CCE-DES-FM-17

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Incentivo Puntaje – Adicional – Normativa**

El Decreto 392 de 2018 […] prevé el deber de las entidades estatales de otorgar un puntaje adicional a los procesos de selección de contratistas en las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, a quienes acrediten que al menos el diez por ciento (10%) de su nómina la integran personas en situación de discapacidad.

Conforme con lo anterior, el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.2.4.6, adicionado por el Decreto 392 de 2018, regula el puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. Dicho artículo establece que debe asignarse un uno por ciento (1%) adicional a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, de acuerdo con los requisitos previstos en el Decreto en mención.

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Proponentes plurales – Regla**

[…] la entidad estatal tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida en el proceso de contratación. Es decir, la expresión «tendrá en cuenta», que señala la norma, implica que la verificación del cumplimiento de requisitos establecidos en el Decreto 392 de 2019 se realiza sobre el integrante de la estructura plural que aporte mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia. En contraste, si el integrante que aporta este porcentaje no tiene vinculados trabajadores en condición de discapacidad, no podrá el consorcio o la unión temporal de que hace parte obtener puntaje por este criterio. Ello es así, aun cuando los demás integrantes que hayan aportado experiencia en un porcentaje inferior al cuarenta por ciento (40%) cuenten con trabajadores en condición de discapacidad.

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Proponentes plurales – Experiencia – Varios integrantes – Consorcio y unión temporal**

Sobre el cálculo de la experiencia para las estructuras plurales. En el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación» la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente aclaró lo siguiente: «La experiencia del oferente plural (unión temporal, consorcio y promesa de sociedad futura) corresponde a la suma de la experiencia que acredite cada uno de los integrantes del proponente plural». A la luz de lo anterior, la experiencia de cada uno de los integrantes se suma para obtener la experiencia de la estructura plural, sin que para dicho cálculo sea relevante el porcentaje de participación del respectivo integrante en el consorcio o unión temporal.

Como consecuencia, se debe decir que si más de uno de los integrantes de la estructura plural aporta «mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación», se podrá tener en cuenta la planta de personal de cualquiera de los integrantes que aporten dicho porcentaje para obtener el puntaje adicional de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.6. del Decreto 1082 de 2015, pues más de un integrante estaría en el supuesto de hecho de la norma. Por el contrario, no se podrá tener en cuenta para dichos efectos la planta de personal de un integrante que aporte menos del cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida. Sobre este punto, se reitera, no resulta relevante el porcentaje de participación que tenga cada uno de los integrantes, pues para calcular la experiencia solamente se toma en cuenta la sumatoria total de la experiencia de cada uno de ellos, independientemente de la manera como está conformado el proponente plural.

**INCENTIVO – Silencio del pliego – Consecuencia**

En consecuencia, la falta de incorporación de dicho incentivo en el pliego de condiciones de la licitación pública y el concurso de méritos representa un incumplimiento de un deber legal y reglamentario; pero en caso de que la entidad estatal haya incurrido en tal omisión en el pliego, porque haya distribuido la totalidad de los puntos en otros factores, sin hacer referencia al incentivo analizado aquí, deberá estarse, en principio, al contenido del pliego de condiciones durante la evaluación, pues, como lo ha indicado la Corte Constitucional y lo ratifica el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, la «excepción de ilegalidad» de los actos administrativos –también denominado «control por vía de excepción»–, no procede en sede administrativa, es decir, aplicada por parte de la misma Administración.

Bogotá D.C., **02/10/2020**

**N° Radicado: 2202013000009494**

Señor

**Germán Augusto Guzmán Cuesta**

Ciudad

**Concepto C ‒ 629 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | INCENTIVO LEGAL PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Normativa / INCENTIVO LEGAL PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Proponentes plurales – Regla / INCENTIVO LEGAL PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Proponentes plurales – Experiencia – Varios integrantes – Consorcio y unión temporal / INCENTIVO – Silencio del pliego – Consecuencia |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000008121  |

Estimado señor Guzmán:

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 16 de septiembre del 2020.

