[2]](#footnote-3).

Esto se ratificó en el Decreto 392 de 2018, que no solo reglamentó el «puntaje adicional», es decir, el mandato del numeral 1 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sino que, como su título lo indica, reglamentó el numeral 8[[3]](#footnote-4), puesto que en el artículo 2.2.1.2.4.2.8., adicionado al Decreto 1082 de 2015, incluyó una referencia al «sistema de preferencias» del artículo 2.2.1.1.2.2.9 y su regla número 4 del Decreto 1082 de 2015[[4]](#footnote-5).

En segundo lugar, teniendo en cuenta que la norma impuso la obligación de expedir el reglamento para materializar lo dispuesto en la Ley 1618 de 2013, respecto del «puntaje adicional», se expidió el Decreto 392 de 2018, «Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad». Este Decreto prevé el deber de las entidades del Estado de otorgar un puntaje adicional en los procesos de selección de contratistas del Estado, en las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, a quienes tengan contratadas personas con discapacidad en su planta de personal.

De conformidad con lo anterior, el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.2.4.2.6., adicionado por el Decreto 392 de 2018, regula el puntaje adicional para los proponentes que tengan vinculados trabajadores en condición de discapacidad.

En ese orden de ideas, el artículo 2.2.1.2.4.2.6. del Decreto 1082 de 2015 establece que debe asignarse el uno por ciento (1%) de puntaje adicional a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, de acuerdo con los requisitos previstos en el Decreto en mención.

Artículo 2.2.1.2.4.2.6. Puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal, de acuerdo con los siguientes requisitos:

1. La persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.

2. Acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal, de conformidad con lo señalado en el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, el cual deberá estar vigente a la fecha de cierre del proceso de selección […]

De conformidad con esta norma, en los procesos de licitación pública o concurso de méritos, para obtener el puntaje adicional, por tener vinculadas personas en condición de discapacidad en la planta de personal, se debe acreditar: i) el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal; y ii) el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal.

Para el primer requisito, la norma prevé que la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, deberá certificar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes, a la fecha de cierre del procedimiento de selección. Tratándose de proponentes singulares, la acreditación de esta condición se cumple con la certificación expedida por: i) la persona natural o ii) el representante legal de la persona jurídica o su revisor fiscal, cuando deba tenerlo.

Cuando se trate de proponentes plurales, esto es, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, cada integrante debe certificar de forma independiente el número de trabajadores vinculados a sus plantas de personal, ya sea directamente en el caso de personas naturales, o por conducto de su representante legal o revisor fiscal, en el caso de las personas jurídicas.

Para llegar a la anterior conclusión hay que tener en cuenta que la condición es propia de la persona natural o jurídica que pretende acreditarla, con el propósito de obtener el puntaje. Por lo tanto, cuando la norma alude a «la planta de personal del proponente o sus integrantes», debe entenderse de conformidad con el tipo de proponente que se presente al procedimiento de selección. Por lo tanto, «proponente» es tanto la persona natural como la jurídica que se presenta singularmente, así como las estructuras plurales, trátese de consorcio o unión temporal; de allí que la expresión «o sus integrantes», califica el proponente y se refiere a los integrantes de las estructuras plurales enunciadas.

Por otro lado, el parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.2.6. establece la siguiente regla, aplicable a las ofertas presentadas por los proponentes plurales:

Parágrafo. Para efectos de lo señalado en el presente artículo, si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación.

De acuerdo con este parágrafo, la entidad estatal tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida en el procedimiento de contratación. Como se señaló previamente, la acreditación de los requisitos corresponderá de forma independiente al integrante que aporte el porcentaje mínimo de experiencia requerida.

* + 1. **Elementos de las normas que regulan el «puntaje adicional» y el «sistema de preferencias» en favor de personas en condición de discapacidad –Ley 1618 de 2013 y Decreto 392 de 2018–**

El «puntaje adicional» y el «sistema de preferencias», implementados por la Ley 1618 de 2013 y el Decreto 392 de 2018, consta de los siguientes elementos normativos:

**i) Órdenes de la ley**

La Ley 1618 de 2013 le impuso al Gobierno reglamentar dos temas: i) el «puntaje adicional» –artículo 13.1–, y ii) el «sistema de preferencias» –artículo 13.7 y 13.8–. Sobre el primero, la orden se la impartió legislador al Gobierno Nacional, quien cumplió expidiendo el Decreto 392 de 2018, cuyo título así lo expresa, al decir que reglamenta «los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad».

