**INCENTIVO CONTRACTUAL – Licitación pública - Ley 1920 de 2018 – artículo 6 - empresas de vigilancia y seguridad privada y/o las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada**

El 12 de julio de 2018 se expidió la Ley 1920, «Por la cual se dictan disposiciones relacionadas con las cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada y se busca mejorar las condiciones en las que el personal operativo de vigilancia y seguridad privada presta el servicio de vigilancia y seguridad privada. Ley del Vigilante». De acuerdo con el artículo 12, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]». Esto 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 ejecución de esta ley.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, esta tiene por objeto crear «[…] un marco jurídico para el ejercicio de la inspección, control y vigilancia sobre las cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada; además, establece un marco regulatorio para el adecuado desempeño de la labor del personal operativo de vigilancia». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas que regulan la realización de actividades de vigilancia y seguridad privada por parte de los prestadores del servicio, el personal operativo y las autoridades que ejercen inspección sobre el ejercicio de la actividad de vigilancia y seguridad privada.

El artículo 6 de la ley creó un incentivo contractual para prestadores de servicios de vigilancia y seguridad privada basado en la vinculación de mujeres, personas mayores de 45 años o en condición de discapacidad. En el inciso primero, la norma dispone: «El Gobierno nacional […] expedirá en un término no mayor a 6 meses un decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa para las empresas de vigilancia y seguridad privada y/o las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada que en personal operativo tengan a mujeres, a personas con discapacidad y/o personas mayores de 45 años, contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas».

**DECRETO 1279 DE 2021 – objeto – reglamentación de incentivo contractual – vigencia – mujeres – personas con discapacidad – personas mayores de 45 años**

[…] el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018 dispuso que el incentivo debía reglamentarse previamente para que el decreto definiera la «[…] puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa para las empresas de vigilancia y seguridad privada y/o las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada que en personal operativo tengan a mujeres, a personas con discapacidad y/o personas mayores de 45 años, contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas». Así, la ley creó un incentivo, pero éste no podía aplicarse hasta tanto que no se cumpliera la condición deferida a la existencia del reglamento

[…]

La referencia hecha en una ley a que el gobierno nacional reglamentará la materia indica que el reglamento es indispensable para el cumplimiento de la misma. Naturalmente, este reconocimiento no siempre implica que la ley está sometida a condición para entrar en vigencia; pero cuando se analiza con otros elementos que obran en este sentido, como los antecedentes legislativos, es posible utilizar la referencia al reglamento como una prueba de que la ley moduló sus efectos en el tiempo y se encuentra sometida a condición.

En tal sentido, el Congreso de la República dispuso la expedición de un decreto reglamentario para detallar el contenido del artículo 6 de la Ley 1920 de 2018, cuya expedición debió darse durante los 6 meses siguientes a la expedición de la ley. No obstante, el Gobierno Nacional expidió la reglamentación con posterioridad, pues el Decreto 1279 de 2021 inició su vigencia desde su publicación el 13 de octubre del año en curso. Por ello, mientras estuvo ausente el referido decreto existió una *laguna técnica* que impedía aplicar el incentivo previsto en la ley.

Con la expedición del Decreto 1279 de 2021 se adicionaron los artículos 2.2.1.2.4.2.10, 2.2.1.2.4.2.11, 2.2.1.2.4.2.12 y 2.2.1.2.4.2.13 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Por tanto, este reglamento posibilita que las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública puedan establecer puntajes adicionales en los procesos de licitación pública que se inicien para la contratación de los servicios que prestan las empresas y cooperativas de vigilancia y seguridad privada, cuando éstos proveedores acrediten que dentro de su personal operativo cuentan con mujeres, personas con discapacidad y personas mayores de 45 años vinculadas con todas las garantías que establece la ley.

**INCENTIVO CONTRACTUAL - Puntaje adicional – Licitación pública - empresas de vigilancia y seguridad privada o cooperativas de vigilancia y seguridad privada – criterios**

En este sentido, el artículo 2.2.1.2.4.2.10 que fue adicionado en el Decreto 1082 de 2015 dispone que se otorga hasta el tres por ciento (3%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, de acuerdo con los siguientes criterios:

i) Se otorga hasta un uno por ciento (1%) al proponente o los proponentes que acrediten tener dentro de su personal operativo mujeres vinculadas, de la siguiente forma: a) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le brinda al proponente o proponentes que acrediten el mayor *porcentaje de mujeres vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorgará un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: Puntaje = 0,5 % de los puntos (Porcentaje (%) acreditado de mujeres del proponente) Mayor porcentaje (%) de mujeres acreditado. b) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le otorga al proponente o los proponentes que acrediten el mayor *número de mujeres vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les brinda un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: Puntaje = 0,5 % de los puntos (Numero (#) acreditado de mujeres del proponente) Mayor número (#) de mujeres acreditado.

ii) Se otorga hasta un uno por ciento (1%) al proponente o proponentes que acrediten tener dentro de su personal operativo personas con discapacidad vinculadas, de la siguiente manera: a) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le brinda al proponente o proponentes que acrediten el mayor *porcentaje de personas con discapacidad vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorga un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: Puntaje = 0,5 % de los puntos (Porcentaje (%) acreditado de personas con discapacidad del proponente) Mayor porcentaje (%) de personas con discapacidad acreditado. b) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se brinda al proponente o proponentes que acrediten mayor *número de personas con discapacidad vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorga un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: Puntaje = 0,5 % de los puntos (Numero (#) acreditado de personas con discapacidad del proponente) Mayor número (#) de personas con discapacidad acreditado.

iii) Se otorga hasta un uno por ciento (1%) al proponente o los proponentes que acrediten tener dentro de su personal operativo personas que al momento de presentar oferta sean mayores de 45 años vinculadas, de la siguiente manera: a) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le brinda al proponente o los proponentes que acrediten el mayor *porcentaje de personas mayores de 45 años vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorga un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: Puntaje = 0,5 % de los puntos (Porcentaje (%) acreditado de personas mayores de 45 años del proponente) Mayor porcentaje (%) de personas mayores de 45 años acreditado. b) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se otorga al proponente o proponentes que acrediten mayor *número de personas mayores de 45 años vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les brinda un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: Puntaje = 0,5 % de los puntos (Numero (#) acreditado de personas mayores de 45 años del proponente) Mayor número (#) de personas mayores de 45 años acreditado.

