**CONTRATACIÓN PÚBLICA** **– Acciones afirmativas – Finalidades – Sistema de compra pública**

La contratación pública es un instrumento eficaz para la puesta en marcha de políticas públicas horizontales, lo cual se ha constituido, junto al tradicional aprovisionamiento de bienes y servicios, como uno de sus principales objetivos. Con este propósito, la legislación colombiana ha consagrado una variada gama de medidas en el sistema de compras estatales que han permitido hacer frente a un amplio espectro de problemáticas sociales, ambientales, económicas, entre otras.

**CONTRATACIÓN PÚBLICA – Acciones afirmativas – Personas con discapacidad – Ley estatutaria 1618 de 2013**

Una de las medidas acogidas en nuestra legislación han sido las llamadas *acciones afirmativas* a favor de la población con discapacidad. Pues bien, las especiales condiciones de este grupo poblacional, convierten a sus miembros en sujetos que se encuentran en un marcado estado de vulnerabilidad, lo que hace necesario que el Estado tome pasos y acciones positivas en aras de propender por el logro de la igualdad material y la protección de las garantías fundamentales de las personas con discapacidad. Por estas razones fue expedida la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, que tiene como objeto garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acciones afirmativas y de ajustes razonables, y la eliminación de toda forma de discriminación por razón de discapacidad –art. 1–.

**PERSONAS CON DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Forma de acreditación**

[…] 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.

**PERSONAS CON DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Factor de desempate – Contrato de trabajo – Jornada completa o incompleta**

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que el puntaje adicional regulado en los artículos 2.2.1.2.4.2.6 y 2.2.1.2.4.2.7 del Decreto 1082 de 2015, aplica en beneficio de quien acredite, en los términos de dichos artículos, el número de personas que conforman su planta de personal y un determinado número de personas con discapacidad, vinculadas mediante contrato de trabajo, dentro del rango aplicable al empleador. Para el cumplimiento de estos requisitos se debe tener en cuenta tanto a los trabajadores vinculados mediante jornada completa, como a los vinculados mediante jornada incompleta, en la medida que las normas que regulan el puntaje adicional no distinguen entre estos para aplicar el puntaje adicional

Señora

**Ana María Bernal**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 629 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATACIÓN PÚBLICA – Acciones afirmativas – Finalidades – Sistema de compra pública / CONTRATACIÓN PÚBLICA – Acciones afirmativas – Personas con discapacidad – Ley estatutaria 1618 de 2013 / PERSONAS CON DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Forma de acreditación / PERSONAS CON DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Factor de desempate – Contrato de trabajo – Jornada completa o incompleta |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20211102010143 |

Estimada señora Bernal:

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 2 de noviembre del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta relacionada con el Decreto 392 de 2018:

«[…] solicitamos por favor, confirmar si es válida la contratación del 1% de trabajadores en condición de discapacidad con dedicación a medio tiempo o si existe algún requisito que detalle que la dedicación debe ser a tiempo completo, por favor se indique en donde está especificado el respectivo requerimiento. Agradecemos por favor confirmar si un oferente podría recibir puntaje adicional acorde con el decreto 392, si efectivamente el 1% de los trabajadores tienen condición de discapacidad pero su dedicación es parcial».

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) las acciones afirmativas a favor de las personas con discapacidad en la contratación pública y, ii) el puntaje adicional en procesos de contratación estatal para favorecer a proponentes que contraten personas con discapacidad, reglamentado en el Decreto 392 de 2018.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos con radicado No. 4201912000004631 de 10 de julio de 2019, 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-063 del 24 de febrero 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-647 del 23 de octubre de 2020, C-669 del 20 de noviembre de 2020, C-676 del 22 de noviembre de 2020, C-099 del 24 de marzo de 2021, C-344 del 9 de julio de 2021, C-427 del 20 de agosto de 2021, C-436 del 26 de agosto de 2021, C–760 del 6 de enero de 2021 y 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, que adicionó algunos artículos al Decreto 1082 de 2015. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1 Acciones afirmativas a favor de las personas con discapacidad en la contratación pública**

La contratación pública es un instrumento eficaz para la puesta en marcha de políticas públicas horizontales[[1]](#footnote-1), lo cual se ha constituido, junto al tradicional aprovisionamiento de bienes y servicios, como uno de sus principales objetivos. Con este propósito, la legislación colombiana ha consagrado una variada gama de medidas en el sistema de compras estatales que han permitido hacer frente a un amplio espectro de problemáticas sociales, ambientales, económicas, entre otras.

