CCE-DES-FM-17

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

Se precisa que en el artículo 1 de Ley 1618 de 2013, reglamentado por el Decreto 392 de 2018, estableció que el objeto de la Ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mientras que el artículo 8 ibidem hace referencia al «acompañamiento a las familias», como parte de las medidas para garantizar el propósito de la Ley. En cuanto a los incentivos, dentro de los que se encuentra la asignación de puntaje en los procesos de contratación adelantados por las entidades públicas, en el artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 se 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.

**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 – Ley 361 de 1997 – Artículo 24, literal a – Derogado**

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, derogan 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.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numeral 3 – Personas con discapacidad – Antigüedad mínima**

[P]ara optar al criterio de desempate del numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, es menester que los proponentes con tiempo de constitución superior a un año acrediten que el diez por ciento de su nómina está conformado por trabajadores con discapacidad, los cuales deben tener al menos un año de haber sido vinculados. Por tanto, si dicho porcentaje se ve reducido por eventos como el fallecimiento o la renuncia de uno de los trabajadores, dicho proponente no podrá optar al referido factor de desempate hasta que no vuelva a completar el referido porcentaje con trabajadores con discapacidad que cumplan con la antigüedad mínima. Conforme a esto, surgiendo esta interpretación del texto de la propia Ley 2069 de 2020, estima esta Agencia que la interpretación propuesta por el peticionario no resulta procedente, en la medida en que desconoce aquel mandato interpretativo según el cual «Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu» . En ese sentido, si bien es cierto que uno de los propósitos de los incentivos en materia de contratación estatal en favor de población discapacitada es el generar una mayor empleabilidad de estas personas, no resulta válido en este caso apartarse de la aplicación de lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 35, comoquiera que las normas deben aplicarse conforme lo exige el texto que las consagra, que en este caso emana del propio legislador, quien ha sido el que ha establecido el requisito de antigüedad para el mencionado factor de desempate.



Bogotá, 28 Septiembre 2021

Señora

**Steffi Rodríguez Dávila**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 534 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | PERSONAS CON 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 – Ley 361 de 1997 – Artículo 24, literal a – Derogado / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Numeral 3 – Personas con discapacidad – Antigüedad mínima  |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta P20210818007364 |

Estimada señora Rodríguez:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 18 de agosto del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

« […] solicitamos respetuosamente a la Agencia Nacional de Contratación Publica – Colombia Compra Eficiente, que aclare si nuestro entendimiento con respecto a la aplicación del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, el parágrafo 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, y el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, es correcto en el sentido de que, la antigüedad igual o mayor a un año de los trabajadores con discapacidad, requerida para que aplique el criterio de desempate al que se refieren estas normas, no se interrumpe en casos de fuerza mayor, como por ejemplo cuando fallece un trabajador necesario para acreditar que el 10% de la nómina está en condición de discapacidad, siempre y cuando esa vacante sea cubierta por el empleador, con otro trabajador discapacitado. Si nuestro entendimiento no es correcto, respetuosamente le solicitamos aclarar cómo deben entenderse estas normas cuando se presenta un evento de fuerza mayor como el descrito, y explicar los fundamentos para ello».

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) incentivos en procesos de contratación estatal para favorecer a personas en situación de discapacidad y ii) la antigüedad mínima como requisito en la aplicación de incentivos en favor de trabajadores en condición de discapacidad.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre los requisitos para acreditar la vinculación de personas en condición de discapacidad en la planta de personal, con la finalidad de obtener incentivos en la contratación con entidades públicas, en el concepto con radicado No. 4201912000004631 del 31 de julio de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos No. 4201913000005084 del 23 de julio de 2019, 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–030 del 28 de enero de 2020, C–026 del 11 de febrero de 2020, C–063 del 24 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- 571 del 31 de agosto de 2020, C-669 del 20 de noviembre de 2020, C-676 del 27 de noviembre de 2020, C-743 del 15 de diciembre de 2020, C-802 del 1 de febrero de 2021, C- 129 del 13 de abril de 2021, C-308 del 29 de junio de 2021 y C-427 del 20 de agosto de 2021.

