**CCE-DES-FM-17**

**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, etc.

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

Una de las medidas acogidas en nuestra legislación ha sido un conjunto de medidas afirmativas a favor de la población en condiciones de discapacidad. Obviamente, 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 en condiciones de 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.

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Vinculación – Régimen de beneficios – Contratación estatal**

El Gobierno Nacional, ejerciendo 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 reglamento adicionó el artículo 2.2.1.2.4.6 al Decreto 1082 de 2015, estableciendo un puntaje adicional del uno por ciento (1%) para proponentes en los procesos de licitaciones públicas y concurso de méritos que tuvieran vinculados a trabajadores con discapacidad, de acuerdo con los requisitos previstos en el mismo. […]

Como puede apreciarse, el reglamento determina los requisitos formales que deben ser cumplidos para efectos de acceder a tal puntaje, a saber: i) la certificación, emitida por el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, del número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente y ii) la acreditación del número mínimo de personas con discapacidad dentro de su planta de personal, lo cual deberá ser certificado por el Ministerio del Trabajo. Este último certificado deberá estar vigente a la fecha del cierre del proceso de selección.

**VINCULACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD – Sociedades extranjeras – Personal dentro del territorio nacional**

[L]a Agencia la Agencia considera que la finalidad de las normas de la Ley 1618 de 2013 y del Decreto 392 de 2018, en desarrollo de las políticas públicas del Estado colombiano, es establecer un marco jurídico integral para la atención y protección de la población en condición de discapacidad que habita dentro del territorio nacional. Esta conclusión es evidente según se deduce del texto de las normas que han sido analizadas, así como de los motivos que promovieron su expedición. En otros términos, no se deriva intención, ni de la ley ni del reglamento, de ampliar las finalidades de la política pública de atención y protección de la población en condición de discapacidad hacia un ámbito distinto al nacional. Esto es congruente con el principio de territorialidad del ordenamiento jurídico, pues «Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades» (art. 3, inc. 2, de la Constitución Política), por lo que «La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia» (art. 18 del Código Civil).

[…] las normas que regulan la certificación de discapacidad y el Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad -RLCPD delimitan su ámbito de aplicación al territorio nacional, de manera que la certificación de los trabajadores con discapacidad que expide el Ministerio de Trabajo se circunscribe a personas en condición de discapacidad que se encuentran dentro del territorio nacional. Bajo estas consideraciones, es viable concluir que las sociedades extranjeras con sucursal en Colombia, interesadas en participar en procesos de selección de licitación pública o concurso de méritos y obtener el «puntaje adicional» por contratación laboral de personas en condición de discapacidad, reglamentado en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el 392 de 2018, sin perjuicio de la competencia que ostenta el Ministerio del Trabajo en esta materia, deberán acreditar el número mínimo exigido de trabajadores vinculados laboralmente según el ordenamiento jurídico colombiano y solicitar el certificado en el Ministerio del Trabajo.



Bogotá D.C., **07/03/2022 16:17:57**

Señor

**Mauricio Acero Montoya**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 048 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATACIÓN PÚBLICA – Acciones afirmativas –Finalidades – Sistema de Compra Pública / CONTRATACIÓN PÚBLICA – Acciones afirmativas – Personas en condiciones de discapacidad – Ley Estatutaria 1618 de 2013 / PERSONAS EN CONDICIONES DE DISCAPACIDAD – Vinculación – Régimen de beneficios – Contratación estatal / VINCULACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD – Sociedades extranjeras – Personal dentro del territorio nacional |
| **Radicación:** | Respuesta a las consultas P20220124000489 y P20220203001009 –Acumulado– |

Estimado señor Acero:

En ejercicio de la competencia torgada 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 las consultas del 24 de enero 2022, una de ellas remitida por competencia por el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante oficio 20222040055881 del 1° de febrero de 2022.

1. **Problema planteado**

En relación con el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 1 del Decreto 392 del 2018, usted realiza la siguiente pregunta:

«Tratándose de sociedades extranjeras con sucursal el Colombia, el requisito atinente a certificar el número TOTAL de trabajadores vinculados a la planta de personal de que trata el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.6 se entiende cumplido certificando:

a) El número total de trabajadores vinculados a la empresa extranjera.

b) El número de trabajadores registrados en la sucursal en Colombia».

