**CCE-DES-FM-17**

**PERSONAS CON DISCAPACIDAD *–* Incentivos *–* Régimen jurídico *–* Puntaje adicional *–* Nómina personas discapacidad**

Con la expedición de la Ley 1618 de 2013, el legislador estableció las disposiciones para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. El artículo 13 ordenó al Gobierno Nacional, expedir un reglamento que determinara la metodología mediante la cual, se otorgaría el puntaje adicional a las empresas que en su planta de personal tuvieran contratado personal en situación de discapacidad. […] Para estos efectos, el Gobierno Nacional 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», regulando el deber de las entidades del Estado de otorgar un puntaje adicional en los procedimientos de selección, especialmente, los que se desarrollan en las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, a quienes acrediten que al menos el 10% de su nómina está integrada por personas en situación de discapacidad. De esta manera, adicionó el artículo 2.2.1.2.4.6 al Decreto 1082 de 2015.

**TRABAJADORES EN CONDICION DE DISCAPACIDAD – Vinculación – Proponentes Persona jurídica – Certificado representante legal – Certificado revisor fiscal**

De acuerdo con lo anterior, el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.2.4.6, adicionado por el Decreto 392 de 2018, regula el puntaje para proponentes que acrediten vinculación de trabajadores en condición de discapacidad. En ese orden de ideas, el artículo 2.2.1.2.4.6 del Decreto 1082 de 2015 establece que debe asignarse un uno por ciento (1%) del total del puntaje a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores en condición de discapacidad en los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, de acuerdo con los requisitos previstos en el Decreto en mención. De esta manera, el numeral 1 del artículo en mención, establece que para que se otorgue el puntaje a los proponentes que tienen vinculados trabajadores en condición de discapacidad se requiere un certificado expedido por la persona natural, el representante legal de la persona jurídica *o*el revisor fiscal que certifique 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.

**PROCESO DE CONTRATACIÓN – Protección posterior – Supervisión – Continuidad trabajadores**

La finalidad de la Ley 361 de 1997 es la protección de la estabilidad laboral del trabajador en condición de discapacidad, de manera anterior y posterior al proceso de contratación. La protección laboral del trabajador en condición de discapacidad se hace en forma posterior realizando el seguimiento, a través de la supervisión de la ejecución del contrato, de conformidad con el articulo 2.2.1.2.4.2.7 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 392 de 2018, mediante el cual se garantiza la continuidad de los trabajadores con discapacidad, y en caso la disminución del porcentaje de trabajadores en la etapa contractual se podrá considerar como causal de incumplimiento contractual.

Bogotá D.C., **23/10/2020 14:41:56s**

**N° Radicado: 2202013000010472**

Señor

**Mansur Aljure Caicedo**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 647 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD *–* Incentivos *–* Régimen jurídico *–* Puntaje adicional *–* Nómina personas discapacidad / TRABAJADORES EN CONDICION DE DISCAPACIDAD – Vinculación – Proponentes Persona jurídica – Certificado representante legal – Certificado revisor fiscal / PROCESO DE CONTRATACIÓN – Protección posterior – Supervisión – Continuidad trabajadores.  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202013000008406 |
|  |  |

