

## FACTORES QUE OTORGAN PUNTAJE: A PROPÓSITO DEL «PLAZO» Y LAS «PERSONAS CON DISCAPACIDAD»<sup>1</sup>

Aura Sofía Palacio Gómez<sup>2</sup>

**RESUMEN.** La selección objetiva, como pilar de la contratación del Estado, se concreta en la forma de elegir al futuro contratista. Entre los distintos elementos que las entidades estatales deben tener presente se encuentran los factores que otorgan puntaje, distintos a los requisitos que habilitan al proponente para presentar ofertas. El texto se enfoca en dos de aquellos: el «menor plazo» y las «personas con discapacidad», haciendo énfasis en sus antecedentes normativos, en la normativa actual, en la finalidad que persiguen y en las problemáticas teórico prácticos que se evidencian a partir del estudio detenido de las disposiciones.

### Introducción

La elección del futuro contratista del Estado supone una actividad compleja para las entidades públicas, en la medida en que no se agota en identificar la necesidad a satisfacer, sino que supone, además, que se definan, entre otros aspectos, los factores técnicos, jurídicos y económicos del bien o del servicio a contratar, e incluso los elementos de la misma naturaleza, pero respecto del proponente. En esta labor se encuentra la configuración del «pliego de condiciones», cuyo contenido evidencia un sinfín de interrogantes para el operador jurídico.

A continuación se estudian los «factores que otorgan puntaje» –también conocidos como «factores de calificación» o incluso «criterios de evaluación con puntos»–, haciéndose énfasis, concretamente, en dos de: el «menor plazo» y las «personas con discapacidad». En su análisis se tendrá en cuenta: *i)* los antecedentes normativos, *ii)* el contraste con la normativa actual, *iii)* la finalidad que persiguen y *iv)* las problemáticas teórico prácticos que suscitan.

---

<sup>1</sup> Este ensayo, escrito para la sesión del 2 de julio de 2022, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Richard S. Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la Contratación Estatal, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

<sup>2</sup> Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V Básico, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

## **1. Antecedentes normativos del «menor plazo» y de la inclusión de «personas con discapacidad», como factores que otorgan puntaje**

La elección del contratista del Estado supone definir previamente los criterios jurídicos, técnicos y económicos que le sirvan de parámetro a las entidades públicas para celebrar un contrato con la persona –natural o jurídica– más idónea. Este aspecto ha sido previsto en todos los estatutos contractuales, porque, por un lado, da cuenta del principio de selección objetiva; y por otro, concreta el principio de planeación. Lo anterior en tanto los criterios se configuran sin distinción del sujeto y a partir de, entre otros, los estudios y los análisis del mercado, siendo los documentos anteriores a la configuración del «pliego de condiciones». A continuación, aunque con diferencias sutiles en la conceptualización de los criterios o factores de selección, se presentan los antecedentes normativos de dos de estos, que actualmente otorgan puntaje: el «menor plazo» y las «personas con discapacidad», anticipándose que de este no se encuentra referencia normativa hasta después del 2006.

En primer lugar, el artículo 25 del Decreto 1670 de 1975 mencionó, sin distinguir, los «criterios para la adjudicación» del contrato. La disposición estableció el deber de evaluar, entre otros aspectos de la oferta, el precio, el *plazo*, la capacidad técnica, la experiencia, la organización, la solvencia económica y el equipo de los oferentes. En ese sentido, por un lado, el «plazo» era un elemento que las entidades públicas tenían presente en la búsqueda del contratista más idóneo; sin embargo, la evaluación de este factor no se agotaba en la revisión del «menor plazo», porque, como se verá más adelante, esta alternativa configura tan solo una de las formas de hacerlo. Por otro lado, aunque se tenía en cuenta el «equipo de los oferentes» –que podría asemejarse al grupo de trabajo–, no existía referencia a las personas con discapacidad, como un factor verificable por la entidad.

