CCE-DES-FM-17

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

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

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

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

**SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto**

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1.150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

**EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto**

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación similar, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84 de dicho cuerpo normativo, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de dicha Ley.

En cuando al contenido de la Ley en comento, es importante señalar que, como lo expresa su artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –«mipymes»–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como la consagración de incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía, y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación.

**FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Acreditación**

[…] este, al igual que los demás numerales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, no establece un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refiere. Por lo tanto, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral. En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se encuentra bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, mientras ello no suceda, deberá aplicarse el criterio indicado con anterioridad.

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Factor de desempate – Contrato de trabajo – Jornada completa e incompleta**

Conforme a lo expuesto, 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 en condición de 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 jornada completa, como a los contratados a jornada incompletas, en la medida que las normas que regulan el puntaje adicional no distinguen entre estos a efectos aplicar el puntaje adicional.

Del mismo modo, en lo relacionado con el factor de desempate del numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, la ley tampoco distingue entre trabajadores a jornada completa o incompleta, por lo que ambos pueden tenerse en cuenta a efectos de acreditar el diez porciento (10%) de la nómina en virtud de la cual opera la regla de desempate. Esto siempre que se cumpla con la antigüedad de un año exigida por el parágrafo segundo del artículo 35, o en su defecto, la vinculación desde la constitución del proponente, cuando este sea una sociedad con tiempo de constitución inferior a un año.

Texto

Descripción generada automáticamente

Señora

**Daniela Alejandra Perdomo Mora**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 334 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Régimen Aplicable / PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Forma de acreditación / SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto / EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 – Artículo 35 – Acreditación / PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Factor de desempate – Contrato de trabajo – Jornada completa e incompleta |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20210525004560 |

Estimada señora Perdomo:

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 25 de mayo del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«Un oferente que dentro de un concurso público, acredite tener el 10% o más de su nómina de trabajadores en situación de discapacidad que se encuentren vinculados laboralmente a través de contrato laboral de medio tiempo, ¿Podrá ser sujeto de los beneficios de los que tratan el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 del 2015 y el numeral 3 del artículo 35 de la ley 2069?»

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) puntaje adicional en procesos de contratación estatal para favorecer a proponentes que contraten personas con discapacidad, ii) factores de desempate en la contratación estatal, iii) ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020 y iv) vigencia y aplicación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en especial, el previsto en el numeral 3.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto con radicado No. 4201912000004631 de 10 de julio de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos con radicado No. 4201913000005084 del 23 de julio de 2019, radicado No. 4201913000004446 del 13 de agosto de 2019, radicado No. 4201912000005689 del 16 de septiembre de 2019, radicado No. 4201913000006373 del 18 de septiembre de 2019, radicado No. 4201912000006258 del 3 de octubre de 2019, radicado No. 4201913000006154 del 10 de octubre de 2019, radicado No. 4201912000007756 del 16 de noviembre de 2019, radicado No. 4201913000007151 del 2 de diciembre de 2019, radicado No. 4201912000008593 de 27 de diciembre de 2019, C–026 del 2 de enero de 2020, C–196 del 8 de abril de 2020, C-335 de 29 de mayo de 2020, C-436 del 24 de junio de 2020, C-629 del 2 de octubre de 2020, C-669 del 20 de noviembre de 2020, C-676 del 22 de noviembre de 2020, C–760 del 6 de enero de 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.

Por otro lado, esta Agencia ha estudiado temas relacionados con la aplicación de 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-234 del 24 de mayo de 2021, C-235 del 27 de mayo de 2021, C-239 y C-242 del 25 de mayo de 2021, C-247 del 1 de junio de 2021, C-270 del 6 de junio de 2021, C-271 y C-272 del 9 de junio de 2021, C-277 del 21 de junio de 2021, C-306 del 28 de junio de 2021 y C-320 del 1 de julio de 2021. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

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

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

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

Artículo 13. Derecho al trabajo. Todas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009, el Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces y demás entidades competentes establecerán entre otras, las siguientes medidas:

1. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, expedirá el decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, para las empresas que en su planta de personal tengan personas con discapacidad contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, y para las empresas de personas con discapacidad, familiares y tutores.

[…]

8. Los gobiernos nacionales, departamentales, distritales y municipales, deberán fijar mediante decreto reglamentario, en los procesos de selección de los contratistas y proveedores, un sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad.

