**CCE-DES-FM-17**

**SUBSANABILIDAD – Regla – Requisitos habilitantes – Alcance – Límites**

La subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procedimientos regulados por el Estatuto de General de Contratación de la Administración Pública. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, permite que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los documentos de la oferta respecto a los requisitos habilitantes.

[…] A partir de la Ley 1150 de 2007 la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no.

Si, al verificar la Administración, encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si lo omitido no otorga puntaje, la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

**SUBSANABILIDAD – Límite material – Circunstancias posteriores al cierre del proceso**

Finalmente, el último cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: «los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso». Esta regla tiene una finalidad particular, y es que, al momento de presentar la oferta, el proponente la deberá hacerlo de forma íntegra y así evitar que a lo largo del procedimiento contractual complete o adicione su propuesta, conforme mejora su situación particular.

[…] Bajo la premisa de que el proponente debe presentar su oferta de manera completa, se debe interpretar la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso». Como se explicó en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, esto lleva a la necesidad de distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma, es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso, en tanto esto implicaría que el proponente pueda hacer mejoras o adicionar circunstancias que no corresponden a la oferta inicialmente presentada.

**CERTIFICADO DE PERSONAL DISCAPACITADO – Requisitos – Proponentes Plurales**

[…] 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 proceso de contratación. Es decir, la expresión «tendrá en cuenta», que señala la norma, implica que la verificación del cumplimiento de requisitos establecidos en el Decreto 392 de 2019 se realiza sobre el integrante de la estructura plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento –40%– de la experiencia. En contraste, si el integrante que aporta este porcentaje no tiene vinculados trabajadores con discapacidad, no podrá el consorcio o la unión temporal de que hace parte obtener puntaje por este criterio, aun cuando los demás integrantes que hayan aportado experiencia en un porcentaje inferior al cuarenta por ciento –40%– cuenten con trabajadores en condición de discapacidad .

**FORMATO 8 – Diligenciamiento – Proponente plural**

Para los «Documentos Tipo – Versión 2» de licitación para obras públicas de infraestructura de transporte, es necesario tener en cuenta que el requisito del numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, referente a la certificación del número de trabajadores en la planta de personal, debe acreditarse mediante la suscripción del «Formato 8 – Vinculación de personas con discapacidad». Se aclara que dicho formato no podrá ser suscrito por el representante legal de la estructura plural, sino que deberá diligenciarlo la persona natural, representante legal o revisor fiscal de cualquiera de los integrantes que aporten como mínimo el cuarenta por ciento –40%– de la experiencia.

Bogotá D.C., **1/2/2021**

**N° Radicado: RS20210201000623**

Señor

**Alejandro Giraldo González**

La Estrella, Antioquia

**Concepto C-802 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | SUBSANABILIDAD – Regla – Requisitos habilitantes – Alcance – Límites / SUBSANABILIDAD – Límite material – Circunstancias posteriores al cierre del proceso / CERTIFICADO DE PERSONAL DISCAPACITADO – Requisitos – Proponentes Plurales / FORMATO 8 – Diligenciamiento – Proponente plural |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20201218000709 |

Estimado señor Giraldo,

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 18 de diciembre de 2020.

1. **Problemas planteados**

Respecto a los «Documentos Tipo – Versión 2» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte, usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Es posible que un proponente al cual no se le valido (sic) la experiencia aportada con la presentación de la propuesta, pueda cambiar las certificaciones y aportar contratos completamente diferentes a los inicialmente allegados con la oferta, para acreditar la experiencia durante el periodo de subsanaciones? ¿No se estipula esta acción como una vulneración a los principios de igualdad y selección objetiva?» y ii) «En los proponentes plurales, en los procesos de licitación pública, para la obtención del puntaje por discapacidad ¿TODOS los integrantes que aporten mas (sic) del 40% de la experiencia habilitante deben adjuntar el formato 8 y la certificación del Ministerio de Trabajo para que el proponente pueda obtener el puntaje? o ¿es (sic) suficiente con que ALGUNO de los integrantes aporte el Formato 8 y la certificación del Ministerio, siempre y cuando aporte mas (sic) del 40% de la experiencia habilitante?».