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas, relacionadas con el incentivo previsto en el numeral 1 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 y el Decreto reglamentario No. 392 de 2018, para los proponentes que cuenten con trabajadores con discapacidad:

«Que teniendo en cuenta la finalidad de la Ley y su decreto reglamentario citado anteriormente, quisiera que por parte de la entidad COLOMBIA COMPRA EFICIENTE se me informe si este incentivo debe aplicar de manera obligatoria en todas las licitaciones públicas y procesos de contratación a nivel Nacional, o si al respecto el otorgamiento de dicho porcentaje aplica por mera liberalidad de las entidades de acuerdo con lo que se establezca en los respectivos pliegos de condiciones.

»Adicionalmente solicito se informe, si al respecto hay alguna incidencia en que el otorgamiento de dicho puntaje adicional NO aplica por omitirse el incentivo en los pliegos de condiciones, o si por el contrario debe aplicarse por ministerio de la Ley aun si en los pliegos no se dice nada al respecto».

1. **Consideraciones**

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 y C-436 del 24 de junio de 2020, estudió los requisitos para acreditar el personal en situación de discapacidad, con la finalidad de obtener el incentivo previsto en el Decreto 392 de 2018. La tesis desarrollada se expone a continuación.

**2.1. Incentivos en procesos de contratación para favorecer personas en condición de discapacidad**

Con la expedición de la Ley 1618 de 2013, el legislador estableció ciertas disposiciones para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas en condición de discapacidad[[1]](#footnote-2). Así mismo, el artículo 13 ordenó al Gobierno Nacional expedir un reglamento que determinara la metodología mediante la cual se otorgaría el puntaje adicional a las empresas que en su planta de personal tuvieran contratados trabajadores en condición de discapacidad. La Ley 1618 de 2013 prescribe:

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

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

[…]

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

Habida cuenta de que la norma impuso al Gobierno Nacional la obligación de expedir el reglamento para materializar lo dispuesto en esta ley respecto del puntaje adicional, se expidió el Decreto 392 de 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 prevé el deber de las entidades estatales de otorgar un puntaje adicional a los procesos de selección de contratistas en las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, a quienes acrediten que al menos el diez por ciento (10%) de su nómina la integran personas en situación de discapacidad.

Conforme con lo anterior, el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.2.4.6, adicionado por el Decreto 392 de 2018, regula el puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. Dicho artículo establece que debe asignarse un uno por ciento (1%) adicional a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, de acuerdo con los requisitos previstos en el Decreto en mención:

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  |

Según esta norma, en los procesos de licitación pública o concurso de méritos, para obtener el puntaje adicional por tener personas en condición de discapacidad vinculadas en la planta de personal, se debe acreditar: i) el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal; y ii) el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal.

En relación con primer requisito, la norma prevé que la persona natural, el representante legal de la persona jurídica, o el revisor fiscal, según corresponda, deberá certificar 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.

Para el caso de proponentes singulares, la acreditación de tal situación se realiza a través de una certificación emitida por: i) la persona natural o ii) el representante legal de la persona jurídica o su revisor fiscal cuando esté obligado a tenerlo.

Cuando se trate de proponentes plurales, esto es, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante que debe certificar de forma independiente el número de trabajadores vinculados a su planta de personal, ya sea directamente en el caso de personas naturales, o por conducto de su representante legal o revisor fiscal en el caso de las personas jurídicas, es el que aporte el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida, como se explicará más adelante.

Para llegar a la anterior conclusión es necesario tener en cuenta que esta condición es propia de la persona natural o jurídica que pretende acreditarla para obtener el puntaje. Por lo tanto, cuando el numeral 1 señala «la planta de personal del proponente o sus integrantes», esta debe ser entendida de acuerdo con el tipo de proponente que se presente al proceso de selección. Así, «proponente» se refiere tanto a las personas naturales o jurídicas que se presentan individualmente, como a las estructuras plurales, trátese de consorcio o unión temporal. De allí que la expresión «o sus integrantes», califica el proponente y se refiere, exclusivamente, a los integrantes de las estructuras plurales enunciadas.

Por otro lado, el numeral 1 del artículo en mención establece que para que se otorgue el puntaje adicional a los proponentes con trabajadores en condición de discapacidad se requiere un certificado expedido por la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal que certifique 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. El parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.2.6. establece la siguiente regla para las ofertas presentadas por proponentes plurales:

Parágrafo. Para efectos de lo señalado en el presente artículo, si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación.