**INCENTIVO CONTRACTUAL - Puntaje adicional - empresas de vigilancia y seguridad privada o cooperativas de vigilancia y seguridad privada – Condiciones para su acreditación**

El parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 que fue adicionado en el Decreto 1082 de 2015 regula las condiciones para acreditar el puntaje adicional para estos procesos de licitación pública. Por ello, las condiciones para otorgar el puntaje son constatadas por la entidad contratante mediante los siguientes documentos aportados por el proponente con su oferta de manera física o digital:

i) Constancia de la relación total del personal operativo publicado en el módulo de Acreditación del Personal Operativo dispuesto en la página web oficial de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, con una fecha no superior a treinta (30) días calendario anteriores a la presentación de la oferta.

ii) Certificado con una fecha no superior a treinta (30) días calendario anteriores a la presentación de la oferta, suscrito por el representante legal de la empresa o cooperativa de vigilancia y seguridad privada, que debe señalar el número de mujeres, de personas mayores de cuarenta y cinco (45) años cumplidos máximo a la fecha de presentación de la oferta y de personas con discapacidad que conforman su personal operativo. Para tal efecto, debe relacionarse junto con la certificación, el nombre completo, el número de documento de identidad, género, fecha de nacimiento y condición de discapacidad del personal operativo.

iii) La certificación del representante legal debe estar acompañada de la copia de los respectivos documentos de identidad y, para acreditar la condición de discapacidad, del certificado de discapacidad de cada uno de los trabajadores, de conformidad con la Resolución No. 113 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social o aquellas normas que la complementen, desarrollen, modifiquen o sustituyan. De este modo, en el evento que sean personas en condiciones de discapacidad, se requiere que el proponente anexe los documentos de identidad así como los certificados que acreditan la condición de discapacidad, según la Resolución No. 113 del Ministerio de Salud y Protección Social.

**INCENTIVO CONTRACTUAL - Puntaje adicional – Licitación pública - empresas de vigilancia y seguridad privada o cooperativas de vigilancia y seguridad privada – subsanación y aclaración de ofertas**

Conforme al parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los requisitos de la oferta que afecten la asignación de puntaje son insubsanables, por lo que la documentación faltante no podría entregarse posteriormente[[1]](#footnote-2). Por ello, teniendo en cuenta que los incentivos contractuales a los que se ha hecho referencia se expresan en puntos en el procedimiento de selección, la ausencia de los documentos que los soportan es insubsanable. No obstante, es necesario distinguir entre la ausencia del anexo correspondiente y los defectos del documento que, en función de las particularidades de cada caso concreto, impidan comprender el alcance de su contenido. Así las cosas, es necesario distinguir entre el régimen de subsanación y aclaración de las ofertas.

Respecto a este último, en aras de que la entidad pueda evaluar la oferta adecuadamente y contar con los elementos de juicio suficientes y necesarios para la comprensión integral de cada documento contenido en ella, esta puede acudir a la facultad del artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2022

Señor

**José Vicente Carillo Reyes**

Bogotá D.C.

 **Concepto C – 308 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | INCENTIVO CONTRACTUAL – Licitación pública - Ley 1920 de 2018 – artículo 6 - empresas de vigilancia y seguridad privada y/o las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada / DECRETO 1279 DE 2021 – objeto – reglamentación de incentivo contractual – vigencia – mujeres – personas con discapacidad – personas mayores de 45 años / INCENTIVO CONTRACTUAL – Puntaje adicional – Licitación pública – empresas de vigilancia y seguridad privada o cooperativas de vigilancia y seguridad privada – criterios / INCENTIVO CONTRACTUAL - Puntaje adicional - empresas de vigilancia y seguridad privada o cooperativas de vigilancia y seguridad privada – Condiciones para su acreditación / INCENTIVO CONTRACTUAL - Puntaje adicional – Licitación pública - empresas de vigilancia y seguridad privada o cooperativas de vigilancia y seguridad privada – subsanación y aclaración de ofertas |

**Radicación:** Respuesta a consultas P20220331003271 y P20220331003273 –Acumulados–

Estimado señor Carillo Reyes:

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 las consultas radicadas el 31 de marzo de 2022.

1. **Problema planteado**

Para efectos del parágrafo primero del artículo 2.2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 2 del Decreto 1279 de 2021 que reglamentó el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018, usted realiza las siguientes preguntas:

i) «Cómo procede la evaluación de cada criterio específico, cuando un documento soporte como la cédula de ciudadanía se encuentra ilegible, dañada, incompleta o falta en la propuesta.

¿Procede el descuento del puntaje respecto de este único documento faltante, ilegible, incompleto o dañado?

Esto es, ¿procede la asignación de puntaje sobre los documentos legibles, completos que sí se aportan en la oferta?

O, por el contrario, ¿se descuenta la totalidad del puntaje por cada subcriterio, aunque en la oferta se encuentren otras cédulas y documentos que permitan su evaluación?».

ii) «Cómo procede la evaluación, cuando el certificado de ofrecimiento de personal, se relaciona u ofertan por ejemplo 100 mujeres, pero se aportan 110 cédulas.

¿El puntaje se asigna, respondiendo al ofrecimiento del personal y sus soportes sin tener en cuenta, el personal no ofrecido?».

iii) «Como procede la evaluación, cuando el certificado de ofrecimiento de personal, se relaciona u ofertan por ejemplo 100 mujeres, pero se aportan 90 cédulas.

¿El puntaje se asigna, respondiendo al ofrecimiento del personal y sus soportes sin tener en cuenta el personal que no tiene soportes?».

**2. Consideraciones**

Conforme a la interpretación de las normas generales del sistema de compras públicas, la consulta se revolverá previo análisis de los siguientes temas: i)vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 1920 de 2018: impacto sobre la contratación estatal; ii) el Decreto 1279 de 2021, reglamento que permite utilizar el incentivo creado en el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018 en la contratación estatal; y iii) criterios y condiciones para la acreditación de los incentivos dispuestos en el Decreto 1279 de 2021.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos C-514 del 26 de agosto de 2020, C-516 del 26 de agosto de 2020, C-535 del 26 de agosto de 2020, C-537 del 26 de agosto de 2020, C-538 del 26 de agosto de 2020, C-568 del 26 de agosto de 2020, C-572 del 27 de agosto de 2020, C-582 del 28 de agosto de 2020, C-551 del 24 de septiembre de 2020 y C-573 de 13 de octubre de 2021, explicó la relación entre la ley y el reglamento, de manera que si bien, por regla general, la primera rige a partir de su promulgación, excepcionalmente esta requiere desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación. En los Conceptos C-377 de 9 de junio de 2020 y C-567 de 10 de septiembre de 2020 se trató el tema de la aplicación de incentivos contractuales en la contratación estatal. La aplicación de la ley procesal en el tiempo se analizó en el Concepto C-320 de 1° de julio de 2021. Así mismo, en el Concepto C-602 del 7 de diciembre de 2021 y C-240 del 27 de abril de 2022 se analiza el alcance de la Ley 1920 de 2018 y del Decreto 1279 de 2021. En lo pertinente, las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementa con algunas ideas relativas a la consulta realizada:

