COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/684A/11

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/684A/11
Expediente	—
Fecha	2011-04-08
Sala	Sala reitera
Magistrado ponente	MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Proteccion A Poblacion Con Discapacidad Y Bloque De Constitucionalidad
- Ley Que Establece Mecanismos De Integracion Social De Personas Con Limitacion
- Proceso De Contratacion A Favor De Grupos Discriminados
- Negativa Del Icbf A Implementar Acciones Afirmativas En Proceso De Adjudicacion De Contrato En Caso De Empate
- Accion Afirmativa En Procesos De Contratacion
- Criterio De Desempate En Proceso De Adjudicacion De Contrato

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Estado del derecho de acceder a puestos de trabajo en condiciones de igualdad en procesos de contratación que hubieren incluido en nómina al menos el 10% de Desconoce integridad laboral e igualdad material de población con

Texto completo

T-684A-11 1 Sentencia T-684A/11 (14 de septiembre) ACCIONES AFIRMATIVAS- Obligación del Estado para garantizar el derecho al trabajo de personas con discapacidad DERECHO A LA IGUALDAD- Alcance SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA- Protección especial por parte del Estado ESTADO- Inclusión social y laboral de personas con discapacidad /ACCIONES AFIRMATIVAS- Efectividad del derecho a la igualdad material de población discapacitada POBLACION DISCAPACITADA- Desarrollo de medidas afirmativas y actuación estatal DISCRIMINACION DE LA POBLACION DISCAPACITADA EN EL AMBITO LABORAL La Sala reitera que la discriminación sobre la población en situación de discapacidad es especialmente marcada en el ámbito laboral, por lo cual, resulta indispensable que el Estado adopte y ejecute acciones afirmativas en esta órbita. El Estado está en la obligación de realizar todas las acciones posibles que permitan igualar las condiciones de acceso laboral de dichas personas. En consecuencia, la Corte Constitucional ha establecido la importancia de dar especial protección a las personas con discapacidad, resaltando la orden constitucional de realizar acciones efectivas que pongan a esta población en igualdad de condiciones al resto de la sociedad y su total integración PROTECCION A POBLACION CON DISCAPACIDAD Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD- Reconocimiento por parte del Estado del derecho de acceder a puestos de trabajo en condiciones de igualdad material LEY QUE ESTABLECE MECANISMOS DE INTEGRACION SOCIAL DE PERSONAS CON LIMITACION- Preferencia de proponentes en

procesos de contratación que hubieren incluido en nómina al menos el 10% de trabajadores con discapacidad en caso de empate PROCESO DE CONTRATACION A FAVOR DE GRUPOS DISCRIMINADOS- Introducción de acciones afirmativas en proceso de adjudicación de contratos NEGATIVA DEL ICBF A IMPLEMENTAR ACCIONES AFIRMATIVAS EN PROCESO DE ADJUDICACION DE CONTRATO EN CASO DE EMPATE- Desconoce integridad laboral e igualdad material de población con discapacidad ACCION AFIRMATIVA EN PROCESOS DE CONTRATACION- Inclusión del criterio de desempate CRITERIO DE DESEMPATE EN PROCESO DE ADJUDICACION DE CONTRATO- Acción afirmativa de obligatorio cumplimiento para igualar oportunidad de acceso al mercado laboral de personas con discapacidad ACCION DE CUMPLIMIENTO- Procedencia cuando se pretende que autoridad dé cumplimiento a una norma legal y no se presenta daño directo de derechos fundamentales ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Protección /ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD- Garantiza la permanencia en el empleo /ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Ineficacia del despido sin autorización previa y expresa del Ministerio de Protección Social DERECHO A LA IGUALDAD DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD DE EMPRESA CONCURSANTE EN PROCESO DE ADJUDICACION DE CONTRATO- Acto discriminatorio por no implementar acción afirmativa de desempate ACCION DE TUTELA CONTRA ICBF- Carencia actual de objeto por daño consumado por adjudicación de contrato antes de llegar expediente a la Corte Constitucional CARENCIA ACTUAL DE OBJETO- Declaración /DAÑO CONSUMADO- Configuración ACCION AFIRMATIVA EN FAVOR DE POBLACION DISCAPACITADA- Obligatoriedad para autoridades públicas de implementarla en procesos de adjudicación de contratos Referencia:

expediente T-3.062.693 Accionantes: Gloria Elizabeth Acuña Matallana, Diana Cristina Bermúdez Almonacid, Gabriel Rodolfo González Suárez, Fredy Duvián López Morales, Ana Marcela Arévalo Sarachaga, María Isabel Castiblanco Castiblanco, Eduar Alejandro López Morales, Albeiro Moreno Jiménez, Agustín Navarrete Gutiérrez, Isaías Ramírez, Gonzalo Suárez Molano, Leidy Natalia Zuleta Sánchez, Luis Eduardo Ostos Rico, José Alberto Ruiz Leguizamo y Greissy Andrea Vivas Cordero.

Accionado: Instituto Colombiano de Bienestar Familia (ICBF). Derechos fundamentales invocados: igualdad y trabajo de personas en situación de discapacidad.

Conducta que causa la vulneración: la negativa del ICBF a implementar una acción afirmativa en un proceso público de adjudicación. Pretensión:

la suspensión del proceso de adjudicación. Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá del 8 de abril de 2011.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZALEZ CUERVO I. ANTECEDENTES 1. Fundamentos de la demanda de tutela [1] El apoderado de los señores Gloria Elizabeth Acuña Matallana, Diana Cristina Bermúdez Almonacid, Gabriel Rodolfo González Suárez, Fredy Duvián López Morales, Ana Marcela Arévalo Sarachaga, María Isabel Castiblanco Castiblanco, Eduar Alejandro López Morales, Albeiro Moreno Jiménez, Agustín Navarrete Gutiérrez, Isaías Ramírez, Gonzalo Suárez Molano, Leidy Natalia Zuleta Sánchez, Luis Eduardo Ostos Rico, José Alberto Ruiz Leguizamo y Greissy Andrea Vivas Cordero interpuso acción de tutela contra Instituto Colombiano de Bienestar Familia (en adelante ICBF), por considerar violado sus derechos al trabajo y a la igualdad presentando los siguientes hechos.

1.1 La empresa Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. (REDCOM en adelante), vinculó laboralmente a los accionantes desde mediados del año 2009 [2] .

1.2 En febrero de 2011, el ICBF abrió el concurso de méritos No. 001 de 2011 el cual pretendía " seleccionar al o los proponente(s) para realizar el control y la supervisión técnica, mediante visitas a las entidades contratistas y una muestra representativa de las unidades aplicativas de los proyectos 150 y 151" . El 24 de febrero del mismo año, el ICBF publicó el texto de los pliegos de condiciones e invitó a los interesados a formular preguntas y realizar observaciones sobre los mismos.

1.3 La empresa REDCOM presentó derecho de petición en el que solicitaba se incluyera en el pliego de condiciones del concurso, como causal de desempate el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997. Esta norma establece a favor de los empleadores particulares que participan de un proceso de licitación, adjudicación y celebración de contratos y que tengan en sus nóminas al menos un 10 % del personal en situación de discapacidad, el derecho a ser preferidos cuando surja un empate en desarrollo del proceso [3] .

1.4 La entidad accionada respondió negándose a acoger la observación formulada por el oferente con base en los siguientes argumentos: a.) El criterio que la empresa REDCOM echa de menos no puede ser incluido en todos los procesos de adjudicación, por cuanto lejos de convertirse en un mecanismo para corregir desigualdades, como lo argumentan los demandantes, esta norma genera la ruptura de la igualdad entre los aspirantes toda vez que "apenas algunas o una de las ofertas interesadas muestran que cuentan con el personal discapacitado" [4] .

b.) El aludido criterio no puede ser implementado por cuanto no se encuentra en aquellos que prevé el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 [5] , el cual trae una lista taxativa de criterios de desempate para los procesos de adjudicación.

1.5 Las entidades públicas, de manera particular el ICBF, al no incluir en los pliegos de condiciones el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, vulnera el derecho a la igualdad material [6] de las personas en condición de discapacidad, toda vez que la mencionada disposición contiene una acción afirmativa.

1.6 Adicionalmente, señala que como consecuencia de la decisión del ICBF, REDCOM, el 21 de marzo de 2011, informó a los accionantes que solicitó autorización al Ministerio de la Protección Social para desvincular a los funcionarios en condiciones de discapacidad, pues la empresa considera que las garantías establecidas en la Ley 361 de 1997 no son cumplidas por las entidades estatales y de manera específica, por el ICBF [7] .

1.7 El apoderado solicita como medida provisional que se le ordene al ICBF suspender el concurso de méritos 01 de 2011 en la etapa en que se encuentre, con el fin de evitar que se consume el daño iusfundamental [8] .