De acuerdo con esta norma, la entidad estatal tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida en el proceso de contratación. Es decir, la expresión «tendrá en cuenta», que señala la norma, implica que la verificación del cumplimiento de requisitos establecidos en el Decreto 392 de 2019 se realiza sobre el integrante de la estructura plural que aporte mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia. En contraste, si el integrante que aporta este porcentaje no tiene vinculados trabajadores en condición de discapacidad, no podrá el consorcio o la unión temporal de que hace parte obtener puntaje por este criterio. Ello es así, aun cuando los demás integrantes que hayan aportado experiencia en un porcentaje inferior al cuarenta por ciento (40%) cuenten con trabajadores en condición de discapacidad.

En este punto es importante hacer una precisión adicional. La experiencia de una estructura plural es una materia distinta de la conformación y participación de sus integrantes. El primer concepto da cuenta de la experiencia que puede acreditar un proponente plural en un proceso de selección, y el segundo concepto se refiere a la participación que tiene cada uno de los integrantes en la estructura plural.

 Sobre el cálculo de la experiencia para las estructuras plurales. En el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación» la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente aclaró lo siguiente: «La experiencia del oferente plural (unión temporal, consorcio y promesa de sociedad futura) corresponde a la suma de la experiencia que acredite cada uno de los integrantes del proponente plural». A la luz de lo anterior, la experiencia de cada uno de los integrantes se suma para obtener la experiencia de la estructura plural, sin que para dicho cálculo sea relevante el porcentaje de participación del respectivo integrante en el consorcio o unión temporal.

Como consecuencia, se debe decir que si más de uno de los integrantes de la estructura plural aporta «mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación», se podrá tener en cuenta la planta de personal de cualquiera de los integrantes que aporten dicho porcentaje para obtener el puntaje adicional de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.6. del Decreto 1082 de 2015, pues más de un integrante estaría en el supuesto de hecho de la norma. Por el contrario, no se podrá tener en cuenta para dichos efectos la planta de personal de un integrante que aporte menos del cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida. Sobre este punto, se reitera, no resulta relevante el porcentaje de participación que tenga cada uno de los integrantes, pues para calcular la experiencia solamente se tiene en cuenta la sumatoria total de la experiencia de cada uno de ellos, independientemente de la manera como está conformado el proponente plural.

Así, por ejemplo, si tres miembros conforman una unión temporal y dos de los integrantes aportan cuarenta y cinco por ciento (45%) de la experiencia requerida y un tercer integrante aporta un diez por ciento (10%), se podrá tomar la planta de personal de cualquiera de los integrantes que aportan el cuarenta y cinco (45%) de la experiencia requerida, para efectos del puntaje adicional que se analiza, y no la planta de personal de quien aporta el diez por ciento de dicha experiencia (10%).

Ahora bien, una regla diferente aplica para calcular la experiencia previa adquirida, cuando se acredita mediante contratos ejecutados por un consorcio o unión temporal. En estos casos sí se toma en consideración el porcentaje de participación que la persona natural o jurídica haya tenido en el consorcio o unión temporal correspondiente. Por ello, en el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación» se dice: «Por otra parte, cuando un proponente adquiere experiencia en un contrato como integrante de un contratista plural, la experiencia derivada de ese contrato corresponde a la ponderación del valor del contrato por el porcentaje de participación».

Para acreditar el segundo requisito, esto es, el número mínimo de personas en condición discapacidad en la planta de personal, se debe aportar el certificado expedido por el Ministerio del Trabajo del proponente persona natural o jurídica, o del integrante de la estructura plural mediante quien se pretenda acreditar este requisito en el procedimiento de selección, en las condiciones indicadas previamente. Este certificado debe estar vigente al cierre del proceso de selección.

De la lectura integral del artículo 2.2.1.2.4.2.6. *ibidem*, se observa que la solicitud de requisitos para acreditar la vinculación de personas en condición de discapacidad se refiere a cada una de las personas naturales o jurídicas, bien sea de forma singular o como integrante de estructura plural; tal es el caso del certificado del Ministerio de Trabajo que se expide de forma independiente o de la planta de personal que se tiene en cuenta para verificar el número de trabajadores en condición de discapacidad que se debe acreditar frente al número de trabajadores con que cuenta la planta de personal.