Estimado señor Aljure Caicedo:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 25 de septiembre de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta: «Si usted se ganó un contrato con 5 personas en condición de discapacidad, debe mantener 5 personas durante todo el desarrollo de dicho contrato, si usted cumplió el criterio de puntaje cuando se ganó el contrato, debe mantener la cantidad mínima de personas en condiciones de discapacidad de tal forma que siempre este en condición de cumplir el criterio […] La pregunta va encaminada a saber si ese % de personas se deben mantener todo el tiempo de ejecución del contrato o el % varía dependiendo de la plantilla de personal de la compañía, que en las condiciones actuales ha bajado de manera importante».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el Concepto 4201913000005084 del 23 de julio de 2019, reiterado y desarrollado en los Conceptos 4201913000004446 del 13 de agosto de 2019, 4201912000005689 del 16 de septiembre de 2019, 4201913000006373 del 18 de septiembre de 2019, 4201913000006154 del 10 de octubre de 2019, 4201912000006258 del 3 de octubre de 2019, 4201912000007756 del 16 de noviembre de 2019, 4201913000007151 del 2 de diciembre de 2019, C-019 del 14 de enero de 2020, C-022 del 20 de febrero de 2020, C-026 del 11 de febrero de 2020, C-030 del 28 de enero de 2020, C-137 del 26 de marzo de 2020, C-369 del 4 de junio de 2020, C-436 del 24 de junio de 2020, C-517 del 5 de agosto de 2020, C-555 del 24 de agosto de 2020, C-565 del 31 de agosto de 2020 y C-629 del 2 de octubre de 2019, estudió tanto el incentivo previsto en el Decreto 392 de 2018 como los requisitos para acreditar el personal en situación de discapacidad. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación.

Con la Ley 1618 de 2013, el legislador garantizó el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad[[1]](#footnote-1). Por ello, el artículo 13 ordenó al Gobierno Nacional expedir un reglamento que determinara la metodología mediante la cual se otorgaría el puntaje adicional a las empresas que en su planta tuvieran contratado personal en situación de discapacidad. En lo pertinente, la norma dispone que:

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.

[…]

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.

Para estos efectos, el Gobierno Nacional 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», regulando el deber de las entidades del Estado de otorgar un puntaje adicional en los procedimientos de selección, especialmente, los que se desarrollan en las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, a quienes acrediten que al menos el 10% de su nómina está integrada por personas en situación de discapacidad. De esta manera, adicionó el artículo 2.2.1.2.4.6 al Decreto 1082 de 2015, el cual dispone lo siguiente:

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 […]

Para obtener el puntaje adicional en los procedimientos de licitación pública y concurso de méritos, el proponente deberá acreditar: i) el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal y ii) el número mínimo de personas con discapacidad en la misma.

Para el *primer requisito*, la norma dispone 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 proceso de selección.

Para el caso de *proponentes singulares*, la acreditación del número total de trabajadores vinculados en la planta de personal se realizará a través de certificación emitida por: i) la persona natural o ii) el representante legal de la persona jurídica o su revisor fiscal cuando esté obligado a tenerlo. Por su parte, cuando se trate de *proponentes plurales*, esto es, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, la acreditación de requisito corresponderá a los integrantes en la forma antes enunciada. Por ende, deben certificar el número de trabajadores vinculados a la planta de personal, según se trate de persona natural o persona jurídica.

Por lo anterior es necesario tener en cuenta que esta condición es propia de la persona que pretende acreditar la obtención del puntaje de acuerdo con su naturaleza jurídica. En efecto, cuando el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.6 del Decreto 1082 de 2015 se refiere a «la planta de personal del proponente o sus integrantes», esta expresión debe entenderse de acuerdo al tipo de oferente. Así, la expresión «proponente» se refiere a las personas naturales o jurídicas que se presentan individual o colectivamente, en este último caso con independencia de que formen un consorcio, una unión temporal o suscriban una promesa de sociedad futura. De allí que la expresión «o sus integrantes», califica el oferente y se refiere también a los integrantes de las estructuras plurales mencionadas.

Por otro lado, el numeral 1 del artículo en mención dispone que, para asignar el puntaje adicional a los proponentes con trabajadores en condición de discapacidad, se requiere un certificado expedido por la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal que acredite 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.

De conformidad con la disyunción prevista en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.6 del Decreto 1082 de 2015, es posible que, tratándose de personas jurídicas, el representante legal firme la certificación requerida para otorgar puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad, siempre que la empresa o sociedad no esté obligada a contar con revisor fiscal. Lo anterior aplica a las personas jurídicas que se presentan en forma individual o colectiva, pues conforme con el Decreto 392 de 2018, tratándose de empresas o sociedades que están obligadas a tener revisor fiscal, este es quien certifica el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre[[2]](#footnote-2).

