



El empleo
es de todos

Mintrabajo

Bogotá,

Señor

ASUNTO: Respuesta Radicado N° 02EE2020410600000010332 de 2020
Beneficios de la Vinculación de personal discapacitado y Antigüedad y derechos de los trabajadores cuando existe sustitución patronal

Respetado señor, reciba un cordial saludo:

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto a los “Beneficios de la Vinculación de personal discapacitado y Antigüedad y derechos de los trabajadores cuando existe sustitución patronal”, esta oficina se permite informarle lo siguiente:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, “*Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo*”, esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la República, es así, como los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, por mandato expreso del Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los funcionarios no estamos facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

De igual manera, es importante dejar claro al consultante, que el derecho de petición de rango constitucional supone para el Estado la obligación de responder las peticiones que se formulen, pero no obliga a hacerlo en el sentido que quiera el interesado, por lo que el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a pedido, tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional en extensa jurisprudencia la respuesta a las consultas están al margen de que la respuesta sea favorable o no al consultante, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido. (Sentencia T-139/17).

Así las cosas, este Despacho no se pronuncia sobre casos puntuales, sino que se manifiesta respecto del asunto jurídico consultado en abstracto, fundamentándose en la legislación laboral vigente de

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



derecho del trabajo individual – trabajadores particulares - y colectivo – trabajadores particulares / oficiales y empleados públicos, según aplique en el evento.

Frente al caso en concreto:

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, esta oficina haciendo uso de la función orientadora en materia de relaciones laborales, procederá a emitir el concepto conforme a la posición que tiene este Ministerio respecto de los temas planteados en su consulta en los siguientes términos generales:

Vinculación de Trabajadores Discapacitados

Frente a lo planteado en sus interrogantes, es importante tener presente que los artículos 5 y 24 de la ley 361 de 1997, “*por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación <en situación de discapacidad> y se dictan otras disposiciones*”, establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO 5o. *Las personas con limitación <en situación de discapacidad>^{<1>} deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación <discapacidad>^{<1>} no sea evidente.*

Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación <en situación de discapacidad>^{<1>} y el grado de limitación <discapacidad>^{<1>} moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud realizará las modificaciones necesarias al formulario de afiliación y al carné de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud con el objeto de incorporar las modificaciones aquí señaladas.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las políticas que con relación a las personas con limitación <en situación de discapacidad>^{<1>} establezca el "Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación" a que se refiere el artículo siguiente. (...)

ARTÍCULO 24. *Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación <en situación de discapacidad>^{<1>} 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;*

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



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 <en situación de discapacidad>^{<1>};*

c) *El Gobierno fijará las tasas arancelarias a la importación de maquinaria y equipo especialmente adoptados o destinados al manejo de personas con limitación <en situación de discapacidad>^{<1>}. El Gobierno clasificará y definirá el tipo de equipos que se consideran cubiertos por el beneficiario”.*

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-684A/11, interpretó el citado artículo 24 de la Ley 361 de 1997, así:

“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” 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.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



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. (...)

6.7 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. (...)

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". (Negrita y subrayado fuera de texto)

Con base en la citada sentencia, el Ministerio del Trabajo expidió la Circular Externa 00013 del 22 de febrero de 2012, en donde instruyó a los demás Ministros del Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores, Gerentes y Presidentes de Entidades del Sector Central y Descentralizado del Orden Nacional, así como a Gobernadores y Alcaldes, para que incluyan en los pliegos de cualquier proceso de contratación pública el contenido de la determinación de la Corte, para dar efectividad a los principios constitucionales que la inspiran; y para que promuevan en sus respectivos sectores el cumplimiento de la citada norma.

Adicionalmente, la Ley 1618 de 2013, "por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad", en sus artículos 2 y 13 dispuso que:

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co



“ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:

1. Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (...)