1. **Consideraciones**

Con el propósito de resolver la consulta se analizarán: i) las acciones afirmativas a favor de las personas con discapacidad en la contratación pública y ii) el sistema de preferencias para asignar puntaje adicional en los procesos de contratación de licitación y concursos de méritos reglamentado en el Decreto 392 de 2018.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado al respecto, entre otros, en los conceptos: del 9 de septiembre de 2019, radicación Nro. 2201913000006672; del 2 de diciembre de 2019, radicación Nro. 2201913000008885; del 6 de diciembre de 2019, radicación N° 2201913000009017; del 16 de diciembre de 2019, radicación Nro. 2201913000009286; y en los conceptos C-196 del 8 de abril de 2020 y C-436 del 26 de agosto de 2021. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se complementarán y actualizarán a continuación con la respuesta a la consulta objeto de análisis.

**2.1 Acciones afirmativas en 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, lo cual se ha constituido, junto al tradicional aprovisionamiento de bienes y servicios, como uno de sus principales objetivos[[1]](#footnote-2). 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, etc.

Una de las medidas acogidas en nuestra legislación ha sido un conjunto de medidas afirmativas a favor de la población en condiciones de discapacidad[[2]](#footnote-3). Obviamente, 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 en condiciones de discapacidad.

Por estas razones fue expedida la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013[[3]](#footnote-4), 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[[4]](#footnote-5).

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[[5]](#footnote-6). Además, establece un deber genérico en las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, distrital y local, de buscar 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 citada ley es un claro ejemplo de acciones afirmativas. La norma 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 preferencia a favor del mismo grupo poblacional. Para estos efectos, dispone que:

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 Sistema de preferencias para asignar puntaje adicional en los procesos de contratación de licitación y concursos de méritos reglamentado en el Decreto 392 de 2018**

El Gobierno Nacional, ejerciendo 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 reglamento adicionó el artículo 2.2.1.2.4.6 al Decreto 1082 de 2015, estableciendo un puntaje adicional del uno por ciento (1%) para proponentes en los procesos de licitaciones públicas y concurso de méritos que tuvieran vinculados a trabajadores con discapacidad, de acuerdo con los requisitos previstos en el mismo. Dicha norma señala:

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 |

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.

Como puede apreciarse, el reglamento determina los requisitos formales que deben ser cumplidos para efectos de acceder a tal puntaje, a saber: i) la certificación, emitida por el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, del número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente y ii) la acreditación del número mínimo de personas con discapacidad dentro de su planta de personal, lo cual deberá ser certificado por el Ministerio del Trabajo. Este último certificado deberá estar vigente a la fecha del cierre del proceso de selección.

Se precisa que ambos certificados son necesarios, pues acreditan requisitos diferentes, ya que 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 su parte, el certificado emitido por el Ministerio de Trabajo acredita el número de personas con discapacidad, lo que permitirá, conjuntamente, determinar si se cumple con el rango necesario que habilite al proponente a acceder al beneficio. Para que el proponente acceda a la asignación del puntaje adicional en los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, se deberá contratar un número mínimo de personas con discapacidad de acuerdo con el número total de trabajadores vinculados a su planta de persona, según los rangos que se muestra el numeral 2 del artículo en comento.

Tratándose de proponentes plurales como los consorcios, las sociedades o las promesas de sociedad futura, el parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.6 dispone que para que la oferta presentada obtenga el puntaje adicional por vinculación de trabajadores con discapacidad, deberá tomarse en cuenta la acreditación del integrante que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida en el proceso de contratación. De este modo, 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 procedimiento de contratación. En tal sentido, la acreditación de los requisitos del artículo 2.2.1.2.4.6 del Decreto 1082 de 2015 corresponderá de forma independiente al integrante que aporte el porcentaje mínimo de experiencia requerida.

Así las cosas, el proponente que cumpla con los requisitos señalados accederá a los beneficios en puntaje adicional que reguló la Ley 1618 de 2013, reglamentado por el Decreto 392 de 2018, esto es, el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones. Lo anterior debe entenderse con respecto a cualquier proponente que la Ley 80 de 1993 señala como sujeto con capacidad para contratar, trátese de personas naturales, personas jurídicas, consorcios o uniones temporales.