2. Respuesta de la entidad accionada El señor Santiago Plata Valenzuela, actuando como coordinador del grupo de Contratos de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, mediante escrito solicitó que la acción de tutela sea desestimada de acuerdo con los siguientes hechos y argumentos [9] :

2.1 El 23 de febrero de 2011, el ICBF mediante Resolución No. 000667, dio apertura al concurso de méritos 001 de 2011, cuyo objeto era " seleccionar al o los proponente(s) para realizar el control y la supervisión técnica, mediante visitas a las entidades contratistas y una muestra representativa de las unidades aplicativas de los proyectos 150 y 151" [10] .

2.2 REDCOM y algunos de sus trabajadores en situación de discapacidad, presentaron un derecho de petición solicitando la inclusión del criterio de desempate contenido en el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 en los pliegos de condiciones.

Este fue resuelto informándoles que en caso de desempate en el proceso contractual se aplicarían únicamente los criterios contenidos en el Decreto 2473 de 2010, acorde con los siguientes argumentos:

2.2.1 El proceso de contratación se desarrolla basándose en los principios de la Ley 80 de 1993, entre los que se cuenta el de igualdad. Este hace referencia a la paridad entre los proponentes para intervenir y participar durante el proceso de

adjudicación. Así mismo, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece la selección objetiva como criterio fundamental para tener en cuenta en los procesos de contratación.

Considera la entidad accionada que la implementación de la mencionada medida vulnera la igualdad entre los postulantes, toda vez que no todos los proponentes cumplen con la hipótesis normativa de contar en su nómina con por lo menos el 10% de personas en situación de discapacidad. A la luz de los preceptos de contratación estatal no es dable establecer este tipo de beneficios, que claramente rompen con el principio de igualdad y de selección objetiva, produciendo una desigualdad entre los proponentes.

2.2.2 El Decreto 2473 de 2010 señala una lista taxativa, sucesiva y excluyente de criterios de desempate, de tal manera que en los procesos de adjudicación deben tenerse en cuenta única y exclusivamente los allí consignados. El Decreto 2473 de 2010 es una disposición reglamentaria que impide que sean tenidas en cuenta otras causales de desempate, así estén contempladas en una Ley.

2.2.3 En suma, el ICBF argumentó que no es dable aplicar el criterio de desempate contenido en el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, pues con el mismo se quiebra la igualdad entre los proponentes y, adicionalmente, no se encuentra contemplado en la lista “taxativa” que consagra el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010.

2.3 Por ultimo, aseguró que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir asuntos de índole contractual, por lo cual, el juez de tutela debía declarar improcedente el presente procedimiento [11] .

3. Decisión de tutela objeto de revisión 3.1 Única instancia: Sentencia del Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá del 8 de abril de 2011 [12] :

El Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, declaró improcedente la acción de tuteló con base en los siguientes argumentos: Consideró que los accionantes cuentan con otros mecanismos de defensa judicial para la protección de sus derechos, tales como, las acciones de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, contractual y popular. Estas, en principio, son idóneas para controvertir el acto administrativo del ICBF a menos que los accionantes lograran demostrar la inminencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela sería procedente únicamente como mecanismo transitorio. No obstante, de los hechos y de las pruebas contenidos en el expediente, no se encuentran acreditadas circunstancias objetivas que permitan concluir que los accionantes están próximos a sufrir un daño irremediable y, por el contrario, se evidencia que los tutelantes dan por sentados hechos que aún no han ocurrido como la eventual pérdida de sus puestos de trabajo.

Debido a que existen otros mecanismos judiciales para controvertir la actuación del ICBF, y a que no se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez de tutela, la acción fue declarada improcedente.

4 Actuación en sede de revisión 4.1 Mediante Auto del 27 de julio de 2011 [13] , se ordenó que (i) Por Secretaria General, se vinculara a la empresa Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda., y al Ministerio de la Protección Social.

(ii) Se oficiara al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que informara en qué etapa se encuentra el proceso de contratación publicado en el Portal Único de Contratación con el número cm0012011, cuyo objeto es “seleccionar al o a los proponente(s) para realizar el control y la supervisión técnica, mediante visitas a las entidades contratistas y una muestra representativa de las unidades aplicativas de los proyectos 150 y 151”, por un valor de $12.833.702.342.

(iii) Se oficiara al Ministerio de la Protección Social para que informara sobre: a) el estado del proceso administrativo iniciado en virtud de la solicitud de autorización para despedir a 16 personas que se encuentran en situación de discapacidad, en la empresa Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda.;

b) igualmente, resulta importante conocer que acciones realiza el Ministerio con el fin de darle pleno cumplimiento a la Ley 361 de 1997 que establece mecanismos de integración social de las personas con limitación.

(iv) Se oficiara al Grupo de Investigación de Derechos Humanos y DIH "De las Casas" de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, al Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social –PAIIS- de la Universidad de los Andes, al grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, al Departamento Nacional de Planeación (DNP), al Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para que se pronunciaran en el presente caso.

4.2 Respuesta a la solicitud de pruebas 4.2.1 El 4 de agosto de 2011, la Secretaria General informó que vencido el término probatorio fueron recibidos los oficios de la empresa Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda.

REDCOM, del grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, y del Departamento Nacional de Planeación DNP. Adicionalmente el 5 de agosto de 2011, fueron allegados los oficios del ICBF y del Ministerio de la Protección Social, en los que dan respuesta al Auto de pruebas de fecha 27 de julio de 2011 [14] .

4.2.2 La empresa Redes y Comunicaciones de Colombia Ltda. REDCOM, mediante oficio de fecha 3 de agosto de 2011 [15] , respondió lo siguiente:

(i) Todos los accionantes laboran desde hace más de 18 meses en la empresa. (ii) La empresa cumple con el requisito impuesto en el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, hecho que está certificado por el Ministerio de la Protección Social.

(iii) El ICBF decidió inaplicar la mencionada disposición legal por contradecir una norma de inferior jerarquía. De esta forma, se ven afectados los derechos a la estabilidad jurídica de los procesos de contratación y de las empresas que han confiado en lo estipulado por la ley. Contrario a lo decidido por el ICBF de obviar la aplicación de la Ley 361, entidades como ECOPETROL, INCO, ETSA, Ministerio de Educación Nacional, INVIAS, entre otras, le han dado aplicación en los pliegos de condiciones con criterios diferentes, sin embargo, en algunos casos, esta inclusión ha sido inocua, pero no ha sido rechazada de tajo.

(iv) Concluye indicando que la no aplicación de la Ley 361 de 1997, podría afectar la continuidad de los empleados que se encuentran en situación de discapacidad y, a su vez, la contratación de personas que se encuentren en iguales circunstancias que los accionantes.

4.2.3 En los descargos del ICBF frente al caso particular, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Adicionalmente, informó que el concurso de méritos 001 de 2011, fue adjudicado mediante Resolución 1618 del 6 de mayo de 2011 [16] , en la cual se puede constatar que la empresa REDCOM participó en el concurso público de méritos de convocatoria 001 de 2011, específicamente en las macro-regiones 3 y 4. Así mismo, se observa que en las mencionadas macro-regiones se presentaron empates entre tres de los concursantes de la siguiente forma [17] :

Macroregión 3 Macro-región 4 Consorcio EAG INTERVENTORAS C & M Consultores C & M Consultores Consorcio empresarial Consorcio Haggen RYG Redcom Ltda Estos empates fueron dirimidos por el ICBF bajo la consideración "Que en cuanto a la acreditación de la calidad de MYPIMES de las demás firmas, no pudieron constatar la calidad de MYPIME (…) Que en vista de lo anterior, se dio aplicación al literal f) del numeral 1,20 del pliego de condiciones procediéndose a realizar el sorteo mediante balotas según lo expresado en dicho numeral, con el fin de identificar los aferentes en orden de elegibilidad" [18] .

Como consecuencia de lo anterior, el ICBF resolvió, a través de un sorteo adjudicar el proceso concurso de méritos No. 001 de 2011 en las macro-regiones 3 y 4 a Consorcio Haggen RYG y Consorcio empresarial respectivamente.

Como consecuencia de este procedimiento, a la fecha, se han suscrito los siguientes contratos [19] : Contrato Valor Fecha de Suscripción 176 $ 4.204.142.907 7 de junio de 2011 177 $ 2.750.865.480 7 de junio de 2011 178 $ 3.121.108.079 7 de junio de 2011 Total $ 10.076.116.466 4.2.4 El grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, dando respuesta a la solicitud realizada por este tribunal mediante comunicación del 3 de agosto de 2011 [20] , emitió concepto donde analizó los siguientes aspectos:

4.2.4.1 El derecho a la Igualdad de las personas con discapacidad y las medidas que garantizan su adaptación profesional y laboral. En el artículo 13 de la Constitución política se estipula lo siguiente:

“El Estado protegerá especialmente aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentre en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionara los abusos o maltratos que contra ellas se cometan ” de lo anterior, se deduce la obligación por parte del Estado de tomar las medidas necesarias, con el fin de garantizarle un trato igualitario y la protección requerida a las personas que por estar en condiciones de vulnerabilidad lo requieran.