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

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

7. El Gobierno Nacional deberá implementar mediante Decreto reglamentario un **sistema de preferencias a favor de los empleadores particulares que vinculen laboralmente personas con discapacidad debidamente certificadas, en un porcentaje mínimo del 10% de su planta de trabajadores.** Tal sistema de preferencias será aplicable a los procesos de adjudicación y celebración de contratos, y al otorgamiento de créditos o subvenciones de organismos estatales.

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

El Decreto 1082 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, compiló el Decreto 1510 de 2013, en donde se estableció lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.1.2.2.9. Factores de desempate. En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:

1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.
2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.
3. Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.
- 4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.**
5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación.
(Decreto 1510 de 2013, artículo 33)” (Negrita y subrayado fuera de texto)

Conforme a lo expuesto, con el Decreto 392 de 2018, “por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad”, se adicionó el citado Decreto 1082 de 2015, así:

“**Artículo 1º.** Adiciónese la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del [Decreto número 1082 de 2015](#), la cual tendrá tres nuevos artículos con el siguiente texto:

“Artículo 2.2.1.2.4.2.6. Puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal, de acuerdo con los siguientes requisitos:

1. La persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



1. *Acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal, de conformidad con lo señalado en el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, el cual deberá estar vigente a la fecha de cierre del proceso de selección.*

Verificados los anteriores requisitos, se asignará el 1%, a quienes acrediten el número mínimo de trabajadores con discapacidad, señalados a continuación:

Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente	Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido
Entre 1 y 30	1
Entre 31 y 100	2
Entre 101 y 150	3
Entre 151 y 200	4
Más de 200	5

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

Artículo 2.2.1.2.4.2.7. Seguimiento durante la ejecución del contrato. *Las entidades estatales a través de los supervisores o interventores del contrato según corresponda, deberán verificar durante la ejecución del contrato que los proponentes que resultaron adjudicatarios mantienen en su planta de personal el número de trabajadores con discapacidad que dio lugar a la obtención del puntaje adicional de la oferta. El contratista deberá aportar a la entidad estatal contratante la documentación que así lo demuestre.*

Esta verificación se hará con el certificado que para el efecto expide el Ministerio de Trabajo y la entidad estatal contratante verificará la vigencia de dicha certificación, de conformidad con la normativa aplicable.

Parágrafo. *La reducción del número de trabajadores con discapacidad acreditado para obtener el puntaje adicional constituye incumplimiento del contrato por parte del contratista, y dará lugar a las consecuencias del incumplimiento previstas en el contrato y en las normas aplicables. El procedimiento para la declaratoria de incumplimiento de que trata el presente artículo deberá adelantarse con observancia a los postulados del debido proceso, en aplicación de los principios que rigen la actividad contractual teniendo presentes los casos de fuerza mayor o caso fortuito.*

Artículo 2.2.1.2.4.2.8. Sistema de preferencias. *En cumplimiento de lo previsto en los numerales 7 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, si en la evaluación hay empate entre dos o más ofertas, la entidad estatal debe aplicar los criterios de desempate previstos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 de este decreto, incluyendo el contemplado en el numeral 4 del mencionado artículo".*

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co



Artículo 2º. Vigencia. El presente decreto regirá a partir de su publicación y se aplicará a los procesos de contratación, cuyo aviso de convocatoria sea publicado a partir del 1º de junio de 2018”.

En ese orden de ideas, la cantidad de personas en situación de discapacidad para cumplir como mínimo el 10% de la nómina del empleador de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, certificadas por la oficina de trabajo, es aquella que resulte de multiplicar el porcentaje, esto es 10, por el número de empleados que conforman la nómina del empleador, y el resultado dividirlo por 100. Aclarando que el resultado que dé será el mínimo de trabajadores en situación de discapacidad exigido por la citada norma; es decir, que aparezcan calificadas como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad en Salud, o en los dictámenes correspondientes, y contratados laboralmente por lo menos con anterioridad a un año; y deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación.

Vale la pena indicar que la Ley 361 de 1997, en su artículo 31, establece el siguiente beneficio tributario:

“ARTÍCULO 31. Los empleadores que ocupen trabajadores con limitación <en situación de discapacidad>^{<1>} no inferior al 25% comprobada y que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios, tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales pagados durante el año o período gravable a los trabajadores con limitación <en situación de discapacidad>^{<1>}, mientras esta subsista.

