**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Régimen Aplicable**

De conformidad con el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 392 de 2018 y en concordancia con el artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, la entidad estatal que adelante proceso de licitación pública o concurso de méritos otorgará el uno por ciento (1%) de los puntos establecidos en el pliego de condiciones a aquellos proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores en condición de discapacidad en su planta de personal, circunstancia que se constatará de conformidad con la normatividad vigente, dependiendo del tipo de proponente.

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Forma de acreditación**

Para que se otorgue el puntaje adicional a los proponentes con trabajadores en situación de discapacidad se requiere: i) certificado expedido por la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal; y, ii) certificado expedido por el Ministerio de Trabajo. Se precisa que ambos certificados son necesarios, pues acreditan requisitos diferentes, ya que el certificado emitido por el proponente relaciona el número total de personas de la planta de personal hasta la fecha del cierre del proceso; y en el certificado emitido por el Ministerio de Trabajo se acredita el número de personas con discapacidad.

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Proponentes plurales – Aporte del 40%**

El parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, establece que los proponentes plurales como consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura podrán obtener el incentivo previsto siempre que uno o más de sus integrantes cuyo aporte sea, como mínimo, el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida en el proceso de contratación, acredite la vinculación de personal en condición de discapacidad determinada en el Decreto 392 de 2018.

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Seguimiento durante la ejecución del contrato**

El Decreto 392 de 2018 adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.7 al Decreto 1082 de 2015, referente al seguimiento durante la ejecución del contrato, e impone el deber a las entidades estatales de «verificar durante la ejecución del contrato que los proponentes que resultaron adjudicatarios mantienen en su planta de personal el número de trabajadores en condición de discapacidad que dio lugar a la obtención del puntaje adicional de la oferta». Dicha verificación se realizará con base en los certificados que para el efecto expida el Ministerio del Trabajo.

Adicionalmente, según esta norma la reducción del número de trabajadores acreditado para obtener puntaje constituye incumplimiento del contrato por parte del contratista y dará lugar a las consecuencias de incumplimiento previstas en el contrato, mediante el correspondiente proceso de incumplimiento que deberá realizarse con observancia a los postulados del debido proceso.

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Tiempo de vinculación – Normativa vigente**

Bajo estas consideraciones y reiterando la tesis de esta Subdirección, se concluye indefectiblemente que el artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 y el Decreto 392 de 2018, deroga el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, por varias razones: i) el artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 radica en cabeza del Gobierno Nacional la reglamentación en la materia y además, no establece un periodo mínimo de vinculación de contratación de las personas con discapacidad, ii) la Ley 1618 de 2013 es una ley estatutaria, es decir, de mayor rango que la Ley 361 de 1997 y, iii) la Ley 1618 de 2013 es una ley posterior y especial en relación con las garantías de las personas en condición de discapacidad.

[…] a la luz de la normativa vigente, el tiempo de vinculación de los trabajadores con discapacidad no es un requisito para acceder a los incentivos establecidos en la Ley 1618 de 2013, puesto que el mismo no fue objeto de regulación en dicha normativa.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 29 Junio 2021

Señor

**Salim Antonio Salom Rodríguez**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 308 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD – Régimen Aplicable/ PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Forma de acreditación/ PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD – Proponentes plurales – Aporte del 40%/ PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD - Seguimiento durante la ejecución del contrato/ PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD/ Tiempo de vinculación – Normativa vigente. |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta No P20210519004338 |

Estimado señor Salom:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta, la cual fue remitida por el Departamento Administrativo de la Función Pública 14 de mayo de la presente anualidad.

**1. Problemas planteados**

Usted formula la siguiente pregunta: «¿En una licitación pública, para obtener el puntaje por trabajadores en situación de discapacidad que refiere el Decreto 392/2018 (sic), es obligatorio contar con un número de trabajadores con discapacidad con más de un año de vinculación a la empresa de acuerdo con el literal 24 Ley 361 de 1997?»

**2. Consideraciones**

Para responder el interrogante planteado, se analizarán los siguientes temas: i) desarrollo normativo de los incentivos en procesos de contratación estatal para favorecer a personas con discapacidad y, ii) el análisis de la vigencia del literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto con radicado No. 4201912000004631 de 10 de julio de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos con radicado No. 4201913000005084 del 23 de julio de 2019 radicado No. 4201913000004446 del 13 de agosto de 2019, radicado No. 4201912000005689 del 16 de septiembre de 2019, radicado No. 4201913000006373 del 18 de septiembre de 2019, radicado No. 4201912000006258 del 3 de octubre de 2019, radicado No. 4201913000006154 del 10 de octubre de 2019, radicado No. 4201912000007756 del 16 de noviembre de 2019, radicado No. 4201913000007151 del 2 de diciembre de 2019, radicado No. 4201912000008593 de 27 de diciembre de 2019, C–026 del 2 de enero de 2020, C–196 del 8 de abril de 2020, C-335 de 29 de mayo de 2020, C-436 del 24 de junio de 2020, C-629 del 2 de octubre de 2020, C-669 del 20 de noviembre de 2020, C-676 del 22 de noviembre de 2020, C–760 del 6 de enero de 2021y C–790 del 21 de enero de 2021, estudió los requisitos para acreditar en debida forma el personal en situación de discapacidad, con la finalidad de obtener el incentivo previsto en el Decreto 392 de 2018. La tesis desarrollada se expone a continuación y se complementa en lo pertinente.