En segundo lugar, el artículo 25 del Decreto Ley 150 de 1976 conservó la denominación de «criterios para la adjudicación» del contrato. En igual sentido, la norma se refiere a la evaluación de las ofertas y a los factores para hacerlo, incluyendo el precio, el *plazo*, la calidad, la seriedad, el cumplimiento en contratos anteriores, la solvencia económica, la capacidad técnica, la experiencia, la organización y el equipo de los oferentes. Nuevamente, como en la regulación anterior, de un lado, el «menor plazo» no era un aspecto específicamente definido en la ley, aun cuando el «plazo» –de forma general– sí fuera un factor que las entidades estatales tomaban en cuenta con particular atención. De otro lado, la contratación pública tampoco ofrecía una regulación especial dirigida a las «personas con discapacidad», pues la referencia al «equipo del oferente» no se relacionaba con la vinculación laboral de estas personas, sino a los materiales o equipos que podía suministrar o instalar.

En tercer lugar, el artículo 33 del Decreto Ley 222 de 1983, al igual que los anteriores estatutos, no hizo una clasificación especial de los criterios de evaluación. No obstante, aunque la norma los enlista sin algún tipo de priorización, insta a las entidades estatales para que definan la ponderación de cada uno en el pliego de condiciones. Entre los criterios se encuentran los siguientes factores: el precio, el *plazo*, la calidad, el cumplimiento en contratos anteriores, la solvencia económica, la capacidad técnica, la experiencia, la organización y el equipo del oferente. En esa medida, al igual que en las disposiciones anteriores, el plazo sí era un criterio de evaluación, aunque no necesariamente el «menor plazo»; y no existiera reivindicación de los derechos de las personas con discapacidad. Como dato particular, en contraste con las normas anteriores, y en relación con la discriminación positiva en la contratación del Estado, se tenía en cuenta la protección al trabajo y a la industria nacional.

En cuarto lugar, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 definió la «selección objetiva» como la escogencia –sin atender motivaciones subjetivas– del ofrecimiento más favorable para la entidad y para los fines que busca. Esta disposición, aunque tampoco hizo algún reconocimiento beneficioso para las personas con discapacidad, varió la regulación del «plazo» –aspecto que en su redacción resultó bastante problemático<sup>3</sup>–. En principio, los factores de escogencia eran, entre otros, la experiencia, los equipos, el precio y el *plazo*, todos dispuestos en el pliego de condiciones o en los entonces términos de referencia, de ahí que cuando la norma señalaba que el ofrecimiento más favorable no lo constituían factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, «solo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido», se entendiera que la entidad debía evaluar los factores propuestos en el pliego de condiciones, otorgándole mayor relevancia al precio y al plazo más bajo. En esa medida, el «menor plazo» sí era un factor de escogencia que determinaba la favorabilidad de la propuesta y, por ende, la selección objetiva. Sin embargo, la disposición agregaba que: «El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación», lo cual, en principio, parecía imposibilitar que la entidad lo tuviera en cuenta, es decir, que lo estableciera como criterio para escoger al contratista.

---

<sup>3</sup> Para la comprensión de la dificultad con la redacción de la norma se transcribe la disposición en lo pertinente: «Artículo 29. La selección de contratistas será objetiva. [...] Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación [...]».

En relación con lo expuesto, Luis Guillermo Dávila Vinueza sostiene que la Ley 80 de 1993 incurrió en una impropiedad respecto al «plazo» –entendido como el transcurso del tiempo estimado para cumplir el objeto contractual–, en la medida en que lo incluyó como uno de los factores de selección, pero a su vez preceptuó que un plazo ofrecido, inferior al solicitado en el pliego de condiciones, no sería objeto de evaluación, «[...] lo que implica que no tiene sentido que los proponentes establezcan plazos en sus ofertas si la entidad no puede valorarlos cuando sean menores a los que ha señalado. No parece lógico que frente a esa regla, los oferentes vayan a contemplar plazos mayores que puedan afectar la selección [...]»<sup>4</sup>.