Ahora bien, se observa que la norma no diferencia entre proponentes nacionales y extranjeros, de manera que los beneficios de puntaje adicional resultan aplicables a unos y otros sin distingo por razón de la nacionalidad. A este respecto, la Agencia, en ocasiones anteriores, se ha pronunciado en el siguiente sentido[[6]](#footnote-7):

De esta manera, los proponentes, sin importar su nacionalidad, pueden acceder al puntaje adicional que reguló la Ley 1618 de 2013, reglamentado por el Decreto 392 de 2018, siempre que acrediten lo exigido allí, puesto que la norma no excluye el cumplimiento de los requisitos en razón a que el proponente sea nacional o extranjero, sino que, en general, se dirige a los proponentes que son aquellos que la Ley 80 de 1993 señala como personas con capacidad para contratar con entidades.

Así**, los proponentes extranjeros sin sucursal en Colombia están incluidos en la disposición del Decreto 392 de 2018, cuando se refiere a los “proponentes”, ya que la norma no distinguió respecto de la nacionalidad para exigir los requisitos señalados allí**, y particularmente el que es objeto de su consulta, es decir, el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo. Por ende, teniendo en cuenta la capacidad jurídica de los proponentes extranjeros, con o sin sucursal en Colombia, ya que la Ley 80 de 1993 no los distingue sino que le otorga capacidad al proponente extranjero, independientemente del asiento permanente de negocios en el país, ellos pueden contratar con el Estado y acceder al puntaje por vincular personal en condición de discapacidad, si aportan el certificado suscrito por la persona natural, por el representante legal de la persona jurídica o por el revisor fiscal del proponente o integrante que pretenda acreditar esta condición, acompañado del certificado expedido por el Ministerio de Trabajo. [Negrillas por fuera del texto original].

De este modo, es claro que los proponentes extranjeros en Colombia pueden acceder al puntaje adicional reglamentado por el Decreto 392 de 2018, siempre que cumplan con los requisitos señalados en párrafos anteriores, es decir, la certificación del número total de trabajadores vinculados a su planta de personal y la certificación expedida por el Ministerio de trabajo que acredita la vinculación de personas con discapacidad. Sobre la acreditación de estos requisitos para los proponentes extranjeros, esta Agencia ha puntualizado que para acceder al puntaje adicional deberán acreditar la vinculación de personas con discapacidad contratadas laboralmente según el ordenamiento normativo nacional y solicitar el certificado en el Ministerio del Trabajo. Así lo enfatizó[[7]](#footnote-8):

El Decreto 392 de 2018 establece un sistema de preferencias para asignar puntaje adicional en los Procesos de Contratación de licitación y concursos de méritos, aplicable sólo a los proponentes que acrediten que en su planta de personal tienen contratadas, con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, personas en situación de discapacidad. **De lo anterior se entiende, que el proponente debe certificar que tiene contratos de trabajo según la legislación colombiana con personas en situación de discapacidad.**

**Así las cosas, los proponentes extranjeros interesados en participar en Procesos de Contratación y obtener el puntaje adicional establecido en el Decreto 392 de 2018, deberán incluir en su nómina a personas en situación de discapacidad vinculadas laboralmente según el ordenamiento jurídico colombiano** **y solicitar el certificado en el Ministerio del Trabajo.**

Dicho certificado será expedido con la información allegada por el empleador al momento de la solicitud, sin que para el mismo existan mecanismos de reciprocidad en ese aspecto.

[…]

En el caso que el proponente extranjero no cuente con trabajadores con discapacidad vinculados según la legislación colombiana, en su planta de personal, la Entidad Estatal no podrá otorgar el puntaje del uno por ciento establecido por el Decreto 392 de 2018. [Negrilla por fuera de texto].

En este punto, es preciso señalar que para obtener el puntaje adicional la «vinculación» a que hacen referencia las disposiciones citadas de la Ley 1618 de 2013 y del Decreto 392 de 2018, es de naturaleza «laboral» y no de otra índole como sería la contratación de prestación de servicios. A este respecto se ha referido la Agencia en los siguientes términos[[8]](#footnote-9):

Sobre el “puntaje adicional”, como se mencionó, la Ley 1618 de 2013 solo señala que las personas con discapacidad deben estar contratadas con las condiciones que establece la ley, y el reglamento lo desarrolló al exigir un certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, de lo cual se infiere que la vinculación debe ser laboral –no de prestación de servicios o de otro tipo–, atendiendo a las competencias de esta entidad, quien tiene como objetivo ocuparse de las relaciones laborales[[9]](#footnote-10), que excluyen los contratos de prestación de servicios regulados en el Código Civil[[10]](#footnote-11).