**2.1 Desarrollo normativo de los incentivos en procesos de contratación estatal para favorecer a personas con discapacidad**

Con el propósito de hacer posible la igualdad real y efectiva de las personas en condición de discapacidad, el legislador expidió la Ley 1618 de 2013. Esta norma establece disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de estas personas, mediante la adopción de medidas de inclusión, así como de acciones afirmativas que buscan favorecer y promover a personas en condición de discapacidad.

Para garantizar el derecho al trabajo en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión de las personas en condición de discapacidad, el artículo 13 de Ley 1618 de 2013 estableció acciones afirmativas en el marco del sistema de compras públicas. Para implementar tales acciones, ordenó al Gobierno Nacional expedir el decreto reglamentario que determine una puntuación adicional y un sistema de preferencias en los procesos de contratación. El artículo en mención prescribe lo siguiente:

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 nacionales, 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.

En cumplimiento de lo anterior, el Gobierno Nacional, en ejercicio de su facultad reglamentaria, expidió el Decreto 392 del 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 adiciona el artículo 2.2.1.2.4.6 al Decreto 1082 de 2015, estableciendo un puntaje adicional del uno por ciento (1%) para proponentes con trabajadores con discapacidad en los procesos de licitaciones públicas y concurso de méritos, de acuerdo con los siguientes requisitos previstos en el mismo:

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 |

De conformidad con la disposición citada, con el fin de acceder al puntaje adicional, los proponentes deben cumplir con lo siguiente: i) certificar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o de sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección, a través de la persona natural, representante legal o revisor fiscal, según corresponda; y, ii) acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal mediante certificación expedida por el Ministerio de Trabajo, la cual debe estar vigente a la fecha de cierre del proceso de selección.

Se precisa que ambos certificados son necesarios, pues acreditan requisitos diferentes. El certificado emitido por el proponente relaciona el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal hasta la fecha del cierre del proceso. Por otra parte, en el certificado emitido por el Ministerio de Trabajo se acredita el número de personas con discapacidad. Estos certificados, conjuntamente, permitirán determinar si se cumple con el rango necesario que habilite al proponente a acceder al beneficio.

En lo que respecta a los proponentes plurales, el artículo dispone que se tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente que aporte mínimo el 40% de la experiencia requerida para el proceso de contratación. Para tal efecto, se debe acreditar que la planta de personal de uno o más de sus integrantes contiene el número de trabajadores en situación de discapacidad requerido, de acuerdo con los rangos señalados en la norma en mención. Por este motivo, es necesario tener en cuenta que la acreditación debe provenir de aquellos integrantes de la estructura plural que representen, como mínimo, el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia acreditada, entendida esta como la experiencia habilitante.

De igual manera, el Decreto 392 de 2018 adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.7 al Decreto 1082 de 2015, referente al seguimiento durante la ejecución del contrato, e impone el deber a las entidades estatales de «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». Dicha verificación se realizará con base en los certificados que para el efecto expida el Ministerio del Trabajo.

Adicionalmente, atendiendo lo señalado en esta norma, la reducción del número de trabajadores acreditado para obtener puntaje constituye incumplimiento del contrato por parte del contratista. Por tanto, esta conducta dará lugar a las consecuencias previstas en el contrato en esa eventualidad, mediante el correspondiente proceso de incumplimiento que deberá realizarse con observancia a los postulados del debido proceso.

**2.2 Análisis de la vigencia del literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997**

Como se expuso en el acápite anterior, para la aplicación de los incentivos en los procesos contractuales para proponentes con trabajadores en condición de discapacidad, los oferentes deberán acreditar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal, así como el número mínimo de personas con discapacidad.

Respecto de estos beneficios, en la Ley 361 de 1997 estaba previsto un término de duración en nómina mínimo de un año de los trabajadores con discapacidad, con el propósito de acceder a los incentivos derivados de dicha condición. Sin embargo, normas posteriores que regularon el tema, no contemplaron este requisito, razón por la cual resulta oportuno analizar la vigencia del literal a) del artículo 24 de la Ley en comento.