Por su parte, Juan Ángel Palacio Hincapié destaca que la Ley 80 de 1993 rechazó la forma subjetiva de valoración –estableciendo el principio de selección objetiva–, pero también prohibió emplear factores de escogencia que, en sus términos, habían «hecho carrera» al determinar la adjudicación del contrato sin garantizar la mejor escogencia, siendo el caso de las propuestas con un precio más bajo o con un menor plazo<sup>5</sup>. En esa medida, se consideraba que el ofrecimiento de un plazo de ejecución inferior no podía ser el único criterio para comparar las propuestas o para determinar su favorabilidad, es decir, no podía ser el único criterio de adjudicación que la entidad tuviera en cuenta.

El autor reconoce que el anterior artículo 29 de la Ley 80 de 1993 generaba confusión, al señalar que el «menor plazo» no podía ser objeto de evaluación, pero a diferencia de lo expuesto por Dávila Vinueza, acude a una interpretación sistemática para sostener que lo que la ley realmente quería prohibir era que se escogiera una oferta por el solo hecho de ofrecer un menor plazo. En su concepto, la prohibición no pretendió castigar las ofertas que pese a ofrecer un plazo menor al indicado en el pliego, eran más favorables. «[...] Por el contrario, si el pliego señalaba un plazo base indicando que los proponentes pueden ofrecer plazos menores o mayores, debe ponderarse el plazo y será objeto de evaluación, aunque el ofrecido sea menor al señalado en el pliego. No debe olvidarse que las normas deben interpretarse en forma que produzcan un efecto y no para que se haga nugatorio»<sup>6</sup>.

En el mismo sentido que el expuesto por Palacio Hincapié, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se señalaba que la favorabilidad de la propuesta no podía obedecer a factores diferentes a los enunciados en los documentos contentivos de requisitos y condiciones o «fundamentada exclusivamente en

---

<sup>4</sup> DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª Edición. Bogotá: Legis, 2016. pp. 368 y 369.

<sup>5</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. pp. 235.

<sup>6</sup> Op. Cit., pp. 250 y 251.

alguno de ellos o en la sola y simple consideración del más bajo precio o menor plazo ofrecidos»<sup>7</sup>. De esta forma, se reconocía que el plazo podía ser un criterio de evaluación, pero se precisaba que no podía ser el único.

Así las cosas, es posible concluir lo siguiente: *i)* las «personas con discapacidad» no fueron un criterio relevante para elegir al contratista del Estado en los anteriores estatutos contractuales. De esta forma, como se verá, se trata de una preocupación y un consecuente reconocimiento relativamente reciente, derivado de la «Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», expedida por la Organización de Naciones Unidas; *ii)* el «plazo», como el «precio», siempre fue un factor para adjudicar el contrato, definido en el pliego de condiciones, *iii)* la inclusión del «plazo» como criterio para evaluar la oferta no implica, necesariamente, la evaluación del «menor plazo», porque este se comporta como una de varias formas de hacerlo, de ahí que, por ejemplo, bien podría la entidad otorgar un puntaje mayor al que brinde soporte técnico por un mes adicional al plazo propuesto, es decir, se estaría calificando el plazo, pero no se otorgaría puntos al que ofrezca uno menor, sino uno mayor y *iv)* el «menor plazo» fue hasta 1993 un factor considerable en los procedimientos de selección, en tanto las entidades lo utilizaban como uno de los criterios más importantes para elegir una propuesta. Sin embargo, este factor, en determinados casos, no necesariamente era apropiado para elegir al contratista, de manera que se observaba como insuficiente para evaluar la idoneidad.