**2.1. Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 1920 de 2018: impacto sobre la contratación estatal**

El 12 de julio de 2018 se expidió la Ley 1920, «Por la cual se dictan disposiciones relacionadas con las cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada y se busca mejorar las condiciones en las que el personal operativo de vigilancia y seguridad privada presta el servicio de vigilancia y seguridad privada. Ley del Vigilante». De acuerdo con el artículo 12, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]». Esto 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 ejecución de esta ley.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, esta tiene por objeto crear «[…] un marco jurídico para el ejercicio de la inspección, control y vigilancia sobre las cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada; además, establece un marco regulatorio para el adecuado desempeño de la labor del personal operativo de vigilancia». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas que regulan la realización de actividades de vigilancia y seguridad privada por parte de los prestadores del servicio, el personal operativo y las autoridades que ejercen inspección sobre el ejercicio de la actividad de vigilancia y seguridad privada.

El artículo 6 de la ley creó un incentivo contractual para prestadores de servicios de vigilancia y seguridad privada basado en la vinculación de mujeres, personas mayores de 45 años o en condición de discapacidad. En el inciso primero, la norma dispone: «El Gobierno nacional […] expedirá en un término no mayor a 6 meses un decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa para las empresas de vigilancia y seguridad privada y/o las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada que en personal operativo tengan a mujeres, a personas con discapacidad y/o personas mayores de 45 años, contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas».

 Este incentivo impulsa la vinculación laboral de este tipo de población circunscrito a mujeres, personas con discapacidad y personas mayores de 45 años, mediante la creación de un puntaje adicional en los procesos contractuales para la adquisición del servicio de vigilancia y seguridad privada de los proveedores del mercado. En este sentido, la contratación pública puede utilizarse como un mecanismo para promover condiciones de trabajo equitativas, el desarrollo económico, oportunidades económicas para los sectores de la población o las regiones más vulnerables dentro del territorio nacional, y para promover la adquisición de acuerdo con criterios de sostenibilidad ambiental[[2]](#footnote-3).

Estas finalidades reciben diferentes nombres en los diversos contextos en los que se utilizan, algunos recurren al nombre de políticas secundarias, finalidades paralelas, o políticas colaterales u horizontales en materia de contratación[[3]](#footnote-4). El concepto de política o finalidad horizontal o colateral pretende subrayar que se trata de políticas no subordinadas o inferiores, sino que acompañan la finalidad principal de la contratación estatal, la cual –de conformidad con el artículo 3º de la Ley 80 de 1993– consiste en «el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines».

Existen diversos tipos de políticas o medidas: algunas buscan, simplemente, que se cumplan los parámetros mínimos legales, y otras buscan incentivar ciertos comportamientos para generar beneficios sociales, económicos o ambientales. De igual manera, estas políticas pueden concretarse a través de diferentes medios, por ejemplo: establecer reservas de ciertos contratos para cierto grupo de la población, otorgar puntos adicionales como criterio de ponderación, establecer obligaciones contractuales aplicables a quien sea que resulte adjudicatario, o como criterio de desempate, entre otras[[4]](#footnote-5).

Para comprender este tema, es necesario distinguir entre «política horizontal» e «incentivo». La política horizontal consiste en el fin constitucional o legal legítimamente perseguido por el Estado, para cuya consecución se apoya en la contratación estatal como instrumento. Por su parte, el incentivo corresponde a la herramienta utilizada para garantizar aquellos fines[[5]](#footnote-6), como es el caso, se reitera, de los criterios de desempate, puntaje adicional, convocatorias reservadas u obligaciones contractuales. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso del incentivo previsto en el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018, se observa que está norma lo creó sometiendo su aplicación a la expedición de un reglamento que detallara las condiciones de su empleo efectivo en los procesos contractuales.

**2.2. Decreto 1279 de 2021 como reglamento que permite utilizar el incentivo creado en el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018 en la contratación estatal**

El incentivo creado en el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018 requiere la existencia de una reglamentación como condición de eficacia. Para estos efectos, si bien el Congreso de la República conserva la cláusula general de competencia normativa para la expedición de las leyes, en ocasiones puede sujetar su aplicación a una norma de menor jerarquía que regule aspectos de detalle, por lo que exige la expedición del decreto reglamentario correspondiente. Dicha reglamentación quedó contenida en el Decreto 1279 expedido por el gobierno nacional el 13 de octubre de 2021, en ejercicio de la facultad prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

 Es así como el referido artículo de la ley contiene un mandato de reglamentación que debe acatar el Gobierno Nacional[[6]](#footnote-7). Antes de que un decreto nazca a la vida jurídica la ley es inaplicable, porque delega en el poder ejecutivo la definición de los aspectos relevantes para efectividad de los mandatos contenidos en la misma mediante la expedición de un acto administrativo de carácter general. En estos casos, la omisión reglamentaria genera una *laguna técnica*, la cual se produce «[…] cuando falta en [el ordenamiento] una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma. Sucede por tanto que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que […] la concreten» (Corchetes fuera de texto)[[7]](#footnote-8).

 Para llegar a esta conclusión, es necesario tener en cuenta que las normas jurídicas, por regla general, producen efectos a partir de su promulgación o publicación. De allí se derivan principios tales como la irretroactividad de la ley y su efecto general inmediato[[8]](#footnote-9). Sin embargo, las leyes pueden modular sus efectos en el tiempo y establecer para el inicio de su entrada en vigencia un plazo o una condición. Cuando la entrada en vigencia está sometida a un plazo, el mero transcurso del periodo de tiempo previsto en la norma activa sus efectos jurídicos. No obstante, las leyes pueden establecer no un plazo sino una condición para modular sus efectos en el tiempo. La condición más usual es someter la vigencia a la expedición de un reglamento.

 En este sentido, el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018 dispuso que el incentivo debía reglamentarse previamente para que el decreto definiera la «[…] puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa para las empresas de vigilancia y seguridad privada y/o las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada que en personal operativo tengan a mujeres, a personas con discapacidad y/o personas mayores de 45 años, contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas». Así, la ley creó un incentivo, pero éste no podía aplicarse hasta tanto que no se cumpliera la condición deferida a la existencia del reglamento. Sobre este asunto, el Consejo de Estado considera:

[…] el Presidente de la República no requiere autorización por parte del Legislador para el ejercicio de su facultad reglamentaria, de manera que si éste establece en la ley que el mismo reglamentará la materia, dicha indicación debe entenderse simplemente como el reconocimiento de que para su efectivo cumplimiento es necesaria la expedición de una reglamentación, bajo el concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado (inciso 2 del artículo 113 C.P)[[9]](#footnote-10).