En cumplimiento de lo anterior, el Gobierno Nacional, en ejercicio de su facultad reglamentaria, expidió el Decreto 392 del 2018, «Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad». Este Decreto adiciona el artículo 2.2.1.2.4.6 al Decreto 1082 de 2015, estableciendo un puntaje adicional del uno por ciento (1%) para proponentes con trabajadores con discapacidad en los procesos de licitaciones públicas y concurso de méritos, de acuerdo con los siguientes requisitos previstos en el mismo:

Artículo 2.2.1.2.4.2.6. Puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal, de acuerdo con los siguientes requisitos:

1. La persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.

2. Acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal, de conformidad con lo señalado en el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, el cual deberá estar vigente a la fecha de cierre del proceso de selección. Verificados los anteriores requisitos, se asignará el 1%, a quienes acrediten el número mínimo de trabajadores con discapacidad, señalados a continuación:

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

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

Se precisa que ambos certificados son necesarios, pues acreditan requisitos diferentes. El certificado emitido por el proponente relaciona el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal hasta la fecha del cierre del proceso. Por otra parte, en el certificado emitido por el Ministerio 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 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 en torno a la aplicabilidad del incentivo en situaciones en favor de empleadores que vinculen trabajadores en condición de discapacidad mediante contrato laboral a medio tiempo. Sobre el particular debe mencionarse el artículo 24, literal a) de la Ley 361 de 1997, establece la posibilidad de ser preferidos en procesos de selección de los empleadores que cuenten «[…] 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 en condición de 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 en condición de 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.

Conforme a esto, 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 en condición de discapacidad, dentro del rango aplicable a la planta de personal del empleador.

**2.2. Factores de desempate en la contratación estatal**

**2.2.1. Concepto y características**

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos mediante los cuales se pretende materializar el principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación adecuados, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación equivalente, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre las que se cuenta, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[1]](#footnote-2).

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población[[2]](#footnote-3). Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-4).

Ahora bien, en cumplimiento de los principios de reciprocidad y de *pacta sunt servanda*, los factores de desempate que rigen la contratación estatal deben guardar armonía con los tratados comerciales internacionales suscritos por el Estado colombiano. Por tanto, las normas internas deben acoplarse a lo establecido en los acuerdos, pues estos prevalecen. Así lo precisó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el numeral IV, literal C, del «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación».

**2.2.2. Ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84 de dicho cuerpo normativo, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta Ley.

En cuanto al contenido de la Ley 2069 de 2020, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[4]](#footnote-5), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[5]](#footnote-6). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[6]](#footnote-7), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[7]](#footnote-8) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[8]](#footnote-9).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con la interpretación del artículo 35 de la referida Ley, a continuación se estudiará el contenido y alcance de dicha norma.

**2.2.3. Vigencia y aplicación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, en especial, el previsto en el numeral 3**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. En consideración a que en la consulta se solicita que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente efectúe ciertas precisiones hermenéuticas sobre algunos apartes normativos de dicho artículo, la Subdirección de Gestión Contractual se pronunciará sobre el alcance que otorga a tales disposiciones, sin pasar por alto la novedad de la Ley 2069 de 2020 y la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales o estudios doctrinarios sobre el tema, que seguramente contribuirán a decantar la interpretación de las normas en comento.

Al respecto, pese a que el parágrafo 3 dispone que el Gobierno Nacional podrá regular los supuestos en que concurran dos o más factores de desempate, se considera que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requiere de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión reviste importancia, porque algunos enunciados normativos de la Ley bajo análisis establecen un mandato de reglamentación, dirigido al gobierno nacional, como condición para aplicar lo dispuesto en dicha Ley.

Por ejemplo, el artículo 31, en el segundo inciso, determina que «El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas que podrán implementar las Entidades Estatales». Del mismo modo, el parágrafo primero del artículo 32 establece que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional», en tanto que el inciso cuarto del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, indica que en los pliegos de condiciones las entidades estatales deben prever mecanismos que garanticen la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional «[…] en las condiciones que señale el reglamento».

Lo mismo no sucede con el artículo 35. En efecto, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho parágrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

A continuación, el artículo en mención establece los factores de desempate que se deben seguir de manera sucesiva, sin indicar tampoco en cada numeral que su eficacia dependa de lo que determine el reglamento. La única alusión que se hace al reglamento se encuentra en el parágrafo tercero del artículo que se viene comentando, no para condicionar la aplicación de todo lo dispuesto en aquel, sino para indicar que «El Gobierno Nacional *podrá reglamentar* la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos» (énfasis fuera de texto).

Como se observa, se trata de una competencia que, en concordancia con el artículo 189.11 superior, el gobierno nacional puede ejercer discrecionalmente para la ejecución de las leyes. Por tanto, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional ejerza la potestad reglamentaria para regular los casos en que concurren dos o más de los factores de desempate, no es necesaria la existencia del reglamento como presupuesto necesario para aplicar el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. De este modo, se concluye que los factores de desempate del artículo citado son exigibles desde la fecha de su promulgación, es decir, deben tenerse en cuenta en los procesos de selección que se inicien después del 31 de diciembre de 2020.