Por otra parte, sobre el «sistema de preferencias», los numerales 7 y 8 del artículo 13 contiene dos órdenes: i) al Gobierno Nacional y ii) a los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal. El Gobierno Nacional cumplió la orden de establecer un «sistema de preferencias», y lo hizo al expedir el Decreto 1082 de 2015, que en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. reguló los factores de desempate, y según la literalidad de cada regla, se utiliza la palabra «preferir», es decir, es un «sistema de preferencias».

El Gobierno Nacional también expidió el Decreto 392 de 2018 para cumplir la orden mencionada, ya que el título del Decreto señala que se reglamentan los numerales 1 y 8, y en el artículo 2.2.1.2.4.2.8., adicionado al Decreto 1082 de 2015, invoca el «sistema de preferencias» regulado por el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015.

**ii) Porcentaje de trabajadores en condición de discapacidad**

El porcentaje mínimo de trabajadores en condición de discapacidad que exige la ley es diferente cuando se trata de aspirar a obtener el «puntaje adicional» en un procedimiento de selección, donde no se establece un porcentaje, solo se señala que deben tener «personas con discapacidad contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas»[[5]](#footnote-6); y el «sistema de preferencias», que establece «un porcentaje mínimo del 10% de su planta de trabajadores» para aspirar a obtener sus beneficios[[6]](#footnote-7).

**iii) Tipo de vinculación de los trabajadores en condición de discapacidad**

Sobre el «puntaje adicional», como se mencionó, la Ley 1618 de 2013 solo señala que las personas con discapacidad deben estar contratadas con las condiciones que establece la ley, y el reglamento lo desarrolló al exigir un certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, de lo cual se infiere que la vinculación debe ser laboral —no de prestación de servicios o de otro tipo—, atendiendo a las competencias de esta entidad, quien tiene como objetivo ocuparse de las relaciones laborales[[7]](#footnote-8), que excluyen los contratos de prestación de servicios regulados en el Código Civil.

Para el «sistema de preferencias», la norma es clara al señalar que los empleadores particulares deben vincular laboralmente a las personas en situación de discapacidad, lo cual también requiere certificado del Ministerio de Trabajo para aplicar la regla de preferencia prevista en el Decreto 1082 de 2015, para desempatar ofertas con igual puntaje total.

**iv) Certificado expedido por el Ministerio de Trabajo**

Sobre el «puntaje adicional», y para acreditar el segundo requisito del artículo 1 del Decreto 392 de 2019 —número mínimo de personas vinculadas en la planta de personal, en condición de discapacidad—, se debe aportar un certificado expedido a nombre del proponente —persona natural o jurídica, o del integrante de la estructura plural—, por parte del Ministerio de Trabajo, que dé cuenta de esta condición. Este certificado debe estar vigente al cierre del procedimiento de selección.

Los requisitos del artículo 1 del Decreto 392 de 2018 —para acreditar la vinculación de personas en condición de discapacidad—, se le exigen a cada persona natural o jurídica, sea singular o integrante de una estructura plural. Es el caso del certificado del Ministerio de Trabajo que se expide de forma independiente o de la planta de personal que se tiene en cuenta para verificar el número de trabajadores en condición de discapacidad, que se deben acreditar frente al número de trabajadores con que cuenta la planta de personal.

Por lo tanto, en los procedimientos de licitación o concurso de méritos debe presentarse el certificado suscrito por la persona natural, por el representante legal de la persona jurídica o por el revisor fiscal del proponente o integrante que pretenda acreditar esta condición, acompañado del certificado expedido por el Ministerio de Trabajo.

Respecto al «sistema de preferencias», como se mencionó, el artículo 13.7 de la Ley 1618 de 2013 señala que las personas con discapacidad, vinculadas laboralmente, deben estar certificadas, y el Ministerio de Trabajo tiene la competencia para hacerlo, de conformidad con el Decreto 4108 de 2011.

En ese sentido, esta Subdirección, en el concepto con radicado No. 4201814000006210 del 7 de septiembre de 2018, le consultó al Ministerio de Trabajo sobre el certificado para acreditar el personal en situación de discapacidad, con la finalidad de obtener los incentivos previstos en los Decretos 1082 de 2015 y 392 de 2018.