**2.2. Incentivo en licitaciones públicas y concursos de méritos para oferentes que vinculen personas con discapacidad: exigencia normativa e interpretación del «silencio» del pliego de condiciones**

En la consulta se formulan dos inquietudes: la primera, referida al alcance de la obligación normativa y la segunda, atinente a la interpretación del «silencio» del pliego de condiciones. Lo anterior hace necesario aclarar en qué procedimientos de selección resulta obligatoria la aplicación del incentivo previsto en el artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 y en el Decreto 392 de 2018, así como dilucidar qué sucede en aquellos eventos en los cuales, siendo imperativo establecer en los factores de calificación del pliego de condiciones tal incentivo, la entidad omite incorporarlo –de ahí que utilicemos la expresión «silencio» para aludir a esta circunstancia–.

La lectura de las precitadas disposiciones permite afirmar que el incentivo a favor de las ofertas en las que se acredite la vinculación de personas con discapacidad no aplica para todas las modalidades de selección, sino solo para la *licitación pública* y el *concurso de méritos*. En efecto, si bien el numeral 1 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 ordenó al gobierno nacional expedir un «decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa […]», dicho reglamento –que se materializó en el Decreto 392 de 2018–, solo previó dicho incentivo para las dos modalidades contractuales inicialmente mencionadas; no así para la contratación directa. Esto se lee en el artículo 1 del referido Decreto: «En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, […], 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, […]». Tampoco está regulado tal incentivo para los procedimientos de selección abreviada, de mínima cuantía, ni en los que deben adelantar las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora bien, cabe formular la siguiente pregunta: ¿cuál es la naturaleza y alcance del precepto que consagra dicho incentivo? En cuanto a lo primero, debe señalarse que se trata de un mandato legislativo, que goza de un desarrollo reglamentario posterior; mandato que si bien desarrolla el principio de igualdad, al consagrar una acción afirmativa a favor de las personas con discapacidad, no está previsto expresamente en la Constitución. En otras palabras, esta no crea, ni desarrolla en su texto, el incentivo de asignación de un puntaje adicional en los procedimientos de contratación a los que se aludió, sino que habilita al legislador para hacerlo, como precisamente lo hizo en una ley estatutaria –la Ley 1618 de 2013–. Esta idea es importante, porque la claridad en torno a la naturaleza del mandato posibilita entender que no es en sí una regla constitucional, sino legal –así implique un desarrollo de la carta política–. Y es más, dicha afirmación puede complementarse diciendo que se trata de una regla legal que tuvo un desarrollo reglamentario posterior.

En relación con el segundo aspecto de la pregunta, es decir, frente al alcance de la regla, es fundamental analizar su contenido deóntico. En este plano del análisis procedente la siguiente distinción: por un lado, el legislador establece un mandato dirigido al gobierno nacional, de expedir un reglamento para regular el incentivo a favor de «[…] 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»; por otro, el gobierno nacional obliga a las entidades estatales, señalando que en las licitaciones públicas y concursos de méritos «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 […]».

Pero, ¿qué significa que las entidades estatales deben «otorgar» dicho porcentaje como incentivo en las dos modalidades de selección indicadas en el reglamento? La interpretación más razonable de este mandato consiste en entender que, en la licitación pública y el concurso de méritos, al elaborar el pliego de condiciones –acto administrativo en el que se definen los criterios de calificación–, la entidad pública debe incorporar el criterio de asignación de puntaje previsto en el artículo 1 del Decreto 392 de 2018, para aplicarlo luego en la evaluación. Esta interpretación es acorde con lo señalado en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación»[[2]](#footnote-3), documento en el que Colombia Compra Eficiente indicó que para cumplir con dicha exigencia reglamentaria las entidades estatales deben realizar cuatro actividades: i) «Etapa de planeación. Fijación de criterios de puntación en el proceso de selección como incentivo a favor de las personas con discapacidad»; ii) «Establecer el 1% del total de los puntos a asignar por factores de calificación, y la forma de verificación de las condiciones para tal asignación al momento de evaluar la oferta»; iii) «Asignación de puntaje *según las reglas previstas en el pliego de condiciones* durante el periodo de evaluación»; y iv) «Seguimiento y verificación durante la ejecución del contrato de la permanencia del número mínimo de trabajadores que dio lugar a la obtención del puntaje adicional en la oferta»[[3]](#footnote-4) (cursiva fuera de texto).

