



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

OJ- _____ - 08

Bogotá, D.C.,

Doctora
MARÍA EUGENIA CALDERÓN
Directora IDEXUD
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Ciudad

REFERENCIA: Concepto Jurídico sobre cotización pensiones en casos de honorarios iguales o inferiores al salario mínimo.

Respetada doctora María Eugenia.

En atención a su solicitud de fecha 21 de mayo de 2009, en la que requiere concepto sobre la aplicación de la Ley 1250 de 2008 sobre los aportes a pensión en los casos de ingresos iguales o inferiores a un salario mínimo mensual legal vigente, me permito manifestar lo siguiente:

1. De la normatividad y jurisprudencia que rige los aportes al sistema de seguridad social integral.

El artículo 4 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, expresa:

*Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas **con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.** (Negrilla fuera de texto).*

Sobre el particular, la Corte Constitucional, indicó:

*“El párrafo 1º del artículo 15 de la ley 100 de 1993 establece una serie de principios que son aplicables a los trabajadores independientes. Entre esos principios señala que **“el ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos realmente percibidos por el afiliado.”** Siendo así, es claro que una lectura completa de las normas que regulan la materia muestra que el legislador, lejos de implantar una norma discriminatoria o gravosa para*



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

los afiliados, lo que hizo fue buscar la **proporcionalidad entre lo devengado y la cotización a fin de asegurar que quienes coticen lo hagan de conformidad con su capacidad de pago**. Esta refutación desarrolla el principio de igualdad, pues mal podría considerarse que todo cotizante puede aportar al sistema en la misma magnitud. Además, ese mismo criterio de proporcionalidad aplica para los asalariados, quienes deben cotizar de conformidad con su salario. En síntesis, la Corte concluye que no viola la igualdad el deber que tiene el contratista de cotizar pues la Constitución no restringe la posibilidad de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones al trabajador asalariado dependiente. Por el contrario, señala que uno de los fundamentos del sistema es la universalidad y por eso es razonable que la ley imponga a los trabajadores independientes el deber de aportar al sistema. Encuentra esta Corporación que **tampoco viola el derecho a la igualdad que la cotización tenga como base el ingreso devengado por el trabajador independiente pues este criterio está relacionado con su capacidad de pago, elemento absolutamente relevante para determinar el monto del aporte**. Por último y en relación con el punto anterior, la acusación sobre el monto de la cotización y la forma de calcular el ingreso devengado que sería tomado como base no pueden prosperar en este caso, porque los apartes acusados no definen este aspecto. No existe entonces ningún problema de igualdad en ese punto y, por tanto, el reproche de los actores no está llamado a prosperar.¹ (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Luego, la Ley 1122 de 2007 en su artículo 18 estableció:

ASEGURAMIENTO DE LOS INDEPENDIENTES CONTRATISTAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Los independientes contratistas de prestación de servicios cotizarán al Sistema General de Seguridad Social en Salud el porcentaje obligatorio para salud **sobre una base de la cotización máxima de un 40% del valor mensualizado del contrato**. El contratista podrá autorizar a la entidad contratante el descuento y pago de la cotización sin que ello genere relación laboral. (Negrilla fuera de texto).

Para los demás contratos y tipos de ingresos el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas, la región de operación, la estabilidad y estacionalidad del ingreso.

PARÁGRAFO. Cuando el contratista pueda probar que ya está cotizando sobre el tope máximo de cotización, no le será aplicable lo dispuesto en el presente artículo. (Negrilla fuera de texto).

Sobre el tema, ya el Ministerio de Protección Social y el Ministerio de Hacienda, habían expedido la Circular Conjunta N° 00001 del 6 de diciembre de 2004, con el siguiente contenido:

“...**PARA:** Entidades Promotoras de Salud, Administrador Fiduciario del Fosyga. Entidades Públicas, Contratantes, Contratistas y Trabajadores independientes.

DE: Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

¹ Sentencia C- 760 de 2004. M.P. RODRIGO UPRIMNY YEPES



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

ASUNTO: *Ingreso base de cotización de los trabajadores independientes y obligaciones de las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Públicas Contratantes.*

(...)