El Ministerio informó que para certificar la vinculación laboral simplificó y unió ambos trámites en una certificación, por lo cual solicita a los empleadores la información para verificar lo previsto en las dos normas –«sistema de preferencias» o factor de desempate, y «puntaje adicional»–, aclarando que si solo se aporta la información necesaria para uno de los dos trámites el certificado se expide con la información aportada por el empleador al hacer la solicitud, sin que esto implique solicitar, por parte del Ministerio de Trabajo, documentos adicionales a los establecidos para cada caso en la normativa.

Por lo tanto, si el empleador acredita que el personal en situación de discapacidad tiene un periodo de vinculación inferior a 1 año, así constará en el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, y la entidad, con fundamento en este, asignará el puntaje correspondiente al (1%) del total de los puntos; y en caso de presentarse un empate en el puntaje total de dos o más ofertas no podrá preferir la oferta de este proponente, porque para esto se requiere mínimo 1 año de vinculación[[8]](#footnote-9).

Así, siendo el Ministerio de Trabajo la entidad a quien el Decreto 392 de 2018 le asignó la competencia para expedir el certificado, respecto de la planta de personal del proponente que busca obtener el puntaje adicional vinculando personal en condición de discapacidad, en la cantidad señalada en la misma norma, dicha entidad es la competente para dar las directrices respecto de las condiciones que debe informar el proponente, con el fin de que se elabore y entregue el certificado, que, como se mencionó, contendrá la información aportada por el interesado.

* 1. **Acciones afirmativas en procesos de contratación**

Según lo arriba desarrollado, ni en la Ley 1618 de 2013, ni en la reglamentación del Decreto 392 de 2018 se hizo referencia a la inclusión de incentivos o preferencias en favor de la población con discapacidad, dentro de procesos de selección distintos a la licitación pública y el concurso de méritos, en los que se reguló el referido «puntaje adicional».

No obstante, la posibilidad de incluir incentivos en procesos de contratación que favorezcan la participación de grupos particulares que tradicionalmente han sido discriminados o excluidos de la actividad económica, ha sido un asunto abordado por la jurisprudencia constitucional en distintas oportunidades, al analizar los mandatos para las entidades estatales que se desprenden del artículo 13[[9]](#footnote-10) superior, referente al derecho a la igualdad.

Al respecto, la Corte Constitucional ha resuelto casos en los que la materialización del derecho a la igualdad, en el marco de procesos de contratación pública, debió implicar la adopción de medidas en favor de grupos tradicionalmente discriminados o marginados, encuadradas dentro del concepto de acciones afirmativas, en procura de la igualdad sustantiva de estos grupos con problemas de desigualdad de oportunidades, al punto que la implementación de este tipo de acciones se hace imperativa para garantizar dicho derecho fundamental[[10]](#footnote-11).

En la sentencia T-724 de 2003, la Corte se pronunció sobre acciones de tutela interpuestas por la población recicladora de Bogotá, contra el Distrito de Bogotá, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la actuación de buena fe, ya que dentro de la Licitación No. 001 de 2002 dirigida a seleccionar un proveedor para la prestación del servicio público de aseo urbano bajo el esquema de áreas de servicio exclusivo, no se incluyeron acciones afirmativas que permitieran la participación preferencial de una población vulnerable y marginal como son los recicladores, a quienes se ponía a competir en igualdad de condiciones con poderosos grupos económicos y por el contrario, se establecieron requisitos de experiencia, financieros y organizacionales que a su criterio solo podían cumplir los operadores de ese entonces, La Corte expresó:

Por acciones afirmativas se entiende todo tipo de medidas o políticas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación, con el fin de conseguir una mayor igualdad sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades. […]

Nuestro ordenamiento constitucional prevé ese tipo de medidas. Así, el artículo 13-2 de la Constitución Política señala como una obligación del Estado la de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas a favor de grupos discriminados o marginados. […]

En el caso que nos ocupa la Corte encuentra que la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá, no observó el mandato constitucional que la constriñe a adoptar medidas a favor de grupos marginados o discriminados, como lo son los recicladores, tal como se demostrará a continuación. De acuerdo con el Pliego de Condiciones el servicio a contratar incluye la recolección del material recuperable. En efecto, al delimitarse el objeto del contrato se establecieron como actividades de obligatorio cumplimiento por parte de los concesionarios la de realizar la recolección del material recuperable,

[…] Sin embargo, no se incluyó por parte de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital ninguna medida efectiva que permita la participación de la Asociación de Recicladores de Bogotá, como grupo marginado de la sociedad, tendiente al mantenimiento y fortalecimiento de la actividad que han venido desarrollando a través del tiempo, como medio de subsistencia[[11]](#footnote-12).