En todo caso, el parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «[…] 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». Esto significa que el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 392 de 2019 lo acredita el integrante de la estructura plural que aporte mas del cuarenta por ciento –40%– de la experiencia requerida en el procedimiento de contratación. Por el contrario, si el integrante que aporta este porcentaje mínimo de experiencia no tiene vinculados trabajadores con discapacidad, el consorcio, la unión temporal o la promesa de sociedad futura de que forma parte no podrá obtener puntaje por este criterio, aun cuando los demás integrantes –con un porcentaje menor de experiencia– cuenten con trabajadores discapacitados.

Para la acreditación del *segundo requisito*, esto es, el número mínimo de personas en condición discapacidad en su planta de personal, se deberá aportar el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo al proponente persona natural o jurídica, o al integrante de la estructura plural que cumpla con esta condición. Este certificado deberá estar vigente al cierre del procedimiento de selección.

Del artículo 2.2.1.2.4.2.6 del del Decreto 1082 de 2015 se observa que la solicitud de requisitos para la acreditación de la vinculación de personas en condición de discapacidad se refiere a cada uno de las personas naturales o jurídicas, bien sea de forma singular o como integrante de estructura plural, tal 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 la verificación del número de trabajadores en condición de discapacidad que se deben acreditar frente al número de trabajadores con que cuenta la planta de personal.

Finalmente, la forma de asignar el puntaje por vinculación de trabajadores en condición de discapacidad se establece como factor de calificación adicional a los criterios económicos y técnicos fijados por la entidad en los pliegos de condiciones. Por lo tanto, cuando el proponente acredite que en la planta de personal de la empresa tiene contratadas personas con discapacidad y presente los documentos respectivos para acreditar tal condición, el órgano que dirige el procedimiento de selección deberá realizar una operación aritmética sobre el valor total de los puntos establecidos como factores de calificación para verificar qué resultado corresponde al 1%, puntaje que deberá otorgar al oferente como incentivo por acreditar la condición de su equipo de trabajo en estado de discapacidad en los términos del reglamento.

De igual manera, el Decreto 392 de 2018 adicionó el articulo 2.2.1.2.4.2.7 al Decreto 1082 de 2015, estableciendo el deber que tiene la entidad estatal de verificar que, durante la ejecución del contrato, los proponentes adjudicatarios mantengan el número de trabajadores en condición de discapacidad en su planta de personal que dio lugar a la obtención del puntaje adicional de la oferta, so pena de constituirse incumplimiento del contrato. Para estos efectos, la norma dispone lo siguiente:

Artículo 2.2.1.2.4.2.7. Seguimiento durante la ejecución del contrato. Las entidades estatales a través de los supervisores o interventores del contrato según corresponda, deberán verificar durante la ejecución del contrato que los proponentes que resultaron adjudicatarios mantienen en su planta de personal el número de trabajadores con discapacidad que dio lugar a la obtención del puntaje adicional de la oferta. El contratista deberá aportar a la entidad estatal contratante la documentación que así lo demuestre.

Esta verificación se hará con el certificado que para el efecto expide el Ministerio de Trabajo y la entidad estatal contratante verificará la vigencia de dicha certificación, de conformidad con la normativa aplicable.

Parágrafo. *La reducción del número de trabajadores con discapacidad acreditado para obtener el puntaje adicional constituye incumplimiento del contrato por parte del contratista, y dará lugar a las consecuencias del incumplimiento previstas en el contrato y en las normas aplicables.* El procedimiento para la declaratoria de incumplimiento de que trata el presente artículo deberá adelantarse con observancia a los postulados del debido proceso, en aplicación de los principios que rigen la actividad contractual teniendo presentes los casos de fuerza mayor o caso fortuito. (Cursiva fuera de texto)

Así las cosas, se evidencia que el fin de la norma, en aplicación del principio de selección objetiva, es la aplicación de las reglas de incentivos en procesos contractuales en favor de las personas en condición de discapacidad. Las medidas de inclusión son una acción afirmativa que buscan eliminar la discriminación. En igual sentido, se evidencia que el Decreto 392 de 2018 impone el deber de hacer seguimiento a la ejecución del contrato, con el fin de garantizar los derechos de las personas en condición de discapacidad, por lo que incurre en incumplimiento el contratista que no mantenga en su planta de personal el número de trabajadores con discapacidad que dio lugar a la obtención del puntaje de la oferta. Esto obedece a la aplicación de principios constitucionales que brindan protección reforzada a este segmento de la población.