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos con radicado Nos. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 analizó el régimen jurídico de la subsanabilidad, así como su desarrollo normativo y jurisprudencial, ideas que se unificaron en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, el cual ha sido reiterado en los conceptos C-008 del 4 de mayo de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020, C-044 del 24 de marzo de 2020, C-082 del 25 de febrero de 2020, C-127 del 3 de marzo de 2020, C-267 del 4 de mayo de 2020,C-548 del 21 de agosto de 2020, C-634 del 21 de octubre de 2020, entre otros.

Por otro lado, la Agencia ha estudiado los requisitos para acreditar el personal en situación de discapacidad con la finalidad de obtener el incentivo previsto en el Decreto 392 de 2018 en los conceptos con radicados Nos. 4201913000005084 del 23 de julio de 2019, 201913000004446 del 13 de agosto de 2019, 4201912000005689 del 16 de septiembre de 2019, 4201913000006373 del 18 de septiembre de 2019, 4201912000006258 del 3 de octubre de 2019, 4201913000006154 del 10 de octubre de 2019, 4201912000007756 del 16 de noviembre de 2019, 4201913000007151 del 2 de diciembre de 2019, 4201912000008593 de 27 de diciembre de 2019, C-030 del 28 de enero de 2020, C-026 del 11 de febrero de 2020, C-119 del 18 de marzo de 2020, C-137 del 26 de marzo de 2020,C-196 del 8 de abril de 2020, C-335 del 29 de mayo de 2020, C-302 del 12 de junio de 2020, C-397 del 30 de junio de 2020, C-410 del 26 de junio de 2020, C-429 del 24 de julio de 2020, C-555 del 24 de agosto de 2020, C-669 del 20 de noviembre de 2020, C-676 del 27 de noviembre de 2020 y C-743 del 15 de diciembre de 2020. La tesis desarrollada en estos conceptos se expondrá a continuación:

**2.1. Alcance de la regla de subsanabilidad de las ofertas**

La subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procedimientos regulados por el Estatuto de General de Contratación de la Administración Pública. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, permite que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los documentos de la oferta respecto a los requisitos habilitantes. Además, la posibilidad de subsanar estos documentos tiene como propósito:

[…] materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias[[1]](#footnote-1).

A raíz de lo anterior, no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, y que, a su vez, estos no se constituyan como factores de comparación entre propuestas. Ahora bien, la posibilidad de subsanar los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.

En un *primer momento*, antes de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto Ley 150 de 1976 y el Decreto Ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el nuevo paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo un principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre lo procedimental. En este nuevo escenario constitucional, el artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran «necesarios para la comparación de propuestas». De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida en la posibilidad de subsanar las ofertas, pues, verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía constatar si este era o no necesario para la comparación de las propuestas y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7, que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y para pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación[[2]](#footnote-2); y con el artículo 30.8, que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta[[3]](#footnote-3).

A partir de la lectura integrada de estas tres normas debía concluirse que con la Ley 80 de 1993 era posible subsanar las propuestas, y la omisión o el error en algún aspecto de esta no podía llevar a su rechazo, sin antes verificar que lo omitido fuera un aspecto necesario para la comparación.

En un *tercer momento*, y siguiendo la línea trazada por la Ley 80 de 1993, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, que, en el parágrafo 1º del artículo 5, determinó lo siguiente:

Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia**,** todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Nótese que esta norma reitera lo que dispuso la Ley 80 de 1993, en el sentido de que los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas pueden subsanarse, pero además la Ley 1150 de 2007 introdujo otro criterio que le dio mayor claridad al tema: la asignación de puntaje.

A partir de la Ley 1150 de 2007 la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no.

Si, al verificar la Administración, encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si lo omitido no otorga puntaje, la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para la subsanación de las ofertas: «en cualquier momento, hasta la adjudicación». El Consejo de Estado, con particular sindéresis, concluyó que a partir del parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150, la definición de lo que es subsanable y lo que no lo es surge a partir del planteamiento de la pregunta sobre si el defecto asigna puntaje o no, en estos términos:

Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente[[4]](#footnote-4).

Esa interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, pues en la Circular Externa Única se precisó que si durante un proceso de contratación hay proponentes que no acreditaron en sus ofertas requisitos que no afectan la asignación de puntaje o la comparación de las mismas, la entidad estatal deberá indicarlo en el informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta no será evaluada hasta que se subsane.