Respecto de una situación similar se pronunció el Alto tribunal constitucional en la sentencia T-291 de 2009, donde resolvió las pretensiones contenidas en las tutelas interpuestas por un grupo de recicladores de la ciudad de Cali, contra la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali «EMSIRVA ESP», la Corporación Autónoma Regional del Valle - CVC, el Departamento Administrativo del Medio ambiente - DAGMA, y el Departamento Administrativo de Planeación Municipal de la Alcaldía Municipal de Cali, al considerar que los requisitos de participación que se establecieron en la Convocatoria pública No. 002 de 2009, cuyo objeto consistía en la adjudicación del «contrato para la operación de los servicios de recolección de los residuos sólidos, barrido y la limpieza de vías y áreas públicas», impedían el disfrute de derechos de los recicladores de Cali, como grupo marginado o discriminado, al excluirlos de la posibilidad de participar del proceso de selección.

La Corte manifestó que, si bien la implementación de tal restricción a la libertad económica y la participación del mencionado grupo podría entenderse como una determinación adoptada para mejorar en la eficiencia o la calidad del servicio, o para ampliar su cobertura, la misma debió ir aparejada de un análisis riguroso que permitiera esclarecer si la medida: i) obedecía a una finalidad imperiosa; ii) resultaba necesaria ante la inexistencia de mecanismos alternativos menos onerosos en término de sacrificio de derechos; y iii) era proporcionada en sentido estricto:

Como se ha señalado en esta providencia, si bien es cierto que la regulación de los servicios públicos compete al legislador, y que el Estado puede tomar determinaciones que limiten la participación, la libre empresa y la libre competencia en la búsqueda de la eficiencia en su prestación, de la calidad del servicio o de la ampliación de su cobertura, lo cierto es que toda restricción al ejercicio de un derecho debe estar precedida por condiciones de razonabilidad y proporcionalidad. Como arriba se señaló, si bien ordinariamente el análisis de las restricciones a la libertad económica, se analizan en principio bajo un estándar leve, cuando dichas restricciones impactan el ejercicio de derechos de personas ubicadas en condiciones de marginalidad y discriminación, el estándar de evaluación debe ser más riguroso. Es decir que las autoridades están obligadas a demostrar que dicha restricción (i) obedece a una finalidad imperiosa, (ii) necesaria ante la inexistencia de mecanismos alternativos menos onerosos en término de sacrificio de derechos, y (iii) proporcionada en sentido estricto. […]

Con todo, y si en gracia de discusión se señalara que dicha exclusión obedece a criterios de eficiencia y protección ambientales en la prestación de un servicio público, no se observa cómo la participación de los recicladores en el manejo y aprovechamiento de residuos sólidos, en un contexto como el colombiano, atenta contra la eficiencia y la protección del medio ambiente. Por el contrario, lo que observa la Corte es que en países en los que no existe cultura de separación de residuos en la fuente, como es el caso de nuestro país, los recicladores tienen mucho que aportar en la materia[[12]](#footnote-13).

Además de los anteriores casos, en la sentencia C-932 de 2007 la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, norma que en ese entonces desarrollaba el deber de selección objetiva y señalaba los criterios que debían contemplar las entidades públicas para la escogencia de sus contratistas. En dicho pronunciamiento, la Corte también estudió la constitucionalidad de los artículos 24, numeral 5, literal b, y 30, parágrafo de la Ley 80 de 1993, encontrándolos exequibles «en el entendido de que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que, dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas».

Para llegar a tal entendimiento, la Corte analizó si el hecho de que no se previera de manera expresa en dichas normas la posibilidad de incluir cláusulas de acción afirmativa en el marco de procesos de contratación significa o no una prohibición en dicho sentido o si su implementación constituye un desmedro del deber de selección objetiva, interpretaciones que fueron descartadas por dicha Corporación, en el entendido de que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad en la contratación administrativa no excluyen la adopción de acciones afirmativas.