La referencia hecha en una ley a que el gobierno nacional reglamentará la materia indica que el reglamento es indispensable para el cumplimiento de la misma. Naturalmente, este reconocimiento no siempre implica que la ley está sometida a condición para entrar en vigencia; pero cuando se analiza con otros elementos que obran en este sentido, como los antecedentes legislativos, es posible utilizar la referencia al reglamento como una prueba de que la ley moduló sus efectos en el tiempo y se encuentra sometida a condición.

En tal sentido, el Congreso de la República dispuso la expedición de un decreto reglamentario para detallar el contenido del artículo 6 de la Ley 1920 de 2018, cuya expedición debió darse durante los 6 meses siguientes a la expedición de la ley. No obstante, el Gobierno Nacional expidió la reglamentación con posterioridad, pues el Decreto 1279 de 2021 inició su vigencia desde su publicación el 13 de octubre del año en curso. Por ello, mientras estuvo ausente el referido decreto existió una *laguna técnica* que impedía aplicar el incentivo previsto en la ley.

Con la expedición del Decreto 1279 de 2021 se adicionaron los artículos 2.2.1.2.4.2.10, 2.2.1.2.4.2.11, 2.2.1.2.4.2.12 y 2.2.1.2.4.2.13 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Por tanto, este reglamento posibilita que las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública puedan establecer puntajes adicionales en los procesos de licitación pública que se inicien para la contratación de los servicios que prestan las empresas y cooperativas de vigilancia y seguridad privada, cuando estos proveedores acrediten que dentro de su personal operativo cuentan con mujeres, personas con discapacidad y personas mayores de 45 años vinculadas con todas las garantías que establece la ley[[10]](#footnote-11).

Aunque el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018 también se refiere a la regulación de un puntaje adicional en los procesos de concurso de méritos y contratación directa, es necesario tener en cuenta que –de acuerdo con la memoria justificativa del decreto reglamentario– este se limita a la licitación pública. Lo anterior en la medida que, por un lado, los servicios de vigilancia no hacen parte del objeto de los contratos de consultoría y, por tanto, no se contratan a través del concurso de méritos y que, por otro, en la contratación directa no existe ponderación ni comparación entre diferentes propuestas, ya que es un proceso con un único oferente, pero no significa que se garantice un estudio del sector o del mercado[[11]](#footnote-12).

Ahora bien, según el artículo 3 del Decreto 1279 de 2021, los nuevos artículos adicionados e incorporados al Decreto 1082 de 2015 entraron a regir desde el 13 de octubre de 2021, fecha en que se publicó el referido decreto. En consecuencia, los efectos de esta nueva reglamentación quedaron sometidos a la regla general de vigencia de las normas en el tiempo, por lo que –conforme a lo explicado en el Concepto C-602 del 7 de diciembre de 2021– deben aplicarse hacia el futuro, esto es, para los procesos de licitación pública que inicien luego de su entrada en vigencia.

Lo anterior teniendo en cuenta que, en principio, las leyes, y en general los actos normativos, comienzan a regir a partir del momento en que se cumple la formalidad dispuesta para conferirles publicidad, en el entendido que se busca garantizar que pueda predicarse la ficción normativa consistente en la presunción de conocimiento general del derecho. Esta presunción no tendría sentido si las normas fueran exigibles antes de su publicación, notificación o comunicación, es decir, antes de que los sujetos que son destinatarios de las mismas, fácticamente al menos, tengan la posibilidad de conocerlas. Como se advierte, pedir que las personas deban cumplir el contenido de normas sobre las cuales no han sido previamente informadas representaría un grave riesgo para sus derechos, y principalmente para su seguridad jurídica[[12]](#footnote-13).

**2.3. Criterios y condiciones para la acreditación de los incentivos dispuestos en el Decreto 1279 de 2021**

El Decreto 1279 de 2021, «Por el cual se reglamenta el artículo 6° de la Ley 1920 de 2018 y se adicionan unos artículos a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional», establece la regulación de un puntaje adicional para los procesos de licitación pública para las empresas y las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, que en su personal operativo tengan contratados con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas a mujeres, personas con discapacidad y personas mayores de 45 años. En este sentido, el artículo 2.2.1.2.4.2.10 que fue adicionado en el Decreto 1082 de 2015 dispone que se otorga hasta el tres por ciento (3%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, de acuerdo con los siguientes criterios:

i) Se otorga hasta un uno por ciento (1%) al proponente o los proponentes que acrediten tener dentro de su personal operativo mujeres vinculadas, de la siguiente forma: a) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le brinda al proponente o proponentes que acrediten el mayor *porcentaje de mujeres vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorgará un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: Puntaje = 0,5 % de los puntos (Porcentaje (%) acreditado de mujeres del proponente) Mayor porcentaje (%) de mujeres acreditado. b) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le otorga al proponente o los proponentes que acrediten el mayor *número de mujeres vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les brinda un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: Puntaje = 0,5 % de los puntos (Numero (#) acreditado de mujeres del proponente) Mayor número (#) de mujeres acreditado.

ii) Se otorga hasta un uno por ciento (1%) al proponente o proponentes que acrediten tener dentro de su personal operativo personas con discapacidad vinculadas, de la siguiente manera: a) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le brinda al proponente o proponentes que acrediten el mayor *porcentaje de personas con discapacidad vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorga un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: Puntaje = 0,5 % de los puntos (Porcentaje (%) acreditado de personas con discapacidad del proponente) Mayor porcentaje (%) de personas con discapacidad acreditado. b) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se brinda al proponente o proponentes que acrediten mayor *número de personas con discapacidad vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorga un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: Puntaje = 0,5 % de los puntos (Numero (#) acreditado de personas con discapacidad del proponente) Mayor número (#) de personas con discapacidad acreditado.

iii) Se otorga hasta un uno por ciento (1%) al proponente o los proponentes que acrediten tener dentro de su personal operativo personas que al momento de presentar oferta sean mayores de 45 años vinculadas, de la siguiente manera: a) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le brinda al proponente o los proponentes que acrediten el mayor *porcentaje de personas mayores de 45 años vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorga un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: Puntaje = 0,5 % de los puntos (Porcentaje (%) acreditado de personas mayores de 45 años del proponente) Mayor porcentaje (%) de personas mayores de 45 años acreditado. b) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se otorga al proponente o proponentes que acrediten mayor *número de personas mayores de 45 años vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les brinda un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: Puntaje = 0,5 % de los puntos (Numero (#) acreditado de personas mayores de 45 años del proponente) Mayor número (#) de personas mayores de 45 años acreditado.