Por otro lado, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre los factores de desempate en los procedimientos de contratación estatal, en los conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020 y C-556 del 31 de agosto de 2020. De igual manera, estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2020, C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C−167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C−198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021,  C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021  C-320 del 1 de julio de 2021 y C- 437 de 24 agosto 2021, C-459 del 2 de septiembre de 2021 y C-487 del 3 de septiembre de 2021. Algunos de los argumentos expuestos en estos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1 Incentivos en procesos de contratación estatal para favorecer a personas en situación de discapacidad**

En relación con las normas referidas en la consulta, se precisa que en el artículo 1 de Ley 1618 de 2013, reglamentado por el Decreto 392 de 2018, estableció que el objeto de la Ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad[[1]](#footnote-2), mientras que el artículo 8 ibídem hace referencia al «acompañamiento a las familias», como parte de las medidas para garantizar el propósito de la Ley.

En cuanto a los incentivos, dentro de los que se encuentra la asignación de puntaje en los procesos de contratación adelantados por las entidades públicas, en el artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 se 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:

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.

[…]

6. Los empresarios y empleadores que vinculen laboralmente personas con discapacidad, tendrán además de lo establecido en el capítulo IV de la Ley 361 de 1997, los estímulos económicos que establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad al artículo 27 numeral 1 literales h), i) de la Ley 1346 de 2009.

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.

La norma citada está en consonancia con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009 «Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006», referente al reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás.

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, concretamente, 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

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.

En relación con 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 mediante 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 del 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.

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 en situación de discapacidad. Estos certificados, conjuntamente, permitirán determinar si se cumple con el rango necesario que da lugar al proponente a acceder al beneficio.

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 alguno de los integrantes de la estructura plural que aporte más 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 en situación de 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 en condición de discapacidad.

En consecuencia, si más de uno de los integrantes de la estructura plural aporta «mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación», se podrá tener en cuenta la planta de personal de cualquiera de los integrantes que aporten dicho porcentaje para obtener el puntaje adicional de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, pues más de un integrante estaría en el supuesto de hecho de la norma. Por el contrario, no se podrá tener en cuenta para dichos efectos la planta de personal de un integrante que aporte menos del cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida. Sobre este punto, se reitera, no resulta relevante el porcentaje de participación que tenga cada uno de los integrantes en la estructura plural, pues para calcular la experiencia solamente se toma en cuenta la sumatoria total de la experiencia de cada uno de ellos, independientemente de la manera como está conformado el proponente plural.

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 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 una 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.

De acuerdo con lo expuesto, es menester destacar que la Ley 1618 de 2013 y el Decreto 392 de 2018, reglamentario de los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la ley mencionada, dentro del sistema de preferencias e incentivos para la vinculación de personas en situación de discapacidad, regulan lo relacionado con la asignación de puntaje adicional, aspecto que no se reduce a la etapa precontractual, dado que durante la ejecución del contrato deben conservarse las condiciones que motivaron la asignación de puntaje adicional.

En este sentido, 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.

De lo anterior se desprende que la reducción del número de trabajadores acreditado y que haya servido para obtener puntaje adicional, constituye un incumplimiento del contrato por parte del contratista que 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. Por lo anterior, corresponde a las entidades estatales efectuar la debida supervisión o interventoría de los contratos, que en lo referente al tema objeto de análisis, incluye efectuar las verificaciones pertinentes sobre la planta del personal del contratista[[2]](#footnote-3).

**2.2. La antigüedad mínima como requisito en la aplicación de determinados incentivos en favor de trabajadores en situación de discapacidad**

Como se explicó, para la aplicación de los incentivos en los procesos contractuales para proponentes con trabajadores en condición de discapacidad, específicamente, para la *asignación del puntaje* desarrollado en el numeral anterior de este concepto, 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 incentivos en la contratación estatal, en la Ley 361 de 1997 estaba previsto un término de duración en nómina mínimo de un año de los trabajadores en situación de discapacidad, con el propósito de acceder a los incentivos derivados de dicha condición. Sin embargo, normas posteriores que regularon el tema, tal como se desarrolló en el acápite anterior, no contemplaron este requisito o lo establecieron en términos diferentes, razón por la cual resulta oportuno analizar la vigencia del literal a) del artículo 24 de la Ley en comento, particularmente, en relación con la asignación de puntaje adicional.