PARÁGRAFO. La cuota de aprendices que está obligado a contratar el empleador se disminuirá en un 50%, si los contratados por él son personas con discapacidad comprobada no inferior al 25%”.

Sobre este beneficio tributario, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-, con el oficio 000312 de 2016, conceptuó que:

“(…) Así las cosas, toda vez que la reseñada disposición no distingue en torno a si el beneficio tributario está o no encaminado a favorecer únicamente nuevas contrataciones, y en la medida que, en el evento consultado, se cumple el supuesto fáctico previsto en la ley, es de colegir que la deducción de que trata el [artículo 31 de la Ley 361 de 1997](#) es procedente cuando, en desarrollo de un contrato de trabajo, el trabajador queda en situación de discapacidad no inferior al 25% comprobada y, no obstante ello, el empleador opta por continuar el vínculo laboral.

Lo anterior, bajo el entendido que donde el legislador no distingue, no le es dable hacerlo al intérprete, “regla legal que inspira o marca la pauta para determinar el sentido y alcance de una disposición legal” como fuera sostenido en el Concepto número 028442 del 4 de abril de 1997”.

Por otra parte, los artículos 9 y 10 de la Ley 1429 de 2010 establecen que:

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



“ARTÍCULO 9o. DESCUENTO EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS DE LOS APORTES PARAFISCALES Y OTRAS CONTRIBUCIONES DE NÓMINA. Los empleadores que vinculen laboralmente a nuevos empleados que al momento del inicio del contrato de trabajo sean menores de veintiocho (28) años, podrán tomar los aportes al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, así como el aporte en salud a la subcuenta de solidaridad del Fosyga y el aporte al Fondo de Garantía de Pensión Mínima correspondientes a los nuevos empleos, como descuento tributario para efectos de la determinación del impuesto sobre la Renta y Complementarios, siempre que: El empleador responsable del impuesto incremente el número de empleados con relación al número que cotizaban a diciembre del año anterior; e incremente el valor total de la nómina (la suma de los ingresos bases de cotización de todos sus empleados) con relación al valor de dicha nómina del mes de diciembre del año gravable inmediatamente anterior al que se va a realizar el correspondiente descuento.

PARÁGRAFO 1o. El beneficio de que trata este artículo sólo aplica para nuevos empleos, sin que puedan interpretarse como nuevos empleos aquellos que surgen luego de la fusión de empresas.

PARÁGRAFO 2o. El beneficio de que trata este artículo sólo aplica para menores de veintiocho (28) años que en ningún caso podrá exceder de dos (2) años por empleado.

PARÁGRAFO 3o. Los valores solicitados como descuentos tributarios, por concepto de la aplicación del presente artículo, no podrán ser incluidos además como costo o deducción en la determinación del Impuesto sobre la Renta y Complementarios.

PARÁGRAFO 4o. Para efectos de que los aportes al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar sean reconocidos como descuentos tributarios, dichos aportes deberán haber sido efectiva y oportunamente pagados.

PARÁGRAFO 5o. No podrán ser beneficiarios de este artículo las cooperativas de trabajo asociado en relación con sus asociados.

PARÁGRAFO 6o. En ningún caso, el descuento previsto se podrá realizar sobre los aportes de personas menores de 28 años de edad, que se vinculen para reemplazar personal contratado con anterioridad.

ARTÍCULO 10. DESCUENTO EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS DE LOS APORTES PARAFISCALES Y OTRAS CONTRIBUCIONES DE NÓMINA PARA LOS EMPLEADORES QUE CONTRATEN PERSONAS EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO, EN PROCESO DE REINTEGRACIÓN O EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD. Los descuentos y beneficios señalados en el artículo 9o de la presente ley aplicarán, para los nuevos empleos ocupados para poblaciones en situaciones de desplazamiento, en proceso de reintegración o en condición de discapacidad, siempre que estén debidamente certificados por la autoridad competente.