 El parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 que fue adicionado en el Decreto 1082 de 2015 regula las condiciones para acreditar el puntaje adicional para estos procesos de licitación pública. Al respecto, existen dos (2) elementos que deben ser acreditados por el oferente y verificados por la entidad contratante para asignar el puntaje adicional. *Por un lado*, las condiciones subjetivas de las personas vinculadas a la empresa de vigilancia y seguridad privada –esto es, que se trate de mujeres, personas con discapacidad y/o mayores de 45 años– y, *por otro*, su inclusión en la planta de personal operativo de la empresa. Por ello, las condiciones para otorgar el puntaje son constatadas por la entidad contratante mediante los siguientes documentos aportados por el proponente con su oferta de manera física o digital:

i) Constancia de la relación total del personal operativo publicado en el módulo de Acreditación del Personal Operativo dispuesto en la página web oficial de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, con una fecha no superior a treinta (30) días calendario anteriores a la presentación de la oferta[[13]](#footnote-14).

ii) Certificado con una fecha no superior a treinta (30) días calendario anteriores a la presentación de la oferta, suscrito por el representante legal de la empresa o cooperativa de vigilancia y seguridad privada, que debe señalar el número de mujeres, de personas mayores de cuarenta y cinco (45) años cumplidos máximo a la fecha de presentación de la oferta y de personas con discapacidad que conforman su personal operativo. Para tal efecto, debe relacionarse junto con la certificación, el nombre completo, el número de documento de identidad, género, fecha de nacimiento y condición de discapacidad del personal operativo.

iii) La certificación del representante legal debe estar acompañada de la copia de los respectivos documentos de identidad y, para acreditar la condición de discapacidad, del certificado de discapacidad de cada uno de los trabajadores, de conformidad con la Resolución No. 113 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social o aquellas normas que la complementen, desarrollen, modifiquen o sustituyan. De este modo, en el evento que sean personas en condiciones de discapacidad, se requiere que el proponente *anexe* los documentos de identidad así como los certificados que acreditan la condición de discapacidad, según la Resolución No. 113 del Ministerio de Salud y Protección Social.

De acuerdo con el parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015, el otorgamiento del incentivo requiere la concurrencia de los documentos descritos. Es decir, conforme al tenor literal de la norma, no podrá asignarse puntaje en relación con personas respecto de las cuales no se pruebe el cumplimiento de todos los requisitos exigidos la disposición. De esta manera, el representante legal de la empresa o cooperativa de vigilancia y seguridad privada indicará el número de mujeres, de personas mayores de cuarenta y cinco (45) años cumplidos máximo a la fecha de presentación de la oferta y de personas con discapacidad que conforman su personal operativo. Junto con la certificación, también relacionará el nombre completo, el número de documento de identidad, género, fecha de nacimiento y condición de discapacidad del personal operativo.

Ahora bien, respecto a los documentos anexos, si no están los soportes que acreditan la calidad de *algunas* de las personas relacionadas en la certificación, la asignación del puntaje se realizará únicamente con aquellos que cumplan las condiciones explicadas anteriormente. Por ejemplo, si el proponente certifica que tiene diez (10) personas en condición de discapacidad, pero solo aporta la cédula y el certificado de discapacidad de seis (6) de ellas, la asignación del puntaje se realizará excluyendo el número de personas cuya calidad no se acreditó a través de los anexos correspondientes. Lo anterior considerando que la norma analizada no dispone expresamente que el derecho a obtener puntaje adicional por la vinculación de estos grupos poblacionales se pierda totalmente cuando los documentos referidos a una o varias de las personas, cuya vinculación quiere demostrarse, no se anexen a la certificación del representante legal.

Conforme al parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los requisitos de la oferta que afecten la asignación de puntaje son insubsanables, por lo que la documentación faltante no podría entregarse posteriormente[[14]](#footnote-15). Por ello, teniendo en cuenta que los incentivos contractuales a los que se ha hecho referencia se expresan en puntos en el procedimiento de selección, la ausencia de los documentos que los soportan es insubsanable. No obstante, es necesario distinguir entre la ausencia del anexo correspondiente y los defectos del documento que, en función de las particularidades de cada caso concreto, impidan comprender el alcance de su contenido. Así las cosas, es necesario distinguir entre el régimen de subsanación y aclaración de las ofertas.

Respecto a este último, en aras de que la entidad pueda evaluar la oferta adecuadamente y contar con los elementos de juicio suficientes y necesarios para la comprensión integral de cada documento contenido en ella, esta puede acudir a la facultad del artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993. Dicha norma dispone que los pliegos de condiciones deben hacer referencia al «plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y *para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables*» (Énfasis fuera de texto). No obstante, la facultad de solicitar aclaraciones debe comprenderse bajo el entendido de que el oferente, so pretexto de atender el requerimiento realizado por la entidad, no puede realizar modificaciones que impliquen una mejora o alteración sustancial de la oferta. Como explica el Consejo de Estado:

[…] lo anterior no impide que se puedan hacer aclaraciones a las propuestas bien porque la administración las solicite en la etapa de evaluación de las mismas, ora porque las realicen los oferentes en la etapa dispuesta para las observaciones a los informes de evaluación, pero siempre y cuando verse sobre aspectos meramente formales o adjetivos o que en todo caso no comporten una variación o corrección del fondo de la propuesta a favor de quien las presenta y en detrimento de la posición de los demás proponentes en la evaluación, esto es, sujetas a condición de que con las mismas no se altere de manera sustancial la información inicialmente suministrada y la situación de los oferentes en el proceso de licitación.

Por eso, como es posible que por vía aclaratoria los proponentes intenten modificar o mejorar sus ofertas, hay que distinguir entre las simples aclaraciones de las propuestas y las modificaciones a éstas; las primeras son los medios para que se pueda hacer perceptible, manifiesto, explícito o inteligible algún aspecto confuso de la propuesta, sin implicar una complementación, adición, modificación o mejora de dicho aspecto, que es precisamente en lo que consisten las segundas[[15]](#footnote-16).