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, eran dos los requisitos para que los particulares fueran preferidos en los procesos: 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.

Al respecto, como se mencionó en el acápite anterior, 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 una *puntuación adicional* para los procesos de licitaciones públicas y concurso de méritos para las empresas que cuenten con personal en condición de discapacidad, aspectos previstos en el Decreto 392 de 2018, reglamentario de los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la ley mencionada, tal como se explicó en el numeral anterior de este concepto.

De otro lado, en relación con los de *factores de desempate*, que constituyen un incentivo distinto, el legislador en el inciso 3 del artículo 35 de la Ley 2069 «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia», dispuso preferir la propuesta del proponente que acredite un porcentaje mínimo del 10% de trabajadores en condición de discapacidad en su nómina, como se precisará más adelante. En este sentido, hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que, por regla general, debían aplicarse en los procesos de selección, norma que en su numeral 4 establecía el criterio de desempate en favor de los empleadores que contaran en su nómina con un 10% de trabajadores en condición de discapacidad. No obstante, en criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta Ley dice que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». En tal sentido, se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Bajo esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta a como lo hacía el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 la aplicación de los factores de desempate, este último debe entenderse derogado.

Un argumento adicional para sostener esta tesis tiene que ver con el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los actos administrativos, regulado en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Esta norma señala que los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem* –es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, la expedición de una ley en sentido formal –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

Conforme a esto, el factor de desempate del numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 no se encuentra hoy día vigente. No obstante, dentro de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, se estableció un factor de desempate con un supuesto de hecho similar, cuyo texto incluso remite a la Ley 361 de 1997. Este es el caso del factor de desempate del numeral 3, el cual establece:

[…]

3. *Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997*. Si la oferta es presentada por un proponente plural, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta. (Cursiva fuera de texto)

De lo anterior se desprende que, a pesar de la derogatoria del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, los proponentes que tengan vinculados en su planta de personal una cantidad de trabajadores en condición de discapacidad equivalente a un 10% de su nómina, aun cuentan con la posibilidad de beneficiarse de tal circunstancia en los casos de empate. Naturalmente, al mutar el fundamento normativo indicado respecto a la expedición de la Ley 2069 de 2020, es otro el fundamento para la aplicación del factor de desempate, y distinto el orden de prioridad en el que se encuentra con relación a otros factores de desempate.

En este sentido, de manera similar a lo exigido por el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, como requisito adicional para la aplicación del factor establece un requisito de antigüedad de las vinculaciones de los trabajadores en condición de discapacidad, tal como se desprende de su parágrafo segundo. Según este «Para los criterios enunciados que involucren la *vinculación de capital humano*, el oferente deberá acreditar una antigüedad igual o mayor a un año. Para los casos de constitución inferior a un año *se tendrá en cuenta a aquellos trabajadores* que hayan estado vinculados desde el momento de constitución de la misma» (Énfasis fuera de texto).

