**TRABAJADORES EN CONDICION DE DISCAPACIDAD – Incentivos – Puntaje adicional – Factor de desempate**

Sin embargo, sea lo primero aclarar que el artículo 1 del Decreto 392 de 2018 establece un incentivo por el cual se asigna un puntaje adicional a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos así […]

Por otro lado, también existe la Ley 361 de 1997 para el caso exclusivo de desempate, que establece unos requisitos diferentes, entre ellos que las personas en condiciones de discapacidad que se encuentren vinculadas laboralmente sean contratadas por lo menos con anterioridad de un año. Por lo anterior, se entiende que la Ley 361 de 1997 creo un factor de desempate, diferente al puntaje adicional consagrado por el Decreto 392 de 2018, de tal forma que la acreditación de estos requisitos es diferente y se deben acreditar conforme a cada disposición.

**FACTORES DESEMPATE – Trabajadores con discapacidad – Acreditación – Número mínimo – Sistema de preferencias**

Ahora bien, el Decreto 1082 de 2015, que reglamenta el sistema de compras y contratación pública, en el artículo 2.2.1.1.2.2.9, establece los factores de desempate de las ofertas, señalando, en el numeral 4, que en caso de empate en cualquier tipo de proceso de selección debe preferir las ofertas presentadas por el proponente que acredité el número mínimo de trabajadores en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. En ese sentido, es el mismo Decreto 1082 de 2015 el que reglamenta y remite a la Ley 361 de 1997. La misma remisión se establece en el sistema de preferencias establecido por el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.2.4.2.8.

**ACCIONES AFIRMATIVAS – Factores de desempate – Trabajadores con discapacidad**

Revisando la constitucionalidad del literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, la Corte Constitucional, en la sentencia T 684ª de 2011, señaló respecto de su implementación en procesos de adjudicación, que: “El artículo aquí analizado, en virtud de los principios constitucionales que desarrolla, deberá tenerse en cuenta e implementarse en cualquier procedimiento de contratación en el que los requisitos exigidos por la norma se cumplan. Adicionalmente, debe señalarse que la norma en cuestión consagra una acción afirmativa sobre la población discapacitada, por lo cual, su aplicación cumple los propósitos de los artículos 13 y 54 de la Constitución Política y de los ya reseñados instrumentos internacionales, parte del bloque de constitucionalidad”.

**TRABAJADORES EN CONDICION DE DISCAPACIDAD – Estabilidad laboral – 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 con discapacidad, de manera anterior y posterior al proceso de contratación. En ese sentido, la protección anterior se garantiza al aplicar el mandato legal establecido por el literal a), del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, lo que no limita la pluralidad del oferente, toda vez que acreditar la antigüedad laboral de un año de los trabajadores con discapacidad hace que al momento de aplicar dichos factores de desempate no se contraten temporalmente personas en condiciones de discapacidad con el fin único de ser adjudicatario de los contratos. Así mismo, la protección laboral del trabajador discapacitado se hace en forma posterior realizando el seguimiento a través de la supervisión de la ejecución del contrato, garantizando la continuidad de los trabajadores con discapacidad, y en caso la disminución del porcentaje de trabajadores en la etapa precontractual se podrá considerar como causal de incumplimiento.

**PLURALIDAD OFERENTES – No hay limitación**

La aplicación de la Ley 361 de 1997 como factor de desempate no limita la pluralidad de los oferentes, toda vez que es el mismo Decreto 1082 de 2015 establece la forma y los requisitos para acreditar los factores de desempate para los trabajadores con discapacidad.

Bogotá D.C., **09/09/2019 Hora 15:22:31s**

# N° Radicado: 2201913000006661

Señora

# Olga Patricia Camargo Rodríguez

Tunja, Boyacá

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201912000005153 |
| **Temas:** | Decreto 392 de 2018 |
| **Tipo de asunto consultado:** | Aplicación del factor de desempate de la Ley 361 de 1997 a trabajadores en condición de discapacidad que participan en los procesos de contratación |

Estimada señora Camargo,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 31 de julio de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

# Problema planteado

Según la inconformidad planteada por el peticionario respecto a los factores de desempate establecido en el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, la consulta que se realiza, previo análisis de las normas, como de la jerarquía de las mismas, ¿es procedente que en el factor de desempate se exija que los proponentes deben cumplir con más de un año de vinculación? Es importante establecer que un criterio así lo que buscaría no es la pluralidad de proponentes sino la limitación de los mismos en la participación de los procesos de selección de las entidades, incentivando la corrupción.

# Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente agradece su interés por haberse puesto en contacto con nosotros, y por denunciar los actos de corrupción en los procesos de contratación.

Sin embargo, sea lo primero aclarar que el artículo 1 del Decreto 392 de 2018 establece un incentivo por el cual se asigna un puntaje adicional a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos así:

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.

Verificados los anteriores requisitos, se asignará el 1%, a quienes acrediten el número mínimo de trabajadores con discapacidad.

Por otro lado, también existe la Ley 361 de 1997 para el caso exclusivo de desempate, que establece unos requisitos diferentes, entre ellos que las personas en condiciones de discapacidad que se encuentren vinculadas laboralmente sean contratadas por lo menos con anterioridad de un año. En palabras del artículo 24 de la 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 (…)

Por lo anterior, se entiende que la Ley 361 de 1997 creo un factor de desempate, diferente al puntaje adicional consagrado por el Decreto 392 de 2018, de tal forma que la acreditación de estos requisitos es diferente y se deben acreditar conforme a cada disposición.

Ahora bien, el Decreto 1082 de 2015, que reglamenta el sistema de compras y contratación pública, en el artículo 2.2.1.1.2.2.9, establece los factores de desempate de las ofertas, señalando, en el numeral 4, que en caso de empate en cualquier tipo de proceso de selección debe preferir las ofertas presentadas por el proponente que acredité el número mínimo de trabajadores en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. En ese sentido, es el mismo Decreto 1082 de 2015 el que reglamenta y remite a la Ley 361 de 1997. La misma remisión se establece en el sistema de preferencias establecido por el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.2.4.2.8. así:

Artículo 2.2.1.2.4.2.8. Sistema de preferencias. Adicionado por el artículo 1° del Decreto 392 de 2018. 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.

Revisando la constitucionalidad del literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, la Corte Constitucional, en la sentencia T 684ª de 2011, señaló respecto de su implementación en procesos de adjudicación, que: “El artículo aquí analizado, en virtud de los principios constitucionales que desarrolla, deberá tenerse en cuenta e implementarse en cualquier procedimiento de contratación en el que los requisitos exigidos por la norma se cumplan. Adicionalmente, debe señalarse que la norma en cuestión consagra una acción afirmativa sobre la población discapacitada, por lo cual, su aplicación cumple los propósitos de los artículos 13 y 54 de la Constitución Política y de los ya reseñados instrumentos internacionales, parte del bloque de constitucionalidad”.

Por lo tanto, el literal a) no es otro, en palabras de la Corte Constitucional, que: “un deber de rango legal que ha de atenderse y hacerse cumplir; de manera que cualquier interpretación en contrario implica propiciar una situación de discriminación, y con ello, desconocer la propia Constitución y la ley”.

La finalidad de la Ley 361 de 1997 es la protección de la estabilidad laboral del trabajador con discapacidad, de manera anterior y posterior al proceso de contratación. En ese sentido, la protección anterior se garantiza al aplicar el mandato legal establecido por el literal a), del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, lo que no limita la pluralidad del oferente, toda vez que acreditar la antigüedad laboral de un año de los trabajadores con discapacidad hace que al momento de aplicar dichos factores de desempate no se contraten temporalmente personas en condiciones de discapacidad con el fin único de ser adjudicatario de los contratos.

Así mismo, la protección laboral del trabajador discapacitado se hace en forma posterior realizando el seguimiento a través de la supervisión de la ejecución del contrato, garantizando la continuidad de los trabajadores con discapacidad, y en caso la disminución del porcentaje de trabajadores en la etapa precontractual se podrá considerar como causal de incumplimiento. En palabras del artículo 2.2.1.2.4.2.7 del Decreto 1082 de 2018:

Artículo 2.2.1.2.4.2.7. Seguimiento durante la ejecución del contrato. (Adicionado por el artículo 1° del Decreto 392 de 2018). 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.

# Conclusión

La aplicación de la Ley 361 de 1997 como factor de desempate no limita la pluralidad de los oferentes, toda vez que es el mismo Decreto 1082 de 2015 establece la forma y los requisitos para acreditar los factores de desempate para los trabajadores con discapacidad.

Atentamente,



Proyectó: Silvia Saavedra