Asimismo, la solicitud de aclaraciones permite que las entidades requieran a los proponentes esclarecer aspectos de su propuesta que en principio resultan confusos para efectos de la evaluación, diferenciándose de la subsanabilidad, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta sino de la existencia de inconsistencias en la misma, cuya explicación se requiere para la evaluar la propuesta. Esta diferencia es importante, pues es posible aclarar los requisitos que asignan puntaje, como lo ha explicado la jurisprudencia en los siguientes términos:

Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de evaluación de las ofertas –que se diferencia de la subsanabilidad–, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta –los que hay que subsanar–, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, […]. La importancia de diferenciarlos radica en que la aclaración o explicación se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –sólo que es contradictorio o confuso–, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación, porque de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes.[[16]](#footnote-17)

Conforme a la explicación precedente, aclarar una oferta no puede implicar su alteración sustancial o la mejoría de sus componentes, sino que debe limitarse a disipar lo que resulta borroso u otorgar claridad a lo que resulta oscuro o ininteligible. En este punto, se concluye que es distinto aclarar y subsanar una oferta: mientras este último instituto procura que el oferente presente, dentro del plazo y bajo las condiciones dispuestas por la norma aplicable, los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos como habilitantes para participar en el respectivo procedimiento de selección, la aclaración permite el mejor entendimiento de los elementos de la oferta, sean o no subsanables, para la correcta verificación y evaluación de los mismos por parte de la entidad pública.

Regresando al ejemplo anterior, también es posible que el proponente certifique que tiene diez (10) personas en condición de discapacidad, pero la cédula o el certificado de discapacidad de cuatro de (4) de ellas ofrezcan dudas sobre la acreditación de la calidad exigida. En este tipo de situaciones, frente a los defectos de la documentación anexa que impidan comprender el alcance de su contenido, la entidad –de cara a las circunstancias particulares de cada caso concreto– definirá tanto la necesidad o no de solicitar aclaraciones conforme al artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993 como si la aclaración del proponente satisface o no los criterios jurisprudenciales explicados con anterioridad. Lo anterior previo concepto de su equipo jurídico y sin perjuicio de la responsabilidad por la decisión adoptada, por lo cual deberá tenerse en cuenta que el régimen de aclaración no puede conducir al mejoramiento o alteración sustancial de las propuestas sino que está dirigido a esclarecer aspectos de estas que en principio resultan confusos para efectos de la evaluación.

En este contexto, procederá la asignación de puntaje respecto al personal cuya calidad se acredite efectivamente en la oferta o como resultado de la aclaración que la entidad estime satisfactoria en cada caso particular. Por el contrario, cuando alguno de los anexos ofrezca dudas sobre la acreditación de la calidad exigida y la entidad no considere válida la aclaración ofrecida sobre la documentación aportada, dicho personal tampoco podrá tenerse en cuenta para el incentivo. En este caso, la norma analizada no dispone expresamente que el derecho a obtener el puntaje adicional por la vinculación de estos grupos poblacionales se pierda totalmente cuando los documentos referidos a una o varias de las personas, cuya vinculación quiere demostrarse, se anexen a la certificación del representante legal con defectos que impidan comprender el alcance de su contenido.

Finalmente, a diferencia de los dos (2) supuestos anteriores en los que el proponente omite la entrega de algunos anexos o estos se aportan con defectos que impiden verificar las calidades exigidas en la norma, también es posible que el oferente certifique que tiene diez (10) personas en condición de discapacidad, pero que aporte la cédula y el certificado de discapacidad seis (6) adicionales a las relacionadas en dicho documento. En este caso, el numeral 2 del parágrafo 1 del artículo del artículo 2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015 dispone que el representante legal deberá señalar el número de mujeres, de personas mayores de cuarenta y cinco (45) años cumplidos máximo a la fecha de presentación de la oferta y de personas con discapacidad que conforman su personal operativo, y que debe relacionar junto con la certificación «[…] el nombre completo, el número de documento de identidad, género, fecha de nacimiento y condición de discapacidad del personal operativo».

Por tanto, la pretensión del reglamento cuando agrega que «[…] se anexará copia de los respectivos documentos de identidad y para acreditar la condición de discapacidad, el Certificado de Discapacidad de cada uno de los trabajadores […]» es que únicamente se evalúen los anexos en la cantidad y respecto al personal relacionado en la certificación del representante legal. Esto considerando que tanto el certificado como los anexos correspondientes se cotejan con la «Constancia de la relación total del personal operativo publicado en el módulo de Acreditación del Personal Operativo dispuesto en la página web oficial de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada» para la asignación de puntaje por el mayor número y/o por la mayor proporción de mujeres, personas con discapacidad y personas mayores de cuarenta y cinco (45) años vinculados en la planta de personal.

En gracia de discusión, respecto al ejemplo propuesto anteriormente, el principio de primacía de realidad sobre las formas podría sugerir que es posible acreditar las calidades subjetivas de más personas que las relacionadas en la certificación del representante legal, por lo que en este tipo de situaciones debería estarse más al número acreditado –dieciséis (16)– que al declarado –diez (10)–. No obstante, la Agencia no comparte este criterio, pues torna inane la exigencia del reglamento de señalar el número de mujeres, de personas mayores de cuarenta y cinco (45) años cumplidos máximo a la fecha de presentación de la oferta y de personas con discapacidad que conforman su personal operativo, así como el deber de relacionar junto con la certificación el nombre completo, el número de documento de identidad, género, fecha de nacimiento y condición de discapacidad del personal operativo.

En este contexto, sobre la base del criterio hermenéutico de acuerdo con el cual «el sentido en que una norma produce algún efecto se prefiere sobre aquel en que no produzca efecto alguno», el decreto reglamentario exige una simetría entre el número de personas certificadas y la relación del personal operativo, por un lado, y los anexos que acreditan las condiciones dispuestas en la norma, por otro. De acuerdo con el parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015, el otorgamiento del incentivo requiere la concurrencia de los documentos descritos. Es decir, conforme al tenor literal de la norma, no podrá asignarse puntaje en relación con personas respecto de las cuales no se pruebe el cumplimiento de todos los requisitos exigidos la disposición. De lo anterior se desprende que se solo es posible validar los anexos en la cantidad y respecto a las personas que se relacionaron en la certificación del representante legal.

**3. Respuestas**

i) «Cómo procede la evaluación de cada criterio específico, cuando un documento soporte como la cédula de ciudadanía se encuentra ilegible, dañada, incompleta o falta en la propuesta.

¿Procede el descuento del puntaje respecto de este único documento faltante, ilegible, incompleto o dañado?

Esto es, ¿procede la asignación de puntaje sobre los documentos legibles, completos que sí se aportan en la oferta?

O, por el contrario, ¿se descuenta la totalidad del puntaje por cada subcriterio, aunque en la oferta se encuentren otras cédulas y documentos que permitan su evaluación?».

iii) «Como procede la evaluación, cuando el certificado de ofrecimiento de personal, se relaciona u ofertan por ejemplo 100 mujeres, pero se aportan 90 cédulas.

¿El puntaje se asigna, respondiendo al ofrecimiento del personal y sus soportes sin tener en cuenta el personal que no tiene soportes?».