En el caso concreto de los artículos 24, numeral 5, literal b, y 30, parágrafo, de la Ley 80 de 1993, la Corte encuentra que el establecimiento del deber de selección objetiva en la escogencia del contratista, que orienta el proceso de licitación o concurso previsto para la contratación del Estado no configura una omisión legislativa relativa, pues si bien es cierto que en desarrollo de su potestad de configuración, el legislador no estableció en forma expresa acciones afirmativas, no lo es menos que no sólo no las prohíbe, sino que las ha autorizado en otras normas que son exigibles en el proceso de selección y adjudicación de contratos estatales mediante licitación y concurso. En efecto, el hecho de que el Estatuto de la Contratación hubiere exigido al administrador la escogencia de las propuestas más favorables o del mejor ofrecimiento al Estado no niega la existencia de acciones afirmativas en la contratación. O dicho de otro modo, la omisión en la regulación de medidas de discriminación positiva en el estatuto de la contratación administrativa no puede entenderse como una prohibición de regulación. […]

23. De todas maneras, ante la ausencia de una previsión expresa en los artículos 24, numeral 5, literal b, y 30, parágrafo, de la Ley 80 de 1993 a este respecto, que supondría una discriminación en caso de interpretarse que no admite una acción afirmativa para grupos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, la Corte considera necesario excluir la interpretación literal de la norma que sería contraria al artículo 13 de la Constitución, para señalar que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad en la contratación administrativa no excluyen la adopción de medidas de acciones afirmativas en los pliegos de condiciones ni la determinación de medidas favorables en casos de contratación directa en los que existe mayor grado de discrecionalidad para señalar los criterios de selección del contratista. Por esta razón, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de las disposiciones, limitando la cosa juzgada al análisis del artículo 13 de la Carta[[13]](#footnote-14).

En ese orden de ideas, según la jurisprudencia constitucional, la implementación de medidas de acción afirmativa como requisitos puntuables dentro de procesos de selección, no constituye en sí misma una desatención del deber de selección objetiva, como quiera que la necesidad de inclusión permite generar una posición favorable en el proceso de contratación para los competidores que favorezcan la participación del grupo cuya exclusión se pretende aliviar, sin que ello objetivamente impida a las respectivas entidades cumplir con la obligación de escoger la oferta más favorable para la entidad conforme a las reglas que impone el deber de selección objetiva.

Cabe resaltar que si bien las normas analizadas por la Corte difieren en algunos aspectos del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que desarrolla actualmente el deber de selección objetiva, estas mantienen la experiencia, la capacidad financiera y de organización, así como las ventajas comparativas en calidad o precio como criterios que deben tener en cuenta las entidades públicas para seleccionar a los oferentes en sus procesos de selección.

En ese sentido, el cumplimiento del mandato del artículo 5-2 de la Ley 1150 de 2007, según el cual «oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad»  no se vería conculcado por la inclusión de factores de ponderación que vayan en procura de la participación real de grupos excluidos, siempre que estas medidas de inclusión garanticen el cumplimiento del objeto contractual y efectivamente constituyan una ventaja competitiva idónea para garantizar el acceso en igualdad de oportunidades al grupo marginado y la menos lesiva para quienes no se encuentren beneficiados por la misma, con los requisitos que se precisaran más adelante.

**2.3 Criterios de acción afirmativa como factores ponderables en los procedimientos de selección**

Cuando el Decreto 1082 de 2015 establece que el pliego de condiciones debe contener criterios de selección, debe entenderse que esto se refiere a requisitos habilitantes y criterios ponderables o sujetos a puntaje, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007.