En un *cuarto momento*, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el parágrafo 1º y adicionó algunos otros, entre ellos el 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

Artículo 5°. De la selección objetiva.

[...]

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Esta norma: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse y, iii) introduce modificaciones en relación con tres aspectos que se analizarán a continuación:

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta7; en el último los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse, como límite final, hasta el momento previo a su realización.

Frente a la regla general, como se explica en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados; pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación y que este aporte los documentos con anterioridad, en todo caso manteniendo la oportunidad de hacerlo hasta el término de traslado del informe de evaluación.

De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 es el correspondiente a la garantía de seriedad. El parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 dispone que la falta de entrega de la garantía de seriedad es insubsanable. Al respecto, la norma prescribe lo siguiente: «PARÁGRAFO 3o. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma».

Finalmente, el último cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: *«*los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso»**.** Esta regla tiene una finalidad particular, y es que, al momento de presentar la oferta, el proponente la deberá hacerlo de forma íntegra y así evitar que a lo largo del procedimiento contractual complete o adicione su propuesta, conforme mejora su situación particular. En términos del Consejo de Estado:

[…] no es posible que el oferente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su propuesta a lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones”, es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones. Dicho de otra forma, el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente.[[5]](#footnote-5)

De igual manera, en los «Documentos Tipo – Versión 2» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte, la obligación del proponente de presentar su oferta de manera íntegra es congruente con el numeral 1.6. del documento base. No en vano, en lo pertinente, el pliego dispone que:

El Proponente tiene la responsabilidad y carga de presentar su oferta en forma completa e íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del Pliego de Condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones que pretenda hacer valer en el Proceso.

En caso de ser necesario, la Entidad deberá solicitar a los Proponentes durante el proceso de evaluación, y a más tardar en el informe de evaluación, las aclaraciones, precisiones o solicitud de documentos que puedan ser subsanables.

Bajo la premisa de que el proponente debe presentar su oferta de manera completa, se debe interpretar la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso». Como se explicó en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, esto lleva a la necesidad de distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma, es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso, en tanto esto implicaría que el proponente pueda hacer mejoras o adicionar circunstancias que no corresponden a la oferta inicialmente presentada.

Esta distinción también la ha realizado el Consejo de Estado, al mencionar que la regla de subsanabilidad, al recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas, implica que lo subsanable sea la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta[[6]](#footnote-6).

Lo anterior quiere decir que no es la prueba –usualmente un documento– lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar un requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

En armonía con lo anterior, y de acuerdo con la pregunta del peticionario, la viabilidad de allegar los certificados y los contratos, con el fin subsanar el requisito de experiencia dependerá del momento en el que se adquirió la misma. Es decir, si los contratos y certificados corresponden a circunstancias que ocurrieron después de la presentación de la oferta, es decir, si la experiencia solo se adquirió con posterioridad a dicho momento, no se podrá subsanar la experiencia. Por el contrario, si los certificados y los contratos acreditan circunstancias previas a la presentación de la oferta, es posible que el proponente subsane el requisito de experiencia, pues estos documentos –en los procedimientos de licitación pública– constituyen pruebas para acreditar un requisito habilitante conforme a lo dispuesto en el 5.1 de la Ley 1150 de 2007[[7]](#footnote-7).

**2.2. Incentivos en procesos de contratación para favorecer personas en condición de 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 discapacidad1. Así mismo, 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. La Ley 1618 de 2013 dispone:

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.

Teniendo en cuenta que la norma impuso al Gobierno Nacional la obligación de expedir el reglamento para materializar lo dispuesto en esta ley 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 consagra el deber de las entidades del Estado de otorgar un puntaje adicional a los procesos de selección de contratistas del Estado, en las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, a quienes acrediten que al menos el diez por ciento –10%– de su nómina la integran personas en situación de discapacidad.

Conforme a lo anterior, el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 392 de 2018, regula el puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. Dicho artículo establece que debe asignarse un 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. Verificados los anteriores requisitos, se asignará el 1%, a quienes acrediten el número mínimo de trabajadores con discapacidad, señalados a continuación:

|  |  |
| --- | --- |
| **Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente** | **Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido** |
| Entre 1 y 30 | 1 |
| Entre 31 y 100 | 2 |
| Entre 101 y 150 | 3 |
| Entre 151 y 200 | 4 |
| Más de 200 | 5 |

Según esta norma, en los procesos de licitación pública o concurso de méritos, para obtener el puntaje adicional por tener personas en condición de discapacidad vinculadas en la planta de personal, se deberá 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 proceso de selección.