De acuerdo con la interpretación general del parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015, el otorgamiento del incentivo requiere la concurrencia de los documentos descritos. Es decir, conforme al tenor literal de la norma, no podrá asignarse puntaje en relación con personas respecto de las cuales no se pruebe el cumplimiento de todos los requisitos exigidos la disposición. De esta manera, el representante legal de la empresa o cooperativa de vigilancia y seguridad privada indicará el número de mujeres, de personas mayores de cuarenta y cinco (45) años cumplidos máximo a la fecha de presentación de la oferta y de personas con discapacidad que conforman su personal operativo. Junto con la certificación, también relacionará el nombre completo, el número de documento de identidad, género, fecha de nacimiento y condición de discapacidad del personal operativo.

Ahora bien, respecto a los documentos anexos, si no están los soportes que acreditan la calidad de *algunas* de las personas relacionadas en la certificación, la asignación del puntaje se realizará únicamente con aquellos que cumplan las condiciones explicadas anteriormente, excluyendo el número de personas cuya calidad no se acreditó a través de los anexos correspondientes. Lo anterior considerando que la norma analizada no dispone expresamente que el derecho a obtener puntaje adicional por la vinculación de estos grupos poblacionales se pierda totalmente cuando los documentos referidos a una o varias de las personas, cuya vinculación quiere demostrarse, no se anexen a la certificación del representante legal.

No obstante, es necesario distinguir entre la ausencia del anexo correspondiente y los defectos del documento que impidan comprender el alcance de su contenido. En este último evento, de cara a las circunstancias particulares de cada caso concreto, la entidad definirá tanto la necesidad o no de solicitar aclaraciones conforme al artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993 como si la aclaración del proponente satisface o no los criterios jurisprudenciales explicados en el presente oficio. Lo anterior previo concepto de su equipo jurídico y sin perjuicio de la responsabilidad por la decisión adoptada, por lo cual deberá tenerse en cuenta que el régimen de aclaración no puede conducir al mejoramiento o alteración sustancial de las propuestas sino que está dirigido a esclarecer aspectos de estas que en principio resultan confusos para efectos de la evaluación.

En este contexto, procederá la asignación de puntaje respecto al personal cuya calidad se acredite efectivamente en la oferta o como resultado de la aclaración que la entidad estime satisfactoria en cada caso particular. Por el contrario, cuando alguno de los anexos ofrezca dudas sobre la acreditación de la calidad exigida y la entidad no considere válida la aclaración ofrecida sobre la documentación aportada, dicho personal tampoco podrá tenerse en cuenta para el incentivo. En este caso, la norma analizada no dispone expresamente que el derecho a obtener el puntaje adicional por la vinculación de estos grupos poblacionales se pierda totalmente cuando los documentos referidos a una o varias de las personas, cuya vinculación quiere demostrarse, se anexen a la certificación del representante legal con defectos que impidan comprender el alcance de su contenido.

ii) «Cómo procede la evaluación, cuando el certificado de ofrecimiento de personal, se relaciona u ofertan por ejemplo 100 mujeres, pero se aportan 110 cédulas.

¿El puntaje se asigna, respondiendo al ofrecimiento del personal y sus soportes sin tener en cuenta, el personal no ofrecido?».

Conforme a la interpretación de las normas generales del sistema de compras públicas, el numeral 2 del parágrafo 1 del artículo del artículo 2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015 dispone que el representante legal deberá señalar el número de mujeres, de personas mayores de cuarenta y cinco (45) años cumplidos máximo a la fecha de presentación de la oferta y de personas con discapacidad que conforman su personal operativo, y que debe relacionar junto con la certificación «[…] el nombre completo, el número de documento de identidad, género, fecha de nacimiento y condición de discapacidad del personal operativo».

Por tanto, la pretensión del reglamento cuando agrega que «[…] se anexará copia de los respectivos documentos de identidad y para acreditar la condición de discapacidad, el Certificado de Discapacidad de cada uno de los trabajadores […]» es que únicamente se evalúen los anexos en la cantidad y respecto al personal relacionado en la certificación del representante legal. Esto considerando que tanto el certificado como los anexos correspondientes se cotejan con la «Constancia de la relación total del personal operativo publicado en el módulo de Acreditación del Personal Operativo dispuesto en la página web oficial de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada» para la asignación de puntaje por el mayor número y/o por la mayor proporción de mujeres, personas con discapacidad y personas mayores de cuarenta y cinco (45) años vinculados en la planta de personal.

En gracia de discusión, el principio de primacía de realidad sobre las formas podría sugerir que es posible acreditar las calidades subjetivas de mas personas que las relacionadas en la certificación del representante legal, por lo que en este tipo de situaciones debería estarse más al número acreditado que al declarado. No obstante, la Agencia no comparte este criterio, pues torna inane la exigencia del reglamento de señalar el número de mujeres, de personas mayores de cuarenta y cinco (45) años cumplidos máximo a la fecha de presentación de la oferta y de personas con discapacidad que conforman su personal operativo, así como el deber de relacionar junto con la certificación el nombre completo, el número de documento de identidad, género, fecha de nacimiento y condición de discapacidad del personal operativo.

En este contexto, sobre la base del criterio hermenéutico de acuerdo con el cual «el sentido en que una norma produce algún efecto se prefiere sobre aquel en que no produzca efecto alguno», el decreto reglamentario exige una simetría entre el número de personas certificadas y la relación del personal operativo, por un lado, y los anexos que acreditan las condiciones dispuestas en la norma, por otro. De acuerdo con el parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015, el otorgamiento del incentivo requiere la concurrencia de los documentos descritos. Es decir, conforme al tenor literal de la norma, no podrá asignarse puntaje en relación con personas respecto de las cuales no se pruebe el cumplimiento de todos los requisitos exigidos la disposición. De lo anterior se desprende que se solo es posible validar los anexos en la cantidad y respecto a las personas que se relacionaron en la certificación del representante legal.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén Vargas Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. En lo pertinente, la norma citada dispone que «La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, *todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección*, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-2)
2. EUROPEAN COMMISSION. Buying Green – A handbook on green procurement, 2016, disponible en: <https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf>. [↑](#footnote-ref-3)
3. ARROWSMITH, SUE. Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía, Revista Digital de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 224-226. [↑](#footnote-ref-4)
4. Ibídem, p. 227. [↑](#footnote-ref-5)
5. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 8 de marzo de 2017, rad. 11001-03-06-000-2016-00102-00(2298). CP. Édgar González López. [↑](#footnote-ref-6)
6. No en vano, la Corte Constitucional explica que estos casos la potestad reglamentaria «[…] puede ejercerse por [el Gobierno Nacional] en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna. Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley, disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. *La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo*» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corchetes y énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-7)
7. GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 145. El autor también propone los siguientes ejemplos de *lagunas técnicas*: «[…] una norma prescribe la periódica convocatoria de un órgano; pero ninguna norma determina qué sujeto es el competente para convocarlo; una norma instituye cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral debe adoptarse; una norma recomienda perseguir cierto fin, pero ninguna norma establece qué medios deben utilizarse; etc.» (*Ibidem*). [↑](#footnote-ref-8)
8. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-9)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2009. Exp. 36476. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-10)
10. «ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.10. Puntaje adicional para proponentes que sean empresas de vigilancia y seguridad privada o cooperativas de vigilancia y seguridad privada. En los procesos de licitación pública las Entidades Estatales otorgarán hasta el tres por ciento (3%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones a las empresas y cooperativas de vigilancia y seguridad privada que tengan dentro de su personal operativo mujeres, personas con discapacidad y personas mayores de cuarenta y cinco (45) años vinculados a la planta de personal, con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, de acuerdo con los siguientes criterios:

»1. Se otorgará hasta un uno por ciento (1%) al proponente o los proponentes que acrediten tener dentro de su personal operativo mujeres vinculadas, de la siguiente manera:

»1.1 El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le otorgará al proponente o los proponentes que acrediten el mayor porcentaje de mujeres vinculadas dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorgará un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:

Puntaje = 0,5 % de los puntos (Porcentaje (%) acreditado de mujeres del proponente)

 Mayor porcentaje (%) de mujeres acreditado

»1.2 El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le otorgará al proponente o los proponentes que acrediten el mayor número de mujeres vinculadas dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorgará un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:

Puntaje = 0,5 % de los puntos (Numero (#) acreditado de mujeres del proponente)

Mayor número (#) de mujeres acreditado

»2. Se otorgará hasta un uno por ciento (1%) al proponente o los proponentes que acrediten tener dentro de su personal operativo personas con discapacidad vinculadas, de la siguiente manera:

»2.1 El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le otorgará al proponente o los proponentes que acrediten el mayor porcentaje de personas con discapacidad vinculadas dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorgará un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:

Puntaje = 0,5 % de los puntos (Porcentaje (%) acreditado de personas con discapacidad del proponente)

Mayor porcentaje (%) de personas con discapacidad acreditado

»2.2 El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le otorgará al proponente o los proponentes que acrediten mayor número de personas con discapacidad vinculadas dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorgará un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:

Puntaje = 0,5 % de los puntos (Numero (#) acreditado de personas con discapacidad del proponente)

Mayor número (#) de personas con discapacidad acreditado

»3. Se otorgará hasta un uno por ciento (1%) al proponente o los proponentes que acrediten tener dentro de su personal operativo personas que al momento de presentar oferta sean mayores de 45 años vinculadas, de la siguiente manera:

»3.1 El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le otorgará al proponente o los proponentes que acrediten el mayor porcentaje de personas mayores de 45 años vinculadas dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorgará un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:

Puntaje = 0,5 % de los puntos (Porcentaje (%) acreditado de personas mayores de 45 años del proponente)

Mayor porcentaje (%) de personas mayores de 45 años acreditado

»3.2 El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le otorgará al proponente o los proponentes que acrediten mayor número de personas mayores de 45 años vinculadas dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorgará un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:

Puntaje = 0,5 % de los puntos (Numero (#) acreditado de personas mayores de 45 años del proponente)

Mayor número (#) de personas mayores de 45 años acreditado

»PARÁGRAFO 1. Las condiciones para otorgar el puntaje descrito serán verificadas por la entidad contratante mediante los siguientes documentos aportados por el proponente con su oferta de manera física o digital:

1. Constancia de la relación total del personal operativo publicado en el módulo de Acreditación del Personal Operativo dispuesto en la página web oficial de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, con una fecha no superior a treinta (30) días calendario anteriores a la presentación de la oferta.

2. Certificado con una fecha no superior a treinta (30) días calendario anteriores a la presentación de la oferta, suscrito por el representante legal de la empresa o cooperativa de vigilancia y seguridad privada en el cual se deberá señalar el número de mujeres, de personas mayores de cuarenta y cinco (45) años cumplidos máximo a la fecha de presentación de la oferta y de personas con discapacidad que conforman su personal operativo».

Para el efecto, se deberá relacionar junto con la certificación, el nombre completo, el número de documento de identidad, género, fecha de nacimiento y condición de discapacidad del personal operativo.

Adicionalmente, se anexará copia de los respectivos documentos de identidad y para acreditar la condición de discapacidad, el Certificado de Discapacidad de cada uno de los trabajadores de conformidad con la Resolución No. 113 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social o aquellas normas que la complementen, desarrollen, modifiquen o sustituyan.

»PARÁGRAFO 2. Si la oferta es presentada por un consorcio o unión temporal, se tendrá en cuenta la sumatoria ponderada del personal operativo del proponente plural para cada uno de los criterios, de acuerdo con el porcentaje de participación de sus integrantes. [↑](#footnote-ref-11)
11. Cfr. [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/DNP/Soporte%20t%c3%a9cnico%20Ley%20del%20Vigilante.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/DNP/Soporte%20t%C3%A9cnico%20Ley%20del%20Vigilante.pdf). Consultado el 6 de diciembre de 2021. [↑](#footnote-ref-12)
12. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que en vigencia de la Constitución Política de 1991 la publicación de la ley es coetánea a su promulgación, y que tal es un requisito tanto para la validez, como para la eficacia (oponibilidad) de las leyes, las cuales solo tienen vigencia si se han promulgado y publicado en el Diario Oficial (Sentencia C-932 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto). [↑](#footnote-ref-13)
13. Este documento debe comprenderse en concordancia con el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 356 de 1994, modificado por el artículo 103 del Decreto 019 de 2012, en el sentido que las empresas de seguridad y vigilancia privada «[…] estarán en la obligación de hacer el registro de todo su personal, para lo cual se utilizarán las herramientas tecnológicas que permitan la verificación de dicha información en cualquier tiempo que incluya el registro fotográfico y reseña dactiloscópica, el cual estará a disposición de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Con el objeto de hacer dicha verificación, con base en la información suministrada por parte de las empresas, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada mantendrá un registro actualizado del personal operativo de los servicios de vigilancia y seguridad privada». [↑](#footnote-ref-14)
14. En lo pertinente, la norma citada dispone que «La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, *todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección*, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-15)
15. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 28 de mayo de 2012. C.P. Ruth Stella Correa, Rad. 1996-01886-01 (22.089). [↑](#footnote-ref-16)
16. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 27.986. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-17)