Dicha Ley, en su artículo 5, regula el principio de selección objetiva, que busca que las entidades seleccionen la oferta más favorable a sus necesidades, debiendo tener en cuenta: i) el interés general que se pretende satisfacer con el contrato y ii) no considerar factores que limiten de forma injustificada la pluralidad de oferentes[[14]](#footnote-15). La Corte Constitucional ha señalado frente a la selección objetiva, que la entidad pública no puede favorecer una oferta por factores subjetivos:

De dichos textos (artículos 24 y 29 derogado de la Ley 80 de 1993) se desprende claramente, en consecuencia, la voluntad del legislador de que el proceso de selección del contratista sea ajeno a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria. Dicha voluntad, atendiendo los principios constitucionales y en particular los señalados en el artículo 209 superior, se extiende a todas las fases del contrato, desde su preparación hasta su liquidación, de manera que en todo su desarrollo se observen rigurosamente los parámetros establecidos por la ley y por los pliegos de condiciones en las diferentes etapas y actuaciones y se adopte una conducta leal, diáfana y veraz conforme al postulado de la buena fe y la mutua confianza entre quienes intervienen en la actividad contractual[[15]](#footnote-16).

Adicionalmente, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 contiene 4 reglas que la entidad debe observar para establecer los criterios de escogencia y de calificación en los pliegos de condiciones. En primer lugar, la norma enuncia los que denomina requisitos habilitantes: i) capacidad jurídica, ii) experiencia, iii) capacidad financiera y iv) capacidad organizacional; los cuales no otorgan puntaje y se verifican con el RUP. Estos requisitos permiten que una persona participe en el proceso de selección porque es hábil o tiene capacidad para celebrar y cumplir el contrato, es decir, que cuenta con aptitudes que cumplen las exigencias mínimas de la entidad.

En segundo lugar, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece como regla el concepto de *oferta más favorable* para indicarle a las entidades qué deben tener en cuenta para seleccionar la oferta que, por las ventajas que representa para satisfacer la necesidad de la entidad, es la que debe ser la ganadora o adjudicataria en el proceso. Esta norma fue complementada por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011[[16]](#footnote-17), y reglamentada por el Decreto 1082 de 2015, estableciendo que la oferta más favorable debe seleccionarse de acuerdo con las normas de cada modalidad de selección, pero para el caso de la licitación pública y la selección abreviada de menor cuantía se señalan dos criterios que las entidades deben tener en cuenta, optando por alguno de los dos: i) la ponderación de calidad y precio con puntaje o fórmulas, o ii) la ponderación de calidad y precio con los criterios que señala la norma referidos a la relación costo-beneficio[[17]](#footnote-18).

Como tercer y cuarto criterio señalados en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se establecen dos reglas particulares para dos modalidades de selección: i) en la selección abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes el único factor de asignación de puntaje será el menor precio ofrecido; y ii) para el concurso de méritos los factores ponderables deben estar relacionados con aspectos técnicos, y se puede considerar la experiencia específica del oferente y el equipo de trabajo, sin que sea posible calificar el precio.

Revisadas las reglas del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, respecto de los criterios de selección, el corolario de los argumentos expuestos está determinado por lo señalado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 citado, sobre el contenido del pliego de condiciones, ya que sus reglas, disposiciones o requisitos deben ser objetivos; y el inciso primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 puntualiza lo que debe entenderse por ello, estableciendo que lo objetivo es aquello que no esté relacionado con intereses o afecto hacia el oferente.

En ese orden, según lo aseverado sobre la Ley 1618 de 2013 y el Decreto 392 de 2018, resulta claro que el puntaje adicional del uno por ciento (1%), es una medida que obligatoriamente deben implementar las entidades estatales que adelanten procesos de selección en las modalidades de licitación pública o concurso de méritos, que puede entenderse como una acción afirmativa introducida por mandato del legislador en forma de criterio ponderable, en favor de un grupo tradicionalmente marginado del mercado laboral, como lo es la población en situación de discapacidad.

Tales aseveraciones nos sirven para dilucidar si al margen de lo regulado por el Decreto 392 de 2018 para los procesos de selección de licitación pública y concurso de méritos, concerniente al referido «puntaje adicional» para los proponentes que acrediten la vinculación de un diez por ciento (10%) de personas con discapacidad dentro de su planta de personal, las entidades estatales pueden o no implementar tal puntaje en desarrollo del procedimiento de selección abreviada, sin que ello contraríe el deber de selección objetiva.

En línea con lo manifestado por la Corte Constitucional en los pronunciamientos expuestos, habría que precisar que el ejercicio de las facultades de las entidades públicas en la estructuración de sus pliegos de condiciones, determinando, por ejemplo, los criterios técnicos y económicos sujetos a puntuación, les permite incluir a título criterios de acción afirmativa, factores ponderables como el puntaje adicional previsto en el Decreto 392 de 2018, en procedimientos de selección abreviada.