En este sentido, para los efectos del artículo 2.2.1.2.4.6 del Decreto 1082 de 2015 adicionado por el Decreto 392 de 2018, debe entenderse que los proponentes extranjeros acreditarán las exigencias previstas en esta norma en relación con las personas contratadas laboralmente según el ordenamiento jurídico colombiano. Esto implica que la certificación a la que alude el numeral 1 de la norma en cita debe tener en cuenta la planta de personal del proponente que se encuentre vinculado de acuerdo con la legislación colombiana, lo cual es coherente con lo establecido en el numeral 2 en relación con la certificación que expide el Ministerio del Trabajo, cuyas competencias tienen por objeto las relaciones laborales en el territorio nacional.

La anterior interpretación resulta concordante con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 según el cual se otorgará la puntuación adicional a las empresas que en su planta de personal tengan personas con discapacidad contratadas con «todas las exigencias y garantías legalmente establecidas». De allí se colige, sin lugar a duda, que la vinculación de las personas con discapacidad debe cumplir con las garantías y exigencias determinadas en el ordenamiento jurídico colombiano, pues solo así es posible constatar, conforme a las competencias de las autoridades respectivas, que la contratación de dichas personas cumple con el propósito de la Ley de asegurar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo en términos de igualdad, de oportunidades, equidad e inclusión. Esto significa, verificar que cuenten con iguales garantías laborales a las que brinda el ordenamiento colombiano para las demás personas.

Lo expuesto, se reitera en el contenido de otras disposiciones del Decreto 1082 de 2015, como el artículo 2.2.1.2.4.2.7. sobre el seguimiento durante la ejecución del contrato. En efecto, en aras de preservar la situación de protección a favor de las personas con discapacidad vinculadas por los contratistas, este artículo establece el deber de seguimiento por las entidades estatales a través de sus respectivos supervisores o interventores de los contratos, según el caso, con el fin de verificar que el número de trabajadores en condiciones de discapacidad que fueron acreditados en el proceso de selección para la obtención del puntaje adicional de la oferta se mantenga incólume durante la ejecución del contrato, so pena de incurrir en incumplimiento contractual. Este seguimiento debe realizarse con base en el certificado que para el efecto expide el Ministerio de Trabajo en la que se constatará la vigencia de dicha certificación, la cual tiene en cuenta la vinculación laboral de la persona con discapacidad. La norma es del siguiente tenor:

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 presentes los casos de fuerza mayor o caso fortuito.

Por tanto, la Agencia considera que la finalidad de las normas de la Ley 1618 de 2013 y del Decreto 392 de 2018, en desarrollo de las políticas públicas del Estado colombiano, es establecer un marco jurídico integral para la atención y protección de la población en condición de discapacidad que habita dentro del territorio nacional. Esta conclusión es evidente según se deduce del texto de las normas que han sido analizadas, así como de los motivos que promovieron su expedición.

En otros términos, no se deriva intención, ni de la ley ni del reglamento, de ampliar las finalidades de la política pública de atención y protección de la población en condición de discapacidad hacia un ámbito distinto al nacional. Esto es congruente con el principio de territorialidad del ordenamiento jurídico, pues «Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades» (art. 3, inc. 2, de la Constitución Política), por lo que «La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia» (art. 18 del Código Civil).

Nada distinto podría colegirse del hecho de que las normas que otorgan el beneficio del puntaje adicional a los proponentes se refieran a un tipo de vinculación de personas en discapacidad de acuerdo con las previsiones normativas laborales que rigen la materia en el territorio nacional. De tal manera, conceptos o institutos como la «vinculación laboral», «relación laboral», «patrono», «empleado», «contrato realidad», «salario», «subordinación», «prestación de servicios» etc., deberán entenderse y aplicarse de acuerdo con la regulación que sobre los mismos ha hecho tanto el ordenamiento normativo como las distintas fuentes nacionales que existan en materia laboral.