PARÁGRAFO 1o. El beneficio de que trata este artículo sólo aplica para nuevos empleos, sin que puedan interpretarse como nuevos empleos aquellos que surgen luego de la fusión de empresas.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



PARÁGRAFO 2o. El beneficio de que trata este artículo en ningún caso podrá exceder de tres (3) años por empleado.

PARÁGRAFO 3o. Los valores solicitados como descuentos tributarios, por concepto de la aplicación del presente artículo, no podrán ser incluidos además como costo o deducción del Impuesto sobre la Renta y Complementarios, sin perjuicio de lo establecido por el inciso 1o del artículo [259](#) del Estatuto Tributario.

PARÁGRAFO 4o. Para efectos de que los aportes al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar sean reconocidos como descuentos tributarios, dichos aportes deberán haber sido efectiva y oportunamente pagados.

PARÁGRAFO 5o. No podrán ser beneficiarios de este artículo las cooperativas de trabajo asociado en relación con sus asociados.

PARÁGRAFO 6o. En ningún caso, el descuento previsto se podrá realizar sobre los aportes de personas en situación de desplazamiento, personas en proceso de reintegración o población en condición de discapacidad, que se vinculen para reemplazar personal contratado con anterioridad.

PARÁGRAFO 7o. Los descuentos, beneficios y condiciones señalados en el artículo [9o](#) de la presente ley aplicarán para los nuevos empleos cabeza de familia de los niveles 1 y 2 del Sisbén. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones para acceder a este beneficio, el cual sólo podrá aplicarse una vez se haya expedido dicha reglamentación”.

Así las cosas, los incentivos para aquellos empleadores que opten por la vinculación de trabajadores en situación de discapacidad, se encuentran de acuerdo a lo regulado en los artículos 13 de la Ley 1618 de 2013, 24 y 31 de la Ley 361 de 1997, y, 10 de la Ley 1429 de 2010; reglamentados por los decretos 1510 de 2013 y 392 de 2018 compilados en el Decreto 1082 de 2015.

SUSTITUCION PATRONAL

Antigüedad y derechos de los trabajadores cuando existe sustitución patronal

En atención a su consulta, la sustitución patronal, actualmente conocida como sustitución de empleadores, se presenta cuando se da un cambio del empleador, la continuidad del trabajador en el servicio y la continuidad de la empresa, lo cual genera un cambio de un empleador por otro y más **no** del objeto social o actividad económica de la empresa.

Así lo señala el Artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual define la sustitución de empleadores en los siguientes términos:

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co



“ARTICULO 67. DEFINICION. Se entiende por sustitución de {empleadores} todo cambio de un {empleador} por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”.

Sobre la sustitución patronal ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 27 de agosto de 1973, lo siguiente:

“(…) de acuerdo con el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo hay sustitución de patronos cuando se presenta un cambio de patrono, la continuidad de la empresa y la continuidad del trabajador en el servicio. El cambio de un patrón por otro puede ser por cualquier causa: venta, arrendamiento, cambio o razón social, etc., y de una persona natural por otra natural o jurídica o, de una persona por otra jurídica o natural. La continuidad de la empresa se refiere a lo esencial de las actividades que venía desarrollando, y la continuidad del trabajador y a su permanencia en la empresa cuando se produce el cambio con la siguiente prestación de los mismos servicios al nuevo patrono.

(…) Lo mismo puede afirmarse respecto a la continuidad de la empresa, que es un hecho demostrado con cualquier medio probatorio, porque no se trata de probar la existencia de las personas jurídicas que se sustituyen, sino que la unidad de explotación económica continúa en sus elementos esenciales a pesar del cambio del titular de la misma”.

Así como lo señala la Corte, la sustitución entre empleadores podrá efectuarse de una persona natural por otra natural o jurídica, o de una persona jurídica por otra jurídica o natural.