A su vez, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia y consolidada, ha velado porque las personas que están en situación de discapacidad se les respeten y garanticen la totalidad de los derechos que la Carta les otorga. En el artículo 54 de la Constitución se establece la obligación al Estado y a los empleadores de velar por la ubicación laboral y por la capacitación de las personas que tengan algún tipo de disminución física.

4.2.5 El Departamento Nacional de Planeación (DNP) expresó [21] que de los hechos narrados no se desprende la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues los accionantes no demuestran que esté por suceder un daño grave que amerite la intervención del juez de tutela.

Por tal motivo , los accionantes pueden acudir a la jurisdicción Administrativa y, en consecuencia, la acción de tutela en este caso debe ser declarada improcedente.

4.2.6 El Ministerio de la Protección Social a través del Coordinador del Grupo de Acciones Constitucionales de la oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo respondió a las inquietudes planteadas por la Sala de la siguiente manera [22] :

4.2.6.1 En cuanto al segundo interrogante, en el que se le solicitaba que informara sobre las acciones que realiza el Ministerio con el fin de darle pleno cumplimiento a la Ley 361 de 1997 que establece mecanismos de integración social de las personas con limitación, el Ministerio asevera que su política frente a la población con discapacidad gira en torno a 3 ejes fundamentales, a saber:

- Sensibilizar al público en general, a los gremios empresariales y a la población que se encuentra en situación de discapacidad de la protección laboral.

- Ruedas empresariales, que buscan lograr que las entidades formen un grupo técnico y que sea posible la inclusión laboral de personas discapacitadas - Procesos de sensibilización, que consiste en realizar campañas de sensibilización para lograr el acceso laboral y la generación de empleo para esta población.

4.2.7 El Procurador General de la Nación, doctor Alejandro Ordoñez Maldonado intervino solicitando la protección de los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad [23] .

En primer lugar, el Procurador invocó los artículos 13, 47 y 54 de la Carta Política, donde se establece la obligación del Estado de proteger a las personas que se encuentran en estado de debilidad y da la posibilidad de tratarlas en forma privilegiada con medidas de diferenciación positiva; en el mismo sentido resalta que el Congreso de la República expidió la Ley 361 del 1997, con el fin de hacer realidad los derechos de los discapacitados.

En segundo lugar, menciona la protección especial a las personas con discapacidad y los instrumentos internacionales [24] en los cuales Colombia se ha comprometido a crear políticas públicas que permitan la inclusión laboral de las personas discapacitadas, a mitigar cualquier forma de discriminación y a promover programas que permitan su rehabilitación y vinculación social.

Finalmente, señala que "el tema de la discapacidad está íntimamente relacionado con la dignidad de las personas. Adquiere gran relevancia desde el punto de vista de la forma como se va a garantizar su efectiva aplicación en las entidades estatales y de la oportunidad de rehabilitación y reintegración de las personas en condiciones de discapacidad. Por lo tanto, la exigibilidad y respeto de las normas inclusivas que para el caso específico el legislador ha proferido implica que estas deben ser aplicadas no de manera discrecional por parte de la respectiva entidad. Se trata de una obligación constitucional, en procura de que el trato discriminatorio que en la actualidad impera en los procesos de acceso a la administración pública y, especialmente en los procesos de selección y adjudicación de contratos estatales sea comprendido a partir del bloque de constitucionalidad [25] ".

4.3 Mediante Auto del 3 de agosto de 2011 el magistrado sustanciador por considerarlo pertinente ordenó vincular a Gloría Guzmán Gómez representante legal del "CONSORCIO EMPRESARIAL" quien en desarrollo del concurso de méritos 001 de 2011 del ICBF se le adjudicó el contrato 176, así como a los miembros del consorcio ATI INTERNACIONAL LTDA., SERVINC LTDA., BRAIN S.A, ASVQ SAS, VCO S.A, y a la C & M CONSULTORES, empresa participante en el proceso concursal objeto de debate en este proceso.

4.4 Todas las personas jurídicas vinculadas se manifestaron en el sentido de que: a) El proceso concursal terminó con la expedición de la Resolución 1619 del 6 de mayo de 2011 por medio de la cual se adjudicó el mencionado concurso de méritos a el "Consorcio Empresarial", utilizando el método del sorteo.

b) El presente proceso resulta improcedente, por cuanto no se logra demostrar satisfactoriamente que se produzca un daño irremediable en los derechos de los accionantes. Por lo cual, no se cumple con el principio de subsidiaridad y debe declararse la improcedencia de la solicitud constitucional.

II. CONSIDERACIONES 1. Competencia Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36; y en el Auto del veinte de mayo de 2011 de la Sala de Selección de Tutela Número Cinco de la Corte Constitucional.

2. Problemas jurídicos Corresponde a esta Corte responder los siguientes problemas jurídicos: 1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997? 2.

¿Es obligación de las entidades estatales implementar en un proceso público de adjudicación la disposición contenida en el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 Ley 361 de 1997? 3.

¿Vulnera los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad de las personas con discapacidad, contratadas laboralmente por una de las empresas que cumplen la hipótesis normativa del numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 Ley 361 de 1997, la negativa de la entidad convocante de implementar la mencionada disposición? Para resolver estos problemas jurídicos, la Sala: (i) reiterará la Jurisprudencia en torno al derecho a la igualdad y las acciones afirmativas; (ii) revisará la protección constitucional al derecho al trabajo de las personas en situación de discapacidad; (iii) establecerá la obligatoriedad de implementar las acciones afirmativas en los procesos contractuales; y (iv) solucionará el caso concreto.

3. Acciones afirmativas son una obligación del Estado para garantizar el derecho al trabajo de las personas en situación de discapacidad 3.1 El artículo 13 de la Constitución consagra el derecho a la igualdad [26] .

Específicamente, señala que el Estado tiene la obligación de promover las condiciones necesarias que permitan que “la igualdad sea real y efectiva” y, para esto, “adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

El artículo en mención, primero, reconoce que todas las personas nacen y permanecen iguales para el sistema jurídico y, segundo, le impone al Estado la obligación de emprender acciones en favor de los grupos discriminados o marginados, con el propósito de eliminar las exclusiones de las que son víctimas.

El mandato constitucional no se limita al reconocimiento de la igualdad ante la ley o puramente formal, sino que implica la obligación estatal de realizar acciones efectivas que eliminen las barreras discriminatorias.

Así pues, este es un mandato de eliminar de la organización y el accionar estatal, de la sociedad y de sus estructuras económicas, sociales y culturales la sutil, silenciosa y prolongada discriminación hacia los grupos que tradicionalmente han sido rezagados como, por ejemplo, las personas en situación de discapacidad, los indígenas, las comunidades afrodescendientes o las mujeres.

3.2 Ahora, la Carta del 91 contiene, adicionalmente, la obligación Estatal de proteger, especialmente , “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (…)”, personas que la jurisprudencia ha denominado como sujetos de especial protección constitucional. De tal suerte, que la obligación del Estado de buscar la igualdad material es especialmente relevante cuando se trata de grupos marginados, que han sufrido históricamente de discriminación. En este sentido, en reiterada y consolidada jurisprudencia [27] , esta Corte ha sostenido que al realizar una interpretación sistemática de la Constitución se concluye que el Estado debe adoptar y promover medidas tendientes a favorecer a grupos de personas que se encuentran en situación de debilidad producida por desigualdades históricas, sociales, culturales, físicas o económicas. Con dichas medidas el Estado busca garantizar que estas personas puedan gozar de sus derechos de manera efectiva.

La jurisprudencia de esta Corporación al respecto ha señalado que en la Constitución “[h]a sido consignada la obligación en cabeza del Estado según la cual éste se encuentra llamado a emprender actuaciones positivas en virtud de las cuales se logre la integración de sectores de la sociedad que, por una antigua e irreflexiva tradición que hunde sus raíces en oprobiosos prejuicios, han sido separados de manera ilegítima del pleno desarrollo de sus libertades. En tal sentido, el texto constitucional ha asumido un compromiso expreso a favor de los sectores de la población que requieren atención especial por el cual se encuentra obligado a desarrollar acciones afirmativas que avancen en la realización de un orden social más justo y permitan el ejercicio completo de las libertades para todos los ciudadanos”.

[28] 3.3 La Carta Política en el artículo 47 [29] señala que el Estado adelantará las medidas necesarias para lograr la inclusión social de las personas en discapacidad y, de esta manera, acorde con su condición, puedan tener un desarrollo adecuado y satisfactorio de su proyecto de vida.