Ahora bien, según lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los factores puntuables dentro de los diferentes procesos de selección, que las entidades públicas están en el deber de determinar en los pliegos de condiciones, deben referirse necesariamente a aspectos *técnicos o económicos*. Tal prescripción, de cara a la adopción de medidas de acción afirmativa concretadas en criterios ponderables, implica que la discriminación positiva a implementar con la correspondiente inclusión, tenga cierta vinculación con el objeto contractual a adjudicar, lo cual no solo viene determinado por los límites de las facultades de las entidades estatales en ejercicio de sus competencias, sino también porque tal relación es indicadora de la *necesidad* de adopción de la medida, tal como sucedió en los casos de las sentencias T-724 de 2003 y T-291 de 2009, en los cuales la Corte, por ejemplo «previno a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá […], para que en futuras ocasiones incluyera acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, cuando se tratara de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que ellos desarrollan está ligada con dicho servicio»[[18]](#footnote-19).

Esta interpretación se encuentra acorde con lo dispuesto en la «Guía de compras públicas socialmente responsables», expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, en la cual se establece que podrán incorporarse este tipo de cláusulas siempre que: i) estén vinculadas al objeto del contrato; ii) sean específicas y objetivamente cuantificables; iii) tengan difusión, publicidad amplia al mencionarse expresamente en los avisos de convocatoria y en los pliegos de condiciones; y iv) cumplan con los principios y normativa del sistema de compra pública[[19]](#footnote-20).

Así pues, las entidades públicas en la estructuración de sus procesos de selección abreviada, tienen la facultad de incluir medidas de acción afirmativa en favor de grupos marginados, pudiendo incluir criterios ponderables bajo medidas iguales a las contempladas en el Decreto 392 de 2018 como de obligatoria observancia en las licitaciones públicas y concursos de méritos, o incluso adoptar otras distintas en favor de otros grupos marginados de la actividad económica, siempre que las mismas se encuadren dentro de las reglas que el deber de selección objetiva impone, y siempre que hayan sido detalladas en el correspondiente pliego de condiciones o documento equivalente.

Esto, en manera alguna puede traducirse en que las entidades públicas están en posición de introducir de manera caprichosa o genérica criterios ponderables como presuntas acciones afirmativas en favor de grupos indeterminados, para el desarrollo de cualquier objeto contractual. La validez de tales factores preferenciales de puntuación está condicionada por la existencia de una desigualdad material específicamente identificada, a la cual la entidad pública que estructura el proceso de contratación debe responder, con fundamento en los incisos segundo y tercero del artículo 13 constitucional, de acuerdo con el desarrollo realizado por la Corte Constitucional en las sentencias citadas, al estar tal asimetría relacionada con el desarrollo del objeto contractual vinculado al respectivo procedimiento de selección abreviada, de tal manera que el adelantamiento del procedimiento de selección sin la inclusión de tales medidas, devendría en una vulneración del derecho a la igualdad material de los miembros del grupo marginado.

1. **Respuesta**

«i) ¿Se estaría quebrantando el ordenamiento Jurídico o el estatuto contractual, si una entidad en un proceso de selección abreviada de menor cuantía establece como criterio puntuable asignación de puntaje para aquellos oferentes que acrediten la vinculación de personal en condición de discapacidad en los mismos términos del Decreto 392 de 2018?; ii) ¿Podría la entidad incluir este criterio en una selección abreviada de menor cuantía, a pesar de que el Decreto lo dispone como obligatorio solo para procesos de licitación pública y concurso de méritos?; iii) ¿ Puede la entidad acoger de manera autónoma este incentivo en procesos de selección sin incurrir en extralimitación?; iv) ¿Puede la entidad definir este criterio en procesos de selección abreviada a título de acción afirmativa que propende por la vinculación de personal en condición de discapacidad al mercado laboral?; y v)¿Puede la entidad otorgar un puntaje razonablemente superior al 1% del total?».

Conforme a las anteriores consideraciones, las entidades estatales tienen la facultad de incluir criterios de acción afirmativa como factores ponderables en los procesos de selección abreviada, siempre que las mismas estén vinculadas al objeto del contrato, sean específicas, estén objetivamente determinadas, sean cuantificables, se desarrollen detalladamente en los pliegos de condiciones, cumplan con los principios y normativa del sistema de compra pública.