Guardando relación con lo expuesto por la jurisprudencia, las razones que motivan una sustitución de empleadores pueden darse por cualquier causa, como por ejemplo la venta, arrendamiento, cambio de razón social, etc. Aclarando así que, sin importar la causa por la que se dé la sustitución de empleadores, lo importante es mantener la unidad de explotación económica en cada uno de sus elementos esenciales, pese al cambio del titular de esta.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la Sentencia del 17 de febrero de 2016 (SL1943-2016, Radicación N° 47544, Acta 05), consideró lo siguiente:

“(…) Sobre el particular, corresponde decir a la Sala que ha sido criterio jurisprudencial reiterado de vieja data el siguiente:

*Vale la pena anotar que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte es esencial al fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan determinadas condiciones. “Para que se opere la sustitución de patronos, dijo la Corte, es necesario que concurren tres requisitos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador en el servicio. **Y no ocurre este último requisito,***

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co



dejándose de producir, por consiguiente, la sustitución de patronos, cuando el trabajador acuerda con el antiguo patrono la terminación de su contrato y seguir prestando sus servicios al nuevo patrono, en ejercicio de un nuevo contrato, lo cual no quebranta ningún régimen legal.

Si bien es cierto que uno de los factores que configuran la sustitución de patronos es la continuidad en la prestación del servicio, no basta que se demuestre simplemente el hecho de que el trabajador siguió laborando en la empresa, sino que es necesario establecer que actuaba dentro del mismo contrato, esto es, que la relación jurídica se hallaba vigente respecto al patrono sustituido para que el sustituto lo recibiera con las consecuencias que la ley previene". (Sent. abr. 16/56, Rev. D del T., vol. XXIII, núms. 136-138, pág. 152).

Y es que la institución de la sustitución patronal tiene por fin amparar al trabajador contra una imprevista e intempestiva extinción del contrato producida por el cambio de un patrono por otro, cualquiera que sea la causa, ya se trate de mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte), enajenación del goce (arrendamiento, alquiler, etc.), alteración de la administración, modificación en la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa. Por consiguiente, cuando existe o media la sustitución patronal, los contratos de trabajo no se extinguen, son los mismos y deben continuar con el nuevo patrono. Por eso, no puede haber solución de continuidad entre el contrato de trabajo que rigió entre el trabajador y el sustituido, respecto del contrato de trabajo que pueda haber entre aquél y el sustituto. De allí que una continuidad de servicios del trabajador, pero mediante distinto contrato con el nuevo patrono, no configura el fenómeno de la sustitución patronal". (CSJ, Cas. Laboral, Sent., feb. 11/81). Destaca la Sala.

En este mismo sentido se encuentra, entre otras, la sentencia CSJ SL del 24 de enero de 1990, No. 3535, a saber:

*Reiteradamente la Corte ha exigido para que se produzca el fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan tres condiciones, a saber: a) el cambio de un patrono por otro; b) la continuidad de la empresa y c) **la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo**". (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Segunda, Sent. ene. 24/90, Rad. 3535, M.P. Jacobo Pérez Escobar). Destaca la Sala".*

Así las cosas, de presentarse la sustitución patronal, debe tenerse en cuenta lo que el Artículo 68 del Código Sustantivo del Trabajo señala, el cual a la letra dice:

“ARTICULO 68. MANTENIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO. La sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes”.

En virtud de dicha sustitución, el antiguo y nuevo empleador adquieren responsabilidad respecto de los derechos y prestaciones sociales de los trabajadores, en la forma establecida por el Artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual prescribe:

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co



“ARTICULO 69. RESPONSABILIDAD DE LOS EMPLEADORES.

1. El antiguo y el nuevo empleador responden solidariamente las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo {empleador} las satisficiera, puede repetir contra el antiguo.

2. El nuevo empleador responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución.

3. En los casos de jubilación, cuyo derecho haya nacido con anterioridad a la sustitución, las pensiones mensuales que sean exigibles con posterioridad a esa sustitución deben ser cubiertas por el nuevo {empleador}, pero éste puede repetir contra el antiguo.