Para el caso de proponentes singulares, la acreditación de tal situación 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, el integrante que debe certificar de forma independiente el número de trabajadores vinculados a su planta 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, es el que aporte como mínimo el cuarenta por ciento –40%– de la experiencia requerida, como se explicará más adelante.

Para llegar a la anterior conclusión, es necesario tener en cuenta que esta condición es propia de la persona natural o jurídica que pretende acreditarla para obtener el puntaje. Por lo tanto, cuando la norma señala «la planta de personal del proponente o sus integrantes», esta debe ser entendida de acuerdo con el tipo de proponente que se presente al proceso de selección. Así, «proponente» se refiere tanto a las personas naturales o jurídicas que se presentan en singular, como a 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 numeral 1 del artículo en mención establece que para que se otorgue 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 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.

De conformidad con la disyuntiva señalada en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.6 del Decreto 1082 de 2015, se puede interpretar que tratándose de personas jurídicas es posible que 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.

Ahora, según lo previsto en el Decreto 392 de 2018 y en las normas que deben observar los revisores fiscales[[8]](#footnote-8), tratándose de empresas o sociedades que están obligadas a tener revisor fiscal[[9]](#footnote-9), este es quien tiene que 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. De otro lado, el parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.2.6. establece la siguiente regla para las ofertas presentadas por 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 esta norma, 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 proceso de contratación. Es decir, la expresión «tendrá en cuenta», que señala la norma, implica que la verificación del cumplimiento de requisitos establecidos en el Decreto 392 de 2019 se realiza sobre el integrante de la estructura plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento –40%– de la experiencia. En contraste, si el integrante que aporta este porcentaje no tiene vinculados trabajadores con discapacidad, no podrá el consorcio o la unión temporal de que hace parte obtener puntaje por este criterio, aun cuando los demás integrantes que hayan aportado experiencia en un porcentaje inferior al cuarenta por ciento –40%– cuenten con trabajadores en condición de discapacidad[[10]](#footnote-10).

A pesar de que figuras asociativas, como los consorcios y uniones temporales, sirven para que personas naturales y jurídicas participen en procesos de contratación aunando esfuerzos, capacidad jurídica, financiera y experiencia en un proponente plural, el reglamento establece una disposición que además de regular la aplicación del incentivo frente a proponentes plurales, garantiza que los trabajadores con discapacidad tengan cierta relación con el miembro del proponente plural que acredite un porcentaje importante de la experiencia requerida en el procedimiento. Esto tiene la función de garantizar que la vinculación de estas personas no se haga por el mero interés en obtener en el puntaje adicional, velando porque el puntaje establecido como incentivo sea otorgado a proponentes plurales que han tenido un genuino interés en la vinculación de estas personas al mercado laboral.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la finalidad de esta regla y que el parágrafo del artículo mencionado no establece que todos los integrantes de la estructura plural que aporten más del cuarenta por ciento –40%– de la experiencia deban acreditar los dos requisitos previstos en el decreto citado, basta con que uno de los integrantes que aporte como mínimo el cuarenta por ciento –40%– de la experiencia sea el que certifique el número de trabajadores con discapacidad.

Para los «Documentos Tipo – Versión 2» de licitación para obras públicas de infraestructura de transporte, es necesario tener en cuenta que el requisito del numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, referente a la certificación del número de trabajadores en la planta de personal, debe acreditarse mediante la suscripción del «Formato 8 – Vinculación de personas con discapacidad». Se aclara que dicho formato no podrá ser suscrito por el representante legal de la estructura plural, sino que deberá diligenciarlo la persona natural, representante legal o revisor fiscal de cualquiera de los integrantes que aporten como mínimo el cuarenta por ciento –40%– de la experiencia.

De otra parte, para acreditar el segundo requisito, o sea, el número mínimo de personas en condición discapacidad en la planta de personal, se debe allegar el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo al proponente, persona natural o jurídica, o al integrante de la estructura plural que cuente con esta condición. Este certificado debe estar vigente al cierre del procedimiento de selección.