Una de las medidas acogidas en nuestra legislación[[2]](#footnote-2) han sido las llamadas *acciones afirmativas* a favor de la población con discapacidad. Pues bien, las especiales condiciones de este grupo poblacional convierten a sus miembros en sujetos que se encuentran en un marcado estado de vulnerabilidad, lo que hace necesario que el Estado tome pasos y acciones positivas en aras de propender por el logro de la igualdad material y la protección de las garantías fundamentales de las personas con discapacidad.

Por estas razones fue expedida la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013[[3]](#footnote-3), que tiene como objeto garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acciones afirmativas y de ajustes razonables, y la eliminación de toda forma de discriminación por razón de discapacidad –art. 1–.

Las acciones afirmativas son definidas, por la misma ley, como todas las políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afecten –art. 2–. Además, establece un deber genérico en las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, distrital y local, de propender por la inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad y de asegurar que todas las políticas, planes y programas garanticen el ejercicio total y efectivo de sus derechos.

El artículo 13 de la mencionada ley, en un claro ejemplo de establecer acciones afirmativas en pro de este grupo poblacional, en especial, para garantizar el derecho al trabajo en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, dispuso que el Gobierno Nacional reglamentaría lo concerniente a la asignación de puntaje adicional «en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa» para las empresas que en su planta de personal tengan vinculadas a personas con discapacidad, así como un sistema de preferencias en los procesos de contratación, en los siguientes términos:

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.

A su turno, el numeral 7 del mismo artículo dispuso que «el Gobierno Nacional deberá implementar mediante Decreto reglamentario un sistema de preferencias a favor de los empleadores particulares que vinculen laboralmente personas con discapacidad debidamente certificadas, en un porcentaje mínimo del 10% de su planta de trabajadores. Tal sistema de preferencias será aplicable a los procesos de adjudicación y celebración de contratos, y al otorgamiento de créditos o subvenciones de organismos estatales».

En suma, la Ley 1618 del 27 de febrero de 2013, en desarrollo de las políticas dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, introdujo una serie de incentivos en los procesos de contratación en favor de este grupo de personas de especial protección constitucional.

**2.2 Puntaje adicional en procesos de contratación estatal para favorecer a proponentes que contraten personas con discapacidad**

Como se expuso anteriormente, la Ley 1618 de 2013 estableció disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, así como de acciones afirmativas que buscan favorecer y promover la igualdad real y efectiva de dicho grupo.

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 2.2.1.2.4.2.6 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 del 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 el 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.

La consulta indaga por la aplicabilidad del incentivo en favor de empleadores que vinculen trabajadores con discapacidad mediante contrato laboral a medio tiempo. Sobre el particular debe mencionarse que el artículo 24, literal a) de la Ley 361 de 1997 establece la posibilidad de ser preferidos en procesos de selección los empleadores que tengan «[…] en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad […]». En sentido similar, el numeral 7 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 establece el deber del Gobierno Nacional de reglamentar un sistema de preferencias en favor «[…] de los empleadores particulares que vinculen laboralmente personas con discapacidad debidamente certificadas, en un porcentaje mínimo del 10% de su planta de trabajadores».