*“Ingreso Base de Cotización de los Contratistas. En segundo término, debe señalarse que al efectuar el examen de legalidad, el Honorable Consejo de Estado mantuvo la vigencia final del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, por lo que **en los contratos de vigencia indeterminada, el ingreso base de cotización es el equivalente al 40% del valor bruto facturado en forma mensualizada**; razón por la cual, en aplicación del principio de analogía, que halla su justificación en el principio de igualdad, y según el cual, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual, dicho porcentaje debe hacerse extensivo a los contratos de vigencia determinada”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

De otra parte, el Artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, establece lo siguiente sobre la base de cotización:

“La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.” (Subrayado fuera de texto)

Sobre el particular, la Corte Constitucional expresó:

“La cotización obligatoria es directamente proporcional al salario. Es decir, a mayor salario, mayor cotización. Sin embargo, esta regla general sólo opera hasta el tope de los veinticinco SLMM. De este límite para arriba, la cotización se mantiene estática, es decir, es igual sin importar que el trabajador devengue mayores salarios o perciba mayores ingresos. La cotización obligatoria también es directamente proporcional al monto de la pensión. Sin embargo, como excepción a esta regla general, en el rango que va entre los veinticinco y los cuarenta y cinco SLMM, y previa reglamentación del Gobierno Nacional, cabrían cotizaciones sobre bases salariales superiores a veinticinco salarios mínimos, para garantizar pensiones que en todo caso no podrían exceder de veinticinco SLMM. La anterior reglamentación de la base de cotización obligatoria para pensiones y del correlativo monto futuro de las mesadas comporta elementos de solidaridad: en efecto, dado que no toda la cotización mensual se utiliza para conformar el ahorro con el que se pagará la propia pensión, sino que parte de ese aporte se destina a alimentar los distintos mecanismos de solidaridad del sistema que



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

antes fueron comentados, es claro que quienes más ingresos laborales perciben, contribuyen en mayor cuantía a dichos mecanismos. Además, la ley prevé la posibilidad de que quienes reciban salarios o ingresos entre los veinticinco y los cuarenta y cinco SLMM legales coticen con base en salarios superiores a veinticinco SLMM que, sin embargo, no darán lugar a pensiones superiores a este mismo monto. En este evento, rompiendo el principio de proporcionalidad entre la cotización y la pensión, la ley permite un claro mecanismo de solidaridad entre personas.

(...)

La medida consistente en fijar topes salariales a la base de cotización para pensiones se revela necesaria para la obtención del fin perseguido por el legislador de no afectar las variables tantas veces mencionadas. Es decir, la solución contraria, que sería establecer un sistema en el cual el principio de solidaridad y de igualdad no encontrarán limitaciones, y que implicaría que no existieran tales topes salariales a la base de cotización, llevaría indefectiblemente a afectar la generación de empleo y la protección del trabajo calificado. De otro lado la fijación de topes salariales resulta adecuada y útil para los fines propuestos, pues evidentemente reduce los costos económicos de contratación laboral que provienen de la obligación de cubrir el 75% de la cotización para pensiones correspondiente a cada trabajador. En el caso de los trabajadores independientes, igualmente reduce los costos de producción que se derivan de la obligación en que se encuentran esta categoría de empresarios de cotizar para seguridad social en pensiones. Esta relación entre los montos de la cotizaciones y la capacidad de la economía para generar empleo es expresamente mencionada por los instrumentos internacionales en materia de seguridad social. Existe pues una coherencia o racionalidad interna entre el medio utilizado por el legislador y el fin perseguido por él.²

Esta base de cotización, fue reglamentada por el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 510 de 2003, que estableció:

“ARTÍCULO 3o. La base de cotización del Sistema General de Pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, límite este que le es aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud. Este límite se aplicará a las cotizaciones cuyo pago debe efectuarse a partir del mes de marzo.

La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO. Cuando una persona dependiente deba realizar cotizaciones adicionales como independiente o por prestación de servicios, para los efectos del párrafo primero del artículo 5o. de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, deberá informar en los formatos que para tal efecto establezca la Superintendencia Bancaria, el ingreso que efectivamente perciba, manifestando la fuente de sus recursos.

² Sentencia C – 1054 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

Con el propósito de que estos ingresos se acumulen para la liquidación de la pensión, sobre los mismos debieron haberse realizado los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud. De ser diferente la base de cotización, los aportes que excedan los realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud, no se tendrán en cuenta para la liquidación de la pensión y le serán devueltos al afiliado con la fórmula que se utiliza para el cálculo de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos.