La jurisprudencia ha sido enfática en sostener que el mandato constitucional consiste en hacer efectivo el derecho a la igualdad material y, no meramente formal, de la población discapacitada, para lo cual, es necesario diseñar acciones afirmativas orientadas a protegerla [30] .

Al respecto la Corte en la sentencia C-989 de 2006, expresó: “… que al existir un refuerzo constitucional respecto de la prevalencia de los derechos de los discapacitados en su calidad de sujetos de especial protección constitucional –por encontrarse en condiciones especiales de disminución física o mental-; el Estado en cumplimiento de sus fines esenciales, debe establecer las medidas de tipo legal que sean necesarias a efectos de hacerlo efectivo.

[31] En esos términos, es que se entiende plenamente desarrollado el mandato constitucional previsto en el artículo 47 constitucional [32] ” 3.4 Puede establecerse, entonces, que la constitución trae una protección especial para la población

en discapacidad, que debe puntualizarse con la adopción de medidas concretas que permitan eliminar las barreras sociales, económicas y culturales que propician los actos de discriminación y, por ello, la prolongación de la exclusión.

3.5 De manera más concreta, las medidas afirmativas sobre la población discapacitada deben desarrollarse con base en los siguientes lineamientos establecidos en la jurisprudencia constitucional:

"(a) la igualdad de derechos y oportunidades entre las personas con discapacidad y los demás miembros de la sociedad, con la consiguiente prohibición de cualquier discriminación por motivos de discapacidad, (b) el derecho de las personas con discapacidad a que se adopten todas las medidas necesarias para poder ejercer sus derechos fundamentales en pie de igualdad con los demás, y (c) el deber estatal correlativo de otorgar un trato especial a las personas con discapacidad" [33] .

Estos se constituyen como los ejes de la actuación estatal frente a la población en situación en discapacidad. Estos tres postulados deben dirigir tanto la formulación de todas las políticas estatales sobre discapacidad como la ejecución de las mismas.

3.6 En lo atinente el ámbito laboral, el artículo 54 de la Carta Política señala que "El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud".

Esto implica que es una obligación estatal crear los mecanismos que permitan la inclusión de la población en situación de discapacidad en el mercado laboral en igualdad de oportunidades que el resto de las personas.

3.7 Resulta históricamente comprobable que la población discapacitada ha sido víctima de discriminación [34] en el ámbito laboral. Las personas que se encuentran en situación de discapacidad, y que pretenden buscar empleo, deben enfrentarse con múltiples prejuicios sociales, entre otros [35] :

(i) la suposición de que laboralmente son menos productivos, (ii) la consideración acerca de que su condición física requiere mayor atención médica y, por tanto, se ausenta frecuentemente del trabajo y (iii) la idea según la cual su formación académica es deficiente, lo que implica invertir en su capacitación profesional [36] .

Así mismo, encuentran barreras arquitectónicas que impiden o dificultan su ingreso y movilidad al interior de la empresa. 3.8 En conclusión, la Sala reitera que la discriminación sobre la población en situación de discapacidad es especialmente marcada en el ámbito laboral, por lo cual, resulta indispensable que el Estado adopte y ejecute acciones afirmativas en esta órbita. El Estado está en la obligación de realizar todas las acciones posibles que permitan igualar las condiciones de acceso laboral de dichas personas [37] .

En consecuencia, la Corte Constitucional ha establecido la importancia de dar especial protección a las personas con discapacidad, resaltando la orden constitucional de realizar acciones efectivas que pongan a esta población en igualdad de condiciones al resto de la sociedad y su total integración.

4. La protección a la población con discapacidad en el bloque de constitucionalidad 4.1 El compromiso estatal de buscar la integración al mercado laboral de la población en situación de discapacidad se desprende, además, del bloque de constitucionalidad (artículo 93 superior). Así, por ejemplo, en el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (de ahora en adelante PIDESC) los estados parte asumieron el compromiso de reconocer el derecho el trabajo [38] y promover el acceso al mismo de todas las personas [39] .

En desarrollo de estas disposiciones el Comité DESC, quien es el intérprete autorizado del PIDESC , suscribió la observación No. 5 sobre las personas con discapacidad [40] (11 período de sesiones, 1994).

En el mencionado documento se indica que, de manera general, los Estados que suscribieron el pacto deben adoptar políticas efectivas para la integración social de la población en situación de discapacidad. De manera particular, en el caso del acceso al mercado laboral, el numeral 20 del citado instrumento indica que " [l]a esfera del empleo es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido tan preeminente como persistente. En la mayor parte de los países la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es de dos a tres veces superior a la tasa de desempleo de las personas sin discapacidad. Cuando se emplea a personas con discapacidad, por lo general se les ofrece puestos de escasa remuneración con poca seguridad social y legal y a menudo aislados de la corriente principal del mercado del trabajo. Los Estados deben apoyar activamente la integración de personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario".

4.2 Igualmente, este documento en el numeral 22 prescribe que los estados parte deben adoptar medidas con el propósito de que "las personas con discapacidad, tanto si viven en zonas rurales como si viven en zonas urbanas, han de tener las mismas oportunidades de empleo productivo y remunerado".

Así, Colombia como suscriptor del PIDESC está en la obligación de implementar medidas que permitan a la población en situación de discapacidad tener oportunidades efectivas de obtener empleo, que le brinden la posibilidad de cubrir con dignidad sus necesidades.

4.3 En el mismo sentido la "Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" señala en su artículo 17 que: "Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;

(…) h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;

Lo anterior implica que el Estado colombiano, como Estado parte de la mencionada convención, reconoce el derecho de las personas discapacitadas de acceder a puestos de trabajo en condiciones de igualdad material, para lo cual debe implementar medidas que incentiven y promuevan el acceso al empleo de las personas discapacitadas.

4.4 Así mismo, la "Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad" en su artículo tercero consagra que:

"Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a: 1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa:

a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración";

4.5 En este instrumento internacional Colombia se obligó, nuevamente, a adoptar las medidas necesarias para lograr la inclusión de la población discapacitada en el mercado laboral. En esta Convención resulta evidente que el deber del Estado no se limita a crear medidas legislativas de integración, sino a que las mismas sean ejecutadas de manera efectiva. Es decir, el cumplimiento de la convención obliga a que, por un lado, se adopten medidas tendientes a la integración de la población con discapacidad y, por otro, a que las mismas sean efectivamente aplicadas por cualquier institución del Estado que tenga la oportunidad de hacerlo. De tal suerte, que es deber estatal para con la población discapacitada, adoptar medidas que promuevan su integración al mercado laboral en condiciones de igualdad material, y que las mismas sean ejecutadas por las diferentes instituciones.

4.6 En suma, nuestra Constitución Política trae un mandato de igualdad real, que implica que todas personas tengan igualdad de oportunidades. Así mismo, que la población en situación de discapacidad como sujeto de especial protección constitucional, tiene el derecho, derivado de la Carta misma y del bloque de constitucionalidad, a que el Estado Colombiano (i) evite realizar cualquier tipo de actos discriminatorios contra la población en situación en discapacidad (ii) adopte medidas que le permitan tener igualdad de oportunidades en el acceso al mercado laboral y (iii) a que el Estado de cumplimiento con particular atención a las medidas legislativas o administrativas establecidas.

5. Interpretación del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 5.1 El marco constitucional esbozado hasta el momento marca pues el camino que debe seguir el intérprete y el aplicador de la normativa contenida en la Ley 361 de 1997, y que dispone que en todo proceso de “ licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados ” [41] deberá implementarse la acción afirmativa consistente en la preferencia, en caso de empate, de aquellos proponentes que hubieren incluido en sus nóminas al menos el 10% de trabajadores en condición de discapacidad.

5.2 De acuerdo a lo anterior, debe reiterarse que este artículo contiene un criterio de desempate universal, y aplicable en cualquier ámbito relacionado con el proceso de contratación, en virtud del cual deberá preferirse a aquel proponente, cuando dos o más obtengan la misma calificación, que cumpla la hipótesis normativa de contar en su nómina con por lo menos el 10% de empleados en condición de discapacidad, situación que debe ser certificada por la oficina de trabajo respectiva. Esta disposición resulta ser un incentivo para que las empresas que participan en procesos de adjudicación tendiente a que se amplíe la oferta de puestos de trabajo disponibles para personas en situación de discapacidad, facilitando con ello su integración al mercado laboral. Siendo esto así, resulta claro la primera dimensión protegida por la norma se encamina a ofrecer una medida afirmativa en favor de la población en situación de discapacidad que busca su integración efectiva al mercado laboral, y con ello, mitigar la discriminación histórica que han sufrido las personas con discapacidad en aspectos relacionados con el derecho al trabajo.