 En tales términos, tanto la Ley 361 de 1997 como la Ley 2069 de 2020, exigen una antigüedad de un año para que las vinculaciones de trabajadores en condición de discapacidad otorguen al empleador el derecho a beneficiarse del factor de desempate. No obstante, existe una diferencia sustancial entre ambas normas, la cual radica en que, la primera de estas normas no establecía excepciones para la regla de la antigüedad, por lo que sociedades que no acreditaran esta no podían acceder al factor de desempate del numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, lo cual implicaba que, por ejemplo, sociedades con tiempo de constitución inferior a un año no pudieran beneficiarse de esta regla de desempate, a pesar de acreditar el 10% de la nómina conformada por trabajadores en condición de discapacidad. A diferencia de lo anterior, el parágrafo segundo del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, permite que personas jurídicas con un período de existencia inferior a un año puedan beneficiarse del factor de desempate del numeral tercero, siempre que acrediten que la vinculación de trabajadores en condición de discapacidad, en el mencionado porcentaje, lo haya estado desde el momento de constitución de la persona jurídica, razón por la cual, deberá prevalecer la Ley 2069 de 2020, por ser una norma posterior y especial en la materia, sin que ello implique una relación de derogatoria entre esta y la Ley 361 de 1997.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo que respecta a la aplicación de los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, reglamentados mediante el Decreto 392 de 2018, y relacionados con un incentivo diferente, asociado a la *asignación de puntaje adicional*, reiterando la tesis de esta Subdirección[[3]](#footnote-4), se concluye que sí existe una derogatoria parcial del 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 en situación de discapacidad, donde se establece el incentivo concreto relacionado con la *asignación de un puntaje adicional* en ciertas modalidades de selección. Por tanto, a la luz de la normativa vigente, el tiempo de vinculación de los trabajadores con discapacidad no es un requisito para acceder al puntaje adicional establecido en favor de quienes acrediten su vinculación en los términos del Decreto 392 de 2018, tal como se explicó en el numeral anterior de este concepto.

No sucede lo mismo con el factor de desempate previsto en el numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Esto comoquiera que, tal como se deprende del parágrafo segundo de dicha norma, para beneficiarse de este factor de desempate es necesario que el proponente acredite que la vinculación del respectivo porcentaje de personas en situación de discapacidad tiene por lo menos un año de antigüedad, o en su defecto, tratándose de sociedades con menor tiempo de constitución, que la contratación data el tiempo de la constitución.

Al respecto, en relación con la interpretación de estas normas propuesta por el peticionario, debe señalarse que la antigüedad mínima a la que se refiere el parágrafo segundo del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, no es un requisito de cuya aplicación pueda prescindirse en casos como los propuestos en los que se descomplete el porcentaje mínimo de trabajadores en situación de discapacidad vinculados a la nómina del proponente por eventos de «*fuerza mayor»*. Esto comoquiera que dicho proceder no deriva del texto de la ley, que únicamente permitiría que se aplique el factor de desempate con tiempos de vinculación menores a un año para las sociedades con menos de un año de constitución, lo que en manera alguna se relaciona con eventualidades como las referidas por el peticionario.

En ese sentido, para beneficiarse del *criterio de desempate* del numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, es menester que los proponentes con tiempo de constitución superior a un año acrediten que el diez por ciento de su nómina está conformado por trabajadores en situación de discapacidad, los cuales deben tener al menos un año de haber sido vinculados laboralmente. Por tanto, si dicho porcentaje se ve reducido por eventos como el fallecimiento o la renuncia de uno de los trabajadores, dicho proponente no podrá optar al referido factor de desempate hasta que no complete el referido porcentaje con trabajadores en condición de discapacidad que cumplan con la antigüedad mínima.

Conforme a esto, surgiendo esta interpretación del texto de la propia Ley 2069 de 2020, estima esta Agencia que la interpretación propuesta por el peticionario no resulta procedente, en la medida en que desconoce aquel mandato interpretativo según el cual *«Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu»[[4]](#footnote-5)*. En ese sentido, si bien es cierto que uno de los propósitos de los incentivos en materia de contratación estatal en favor de población en situación de discapacidad es generar una mayor empleabilidad de estas personas, no resulta válido en este caso apartarse de la aplicación de lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 35, comoquiera que las normas deben aplicarse conforme lo exige el texto que las consagra, el cual ha establecido el requisito de antigüedad para el mencionado factor de desempate.