(...)

ARTÍCULO 5o. Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes tendrán un aporte adicional, sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 hasta 17 smlmv de un 0.2%, de más de 17 hasta 18 smlmv de un 0.4%, de más de 18 hasta 19 smlmv, de un 0.6%, de más de 19 hasta 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la Ley 797 de 2003.”

2. Del tope mínimo de cotización

La Ley 797 de 2003 modificó el artículo 19 de la Ley 100 de 1993, de la siguiente forma:

“Base de cotización de los trabajadores independientes. Los afiliados al sistema que no estén vinculados mediante contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o como servidores públicos, cotizarán sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual se afilien, **guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos.**

Quando se trate de personas que el Gobierno Nacional haya determinado que deban ser subsidiadas temporalmente en sus aportes, deberán cubrir la diferencia entre la totalidad del aporte y el subsidio recibido.

En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En consecuencia, ninguna persona podía cotizar al sistema de seguridad social integral por debajo del salario mínimo mensual legal vigente, sin embargo, la Ley 1250 del 2008, estableció una excepción a la regla, de la siguiente manera:

“Parágrafo. Las personas a las que se refiere el presente artículo, **cuyos ingresos mensuales sean inferiores o iguales a un (1) salario mínimo legal mensual, que registren dicho ingreso conforme al procedimiento que para el efecto determine el Gobierno Nacional, no estarán obligadas a cotizar para el Sistema General de Pensiones durante los próximos 3 años a partir de la vigencia de la presente ley,** no obstante de lo dispuesto en este parágrafo, quienes voluntariamente decidan cotizar al sistema general de pensiones podrán hacerlo.

Durante este lapso, el Gobierno Nacional evaluará los resultados de la aplicación del presente parágrafo y presentará a consideración del Congreso las iniciativas que



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

considere viables para facilitar el acceso a esquemas de protección 'Económica' para la vejez de esta franja poblacional" (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De lo anterior se deduce lo siguiente: i) **LAS PERSONAS QUE TENGAN INGRESOS MENSUALES INFERIORES O IGUALES AL SALARIO MÍNIMO MENSUAL VIGENTE NO ESTÁN OBLIGADAS A COTIZAR A PENSIÓN**, con lo cual se está en concordancia con el párrafo primero del artículo 19 de la Ley 100 de 1993 en lo que atañe a los ingresos efectivamente percibidos, ii) Para dar aplicación a esta excepción, la persona que tenga ingresos iguales o inferiores a un salario mínimo mensual legal vigente, **DEBERÁ REGISTRAR DICHO INGRESO CONFORME AL PROCEDIMIENTO QUE PARA EL EFECTO DETERMINE EL GOBIERNO NACIONAL** y así no tendrá que cotizar a pensión.

Esto significa que la norma sólo tendrá operatividad al momento en el que el Gobierno Nacional reglamente la materia por expreso mandato legal, por lo que se solicitará al Ministerio de la Protección Social nos informe si ya se reglamentó lo pertinente, dado que esta Universidad no conoce norma alguna sobre el particular.

3. Del caso concreto.

Sea lo primero manifestar que la excepción consagrada por la Ley 1250 de 2008 es de plena aplicación en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, dado que las normas sobre seguridad social trascienden el régimen contractual de nuestra Institución; sin embargo, su aplicación depende de la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para tal efecto, por lo cual, como se dijo con anterioridad, se solicitará concepto al Ministerio de la Protección Social para que nos informe si la materia ya fue reglamentada y así poder darle aplicación a la excepción ya mencionada.

De otra parte, es importante advertir que las cotizaciones al sistema de seguridad social integral se realizan de acuerdo con los ingresos efectivamente percibidos en el mes, por lo que si la Universidad tiene conocimiento, por algún medio, que determinada persona pese a tener un contrato por un salario mínimo o menos, tiene otros ingresos que sumados sobrepasan el salario mínimo, debe exigirle al contratista la cotización por el monto correspondiente o, en su defecto, informar a la EPS y Fondo de Pensiones respectivo, tal situación.

Este concepto se expide en los términos del Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MANUEL ALEJANDRO MOLINA RUGE
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Omar Barón. Abogado Oficina Asesora Jurídica