Al respecto, cabe anotar que la constatación del número total de trabajadores existentes en la planta de personal de los proponentes, así como la contratación de personal en condición de discapacidad, corresponde a entidades –ministerios– del orden nacional y que carecen, por ende, de competencia para extender sus atribuciones hacia actividades que tales proponentes lleven a cabo por fuera del país.

En efecto, entre los requisitos que se tienen en cuenta para la expedición de la certificación de los trabajadores con discapacidad por parte del Ministerio del Trabajo se encuentra la acreditación de tal situación realizada por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, autorizadas para el efecto, de conformidad con lo establecido en la Resolución 113 de 2020, «Por la cual se dictan disposiciones en relación con la certificación y el Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad», expedida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social[[11]](#footnote-12). Según el artículo 1 *ibidem* esta resolución tiene por objeto implementar la certificación de discapacidad y el Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad –RLCPD–, como mecanismos para localizar, caracterizar y certificar a las personas con discapacidad.

Conforme con el artículo 2 de dicha resolución se aplica a las secretarías de salud del orden departamental, distrital y municipal, o a las entidades que hagan sus veces, y a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud –IPS–, que, para efectos de la expedición de la certificación de discapacidad, se autoricen, conforme con lo establecido por el artículo 7 de la resolución. Adicionalmente, el artículo 3.3 de dicho acto administrativo define el Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad como la «Plataforma en la cual se registra la información resultante de la realización del procedimiento de certificación de discapacidad, a fin de establecer la caracterización y localización geográfica, en los niveles *municipal, distrital, departamental y nacional del solicitante*. El RLCPD, es la fuente oficial de información sobre las personas con discapacidad en Colombia y hace parte del Sistema Integrado de Información de la Protección Social -SISPRO» (Énfasis por fuera de texto).

De lo expuesto, se evidencia que las normas que regulan la certificación de discapacidad y el Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad –RLCPD– delimitan su ámbito de aplicación al territorio nacional, de manera que la certificación de los trabajadores con discapacidad que expide el Ministerio de Trabajo se circunscribe a personas en condición de discapacidad que se encuentran dentro del territorio nacional. Lo anterior debe interpretarse de forma conjunta con lo establecido en el numeral 1 de artículo 2.2.1.2.4.6 del Decreto 1082 de 2015, pues como se explicó, la vinculación a la que hacen referencia las disposiciones citadas de la Ley 1618 de 2013 y del Decreto 392 de 2018 es de naturaleza laboral, de acuerdo con la legislación colombiana. En consecuencia, tanto la certificación del numeral 1 como la del numeral 2 del artículo en cita deben tener en cuenta la planta de personal con vinculación laboral en el territorio nacional.

Bajo estas consideraciones, es viable concluir que las sociedades extranjeras con sucursal en Colombia, interesadas en participar en procesos de selección de licitación pública o concurso de méritos y obtener el «puntaje adicional» por contratación laboral de personas en condición de discapacidad, reglamentado en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el 392 de 2018, sin perjuicio de la competencia que ostenta el Ministerio del Trabajo en esta materia, deberán acreditar el número mínimo exigido de trabajadores vinculados laboralmente según el ordenamiento jurídico colombiano y solicitar el certificado en el Ministerio del Trabajo.

En efecto, tratándose de sociedades extranjeras que pretendan emprender negocios permanentes en Colombia, el artículo 471 del Código de Comercio señala la obligación de establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional[[12]](#footnote-13). De esta manera, la sucursal de sociedad extranjera deberá sujetarse a la legislación colombiana, lo que significa que la contratación laboral debe realizarse según el ordenamiento jurídico colombiano. De ahí que si la sociedad extranjera cuenta con sucursal en Colombia deberá acreditar el requisito exigido el numeral 1 del 2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el 392 de 2018 teniendo en cuenta los trabajadores vinculados laboralmente según el ordenamiento jurídico colombiano.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, donde se reitera la postura que ha sostenido esta Agencia, es importante insistir que, en todo caso, el Ministerio del Trabajo es la autoridad encargada, conforme al Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 392 de 2018, para emitir el certificado mediante el cual se acredita «el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal», de que trata el numeral segundo del artículo 2.2.1.2.4.2.6., certificado con base en el cual las entidades realizarán la respectiva evaluación en los procedimientos de selección de contratistas.