**3. Respuesta**

« […] solicitamos respetuosamente a la Agencia Nacional de Contratación Publica – Colombia Compra Eficiente, que aclare si nuestro entendimiento con respecto a la aplicación del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, el parágrafo 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, y el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, es correcto en el sentido de que, la antigüedad igual o mayor a un año de los trabajadores con discapacidad, requerida para que aplique el criterio de desempate al que se refieren estas normas, no se interrumpe en casos de fuerza mayor, como por ejemplo cuando fallece un trabajador necesario para acreditar que el 10% de la nómina está en condición de discapacidad, siempre y cuando esa vacante sea cubierta por el empleador, con otro trabajador discapacitado. Si nuestro entendimiento no es correcto, respetuosamente le solicitamos aclarar cómo deben entenderse estas normas cuando se presenta un evento de fuerza mayor como el descrito, y explicar los fundamentos para ello».

Conforme a lo expuesto, 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 incentivo consistente en un *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 en situación de discapacidad. Entre los requisitos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.6. del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el Decreto 392 de 2018–, 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 en situación de 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.

De lo anterior se desprende que no es necesario demostrar una temporalidad o período mínimo de vinculación del personal en condición de discapacidad por parte del empleador que concurra al procedimiento de selección, por lo que las entidades estatales, tal como se explicó en las consideraciones, no podrían hacer dicha exigencia para efectos de la asignación del puntaje. No obstante, como se explicó, 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 durante la ejecución del contrato de la permanencia del personal en situación de discapacidad por el cual se otorgó el puntaje adicional, en los términos establecidos en dicha disposición.

Sin embargo, para que aplique el otro incentivo consistente en el *factor de desempate* del numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, sí es necesario que el proponente acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina se encuentra conformado por trabajadores en situación de discapacidad, que tengan un tiempo de vinculación de al menos un año o que hayan sido vinculados desde la constitución. El sustento de dicho requisito de antigüedad se encuentra en el parágrafo segundo del mismo artículo.

En relación con este último aspecto, frente a la interpretación de estas normas propuesta por el peticionario, esta Subdirección considera que la antigüedad mínima a la que se refiere el parágrafo segundo del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, no es un requisito de cuya aplicación pueda prescindirse en casos como los propuestos, en los que se descomplete el porcentaje mínimo de trabajadores en situación de discapacidad vinculados a la nómina del proponente por eventos de «*fuerza mayor»*. Esto comoquiera que dicho proceder no deriva del texto de la ley, que únicamente permitiría que se aplique el factor de desempate con tiempos de vinculación menores a un año para las sociedades con menos de un año de constitución, lo que en manera alguna se relaciona con eventualidades como las referidas por el peticionario.

En ese sentido, para beneficiarse del *criterio de desempate* del numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, es menester que los proponentes con tiempo de constitución superior a un año acrediten que el diez por ciento de su nómina está conformado por trabajadores en situación de discapacidad, los cuales deben tener al menos un año de haber sido vinculados laboralmente. Por tanto, si dicho porcentaje se ve reducido por eventos como el fallecimiento o la renuncia de uno de los trabajadores, dicho proponente no podrá optar al referido factor de desempate hasta que no complete el referido porcentaje con trabajadores en condición de discapacidad que cumplan con la antigüedad mínima.

Conforme a esto, surgiendo esta interpretación del texto de la propia Ley 2069 de 2020, estima esta Agencia que la interpretación propuesta por el peticionario no resulta procedente, en la medida en que desconoce aquel mandato interpretativo según el cual *«Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu»[[5]](#footnote-6)*. En ese sentido, si bien es cierto que uno de los propósitos de los incentivos en materia de contratación estatal en favor de población en situación de discapacidad es generar una mayor empleabilidad de estas personas, no resulta válido en este caso apartarse de la aplicación de lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 35, comoquiera que las normas deben aplicarse conforme lo exige el texto que las consagra, el cual establece el requisito de antigüedad para el mencionado factor de desempate.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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-2)
2. En efecto, el artículo 2.2.1.2.4.2.7. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 392 de 2018, establece 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 presente los casos de fuerza mayor o caso fortuito». [↑](#footnote-ref-3)
3. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Conceptos C-669 del 20 de noviembre de 2020 y C-308 del 29 de junio de 2021. [↑](#footnote-ref-4)
4. Código Civil. «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

» Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento». [↑](#footnote-ref-5)
5. Código Civil. «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

» Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento». [↑](#footnote-ref-6)