Luego de aclarar que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se encuentra vigente y que no requiere reglamentación previa para que sea exigible en los procedimientos de selección, lo cual es bastante relevante para el objeto de la consulta, vale la pena abordar los aspectos puntuales de esta. En este sentido, en ella se formulan preguntas sobre la del factor de desempate previsto en el numeral 3 del artículo 35, el cual establece:

En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes

[…]

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. (Énfasis fuera de texto)

Como se advierte, este, al igual que los demás numerales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, no establece un medio específico para acreditar las circunstancias a las que se refiere. Por lo tanto, corresponde a la entidad contratante analizar si el ordenamiento jurídico, en otras disposiciones legales o reglamentarias, exige un documento especial o si, por el contrario, hay libertad probatoria. Este análisis debe realizarse de manera independiente frente a cada numeral. En caso de que no exista «tarifa legal», es decir, en el evento en que la ley o el reglamento no definan un medio probatorio para acreditar la circunstancia correspondiente, la entidad estatal contratante tiene discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en el documento equivalente de qué manera el proponente podrá probar que se encuentra bajo la condición que permite aplicar la regla de desempate. Por supuesto, el decreto reglamentario que expida el gobierno nacional para garantizar la cumplida ejecución de la Ley 2069 de 2020 podría establecer los medios de prueba, así como las autoridades encargadas de certificar las circunstancias del artículo 35. Sin embargo, mientras ello no suceda, deberá aplicarse el criterio indicado con anterioridad.

En cuanto al contenido del numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, es importante destacar que este, en armonía con lo previsto en el artículo 13, numerales 7 y 8, de la Ley 1618 de 2013[[9]](#footnote-10), establece un factor de desempate que busca beneficiar a la población en situación de discapacidad. En tal sentido, indica que se preferirá la propuesta del oferente que acredite que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina esté en condición de discapacidad.

En la consulta se indaga en torno a la posibilidad de aplicar el factor de desempate en beneficio de proponentes que acrediten vinculaciones de trabajadores en condición de discapacidad vinculados laboralmente mediante contrato laboral de medio tiempo. Al respecto, debe mencionarse que la Ley 2069 de 2020 no establece condicionantes adicionales para la aplicación de este factor, distintos del señalado en el parágrafo segundo del artículo 35, por lo que, en principio, este factor aplica en beneficio de las proponentes que acrediten que al menos el diez por ciento (10%) de su nómina está conformada por trabajadores en condición de discapacidad.

En ese sentido, no existiendo una distinción en el texto de ley, cobra relevancia el principio general del derecho según el cual donde la ley no distingue no le está dado al interprete hacerlo. De esta manera, la interpretación del numeral 3 del artículo 35 conforme a este principio implica que las vinculaciones de personas con discapacidad, en función de las cuales opera el factor de desempate, pueden ser de trabajadores vinculados mediante contrato laboral a media jornada o jornada completa, siempre que el número de estos trabajadores constituya el diez por ciento (10%) de la nómina del proponente. 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[[10]](#footnote-11).

Por otra parte, debe destacarse que, además de la acreditación del porcentaje de conformación de la nómina, la aplicación del mencionado factor de desempate está condicionada por lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 35. Según este parágrafo: «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).

Como se advierte, el referido parágrafo no efectúa distinción alguna acerca de la modalidad de vinculación laboral. Solo exige que el capital humano esté vinculado laboralmente al oferente con una antigüedad igual o mayor a un año, salvo que la constitución del oferente sea inferior a un año, pues en este caso los trabajadores deben estar vinculados desde la constitución de la persona jurídica.

**3. Respuesta**

«Un oferente que dentro de un concurso público, acredite tener el 10% o más de su nómina de trabajadores en situación de discapacidad que se encuentren vinculados laboralmente a través de contrato laboral de medio tiempo, ¿Podrá ser sujeto de los beneficios de los que tratan el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 del 2015 y el numeral 3 del artículo 35 de la ley 2069?»

Conforme con lo expuesto, 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 en condición de 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.

Del mismo modo, en lo relacionado con el factor de desempate del numeral 3 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, la ley tampoco distingue entre trabajadores a jornada completa o incompleta, por lo que ambos pueden tenerse en cuenta a efectos de acreditar el diez por ciento (10%) de la nómina en virtud de la cual opera la regla de desempate. Esto siempre que se cumpla con la antigüedad de un año exigida por el parágrafo segundo del artículo 35 o, en su defecto, la vinculación desde la constitución del proponente, cuando este sea una persona jurídica con tiempo de constitución inferior a un año.

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: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918. [↑](#footnote-ref-2)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-9)
9. **Ley 1618 de 2013: «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:

   […]

      »7. 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.

      »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».  [↑](#footnote-ref-10)
10. 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-11)