La finalidad de la Ley 1618 de 2013 es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad mediante la adopción, de medidas de inclusión de acción afirmativa y la eliminación de toda forma de discriminación por razón de discapacidad. En concordancia con la Ley 1346 de 2009, y en aplicación de los postulados constitucionales de estabilidad laboral para el trabajador en condición de discapacidad, asi como la protección de rango constitucional de este segmento poblacional, durante la ejecución del contrato, se debe dar aplicación a la regla consagrada en el artículo [2.2.1.2.4.2.7](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.7) del Decreto 1082 de 2015.

En virtud de lo anterior, la protección laboral del trabajador en condición de discapacidad, se realiza de forma posterior a través del seguimiento de la ejecución del contrato, en cabeza del supervisor del mismo, con la finalidad de garantizar la continuidad del trabajo para las personas en condición de discapacidad, pues el adjudicatario debe mantener en su planta de personal el número de trabajadores con discapacidad que dio lugar a la obtención del puntaje, pues la reducción de este, constituye incumplimiento del contrato y dará lugar a la aplicación de las normas que el tema.

 Es preciso señalar, que el articulo [2.2.1.2.4.2.7](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.7) del Decreto 1082 de 2015 contempla una norma aplicable durante el tiempo de ejecución del contrato, regla que tiene su fundamento en la estabilidad laboral de las personas en condición de discapacidad. Así las cosas, el contratista debe garantizar la continuidad del número de personas en situacion de discapacidad que, en virtud de su vinculación con aquel, dieron lugar a la obtención del puntaje adicional para efectos de la adjudicación.

1. **Respuesta**

«Si usted se ganó un contrato con 5 personas en condición de discapacidad, debe mantener 5 personas durante todo el desarrollo de dicho contrato, si usted cumplió el criterio de puntaje cuando se ganó el contrato, debe mantener la cantidad mínima de personas en condiciones de discapacidad de tal forma que siempre este en condición de cumplir el criterio […] La pregunta va encaminada a saber si ese % de personas se deben mantener todo el tiempo de ejecución del contrato o el % varía dependiendo de la plantilla de personal de la compañía, que en las condiciones actuales ha bajado de manera importante».

Conforme al artículo [2.2.1.2.4.2.7](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.4.2.7) del Decreto 1082 de 2015, los contratistas –durante el plazo de ejecución, y so pena de incumplimiento– deben mantener en su planta de personal el número de trabajadores con discapacidad que dio lugar a la obtención del puntaje adicional de la oferta. Esta circunstancia es independiente de que disminuya la planta de personal, pues debe garantizar las condiciones que dieron lugar a la aplicación de este incentivo. Por lo tanto, el número de personas en situación de discapacidad se debe mantener durante todo el contrato, sin que pueda disminuirse posteriormente.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Deisy Joanna Forero ForeroContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. Ley 1618 de 2013: «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-1)
2. Conforme al parágrafo 2 del artículo 13 de la Ley 43 de 1990, «Será obligatorio tener revisor fiscal en todas las sociedades comerciales, de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos».

La revisoría fiscal también es obligatoria en los casos previstos en el artículo 203 del Código de Comercio –sociedades por acciones; sucursales de compañías extrajeras; sociedades que voluntariamente lo dispongan, siempre que la decisión sea tomada por socios que representen como mínimo el 20 % del capital y no hagan parte de la administración de la entidad–, así como los demás dispuestos en la ley. [↑](#footnote-ref-2)