En relación con este punto, Juan Ángel Palacio señala que antes de la Ley 80 de 1993 «muchos pliegos de condiciones, por la premura de la entidad para atender un servicio o tener la disponibilidad de una obra, sometían la adjudicación al criterio del menor plazo ofrecido»<sup>8</sup>. De esta manera, este factor de evaluación no correspondía al resultado del análisis del sector, de los estudios y documentos previos, sino a una alternativa empleada por las entidades estatales –cómoda, quizá–, que no necesariamente se traducían en una elección objetiva o ideal para el Estado. Incluso, como se discutirá más adelante, en la práctica propiciaba dificultades, porque luego de ser un criterio relevante para elegir al contratista, era usual que en la ejecución del contrato se presentaran solicitudes para ampliar el plazo o se presentaran diversas reclamaciones al Estado argumentando «mayor permanencia en obra» o un «desequilibrio económico». Lo anterior, cuando se evidenciaba que el plazo ofrecido no correspondía con el necesario para cumplir el objeto contractual.

---

<sup>7</sup> ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Exposición de motivos. [En línea]. Consultado el 29 de junio de 2022. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

<sup>8</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. p. 250.

## 2. Fundamentos del «menor plazo», como factor que otorga puntaje

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 es el fundamento actual de la selección objetiva. Representó una variación significativa en la materia, en contraste con los estatutos anteriores, en la medida en que profundizó la forma de evaluar las ofertas, creó un registro para acreditarlos e introdujo nuevos conceptos: de un lado, los «requisitos habilitantes», también denominados como «requisitos de pasa o no pasa», entendidos como unos «mínimos» para participar que no otorgan puntaje. Allí se encuentran, entre otros, la capacidad jurídica, la capacidad financiera y la capacidad de organización de los proponentes. De otro lado, los «factores técnicos y económicos de escogencia», que otorgan puntaje, y cuya ponderación debe definirse en el pliego de condiciones. A diferencia de las regulaciones anteriores, la Ley 1150 no establece cuáles son estos elementos, de manera que, por ejemplo, no se hace referencia al «cumplimiento», al «precio» o, entre otros, a la «calidad», aunque ello no obste para considerarlos, en un procedimiento, como los criterios para tener en cuenta.

Ahora bien, el «plazo», como criterio de evaluación, no se menciona en la norma actual, como sí ocurría en el Decreto 1670 de 1975, el Decreto Ley 150 de 1976, el Decreto Ley 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993. Sin embargo, aunque no se contempló de forma expresa, se conservó *parcialmente* la prohibición de evaluarlo, según la regulación inmediatamente anterior. En esa medida, ya no se trata de una proscripción absoluta –como en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993–, sino limitada a los contratos de obra pública, siendo posible, entonces, evaluarlo en procedimientos de selección con objetos contractuales distintos.

Particularmente se destaca la imposibilidad de «evaluarlo», aunque sea en un sector específico –la obra pública–, en la medida en que refleja que al legislador le preocupó permitir que el «menor plazo» fuera un criterio de evaluación, y nuevamente se descuidara o se les restara relevancia a aspectos técnicos o financieros, o incluso se propiciaran ofrecimientos irracionales. De otro modo: el legislador del 2007 aunque flexibilizó la prohibición de evaluar el «menor plazo» al limitarlo a un caso específico, no tomó el riesgo de permitirlo sin distinción, temiendo, quizá, que las entidades lo utilizaran para evaluar las ofertas, y que ese parámetro indujera a los interesados a asumir medidas extremas –al ofrecer plazos considerablemente cortos–, con el propósito de obtener la adjudicación, pero sin tener presente la viabilidad técnica de ejecutar una obra en ese periodo o sin tener la intención de cumplirlo en el término.

Efectivamente, otorgarle prelación a un «menor plazo» presenta desafíos prácticos similares a los que eventualmente se enfrentaría el «gerente público» con el «menor precio», en tanto se duda de la calidad del bien o servicio a contratar, esto es, de la idoneidad de la propuesta. Este tipo de criterios propicia o incentiva que se presenten plazos o precios irrisorios, con el único propósito de



lograr la adjudicación del contrato. Sin embargo, estas propuestas finalmente no pueden ser ejecutadas en la forma esperada por la entidad, de ahí que se haga referencia a «buenos licitadores», pero «malos ejecutores», o a ofertas muy buenas que no corresponden a la realidad.