Como se aprecia, dichas normas no distinguen entre trabajadores vinculados con una jornada completa o incompleta, distinción que tampoco se aprecia en los artículos 2.2.1.2.4.2.6 y 2.2.1.2.4.2.7 del Decreto 1082 de 2015. Conforme se estableció en los párrafos precedentes, estos factores otorgan el puntaje adicional en función de la acreditación de dos circunstancias: la conformación cuantitativa de la planta de personal y la acreditación de determinado número de trabajadores con discapacidad, dentro del rango aplicable al empleador. Para la acreditación de estos requisitos, al no establecerse ni en la ley ni en el reglamento requerimiento alguno sobre la jornada de los trabajadores, es indiferente que los trabajadores con discapacidad se encuentren vinculados mediante contrato laboral a jornada completa o incompleta, siempre que se trate de personas vinculadas mediante contrato de trabajo, condición que integra a una persona a la nómina o planta de personal del empleador-proponente.

En ese sentido, no existiendo una distinción en el texto reglamentario, cobra relevancia el principio general del derecho según el cual donde la normativa no distingue, no le está dado al interprete hacerlo. De esta manera, la interpretación del 2.2.1.2.4.2.6 y 2.2.1.2.4.2.7 del Decreto 1082 de 2015 conforme a este principio implica que las vinculaciones de personas con discapacidad, en función de las cuales opera el incentivo, pueden ser de trabajadores vinculados mediante contrato laboral a jornada parcial o jornada completa. Esto además comoquiera que la jornada incompleta es una condición válida del contrato de trabajo en el ordenamiento jurídico colombiano, la cual no desvirtúa la condición de *trabajador* o la pertenencia de este a la nómina del empleador[[4]](#footnote-4).

Así pues, esta Agencia considera que independientemente de que los trabajadores se encuentren vinculados mediante contratos laborales a jornada completa o incompleta, lo determinante para la aplicación del puntaje adicional es: i) la acreditación de cuántos trabajadores conforman la planta de personal del proponente, incluyendo los vinculados en jornada completa e incompleta, y ii) la vinculación mediante contrato de trabajo de personas con discapacidad, dentro del rango aplicable a la planta de personal del empleador.

**3. Respuesta**

«[…] solicitamos por favor, confirmar si es válida la contratación del 1% de trabajadores en condición de discapacidad con dedicación a medio tiempo o si existe algún requisito que detalle que la dedicación debe ser a tiempo completo, por favor se indique en donde está especificado el respectivo requerimiento. Agradecemos por favor confirmar si un oferente podría recibir puntaje adicional acorde con el decreto 392, si efectivamente el 1% de los trabajadores tienen condición de discapacidad pero su dedicación es parcial».

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que el puntaje adicional regulado en los artículos 2.2.1.2.4.2.6 y 2.2.1.2.4.2.7 del Decreto 1082 de 2015 aplica en beneficio de quien acredite, en los términos de dichos artículos, el número de personas que conforman su planta de personal y un determinado número de personas con discapacidad, vinculadas mediante contrato de trabajo, dentro del rango aplicable al empleador. Para el cumplimiento de estos requisitos se debe tener en cuenta tanto a los trabajadores vinculados mediante jornada completa, como a los vinculados mediante jornada incompleta, en la medida que las normas que regulan el puntaje adicional no distinguen entre estos para aplicar el puntaje adicional.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Laura Alejandra Materón García  Analista T2-01 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Para un análisis profundo sobre las políticas públicas horizontales en el contexto de la contratación estatal, ver a Sue Arrowsmith “Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía”, Revista de Derecho Administrativo No. 21, Universidad Externado de Colombia, p. 223-261. [↑](#footnote-ref-1)
2. Al margen del contexto de la contratación estatal, el Estado colombiano cuenta con una política normativa integral de atención y protección a favor de las personas con discapacidades, dentro de las cuales se destaca el Documento Conpes Social 166 de 2013, por medio del cual se adopta la política pública nacional de discapacidad e inclusión social 2013-2022, la Ley 1349 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» y la Ley 1996 de 2019 «Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad». [↑](#footnote-ref-2)
3. “Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad” [↑](#footnote-ref-3)
4. Código Sustantivo del Trabajo: «Artículo 197. Trabajadores de jornada incompleta. Los trabajadores tienen derecho a las prestaciones y garantías que les correspondan, cualquiera que sea la duración de la jornada». [↑](#footnote-ref-4)