**3. Respuesta**

i) «¿Es posible que un proponente al cual no se le valido (sic) la experiencia aportada con la presentación de la propuesta, pueda cambiar las certificaciones y aportar contratos completamente diferentes a los inicialmente allegados con la oferta, para acreditar la experiencia durante el periodo de subsanaciones? ¿No se estipula esta acción como una vulneración a los principios de igualdad y selección objetiva?».

Conforme a la regla del parágrafo 1 de la Ley 1150 de 2007, la viabilidad de subsanar el requisito de experiencia dependerá del momento en el proponente adquirió la misma. Es decir, si los contratos y certificados corresponden a circunstancias que ocurrieron después de la presentación de la oferta, no se podrá subsanar la experiencia, pues se estaría mejorando y adicionando la propuesta inicialmente presentada.

Por el contrario, si los certificados y los contratos acreditan circunstancias previas a la presentación de la oferta, es posible que el proponente subsane el requisito de experiencia, pues estos documentos –en los procedimientos de licitación pública– constituyen pruebas para acreditar un requisito habilitante conforme a lo dispuesto en el 5.1 de la Ley 1150 de 2007.

Siempre que se cumpla la condición del párrafo precedente, el proponente puede aportar certificaciones y contratos completamente diferentes a los allegados inicialmente con la oferta para acreditar la experiencia durante el periodo de subsanaciones. Lo anterior no constituye una vulneración de los principios de igualdad y de selección objetiva, ya que –contrario a lo que sucede en los concursos de méritos para la selección de consultores– la experiencia no es un criterio de asignación de puntaje, por lo cual es susceptible de subsanarse.

ii) «En los proponentes plurales, en los procesos de licitación pública, para la obtención del puntaje por discapacidad ¿TODOS los integrantes que aporten mas (sic) del 40% de la experiencia habilitante deben adjuntar el formato 8 y la certificación del Ministerio de Trabajo para que el proponente pueda obtener el puntaje? o ¿es (sic) suficiente con que ALGUNO de los integrantes aporte el Formato 8 y la certificación del Ministerio, siempre y cuando aporte mas (sic) del 40% de la experiencia habilitante?».

Conforme al parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, la entidad estatal tendrá en cuenta la planta de personal de cualquiera de los integrantes del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento –40%– de la experiencia requerida en el proceso de contratación.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la norma citada no establece que todos los integrantes de la estructura plural que aporten más del cuarenta por ciento –40%– de la experiencia deban acreditar los dos requisitos previstos en el decreto citado, basta con que uno de los integrantes que aporte como mínimo el cuarenta por ciento –40%– de la experiencia sea el que certifique el número de trabajadores en condición de discapacidad.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Torres Rojas  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 80 de 1993. Art. 30.7: «De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables». [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 80 de 1993. Art. 30.8: «Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas». [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente: 25.804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-6)
7. En lo pertinente, la norma dispone que «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 [para la selección de consultores] en el numeral 4 del presente artículo […]» (Énfasis y corchetes fuera de texto). [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 43 de 1990: «Artículo 13. Además de lo exigido por las leyes anteriores, se requiere tener la calidad de Contador Público en los siguientes casos:

   »1. Por razones del cargo.

   »a) Para desempeñar las funciones de revisor fiscal, auditor externo, auditor interno en toda clase de sociedades, para las cuales la ley o el contrato social así lo determinan.

   […]

   »2. Por la razón de la naturaleza del asunto. […]

   »f) Para todos los demás casos que señala la ley». [↑](#footnote-ref-8)
9. Código de Comercio: «Artículo 203. Sociedades que están obligadas a tener revisor fiscal. Deberán tener revisor fiscal:

   »1) Las sociedades por acciones;

   »2) Las sucursales de compañías extranjeras, y

   »3) Las sociedades en las que, por ley o por los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del veinte por ciento del capital». [↑](#footnote-ref-9)
10. Para los «Documentos Tipo – Versión 2» de licitación para pública de infraestructura de transporte, esto es congruente con el numeral 4.4 del documento base, el cual –en lo pertinente– dispone que: «Para los Proponentes Plurales, la Entidad 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 el Proceso de Contratación. Este porcentaje de experiencia se tomará sobre el “Valor mínimo a certificar (como % del Presupuesto Oficial de obra expresado en SMMLV)” de conformidad con el numeral 3.5.7, sin importar si la experiencia es general o específica». [↑](#footnote-ref-10)