**3. Respuesta**

«Tratándose de sociedades extranjeras con sucursal el Colombia, el requisito atinente a certificar el número TOTAL de trabajadores vinculados a la planta de personal de que trata el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.6 se entiende cumplido certificando:

a) El número total de trabajadores vinculados a la empresa extranjera.

b) El número de trabajadores registrados en la sucursal en Colombia».

De acuerdo con las consideraciones expuestas, en concepto de esta Subdirección, en caso de que una sociedad extranjera con sucursal en Colombia pretenda en un proceso de licitación pública o concurso de méritos obtener el «puntaje adicional» por contratación laboral de personas en condición de discapacidad, reglamentado en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el 392 de 2018, deberán acreditar el número mínimo exigido de trabajadores vinculados laboralmente según el ordenamiento jurídico colombiano y solicitar el certificado en el Ministerio del Trabajo.

En efecto, tratándose de sociedades extranjeras que pretendan emprender negocios permanentes en Colombia, el artículo 471 del Código de Comercio señala la obligación de establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional. De esta manera, la sucursal de sociedad extranjera deberá sujetarse a la legislación colombiana, lo que significa que la contratación laboral debe realizarse según el ordenamiento jurídico colombiano. De ahí que si la sociedad extranjera cuenta con sucursal en Colombia deberá acreditar el requisito exigido el numeral 1 del 2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el 392 de 2018 teniendo en cuenta los trabajadores vinculados laboralmente según el ordenamiento jurídico colombiano.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, donde se reitera la postura que ha sostenido esta Agencia, es importante insistir que, en todo caso, el Ministerio del Trabajo es la autoridad encargada, conforme al Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 392 de 2018, para emitir el certificado mediante el cual se acredita «el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal», de que trata el numeral segundo del artículo 2.2.1.2.4.2.6., certificado con base en el cual las entidades realizarán la respectiva evaluación en los procedimientos de selección de contratistas.

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: | Tatiana Baquero Iguarán  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. 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-2)
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 y 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”. [↑](#footnote-ref-3)
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-4)
4. Artículo 1. [↑](#footnote-ref-5)
5. Numeral 3, Artículo 2. [↑](#footnote-ref-6)
6. Colombia Compra Eficiente, Concepto del 16 de diciembre de 2019, Radicación No. 2201913000009286. [↑](#footnote-ref-7)
7. Colombia Compra Eficiente, concepto del 9 de septiembre de 2019, Rad. 22019130000066. [↑](#footnote-ref-8)
8. Colombia Compra Eficiente, Concepto del 16 de diciembre de 2019 Rad. 2201913000009286. [↑](#footnote-ref-9)
9. Nota original N°.12: «Decreto 4108 de 2011: “Artículo 1. Objetivos. Son objetivos del Ministerio del Trabajo la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos para el trabajo, el respeto por los derechos fundamentales, las garantías de los trabajadores, el fortalecimiento, promoción y protección de las actividades de la economía solidaria y el trabajo decente, a través un sistema efectivo de vigilancia, información, registro, inspección y control; así como del entendimiento y diálogo social para el buen desarrollo de las relaciones laborales».

   Nota original N°.12: «El Ministerio de Trabajo fomenta políticas y estrategias para la generación de empleo estable, la formalización laboral, la protección a los desempleados, la formación de los trabajadores, la movilidad laboral, las pensiones y otras prestaciones». [↑](#footnote-ref-10)
10. Ibíd. [↑](#footnote-ref-11)
11. Lo anterior se encuentra en armonía con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 5 de la Ley 1618 de 2013 según el cual las autoridad publicas deberán implementar, entre otras acciones, mecanismos para mantener actualizado el registro para la localización y caracterización de las personas con discapacidad, integrados en el sistema de información de la protección social, administrado por el Ministerio de Salud y Protección Social [↑](#footnote-ref-12)
12. «Artículo 471: <REQUISITOS PARA EMPRENDER NEGOCIOS PERMANENTES EN COLOMBIA>. Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos:

    «1) Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes, y

    «2) Obtener de la Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria, según el caso, *permiso para funcionar* en el país». [↑](#footnote-ref-13)