Por ende, si bien el artículo 1 del Decreto 392 de 2018 establece un deber *reglado*, o sea, *no discrecional*, para las entidades estatales que realicen licitaciones públicas o concursos de méritos, que, por tanto, les impide no incluir el incentivo a favor de personas con discapacidad en el pliego de condiciones, es este acto administrativo el que, como «ley» del procedimiento de selección, establece los requisitos que deben cumplir los oferentes para acreditar los factores de calificación, así como la metodología para la asignación del puntaje.

En consecuencia, la falta de incorporación de dicho incentivo en el pliego de condiciones de la licitación pública y el concurso de méritos representa un incumplimiento de un deber legal y reglamentario; pero en caso de que la entidad estatal haya incurrido en tal omisión en el pliego, porque haya distribuido la totalidad de los puntos en otros factores, sin hacer referencia al incentivo analizado aquí, deberá estarse, en principio, al contenido del pliego de condiciones durante la evaluación, pues, como lo ha indicado la Corte Constitucional[[4]](#footnote-5) y lo ratifica el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011[[5]](#footnote-6), la «excepción de ilegalidad» de los actos administrativos –también denominado «control por vía de excepción»–, no procede en sede administrativa, es decir, aplicada por parte de la misma Administración.

Finalmente, a partir de la naturaleza y el alcance del mandato contenido en el artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 y en el artículo 1 del Decreto 392 de 2018, explicados al comienzo de este numeral, esta Subdirección no considera válido otorgar directamente el incentivo, acudiendo a la excepción de inconstitucionalidad en contra del pliego de condiciones[[6]](#footnote-7) en caso de que este no lo contemple, al no ser una obligación consagrada directamente en la Constitución, sino en la ley y en el reglamento. Además, aplicar «de plano» el puntaje para incentivar la vinculación de personas con discapacidad, en la instancia de evaluación, o sea, sin que este criterio se haya previsto en el pliego de condiciones –a pesar de que la entidad estatal estaba obligada a hacerlo– podría menoscabar la igualdad de los demás oferentes, porque es posible que algunos no hayan aportado la información para acreditar la vinculación de trabajadores en tal condición, y, ya que se trata de un criterio de evaluación, este no es subsanable[[7]](#footnote-8).

**3. Respuestas**

«Que teniendo en cuenta la finalidad de la Ley y su decreto reglamentario citado anteriormente, quisiera que por parte de la entidad COLOMBIA COMPRA EFICIENTE se me informe si este incentivo debe aplicar de manera obligatoria en todas las licitaciones públicas y procesos de contratación a nivel Nacional, o si al respecto el otorgamiento de dicho porcentaje aplica por mera liberalidad de las entidades de acuerdo con lo que se establezca en los respectivos pliegos de condiciones».

El incentivo a favor de las ofertas en las que se acredite la vinculación de personas con discapacidad no aplica para todas las modalidades de selección, sino solo para la *licitación pública* y el *concurso de méritos*. En efecto, si bien el numeral 1 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 ordenó al gobierno nacional expedir un «decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa […]», dicho reglamento –que se materializó en el Decreto 392 de 2018–, solo previó dicho incentivo para las dos modalidades contractuales inicialmente mencionadas; no así para la contratación directa. Esto se lee en el artículo 1 del referido Decreto: «En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, […], 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, […]». Tampoco está regulado tal incentivo para los procedimientos de selección abreviada, de mínima cuantía, ni en los que deben adelantar las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora bien, la interpretación más razonable de este mandato consiste en entender que, en la licitación pública y el concurso de méritos, al momento de elaborar el pliego de condiciones –acto administrativo en el que se definen los criterios de calificación–, la entidad pública debe incorporar el criterio de asignación de puntaje previsto en el artículo 1 del Decreto 392 de 2018, para aplicarlo luego en la evaluación. Esta interpretación es acorde con lo señalado en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», documento en el que Colombia Compra Eficiente indicó que para cumplir con dicha exigencia reglamentaria las entidades estatales deben realizar cuatro actividades: i) «Etapa de planeación. Fijación de criterios de puntación en el proceso de selección como incentivo a favor de las personas con discapacidad»; ii) «Establecer el 1% del total de los puntos a asignar por factores de calificación, y la forma de verificación de las condiciones para tal asignación al momento de evaluar la oferta»; iii) «Asignación de puntaje *según las reglas previstas en el pliego de condiciones* durante el periodo de evaluación»; y iv) «Seguimiento y verificación durante la ejecución del contrato de la permanencia del número mínimo de trabajadores que dio lugar a la obtención del puntaje adicional en la oferta» (cursiva fuera de texto).

