**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Diferencia factor de desempate**

Quiere decir lo anterior que una cosa es el factor de desempate que supone la preferencia de aquellos proponentes que tengan en su nómina mínimo el diez por ciento (10 %) de sus empleados en condición de discapacidad, lo cual se deriva del literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, regulado en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, y otra distinta el incentivo estatuido en el Decreto 392 de 2018 que deviene de lo previsto en los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013.

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Procedencia**

La obtención del puntaje adicional depende del cumplimiento de las condiciones descritas en el Decreto 392 de 2018, razón por la cual si una empresa extranjera desea acceder al mismo deberá unir esfuerzos con quien sí esté en el supuesto de hecho de la norma.

Bogotá D.C., **09/09/2019 Hora 16:4:40s**

Señor Ciudadano

# N° Radicado:

**2201913000006672**

**Radicación:** Respuesta a la consulta # 4201912000005483

**Temas:** Incentivos a favor de personas con discapacidad

**Tipo de asunto consultado:** Aplicación del Decreto 392 de 2018 Estimado señor,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – responde su consulta del 14 de agosto de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, en los siguientes términos:

# Problemas planteados

En relación con lo previsto en el artículo 1 del Decreto 392 de 2018:

* 1. “[S]*olicitamos (…) aclarar ¿si una entidad estatal puede modificar el requisito de la ley y exigir vía pliego de condiciones, que el 40 % de la experiencia requerida para la respectiva contratación, se refiera a la experiencia específica que en muchos procesos de selección se exige junto con la experiencia general.*
	2. “[A]*lgunas entidades públicas están haciendo una exigencia adicional que no está en la norma aplicable (Decreto392 de 2018), la cual sólo hace referencia a la experiencia, que entendemos es la experiencia general que cómo* (SIC) *requisito habilitante debe encontrarse inscrita en el RUP.* [¿]*Es correcto nuestro entendimiento? O puede una entidad estatal fijar libremente a través del pliego de condiciones qué tipo de experiencia exigir al integrante del proponente plural, para efectos de reconocer y asignar el puntaje adicional por concepto de trabajadores con discapacidad*.
	3. “*¿Qué sucede en el caso de las empresas extranjeras que si bien pueden tener la experiencia específica, no tienen sucursal en el país, y por ende, tampoco pueden*

*tener vinculado* (SIC) *trabajadores con discapacidad para acreditar ante el Ministerio de Trabajo?*

*"En este caso no tendrían posibilidad de acceder al incentivo, ni siquiera en el evento de que se llegaren a asociar con una empresa nacional, que por ejemplo, sí tenga la experiencia general que se pudiese exigir en determinado caso y tener vinculado a su planta de personal a trabajadores en condición de discapacidad*”.

# Consideraciones

Antes de responder las preguntas formuladas, procede hacer una serie de reflexiones en relación con el régimen de incentivos a favor de personas con discapacidad.

* 1. Régimen de incentivos a favor de personas con discapacidad – Decreto 392 de 2018 Como lo precisó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente

– en la Circular Externa Única, se “*debe tener en cuenta que el Decreto 392 de 2018*

*estableció un incentivo en favor de personas en condiciones de discapacidad como un puntaje adicional,* ***sin que el mencionado decreto haya modificado o derogado el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 sobre los factores de desempate***”. (Negrilla fuera de texto)

Quiere decir lo anterior que una cosa es el factor de desempate que supone la preferencia de aquellos proponentes que tengan en su nómina mínimo el diez por ciento (10 %) de sus empleados en condición de discapacidad, lo cual se deriva del literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, regulado en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, y otra distinta el incentivo estatuido en el Decreto 392 de 2018 que deviene de lo previsto en los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013.

En efecto, el numeral 1 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 prevé lo siguiente:

“*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*”. (Negrilla fuera de texto)

Así, el supuesto de hecho previsto en la norma citada difiere del regulado en la Ley 361 de 1997, pues exige que se “*establezca una puntuación adicional*” y no una preferencia en “*igualdad de condiciones*”. En ese marco se expidió el Decreto 392 de 2018, que en su artículo 1 adicionó “*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, la cual tendrá tres artículos nuevos con el siguiente texto (…)*”. De los nuevos artículos adicionados se desprenden las siguientes reglas:

1. Aplica para “*procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad*”.
2. 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*”, siempre y cuando se cumpla con el número mínimo de trabajadores en dicha condición 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* |

1. Si la oferta “*es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40 %) de la* ***experiencia requerida para la respectiva contratación***”.

Conviene destacar que el artículo 1 del Decreto 392 de 2018 no distinguió si la experiencia era general o específica, pues simplemente previó que era la “*requerida para la respectiva contratación*”, motivo por el cual corresponde a las entidades estatales determinar dicho asunto en los documentos del proceso de contratación.

Ahora bien, en consideración de esta Agencia, y en aplicación analógica del principio general de derecho que indica que cuando el legislador, en este caso el

reglamentador, no distingue, no le es dado al interprete hacerlo, el cumplimiento del requisito de la experiencia para acceder al puntaje adicional se podrá hacer sobre cualquiera (general o específica) que la entidad hubiese exigido, siempre y cuando, claro está, se llegue al porcentaje mínimo establecido en el Decreto 392 de 2018.

Se recuerda que las entidades estatales son responsables de los procesos de contratación que adelanten así como de la inclusión en los pliegos de condiciones de factores objetivos de selección que sean adecuados para la elección de sus colaboradores, teniendo en consideración la naturaleza, el valor del contrato, la forma de pago, los riesgos, el plazo y la complejidad de ejecución del objeto, como lo prevén el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015.

Finalmente, y en relación con la posibilidad de que un proponente extranjero acceda al incentivo regulado en el Decreto 392 de 2018, procede reiterar lo expuesto por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – quien sobre este asunto señaló[[1]](#footnote-1):

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

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

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

(…)

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

Por consiguiente, la obtención del puntaje adicional depende del cumplimiento de las condiciones descritas en el Decreto 392 de 2018, razón por la cual si una empresa extranjera desea acceder al mismo deberá unir esfuerzos con quien sí esté en el supuesto de hecho de la norma.

# Respuestas

Antes de responder las preguntas formuladas se recuerda que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – atiende consultas relativas a temas contractuales en lo que se refiere a la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación publica. Por tal motivo, no es competente para resolver consultas referidas a actividades contractuales específicas, ni para ejercer control y vigilancia sobre ellas.

Sin perjuicio de lo anterior, y con base en las consideraciones incluidas en el numeral 2 de este documento, se procede a responder las preguntas en el mismo orden en el que se formularon:

1. Sobre la base de que el Decreto 392 de 2018 no distinguió si la experiencia era general o específica, pues simplemente se previó que era la “*requerida para la respectiva contratación*”, en criterio de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – corresponde a las entidades estatales determinar dicho asunto en los documentos del proceso de contratación.
2. Se reitera la respuesta expuesta en el numeral anterior.
3. La obtención del puntaje adicional depende del cumplimiento de las condiciones descritas en el Decreto 392 de 2018, razón por la cual si una empresa extranjera desea acceder al mismo deberá unir esfuerzos con quien sí esté en el supuesto de hecho de la norma.

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

Atentamente,

Proyectó: Felipe Antonio Hadad Álvarez

1. Documento: 4201813000007574. [↑](#footnote-ref-1)