Como se referenció, en la práctica contractual fue costumbre que los proponentes ofrecieran un menor plazo, con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, pero finalmente, en la ejecución, presentaban reclamaciones tendientes a ampliar el plazo o demandas relacionadas con la mayor permanencia en obra, burlando el puntaje otorgado en la etapa de selección. En sentido similar puede ocurrir con el «menor precio», cuando en la etapa precontractual se presenta un ofrecimiento, pero posteriormente, y sin causas imputables a la entidad, se solicita el reajuste del precio o se propone un «desequilibrio económico del contrato».

Sin perjuicio de lo anterior –que en los contratos de obra pública el «menor plazo» no sea un criterio idóneo para evaluar las ofertas– no significa que el «plazo», de forma general, no pueda ser tenido en cuenta. Recuérdese que, a diferencia de los anteriores estatutos, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 no enlistó los factores o criterios para adjudicar el contrato, otorgándole mayor discrecionalidad a la entidad para definirlos. En esa medida, es posible que, dependiendo de las circunstancias técnicas y económicas que rodeen el negocio, la entidad evalúe el «plazo», cuando, por ejemplo: *i)* en una obra pública, la entidad *estima* un plazo para ejecutarla –según los estudios previos, el análisis del sector y los demás instrumentos de la etapa precontractual–, pero en los pliegos de condiciones establece que quien presente propuestas con un plazo mayor al estimado obtendrá un menor puntaje. En ese escenario se estaría valorando el «plazo» al otorgarle un mayor puntaje al que se adecúe a la estimación, siendo, entonces, un criterio relevante para escoger, o no, al contratista; *ii)* el «plazo» también puede ser evaluado en combinación con otros factores, como el «precio», cuando, por ejemplo, en el procedimiento de selección para adjudicar un contrato de mantenimiento se presente una propuesta alternativa, en virtud del artículo 30, numeral 6, de la Ley 80 de 1993, donde se ofrece que por el mismo precio se cumplirá el objeto contractual por un periodo adicional –mayor plazo– al requerido por la entidad.

Adicionalmente, el «plazo» puede ser tenido en cuenta: *iii)* cuando la entidad establezca como un factor que otorgue mayor puntaje que en los contratos anteriores –celebrados por el interesado– no se haya prorrogado el plazo inicialmente previsto. En esa medida, al calificar la experiencia anterior del proponente, el criterio de evaluación sería el plazo, disminuyéndole el puntaje al interesado al que se le hubiese prorrogado el contrato. Esta alternativa permitiría que la entidad evalúe la planeación interna del oferente, pero además crearía una

cultura en la contratación del Estado porque los oferentes se verían obligados a cumplir los plazos que ofrecen, a presentar observaciones a los pliegos de condiciones y, en suma, a actuar de forma diligente.

### **3. Fuentes jurídicas relacionadas con las «personas con discapacidad», como factor que otorga puntaje**

La discriminación positiva ha sido un mecanismo del Estado para reivindicar y reconocer a sectores de la población usualmente olvidados. En materia contractual, destacan las reformas legislativas y reglamentarias tendientes a generar la inclusión de distintas minorías, estableciendo incentivos como el puntaje diferencial para mujeres emprendedoras, excombatientes y, particularmente, personas con discapacidad. En efecto, con el paso del tiempo se observa que la posibilidad de configurar la forma de elegir al «colaborador» ha sido un escenario para dignificar los derechos de ciertos grupos. Incluso a nivel internacional es un aspecto de suma relevancia porque en los tratados de libre comercio o acuerdos comerciales suscritos con la Alianza del Pacífico, la Unión Europea, el Triángulo del Norte, Costa Rica, Canadá y Estados Unidos se reconoce la prevalencia de los servicios prestados por personas con discapacidad<sup>9</sup>.