En el ejercicio de tal facultad, las entidades pueden optar por extender a los procesos de selección abreviada la medida contenida en el Decreto 392 de 2018, otorgando un puntaje adicional del uno por ciento (1%) a los proponentes que acrediten los requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.6, o, por el contrario, pueden decantarse por implementar otro tipo de medidas en favor de distintos grupos poblacionales, otorgando incluso puntajes adicionales en porcentajes inferiores o superiores al señalado, e incluso optando por otras metodologías para la inclusión de factores de selección preferenciales, siempre que ello cumpla con las condiciones arriba señaladas, y que objetivamente sean las medidas más adecuadas y necesarias para afrontar la situación de desigualdad a la que busca responder la medida, de conformidad con los parámetros fijados por la Corte Constitucional.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Contratista |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. «Artículo 1. Objeto. El objeto de la presente ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009». [↑](#footnote-ref-2)
2. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.2.2.9. Factores de desempate. En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

   Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales: [...]

   «4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta». [↑](#footnote-ref-3)
3. Decreto 392 de 2018: «Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad». [↑](#footnote-ref-4)
4. Decreto 392 de 2015: «Artículo 1. Adiciónese la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, la cual tendrá tres nuevos artículos con el siguiente texto: [...]

   «Artículo 2.2.1.2.4.2.8. Sistema de preferencias. En cumplimiento de lo previsto en los numerales 7 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, si en la evaluación hay empate entre dos o más ofertas, la entidad estatal debe aplicar los criterios de desempate previstos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 de este decreto, incluyendo el contemplado en el numeral 4 del mencionado artículo». [↑](#footnote-ref-5)
5. Ley 1618 de 2013, artículo 13, numeral 1. [↑](#footnote-ref-6)
6. Ley 1618 de 2013, artículo 13, numeral 7. [↑](#footnote-ref-7)
7. Decreto 4108 de 2011: “Artículo 1. Objetivos. Son objetivos del Ministerio del Trabajo la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos para el trabajo, el respeto por los derechos fundamentales, las garantías de los trabajadores, el fortalecimiento, promoción y protección de las actividades de la economía solidaria y el trabajo decente, a través un sistema efectivo de vigilancia, información, registro, inspección y control; así como del entendimiento y diálogo social para el buen desarrollo de las relaciones laborales.

   »El Ministerio de Trabajo fomenta políticas y estrategias para la generación de empleo estable, la formalización laboral, la protección a los desempleados, la formación de los trabajadores, la movilidad laboral, las pensiones y otras prestaciones». [↑](#footnote-ref-8)
8. Ley 361 de 1997: «Artículo 24. Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación en situación de discapacidad tendrán las siguientes garantías:

   »a) A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación [...]». [↑](#footnote-ref-9)
9. «Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

   »El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

   »El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.» [↑](#footnote-ref-10)
10. Sentencias T-724 de 2003, C-932 de 2007,T-291 de 2009 y T-684A de 2011. [↑](#footnote-ref-11)
11. Corte Constitucional. Sentencia T-724 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería [↑](#footnote-ref-12)
12. Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez. [↑](#footnote-ref-13)
13. Corte Constitucional. Sentencia C-932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [↑](#footnote-ref-14)
14. Ley 1150 de 2007: «Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

    »1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

    »2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

    »En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

    »a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

    »b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

    »3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

    »4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

    »En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores». [↑](#footnote-ref-15)
15. Corte Constitucional. Sentencia C-128 de 2003, MP Álvaro Tafur Galvis [↑](#footnote-ref-16)
16. Ley 1474 de 2011: “Artículo 88. Factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

    »2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

    »En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

    »a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

    »b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad». [↑](#footnote-ref-17)
17. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.2.2.2. Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

    »En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

    »1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

    »2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de fun­cionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

    »3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

    »4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

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

    »La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido». [↑](#footnote-ref-18)
18. Corte Constitucional. Sentencia T-724 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería [↑](#footnote-ref-19)
19. Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente «Guía de compras públicas socialmente responsables». Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_cp_socialmente_responsables.pdf> [↑](#footnote-ref-20)