5.3 La disposición ofrece, simultáneamente, un segundo ámbito de protección, esta vez dirigido a la empresa que decide mantener en su nómina a trabajadores que sufran de discapacidades. Esta segunda dimensión consiste en un derecho de preferencia a favor de la empresa empleadora, a ser preferida en un proceso de contratación cuando se presente un empate en la calificación de las propuestas. Resulta ser un criterio para dirimir empates igual a los contenidos en otras normas de carácter contractual (v. gr. el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010). De tal suerte que la implementación del mencionado criterio es un derecho de las empresas participantes que cumplen con la hipótesis normativa, de contenido patrimonial, pues resulta ser un criterio de desempate con el cual puede decidirse la adjudicación de un contrato.

5.4 En suma, la disposición analizada contiene dos órbitas de protección: la primera, desde la óptica de los derechos fundamentales por cuanto se trata de una acción afirmativa que pretende incentivar a los empleadores a integrar a la población con discapacidad al mercado laboral y, la segunda, una órbita contractual en la cual es un criterio de desempate en procesos de adjudicación que puede generarle derechos patrimoniales a las empresas participantes.

6. La implementación del numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 en procesos de adjudicación 6.1 El artículo aquí analizado, en virtud de los principios constitucionales que desarrolla, deberá tenerse en cuenta e implementarse en cualquier procedimiento de contratación en el que los requisitos exigidos por la norma se cumplan. Adicionalmente, debe señalarse que la norma en cuestión consagra una acción afirmativa sobre la población discapacitada, por lo cual, su aplicación cumple los propósitos de los artículos 13 y 54 de la Constitución Política y de los ya reseñados instrumentos internacionales, parte del bloque de constitucionalidad.

6.2 En relación la legitimidad, desde el punto de vista constitucional, de la introducción de acciones afirmativas aplicadas en el análisis de pliegos de condiciones, la Corte Constitucional ha señalado que si bien la selección objetiva de proponentes es una forma de realizar el principio de transparencia en la administración pública, también es cierto que la inclusión de medidas afirmativas en el proceso de contratación a favor de grupos históricamente discriminados consulta altos propósitos constitucionales.

Al respecto señaló: “Los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado. Sin embargo, ello no significa que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que el principio de igualdad material se impone a todas las autoridades (artículo 13 de la Constitución)” [42] .

6.3 Tan es así que en la citada providencia, la Corte Constitucional decidió declarar exequibles las normas demandadas “en el entendido de que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas”.

Esta decisión de la Corte Constitucional, si bien no se refiere directamente a la norma analizada, si establece un criterio claro de cómo para el marco constitucional vigente es admisible, compatible e incluso necesario para la interpretación de los criterios de selección objetiva, la introducción de acciones afirmativas como criterio de desempate en un proceso de adjudicación.

6.4 Establecido lo anterior, es forzoso indicar que los argumentos expuestos en el presente caso por el ICBF, para negarse a aplicar el criterio de desempate contenido en el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, carecen de fundamento constitucional y, contrario a lo afirmado por la entidad, la inaplicación de este tipo de medidas desconoce altos valores constitucionales como la búsqueda de la integración laboral de la población en situación de discapacidad y la igualdad material.

Conviene pues repasar la argumentación expuesta por el ICBF para negarse a aplicar el criterio de desempate analizado, según la cual, el mencionado criterio de desempate no puede ser incluido en un pliego de condiciones en virtud de lo siguiente:

a) Este criterio no puede ser incluido en todos los procesos de adjudicación, por cuanto lejos de convertirse en un mecanismo para corregir desigualdades, como lo argumentan los demandantes, esta norma genera la ruptura de la igualdad entre los aspirantes toda vez que “apenas algunas o una de las ofertas interesadas muestran que cuentan con el personal discapacitado” [43] .

b) El aludido criterio no es implementado toda vez que no se encuentra en aquellos que prevé el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 [44] , el cual trae una lista taxativa de criterios de desempate para los procesos de adjudicación.

6.4.1 Ninguno de los dos argumentos es de recibo para la Sala pues, en primer lugar, resulta evidente que no todos los participantes contarán con la cuota de personal discapacitado, pues es precisamente esa hipótesis la que contempla una norma expresamente diseñada por el legislador para romper empates. Así, el criterio para dirimir el eventual empate, consiste en que si alguna de las empresas participantes cumple con la cuota de contratación de discapacitados, esta será preferida frente a los participantes que no la tienen. La interpretación que ofrece el ICBF dejaría sin sentido este o cualquier otro criterio de desempate, pues la esencia de los mismos es que alguno de los proponentes lo cumple y, por tanto, el empate se dirime a su favor. El argumento expuesto por el ICBF llevaría a concluir que todas las causales de desempate que se implementen en un proceso de adjudicación rompen la igualdad entre los participantes porque algunos participantes cumplen el criterio y otros no.

6.4.2 En segundo lugar, no resulta admisible el argumento según el cual el Decreto 2473 de 2010 [45] contiene la lista taxativa de criterios de desempate y, por tanto, no cabe aplicar uno que se encuentra en una ley. Semejante argumento es desconocer el sistema más básico de fuentes del derecho, en virtud del cual la Constitución y la ley son fuentes normativas de superior jerarquía que un Decreto. Por ende, nunca sería válido inaplicar la ley y mucho menos la propia Constitución [46] , por contradecir una norma de inferior jerarquía. Resulta de la esencia del concepto de ordenamiento jurídico que las normas de inferior jerarquía están subordinadas a otras normas superiores y no en sentido contrario, como lo sugiere el argumento del ICBF.

6.5 Como se observa, los argumentos del ICBF para no aplicar el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 no son plausibles jurídicamente. Por el contrario, la Sala encuentra que lo que corresponde con el orden constitucional es incluir el citado criterio de desempate, que contiene una acción afirmativa, en todos los procesos de contratación, incluido el adelantado por el ICBF y objeto de la presente acción de tutela. En efecto, la norma se encuentra en una disposición legal vigente y no existe ningún motivo constitucionalmente admisible para no darle efectos jurídicos. Así que no sólo no son admisibles los argumentos expuestos por el ICBF, sino que existen poderosas razones de orden constitucional, desconocidas de manera flagrante por la entidad accionada, que indican que cuando se trata de una acción afirmativa el Estado debe ser especialmente acucioso en su cumplimiento.

Con todo lo anterior, valga reiterar que el criterio de desempate contemplado en el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 debe ser implementado en todos los procesos de adjudicación, hecho por el que resulta injustificable no darle cumplimiento.

6.6 Un caso similar se resolvió en la sentencia T-724 de 2003 en el cual las personas afiliadas a la “Asociación de Recicladores de Bogotá” solicitaron que se incluyera en los pliegos de condiciones de un proceso licitatorio, adelantado por la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá, cláusulas que tuvieran en consideración las condiciones de debilidad en que aquel grupo. En el mencionado fallo se reconoció la necesidad de implementar en el proceso licitatorio las medidas afirmativas a favor de la población dedicada al reciclaje de materiales recuperables y, en consecuencia, se “exhortó al Concejo de Bogotá en lo que respecta a su territorio, para que incluya acciones afirmativas en el proceso de contratación administrativa, a favor de aquellos grupos que por sus condiciones de marginamiento y discriminación requieran de una especial protección por parte del Estado, puesto que la Ley 80 de 1993, no contiene ningún desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en el sentido de que las autoridades públicas en los procesos de contratación administrativa adopten medidas afirmativas a favor de tales grupos, lo que redunda en su perjuicio, pues, como sucedió, en este caso, las autoridades se limitan a dar cumplimiento a los preceptuado en el Actual Estatuto de la Contratación Administrativa, que al no consagrar medidas de esa especie, conduce a que se desconozca el mandato previsto en el segundo inciso del artículo 13 Superior”.

6.7 En suma, la Sala puede determinar que el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 es una disposición legal de obligatorio cumplimiento, por lo cual no existe ningún motivo jurídicamente válido para no aplicar la mencionada

norma sea en este proceso o en cualquier otro. Siendo consecuentes con lo anterior, es un incumplimiento de un deber jurídico no darle aplicación a la mencionada disposición. Así mismo, el contenido de la norma es una acción afirmativa que busca igualar las oportunidades de acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad, hecho que impone la obligación al Estado de ser especialmente acucioso en el cumplimiento de la misma.

7. El derecho a la igualdad de los trabajadores en situación de discapacidad de una empresa concursante en un proceso público de adjudicación 7.1 Una vez establecido que el criterio de desempate contenido en el literal a) del artículo 24 se trata de una acción afirmativa y que es una obligación de cualquier entidad implementarlo en todo proceso de adjudicación que adelante, procede entrar a determinar si la actitud del ICBF vulnera los derechos fundamentales de los accionantes al negarse a dar cumplimiento a la norma.