De otro lado, el deber previsto en el numeral 1 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 y en el artículo 1 del Decreto 392 de 2018 es *reglado*; es decir, no es discrecional y mucho menos algo que aplique por simple «ánimo de liberalidad» de las entidades estatales.

«Adicionalmente solicito se informe, si al respecto hay alguna incidencia en que el otorgamiento de dicho puntaje adicional NO aplica por omitirse el incentivo en los pliegos de condiciones, o si por el contrario debe aplicarse por ministerio de la Ley aun si en los pliegos no se dice nada al respecto».

Si bien el artículo 1 del Decreto 392 de 2018 establece un deber *reglado*, o sea, *no discrecional*, para las entidades estatales que realicen licitaciones públicas o concursos de méritos, que, por tanto, les impide no incluir el incentivo a favor de personas con discapacidad en el pliego de condiciones, es este acto administrativo el que, como «ley» del procedimiento de selección, establece los requisitos que deben cumplir los oferentes para acreditar los factores de calificación, así como la metodología para la asignación del puntaje.

En consecuencia, la falta de incorporación de dicho incentivo en el pliego de condiciones de la licitación pública y el concurso de méritos representa un incumplimiento de un deber legal y reglamentario; pero en caso de que la entidad estatal haya incurrido en tal omisión en el pliego, porque haya distribuido la totalidad de los puntos en otros factores, sin hacer referencia al incentivo analizado aquí, deberá estarse, en principio, al contenido del pliego de condiciones durante la evaluación, pues, como lo ha indicado la Corte Constitucional[[8]](#footnote-9) y lo ratifica el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011[[9]](#footnote-10), la «excepción de ilegalidad» de los actos administrativos –también denominado «control por vía de excepción»–, no procede en sede administrativa, es decir, aplicada por parte de la misma Administración.

Finalmente, a partir de la naturaleza y el alcance del mandato contenido en el artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 y en el artículo 1 del Decreto 392 de 2018, explicados en las consideraciones del concepto, esta Subdirección no considera válido otorgar directamente el incentivo, acudiendo a la excepción de inconstitucionalidad en contra del pliego de condiciones en caso de que este no lo contemple, al no ser una obligación consagrada directamente en la Constitución, sino en la ley y en el reglamento. Además, aplicar «de plano» el puntaje para incentivar la vinculación de personas con discapacidad, en la instancia de evaluación, o sea, sin que este criterio se haya previsto en el pliego de condiciones –a pesar de que la entidad estatal estaba obligada a hacerlo– podría menoscabar la igualdad de los demás oferentes, porque es posible que algunos no hayan aportado la información para acreditar la vinculación de trabajadores en tal condición, y, ya que se trata de un criterio de evaluación, este no es subsanable.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe González Subdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Ley 1618 de 2013: «Artículo 1. Objeto. El objeto de la presente ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009». [↑](#footnote-ref-2)
2. Disponible en el siguiente sitio web:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_manual\_manejo\_incentivos.pdf [↑](#footnote-ref-3)
3. Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
4. Sentencia C-037 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [↑](#footnote-ref-5)
5. Esta norma establece: «En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte». [↑](#footnote-ref-6)
6. «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». [↑](#footnote-ref-7)
7. En efecto, el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, solo permite la subsanabilidad respecto de «todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje». [↑](#footnote-ref-8)
8. Sentencia C-037 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [↑](#footnote-ref-9)
9. Esta norma establece: «En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte». [↑](#footnote-ref-10)