En primer lugar, debe recordarse que el literal a) del artículo 24 dispuso que los particulares que empleen personas con discapacidad tienen derecho «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; [...]».

De acuerdo con la norma citada, son dos los requisitos para que los particulares sean preferidos en los procesos de licitación; i) que por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados se encuentren en condiciones de discapacidad; y, ii) que dicho personal se encuentre vinculado mínimo con un (1) año de antelación.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta que, por medio de la Ley Estatutaria 1618 de 2013, se regularon de manera específica las garantías para el pleno ejercicio de los derechos de los trabajadores con discapacidad. Concretamente, en materia del sistema de compras públicas, se ordenó al Gobierno Nacional la reglamentación de un puntaje adicional para los procesos de licitaciones públicas, concurso de méritos y contratación directa para las empresas que cuenten con personal con discapacidad. De igual forma, se exigió la expedición de un reglamento que estableciera un sistema de preferencias, esto es, el sistema de factores de desempate.

Respecto del sistema de factores de desempate, el legislador en el inciso 3 del artículo 35 de la Ley 2069, dispuso la exigencia de un porcentaje mínimo del 10% de trabajadores con discapacidad en la planta del empleador, no requirió una permanencia mínima de vinculación para acceder a los incentivos.

Finalmente, es relevante señalar como ya se mencionó que, en cumplimiento de lo ordenado por el Congreso de la República en virtud de la Ley 1618 de 2013, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 392 de 2018. Mediante este Decreto se regula tanto el sistema de preferencias, como el puntaje adicional otorgado en los procesos contractuales en los que se acredite la vinculación en la nómina de personal en situación de discapacidad. Lo anterior, valga decir, sin contemplar un período mínimo de vinculación para acceder a los incentivos en los procesos de contratación.

Bajo estas consideraciones y reiterando la tesis de esta Subdirección[[1]](#footnote-1), se concluye indefectiblemente que el artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, reglamentado mediante el Decreto 392 de 2018, deroga el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, por varias razones: i) el artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 radica en cabeza del Gobierno Nacional la reglamentación en la materia y, además, no establece un período mínimo de vinculación de contratación de las personas con discapacidad; ii) la Ley 1618 de 2013 es una ley estatutaria, es decir, de mayor rango que la Ley 361 de 1997; y, (iii) la Ley 1618 de 2013 es una ley posterior y especial en relación con las garantías de las personas con discapacidad. En este orden de ideas, a la luz de la normativa vigente, el tiempo de vinculación de los trabajadores con discapacidad no es un requisito para acceder a al puntaje adicional establecido en favor de quienes acrediten su vinculación en los términos del Decreto 392 de 2018.

**3. Respuestas.**

«¿En una licitación pública, para obtener el puntaje por trabajadores en situación de discapacidad que refiere el Decreto 392/2018 (sic), es obligatorio contar con un número de trabajadores con discapacidad con más de un año de vinculación a la empresa de acuerdo con el literal 24 Ley 361 de 1997?»

El artículo 13 de Ley 1618 de 2013, así como su Decreto Reglamentario 392 de 2018, el cual adiciona el Decreto 1082 de 2015, establecen los requisitos para la concesión del puntaje adicional en los procesos de contratación de licitación pública y concurso de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad.

Dentro de los requisitos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.6 del Decreto 1082 de 2015, se contempla que los proponentes deben: i) certificar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o de sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección; y ii) acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal mediante certificación expedida por el Ministerio de Trabajo, la cual deberá estar vigente a la fecha de cierre del proceso de selección.

Como se evidencia, dicho precepto no establece un período mínimo de vinculación del personal con discapacidad por parte del empleador que concurra al procedimiento de selección contractual. Por consiguiente, las entidades estatales no pueden exigir a los proponentes una permanencia mínima del personal con discapacidad para otorgar dicho puntaje adicional.

No obstante, aunque no se exige una permanencia mínima para acceder al beneficio establecido en el Decreto 392 de 2018, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.4.2.7 del Decreto 1082 de 2015, las entidades estatales tienen una obligación especial de verificación. En efecto, durante la ejecución del contrato, deberán constatar que los proponentes que resultaron adjudicatarios mantengan en su planta de personal el número de trabajadores con discapacidad que dio lugar a la obtención del puntaje adicional de la oferta, so pena de incumplimiento contractual. En este sentido, las condiciones acreditadas durante el proceso de selección que den lugar a la obtención del puntaje del 1% se incorporan al contrato como una obligación que debe mantenerse durante su ejecución. Su verificación y seguimiento la realizará el supervisor o interventor del contrato, según corresponda.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Melissa Fernández Reinoso  Analista T2-2 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual |

1. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C- 669 del 20 de noviembre de 2020. [↑](#footnote-ref-1)