Antes de detenerse en la asignación diferencial de puntaje se hace una precisión respecto el marco normativo de este requisito. Recuérdese que no debe leerse en los términos de la «capacidad» del Código Civil, sino en términos de derechos humanos: no se trata de «incapacidad», sino de «discapacidad». La jurisprudencia constitucional ha construido una noción de discapacidad, que las entidades estatales –y todos los ciudadanos– deberán tener en cuenta, pero aquellas en relación con la evaluación de las ofertas. En la Sentencia C-043 de 2017, con fundamento en la Convención, la Corte Constitucional sostiene que las personas con discapacidad son quienes tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas *barreras*, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de

---

<sup>9</sup> Como ejemplo de lo anterior se transcribe el artículo 14.02 del tratado de libre comercio suscrito con Canadá, disposición que, materialmente, se corresponde con las de los mencionados: «Artículo 1402: Excepciones Generales y de Seguridad [...] 2. Siempre que tales medidas no se apliquen de forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes cuando prevalezcan las mismo impliquen una restricción encubierta al comercio entre las Partes, ninguna disposición de este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener las medidas: (a) necesarias para proteger la moral, el orden o la seguridad públicos; (b) necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal o vegetal; (c) necesarias para proteger la propiedad intelectual; o (d) relacionadas con mercancías o servicios de *personas discapacitadas*, de instituciones de beneficencia o en régimen de trabajo penitenciario».



condiciones con los demás<sup>10</sup>. En sentido similar, pero de forma más precisa, en la Sentencia C-025 de 2021 la Alta Corporación destaca la perspectiva actual de la discapacidad, desde el modelo social, donde se sostiene que la discapacidad no es del sujeto sino que surge de las barreras externas asociadas a la comunidad en general. «Parte del reconocimiento de goce y ejercicio de los derechos humanos a favor de todas las personas con discapacidad»<sup>11</sup>. Con base en lo anterior, a continuación se hace referencia a las fuentes jurídicas relacionadas con la asignación de puntaje.

En primer lugar, el artículo 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –proferida en el 2006 por la Organización de Naciones Unidas, y ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009– dispone que los Estados-parte se comprometen a reconocer el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, para lo cual deberá garantizarse la oportunidad de elegir un trabajo con un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible. Entre los compromisos adquiridos se encuentran los siguientes: *i)* adoptar medidas o promulgar leyes que prohíban la discriminación por motivos de discapacidad y *ii)* proteger sus derechos, permitiendo condiciones de trabajo justas, favorables, seguras y saludables, e igualdad de oportunidades y de remuneración.

La norma no hace referencia a una evaluación diferencial en la elección del contratista –a un factor que asigne puntaje–, pero evidencia la finalidad de las disposiciones que le suceden, en tanto destaca el deber del Estado de adoptar medidas para salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, de ahí que le corresponda ejecutar acciones positivas para garantizarlo.

En segundo lugar, el artículo 13 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 contempla el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión. Con fundamento en la Convención anterior ordenó que el Gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, expidiera un decreto reglamentario que estableciera una puntuación adicional en las modalidades 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.

---

<sup>10</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-043 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>11</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

En relación con esta disposición surgen los siguientes comentarios: *i)* la norma incurre en una imprecisión al incluir la modalidad de contratación directa, donde no existe competencia y, en ese orden, tampoco una asignación de puntaje diferencial y favorable; *ii)* se limita a tres modalidades de selección, complejizando su extensión a las entidades con regímenes de contratación exceptuados del EGCAP, cuyos procedimientos son distintos y pueden denominarse de otra forma. Este vacío debe interpretarse en favor de las personas con discapacidad, extendiendo la obligación, porque la garantía debe ser exigible respecto de la contratación del Estado como un género, independientemente de la norma que rija la actividad; *iii)* surge un interrogante respecto de la dedicación del personal. Piénsese que en la planta de personal de una empresa se encuentra un trabajador con discapacidad dedicado a la vigilancia. Si la empresa se presenta en una licitación relacionada con la construcción de un puente –siendo una materia que no le concierne directamente al trabajador con discapacidad– ¿igualmente se le otorgaría un puntaje al oferente? Aunque se reconoce que el trabajador con discapacidad no tendría relación con el objeto a contratar, la norma señala que basta con que esté inscrito en su planta de personal, de ahí que no sea necesario que desempeñe una labor protagónica en la ejecución de un eventual contrato. Finalmente, *iv)* se tiene una duda adicional, pero respecto a la vinculación de la persona con discapacidad para que el incentivo prospere: cuando se hace referencia a la puntuación adicional por contar en la planta de personal con personas con discapacidad, ¿basta con que estas personas estén vinculadas con un contrato de prestación de servicios o se requerirá un contrato de trabajo? Esta pregunta se abordará junto al análisis de la siguiente disposición, en la medida en que complementa la discusión.