4. El antiguo empleador puede acordar con todos o con cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, como si se tratara de retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo.

5. Si no se celebrare el acuerdo antedicho, el antiguo {empleador} debe entregar al nuevo el valor total de las cesantías en la cuantía en que esta obligación fuere exigible suponiendo que los respectivos contratos hubieren de extinguirse por retiro voluntario en la fecha de sustitución, y de aquí en adelante queda a cargo exclusivo del nuevo {empleador} el pago de las cesantías que se vayan causando, aun cuando el antiguo {empleador} no cumpla con la obligación que se le impone en este inciso.

6. El nuevo empleador puede acordar con todos o cada uno de los trabajadores el pago definitivo de sus cesantías, por todo tiempo servido hasta el momento de la sustitución, en la misma forma y con los mismos efectos de que trata el inciso 4o. del presente artículo”.

De manera que, en caso de presentarse la sustitución patronal o de empleadores, no existiría la necesidad de que los trabajadores renuncien, así como tampoco es necesario liquidar los contratos de trabajo, pues de conformidad con el artículo 68 del Código Sustantivo del Trabajo, la sustitución patronal no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo.

En ese orden de ideas, la sustitución patronal, o de empleadores, se da cuando existe un cambio de un empleador por otro, sustituyéndose la identidad de la empresa o del establecimiento de comercio sin que se afecte la continuidad de la actividad económica o la operación de la empresa, manteniéndose la vigencia del contratos de trabajo y la prestación del servicio por parte de los trabajadores; junto con la responsabilidad solidaria del antiguo y el nuevo empleador de las obligaciones laborales a la fecha de la sustitución.

Por efecto de la sustitución patronal se efectúa un cambio en la fisonomía jurídica de la parte empleadora, en donde lo importante no es la existencia de las personas jurídicas que se sustituyen, **sino la continuidad de la unidad de explotación económica (la empresa), a pesar del cambio del titular de la misma;** garantizándose la integridad y la unidad jurídica de los contratos de

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



trabajo, es decir, que estos se mantengan vigentes, **sin solución de continuidad** (que no se termine un contrato laboral y se celebre otro), lo cual implica la subsistencia de la **antigüedad del trabajador**. Si no persiste la unidad de explotación económica, es decir la empresa, no es posible aplicar la figura de la sustitución patronal. Por tanto, sería necesario celebrar un nuevo contrato de trabajo. Así mismo, de no existir sustitución patronal, el traslado del trabajador de una empresa a otra traería consigo la extinción del contrato de trabajo, afectando la interrupción de la antigüedad y la consiguiente liquidación de prestaciones sociales (auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios) y vacaciones.

Es claro que, las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores y que No produce efecto alguno, cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo de derechos.

En tal sentido, las disposiciones legales que regulan el trabajo son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley, tal como lo establecen los artículos 13 y 14 del Código Sustantivo del trabajo.

Así mismo y en razón de que con la sustitución de empleadores no se vulnera ni interrumpen los derechos de los trabajadores, entendería esta Oficina que en razón del requisito regulado por ley 361 de 1997 en el literal a) del artículo 24, la empresa debe demostrar la vinculación de trabajadores discapacitados por lo menos con un año de anterioridad y deberá además mantener la relación laboral mínimo por un periodo igual al anteriormente enunciado indistintamente de que la compañía haya sido sujeta a cambio de propietarios y por consiguiente de empleador.

Para más información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el Artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



El empleo
es de todos

Mintrabajo

simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

(original firmado)

ADRIANA CALVACHI ARCINIEGAS

Coordinadora

Grupo de Atención de Consultas en Materia Laboral

Oficina Asesora Jurídica

05-05-2020

Elaboró: Carolina M.S. 141/04/2020

Revisó y Aprobó: Adriana C.

Ruta electrónica: C:\Users\SERVER1\Documents\Trabajo en Casa Mintrabajo\DRA. CAROLINA MESA\24-04-2020\02 10332 VINCULACION DE DISCAPACITADOS Y SUSTITUCION PATRONAL.docx

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co