7.2 En el expediente se evidencia que el ICBF expidió la Resolución 1618 el 6 de mayo de 2011 [47] , en la cual se puede constatar que la empresa REDCOM participó en el concurso público de méritos de convocatoria 001 de 2011, específicamente en las macro-regiones 3 y 4. Así mismo, se observa que en las mencionadas macro-regiones se presentaron empates entre tres de los concursantes de la siguiente forma [48] :

Macroregión 3 Macro-región 4 Consorcio EAG INTERVENTORAS C & M Consultores C & M Consultores Consorcio Empresarial Consorcio Haggen RYG Redcom Ltda Estos empates fueron dirimidos por el ICBF bajo la consideración de " [q] ue en cuanto a la acreditación de la calidad de MYPIMES de las demás firmas, no pudieron constatar la calidad de MYPIME (…) Que en vista de lo anterior, se dio aplicación al literal f) del numeral 1,20 del pliego de condiciones procediéndose a realizar el sorteo mediante balotas según lo expresado en dicho numeral, con el fin de identificar los oferentes en orden de elegibilidad" [49] .

Como consecuencia de lo anterior, el ICBF resolvió, a través de un sorteo, adjudicar el contrato sobre el que versaba el proceso de concurso de méritos No. 001 de 2011 en las macro-regiones 3 y 4, al Consorcio Haggen RYG y Consorcio Empresarial respectivamente.

7.3 Como se puede observar en la macro-región 3 se presentó empate entre tres concursantes, pero ninguno de ellos es la empresa en la cual laboran los accionantes de esta tutela. Por ende, si bien el ICBF incumplió su deber jurídico de implementar la norma en cuestión, no se presentó la hipótesis normativa que hiciera necesario dirimir el empate de los proponentes. Esto es, si bien no se implementó la disposición que incentiva a los empleadores a contratar personas en discapacidad, no se presentó la hipótesis legal que produciría el efecto descrito en la norma. En consecuencia, la Sala determina que el no implementar la acción afirmativa contenida en el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 constituye un incumplimiento de un deber jurídico, pero en el caso de la adjudicación de la macro-región 3 del concurso objeto de estudio, no se presentó el supuesto en la cual efectivamente debió utilizarse el criterio de desempate, por tanto, no existe un daño directo sobre el derecho de los accionantes.

7.4 Lo anterior no implica que el ordenamiento jurídico sea indiferente ante la omisión del ICBF. Esto significa que en casos en los cuales se pretende que una autoridad dé cumplimiento a una norma legal y, no se presenta un daño directo de los derechos fundamentales de los accionantes, procede la acción de cumplimiento [50] .

Ciertamente, a través de la mencionada acción constitucional los ciudadanos pueden lograr que una autoridad pública cumpla con un deber normativo, tal como ocurre en esta oportunidad. Y, en todo caso, serán las autoridades disciplinarias las que determinen si cabe alguna responsabilidad a los funcionarios que no aplicaron el criterio de desempate aquí señalado.

7.5 Cosa distinta ocurre en la adjudicación de la macro-región 4 en la que se presentó un triple empate entre: REDCOM, empresa que en su nómina cuenta con por lo menos el 10% de personal en condición de discapacidad [51] (16 personas),

C & M Consultores y “Consorcio Empresarial”. De tal suerte que, en este caso se cumplía la hipótesis normativa contemplada en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 .

No obstante, el criterio que terminó dirimiendo el empate fue el sorteo, como se observa en la Resolución 1618 el 6 de mayo de 2011. Se evidencia, entonces, que la negativa a implementar la mencionada medida resultó ser un factor definitivo en el proceso de adjudicación bajo estudio.

7.6 El hecho de que el ICBF se abstuviera, primero, de introducirlo en el pliego de condiciones, a pesar de las múltiples observaciones hechas por la empresa REDCOM [52] y, segundo, el hecho de que no se utilizara en el momento en el cual tres de los participantes obtuvieron el mismo puntaje dentro del concurso constituye un incumplimiento flagrante de su deber de aplicar una acción afirmativa en favor de la población discapacitada trabajadora. Esta inobservancia se configura no solo como un desconocimiento de un deber de rango legal, sino como una posible vulneración en las dos órbitas de protección, antes reseñadas, que contempla la norma: por un lado, (i) una vulneración al derecho al trabajo y a la igualdad de los trabajadores en situación en discapacidad y, por el otro, (ii) un derecho de contenido contractual de la empresa empleadora.

7.7 Los accionantes, trabajadores en condición de discapacidad, denuncian dos posibles vulneraciones a sus derechos fundamentales generadas por la negativa del ICBF de implementar el beneficio contemplado en el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361, a saber: (a) por un lado, el empleador ha advertido la posibilidad de tener que despedirlos, como consecuencia de que el incentivo por el cual los ha contratado no tuvo aplicación real en los procesos contractuales; y, (b) por el otro, el derecho a la igualdad pues la negativa de darle cumplimiento a una acción afirmativa implica no ejecutar una medida que busca su igualdad material.

7.7.1 Con respecto a la primera situación, la Sala observa que este no se trata de un peligro actual o cierto sobre los derechos de los accionantes. En efecto, para poder proceder con el despido, la empresa REDCOM debe acudir a solicitar autorización previa y expresa a la autoridad laboral de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Esta última es la encargada de verificar que los eventuales despidos no se constituyan en actos de discriminación contra la población en situación de discapacidad.

La jurisprudencia de la Corte ha indicado que la protección a la estabilidad del empleo es especialmente relevante cuando se trata de sujetos cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. La figura por la cual el ordenamiento jurídico protege a las personas vulnerables a la discriminación laboral se denomina ‘estabilidad laboral reforzada’ y ampara, usualmente, a mujeres embarazadas, trabajadores con fuero sindical y a las personas con discapacidad.

En el caso de las personas con discapacidad, la ‘estabilidad laboral reforzada’ es el derecho que garantiza “ la permanencia en el empleo [53] (…) luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o sicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral ” [54] .

El efecto más relevante de la ‘estabilidad laboral reforzada’ es la ineficacia del despido del trabajador amparado cuando la razón del mismo es la condición especial que lo caracteriza. En este entendido, para poder despedir a un trabajador que se encuentra protegido por dicha estabilidad es necesario que el empleador solicite autorización previa y expresa del Ministerio de Protección Social. Así pues, los trabajadores en situación de discapacidad de REDCOM cuentan con la protección de la estabilidad laboral reforzada, lo que implica que no pueden ser despedidos sin la autorización previa y expresa del Ministerio de Protección Social y, por ende, en estos momentos no existe un peligro actual de su derecho al trabajo.

7.7.2 Con relación al segundo elemento identificado, y en lo atinente al derecho a la igualdad, la Sala observa que no implementar la acción afirmativa en mención implica que no se está aplicando una medida que pretende igualar las

oportunidades de los trabajadores en condición de discapacidad, hecho que por sí sólo se constituye en un acto de discriminación. En efecto, no darle aplicación a una medida que pretende eliminar las causas de discriminación, significa dejar nuevamente a la población que busca proteger la norma, en condiciones desiguales y abocados a una situación de afectación de su derecho a la igualdad. La acción afirmativa es un dispositivo legal que busca la igualdad material de un grupo discriminado y no darle aplicación es dejar desprotegido al grupo objeto de la norma.

Este tipo de medidas pretenden igualar las condiciones de la población desprotegida, de modo que la falta de aplicación de las mismas implica para las personas objeto de la protección constitucional, quedar expuestas a una situación discriminatoria. De tal suerte que el derecho a la igualdad de los grupos históricamente discriminados no se protege simplemente con la creación de medidas afirmativas, sino que es indispensable proceder a su aplicación.

Así pues, la negativa de implementar una medida afirmativa se constituye en un acto discriminatorio contra las personas protegidas. En consecuencia, la negativa del ICBF de aplicar la disposición legal a través de la cual se estableció una acción afirmativa constituye, además de la omisión de un deber legal, un acto de discriminación contra la población en situación de discapacidad, situación que desconoce tanto la ley como la propia Constitución.

7.8 Así, frente al caso de la adjudicación de la macro-región 4, la Sala observa que el simple hecho de no implementar una medida afirmativa constituye una vulneración del derecho a la igualdad material de la población objeto de la medida, y se destaca que los eventuales perjuicios que pudiere haberles ocasionado la omisión del ICBF, podrá ser motivo de conocimiento de otras jurisdicciones. Así mismo, en lo referente al derecho de orden económico de la empresa REDCOM, la Sala encuentra que si bien la omisión del ICBF pudo afectar a la empresa en el proceso de adjudicación, su pretensión al respecto puede ser defendida en escenarios ordinarios, correspondientes a otras jurisdicciones.