En tercer lugar, el artículo 2.2.1.2.4.2.6. del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el Decreto 392 de 2018– estableció un puntaje adicional para «proponentes con *trabajadores* con discapacidad». La disposición señala que en las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, la entidad estatal debe 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. En su párrafo se dispone que si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura se deberá tener en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida.

De la norma anterior, y de las disposiciones que le anteceden, surgen, además, dos comentarios: *i)* en el caso de los consorcios y las uniones temporales, ¿es posible que se sume la cantidad de trabajadores con discapacidad de dos integrantes que aportan el 40%? La norma establece que cuando la oferta se presente de forma mancomunada, la planta de personal para

tener en cuenta es la del integrante que aporte como mínimo el 40% de la experiencia, de ahí que se cuestione si pudieran sumarse las plantas de personal de dos integrantes que aporten ese mismo porcentaje. Al respecto, se considera que pese a que la finalidad de estas figuras es la unión de «fuerzas», la norma establece que deberá tenerse en cuenta la planta del personal del «integrante» del proponente plural que aporte un determinado porcentaje, haciéndose alusión a uno de ellos.

Finalmente, *ii*) se interroga en la forma de vinculación de las personas con discapacidad para obtener un puntaje. Cabe destacar que el artículo 2.2.1.2.4.2.6. del Decreto 1082 de 2015 se denominó «Puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad», de ahí que se cuestione, nuevamente, el tipo de relación que debe existir entre la empresa proponente y el personal con discapacidad en su planta de personal. Este análisis supone definir quién es un «trabajador», lo que dependerá de la concepción que se asuma sobre el tipo de vínculo: en sentido estricto lo será aquel que tenga una subordinación con un patrono; mientras que en sentido abierto basta con que exista cualquier tipo de relación. En la jurisprudencia constitucional es posible identificar ambas posiciones, por ejemplo, por un lado, en la Sentencia C-154 de 1997 se emplea el criterio restrictivo al señalar que el sujeto del contrato de trabajo es el «trabajador», mientras que el protagonista del contrato de prestación de servicios es el «contratista»<sup>12</sup>; por otro lado, en la Sentencia C-107 de 2002 se optó por una definición amplia del trabajo, como «la realización de una actividad libremente escogida por la persona dedicando a ella su esfuerzo intelectual o material, sin que puedan impedirselo los particulares ni el Estado a quien, por el contrario, le compete adoptar las políticas y medidas tendientes a su protección y garantía»<sup>13</sup>.

Al respecto, se considera que la interpretación que más se acerca a la finalidad de la norma es aquella que entiende por trabajador solo al sujeto del contrato laboral. Lo anterior teniendo en cuenta que lo que más satisface el derecho al trabajo de las personas con discapacidad y con lo que más se satisfacen los compromisos del Estado en virtud de la Convención es con una vinculación laboral –y no simplemente contractual–, de ahí que se considere que el proponente deba acreditar que en su planta de personal cuente con *trabajadores* con discapacidad, con quienes ostenta una relación laboral, para que la entidad le otorgue un puntaje diferencial.

---

<sup>12</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>13</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-107 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

## **Bibliografía**

### ***Doctrina***

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª Edición. Bogotá: Legis, 2016. 922 p.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. 859 p.

### ***Jurisprudencia***

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-107 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-043 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

### ***Cibergrafía***

ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Exposición de motivos. [En línea]. Consultado el 29 de junio de 2022. Disponible en:  
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