8. El cumplimiento general de la acción afirmativa consagrada en el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 8.1 En las pruebas remitidas a esta corporación en cumplimiento del Auto del 27 de julio de 2011, se evidencia que a la fecha de la llegada del expediente a esta Corporación, el concurso de méritos 001 de 2011 ya había sido adjudicado por medio de la Resolución 1618 del 6 de mayo de 2011. Como consecuencia de ello el 7 de junio se firmaron 3 de los 4 contratos de las macro-regiones adjudicadas [55] según se detalla a continuación:

Contrato Valor Fecha de Suscripción Macro-región. 176 [56] $ 4.204.142.907 7 de junio de 2011 4 177 [57] $ 2.750.865.480 7 de junio de 2011 3 178 [58] $ 3.121.108.079 7 de junio de 2011 1 Total $ 10.076.116.466 8.2 Con esto, se observa que en el presente expediente ha operado la figura de carencia actual de objeto por daño consumado. La Corte en reiterada jurisprudencia ha sostenido que la acción de tutela tiene como objetivo la protección actual e inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares. No obstante, cuando los fundamentos de hecho que dan origen a la perturbación desaparecen, entonces, deja de existir el sentido y el objeto del amparo, razón por la cual habrá de declararse la carencia actual de objeto. Específicamente, el daño consumado ocurre cuando resulta inútil o imposible proferir una orden para la terminación de la alegada violación o amenaza, por cuanto el daño, que se veía como inminente, se ha cristalizado como real y no existe orden, que esté en manos del juez de tutela, que pueda revertir la situación [59] .

8.3 En este asunto, observa la Corte que la vulneración se ha cristalizado, por cuanto, de manera concreta, el ICBF no aplicó el criterio de desempate del numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 y al haber terminado totalmente el procedimiento contractual, no existe oportunidad para que el juez de tutela pueda evitar la ocurrencia de un daño, por cuanto éste ya se presentó. Así mismo, en el asunto se evidencia que existen terceros de buena fe que ya han suscrito contratos y se encuentran ejecutándolos, por lo cual, no es procedente afectar esos derechos adquiridos al margen del procedimiento que ante la jurisdicción contencioso podría adelantarse.

8.4 Decisión similar tuvo que adoptar la Sala Primera de revisión de tutelas en el caso conocido como de “los recicladores de doña Juana” [60] , en el cual si bien en el proceso licitatorio no se tuvo en cuenta una acción afirmativa en favor de las personas que practicaban la actividad del reciclaje, cuando la Corte entró a fallar el proceso contractual ya había concluido y, consecuentemente, procedió a declarar la ausencia actual de objeto y a exhortar a la Alcaldía de Bogotá para que en el futuro, este tipo de medidas fueran incluidas en los procesos de adjudicación.

8.5 Como consecuencia de lo anterior, la Sala ordenará al ICBF que se abstenga de incurrir en ese tipo de conductas discriminatorias y, al contrario, lo exhorta a que en el futuro implemente todas las medidas de protección que amparan a un grupo vulnerable. Si bien este deber hoy es claro, resulta aun más evidente desde el la expedición del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 [61] pues el artículo 32 se señala que “en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual ” [62] .

De tal suerte, que en el futuro la obligación de implementar en procesos de adjudicación la acción afirmativa aquí discutida, o cualquier otra, resulta un deber ineludible de las autoridades públicas.

8.6 Es claro para esta Sala que la norma que marcó la argumentación de la solicitud de amparo resuelta en la presente sentencia, el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, resulta indispensable para la concreción de altos valores constitucionales, dentro de los que destacan la protección especial a la población discapacitada, la igualdad y el mandato de integración social para poblaciones históricamente discriminadas. Ha sido definido que esta norma concreta una acción positiva del Estado, de vocación universal y dirigida tanto a las autoridades como a los particulares, y se ha puesto de presente que su consagración no basta para entender realizado el derecho a la igualdad y a la inclusión de sus destinatarios, sino que se necesita de su implementación para que se realice el propósito de inclusión, consustancial a la noción de Estado Social de Derecho que define nuestro ordenamiento.

Es en este marco que la Sala considera pertinente recordar, que la obligación de concretizar la acción afirmativa contenida en la norma se predica de cualquier proceso de contratación pública, siendo su aplicación, no una cuestión librada a la voluntad de quien los adelanta, sino un deber de rango legal que ha de atenderse y hacerse cumplir; de manera que cualquier interpretación en contrario implica propiciar una situación de discriminación, y con ello, desconocer la propia Constitución y la ley.

8.7 En este orden de ideas, la Sala considera necesario declarar que la acción afirmativa establecida por el legislador en favor de la población trabajadora discapacitada, contenida en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, es de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas.Así, en cumplimiento de los deberes constitucionales, legales y reglamentarios, establecidos para cada entidad, estas deberán tener en cuenta las disposiciones de la acción afirmativa mencionada y aplicarlas en todos sus procesos de contratación, de manera que se hagan efectivos los principios constitucionales que la inspiran.

9. Razón de la decisión 9.1 La Sala pudo determinar que la negativa del ICBF de aplicar el numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, implica no implementar una acción afirmativa que tiene el propósito de crear un incentivo para integración de la población con discapacidad en el mercado laboral. Este hecho, como ya se estableció, constituye una vulneración del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.

9.2 No obstante, se evidencia que el proceso de adjudicación que da origen a esta acción ha concluido totalmente, por tanto, la Sala debe declarar que ha operado la figura del daño consumado.

9.3 Frente a las eventuales pretensiones de contenido patrimonial que pudieran formular tanto la empresa empleadora, REDCOM Ltda., como los accionantes, quedan a disposición de ellos los mecanismos ordinarios, propios de otras jurisdicciones, en caso de que consideren pertinente acudir a ellos.

9.4 Con base en todo lo anterior, la Sala Segunda de Revisión revocará el fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, de abril 8 de 2011 y, en su lugar, tutelará el derecho a la igualdad de los accionantes.

9.5 Ante la verificación de la Sala en torno a la importancia y el impacto de las medidas de acción afirmativa analizadas en la sentencia, se considera necesario declarar que la acción afirmativa establecida por el legislador en favor de la población trabajadora discapacitada, contenida en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, es de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas. Igualmente se considera necesario vincular a los organismos de control para que, en desarrollo de sus deberes y facultades, inicien las actuaciones encaminadas a hacer efectivas las disposiciones del literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, a la vez que se les insta a que vigilen su apropiado cumplimiento y difundan el contenido de las mismas, como mecanismo para garantizar la realización de los principios constitucionales que se desarrollan en la norma aludida-.

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ausencia actual de objeto por daño consumado en la acción de tutela interpuesta por Gloria Elizabeth Acuña Matallana, Diana Cristina Bermúdez Almonacid, Gabriel Rodolfo González Suárez, Fredy Duvián López Morales, Ana Marcela Arévalo Sarachaga, María Isabel Castiblanco Castiblanco, Eduar Alejandro López Morales, Albeiro Moreno Jiménez, Agustín Navarrete Gutiérrez, Isaías Ramírez, Gonzalo Suárez Molano, Leidy Natalia Zuleta Sánchez, Luis Eduardo Ostos Rico, José Alberto Ruiz Leguizamo y Greissy Andrea Vivas Cordero contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

SEGUNDO.- REVOCAR el fallo del Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, de abril 8 de 2011 en el proceso de tutela interpuesto por Gloria Elizabeth Acuña Matallana, Diana Cristina Bermúdez Almonacid, Gabriel Rodolfo González Suárez, Fredy Duvián López Morales, Ana Marcela Arévalo Sarachaga, María Isabel Castiblanco Castiblanco, Eduar Alejandro López Morales, Albeiro Moreno Jiménez, Agustín Navarrete Gutiérrez, Isaías Ramírez, Gonzalo Suárez Molano, Leidy Natalia Zuleta Sánchez, Luis Eduardo Ostos Rico, José Alberto Ruiz Leguizamo y Greissy Andrea Vivas Cordero contra el ICBF y, en su lugar, TUTELAR el derecho a la igualdad de los accionantes.

TERCERO.- DECLARAR que la acción afirmativa establecida por el legislador en favor de la población trabajadora discapacitada, contenida en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, es obligatoria para las autoridades públicas, las que en cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, deberán aplicarla en todos sus procesos de contratación, dando efectividad a los principios constitucionales que la inspiran.

CUARTO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, teniendo en cuenta el carácter imperativo y obligatorio de la acción afirmativa establecida por el legislador en favor de la población trabajadora discapacitada en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, debe dar aplicación a dicho mandato legal en todos los procesos de contratación que adelante. En tal sentido, INFORMAR al Ministerio de la Protección Social el contenido de la presente decisión para que dentro de la órbita de sus competencias acompañe y verifique el respeto de los derechos al trabajo y a la igualdad de la población de trabajadores discapacitados.

QUINTO.- EXHORTAR a los organismos de control para que, teniendo en cuenta el carácter imperativo y obligatorio de la acción afirmativa establecida por el legislador en favor de la población trabajadora discapacitada en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, adelanten los controles y actuaciones necesarios para asegurar el cumplimiento de

dicha disposiciones. Igualmente, INFORMAR a la Defensoría del Pueblo del contenido de la presente decisión, para que dentro de la órbita de sus competencias, acompañe y verifique el respeto de los derechos al trabajo y a la igualdad de los aquí accionantes y de la población de trabajadores discapacitados en su conjunto.

LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZALEZ CUERVO Magistrado JUAN CARLOS HENAO PEREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General [1] La demanda fue interpuesta el 29 de marzo de 2011, ver folios 1 al 39 del cuaderno 1 del expediente.

[2] Ibíd. [3] Ley 361 de 1997, Artículo 24: “Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías:

a) A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación;

b) Prelación en el otorgamiento de créditos subvenciones de organismos estatales, siempre y cuando estos se orienten al desarrollo de planes y programas que impliquen la participación activa y permanente de personas con limitación;

c) El Gobierno fijará las tasas arancelarias a la importación de maquinaria y equipo especialmente adoptados o destinados al manejo de personas con limitación. El Gobierno clasificará y definirá el tipo de equipos que se consideran cubiertos por el beneficiario”.

[4] Ver folio 53 del cuaderno 1 del expediente. [5] “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007”.

[6] Afirmación realizada en los hechos de la demanda. Folio 2 del cuad. 1. [7] Afirmaciones realizadas en los hechos de la demanda. Folio 6 del cuad. 1. Carta presentada a cada uno de los trabajadores en condiciones de discapacidad en la que informan que REDCOM solicitó la autorización al Ministerio de la Protección Social para despedirlos. Folios 22 y 23 del cuad. 1 [8] Afirmación realizada en los hechos de la demanda.

Folio 4 del cuad. 1. [9] Ver folios 64- 82 del cuaderno 1 del expediente. [10] Ver folio 64 del cuaderno 1 del expediente. [11] Respuesta del ICBF. Folio 46 a 62 del cuad. 1 [12] Folios 77 a 83 del cuaderno 1.

[13] Cuaderno 2, Folios 28 a 31 [14] Cuaderno 2, Folio 28 a 30 [15] Cuaderno 2, Folios 40 y 41 [16] Ver folios 87-96 del cuaderno principal del expediente.

[17] Ver folio 95 del cuaderno principal del expediente. [18] Ver folio 94 del cuaderno principal del expediente. [19] El ICBF adjunta la Resolución 1680 del 6 de mayo de 2011 y la copia de los contratos suscritos. Folios 86 a 156, del Cuaderno 2.

[20] Respuesta de la Universidad del Rosario. Folios 42 y 47, Cuaderno 2. [21] Concepto del DNP. Folio 49 al 61, del Cuaderno 2 [22] Respuesta del Ministerio de la Protección Social. Folio 73 a 84, del Cuaderno 2 [23] Intervención del Procurador General de la Nación. Folios 157 a 163, Cuaderno 2 [24] A manera de ejemplo nombra el protocolo de San Salvador y la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

[25] Folios 163, del Cuaderno [26] “ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

[27] Sentencias T-500/02, C-1036/03,C- 707/05, C-989/06, T-1031/06, T-061/06, T-932/07 [28] Ver Sentencia T-984/07 [29] ARTICULO 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

[30] La sentencia T-1031 de 2006 cita la sentencia SU-388, M.P. Clara Inés Vargas: “ Así pues, las acciones afirmativas surgieron históricamente con una doble finalidad: (i) para compensar a ciertos grupos discriminados a lo largo de la historia y (ii) para nivelar las condiciones de quienes, por haber sido discriminados, se vieron impedidos de disfrutar sus derechos en las mismas condiciones que los demás. Con el paso del tiempo se concibieron también (iii) para incrementar niveles de participación, especialmente en escenarios políticos. Sin embargo, en una concepción más amplia las acciones afirmativas son producto del Estado Social de Derecho y de la transición de la igualdad formal a la igualdad sustantiva o material, reconocida como componente esencial de aquel y plasmada expresamente en la mayoría de textos del constitucionalismo moderno como ocurre en el caso colombiano (artículo 13 de la Carta).” [31] Ver sentencia T-397/04 Al respecto, consultar entre otras, la sentencia T-061/06.

[32] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-227 /04 y T-768/05. [33] Ver sentencia T-397 de 2004 [34] Ver al respecto entre otras las sentencias T-823 de 1999 y T- 307 de 2008.

El Ministerio de la Protección Social, publicó un estudio en el que se evidenció que en materia educativa sólo el 6% de la población en situación de discapacidad tenia estudios secundarios y/o superiores, el 33 % primaria y el 39 % primaria incompleta; en el ámbito laboral el panorama es igualmente desalentador, pues el 67% no tiene ningún tipo de vinculación laboral, el 20% contaba con un trabajo permanente y devengaban un salario igual o inferior al mínimo, y sólo el 1.1% tenía ingresos iguales o superiores a tres salarios mínimos, estas cifras reflejan la preocupante situación en la que se encuentran las personas en situación de discapacidad [34] .

Lo anterior evidencia que las personas que tienen algún tipo de discapacidad se encuentran en una evidente desventaja frente a los otros ciudadanos, razón por la cual resulta indispensable la intervención del Estado en la creación de acciones afirmativas.

[35] Ver. Cuervo Echeverri y otras. Discapacidad e inclusión social. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005. [36] Esta discriminación es particularmente observable en el acceso al mercado laboral. En primer orden por que el mercado laboral exige cada vez más calificación académica, por lo cual, el acceso a la educación tiene una incidencia directa en las posibilidades reales de acceder a un empleo.

[37] Sentencias T-595 de 2002, C-983 de 2002, C-065 de 2003, C-401 de 2003 y T-307 de 2008 [38] Artículo 6. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

[39] Artículo 7 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

[40] Artículos 6 a 8 - Derechos relacionados con el trabajo [41] Ley 361 de 1997, Artículo 24. [42] Sentencia C-932 de 2007. En ella se estudiaron tres disposiciones de la Ley 80 de 1993 (los artículos 24, numeral 5, literal b, 29 y 30, parágrafo) .

[43] Ver folio 53 del cuaderno 1 del expediente. [44] “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007”.

[45] Decreto 2473 de 2010 “Artículo 2°. Factores de Desempate. Salvo lo previsto para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en el Decreto 2474 de 2008, o de las normas que lo modifiquen, subroguen o deroguen, y de conformidad con el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9° de la Ley 905 de 2004, los artículos 1° y 2° de la Ley 816 de 2003 y el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, en los pliegos de condiciones las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública determinarán los criterios de desempate de conformidad con las siguientes reglas sucesivas y excluyentes:

1. En caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007. Si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones.

2. En caso de igualdad de condiciones, se preferirá la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

3. Si se presenta empate o este persiste y entre los empatados se encuentren Mipymes, se preferirá a la Mipyme nacional, sea proponente singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mipymes nacionales.

4. Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme, este se preferirá.

5. Si el empate se mantiene, se procederá como dispongan los pliegos, pudiendo utilizar métodos aleatorios. Parágrafo. En cualquier caso los factores de desempate contenidos en los numerales 1 al 4 se aplicarán de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 816 de 2003. Al efecto, los bienes y servicios originarios de países con los cuales Colombia tenga compromisos comerciales internacionales vigentes en materia de trato nacional para compras estatales, o de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales; deberán ser tratados en el marco de los criterios de desempate como si fueren bienes o servicios nacionales colombianos”.

[46] Esto en tanto la existencia de acciones afirmativas a favor de la población discapacitada se desprende de manera directa de normas de rango constitucional.

[47] Ver folios 87-96 del cuaderno principal del expediente. [48] Ver folio 95 del cuaderno principal del expediente. [49] Ver folio 94 del cuaderno principal del expediente.

[50] Artículo 87 de Constitución Política. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

[51] Ver folios 231-234 del cuaderno principal del expediente. Certificados con fechas 2 de julio de 2010 y 11 de junio de 2011 del Ministerio de Protección Social donde se señala que la empresa REDCOM Ltda.

cumple con los requisitos con el requisito de tener en su nómina como mínimo el 10% de población en situación de discapacidad. [52] Ver folio 23 del cuaderno 1 del expediente.

[53] Si bien en esta sentencia sólo se abordará la estabilidad reforzada en discapacitados por ser la materia de la misma, hay que recordar que este principio también se aplica a mujeres embarazada y sindicalistas, [54] CCons C-531/00 [55] Ver folio 86 de cuaderno principal del expediente.

[56] Ver folios 97-116 del cuaderno principal del expediente. [57] Ver folio 117-136 del cuaderno principal del expediente. [58] Ver folio 137-156 del cuaderno principal del expediente.

[59] Ver sentencia T-963/10 [60] T-724/03 [61] Ley 1450 de 2011 Por la cual se expide el “Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”, introducida en el Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011 [62] Ley 1450 de 2011, Art. 32. Este artículo modificó el Art.

12 de la Ley 1150 de 2007.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 9 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.