



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

OJ- \_\_\_\_\_ - 09

Bogotá, D.C.,

Doctora  
**MARÍA ALEXANDRA GUTIÉRREZ OJEDA**  
Jefe Sección Publicaciones  
Universidad Distrital Francisco José de Caldas  
Ciudad

**REFERENCIA: Concepto Jurídico sobre verificación de pago de aportes en el sistema de salud FOSYGA.**

Respetada Doctora María Alexandra.

En atención a su solicitud de fecha 2 de junio de 2009, en la que requiere concepto sobre la el procedimiento a seguir en el caso de los contratistas que no aparecen relacionados en el FOSYGA para efectos de la realización de aportes al sistema de seguridad social integral, me permito emitir el respectivo concepto en los siguientes términos:

1. Del sistema de seguridad social integral

La Ley 100 de 1993 creó el sistema general de seguridad social integral, de la siguiente manera:

*“ARTÍCULO 8o. CONFORMACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.”*

Es así como la ley define quiénes deben estar afiliados a los sistemas de pensiones y salud, así:

*“ARTÍCULO 15. AFILIADOS. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:*

*1. En forma obligatoria: **Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes** y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.*



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

*También serán afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, y se registrarán por todas las disposiciones contenidas en esta ley para todos los efectos, los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol, a partir de la vigencia de la presente ley.*

*Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los Servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso.*

*(...)*

**ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.** <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> *A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.*

**A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.**

*Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:*

*1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.*

*2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.*

**B. Personas vinculadas al Sistema.**

*Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.*



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

A partir del año 2.000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de estímulos, términos, controles y sanciones para garantizar la universalidad de la afiliación.

PARÁGRAFO 2o. La afiliación podrá ser individual o colectiva, a través de las empresas, las agremiaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo a la reglamentación que para el efecto se expida. El carácter colectivo de la afiliación será voluntario, por lo cual el afiliado no perderá el derecho a elegir o trasladarse libremente entre Entidades Promotoras de Salud.

PARÁGRAFO 3o. Podrán establecerse alianzas o asociaciones de usuarios, las cuales serán promovidas y reglamentadas por el Gobierno Nacional con el fin de fortalecer la capacidad negociadora, la protección de los derechos y la participación comunitaria de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Estas agrupaciones de usuarios podrán tener como referencia empresas, sociedades mutuales, ramas de actividad social y económica, sindicatos, ordenamientos territoriales u otros tipos de asociación, y podrán cobrar una cuota de afiliación.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De esta forma queda clara la forma en la que fue concebido el sistema de seguridad social integral y la forma de pertenecer al mismo.

2. 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 parágrafo 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 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.



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

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.<sup>1</sup> (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..*

*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).*

### 3. Del FOSYGA

De acuerdo con lo establecido en el artículo 218 de la ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1283 del 23 de julio de 1996 el cual reglamentó el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad en Salud donde establece que el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud.

En su artículo 2 la Estructura del Fosyga, tendrá las siguientes subcuentas:

1. De compensación interna del régimen contributivo
2. De solidaridad del régimen de subsidios en salud.

<sup>1</sup> Sentencia C- 760 de 2004. M.P. RODRIGO UPRIMNY YEPES



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

3. De promoción de la salud.
4. Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito (ECAT)

En el artículo 3 establece que los recursos del FOSYGA se manejan de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinaran exclusivamente a las finalidades consagradas para estas en la ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución política. Los intereses y rendimientos financieros que produzca cada una de ellas se incorporarán a la respectiva subcuenta, previo el cumplimiento de las normas presupuestales que sean aplicables a cada una de ellas.

Ahora bien, en lo que atañe a la compensación interna del régimen contributivo, la Subcuenta de Compensación tiene por objeto permitir el proceso de compensación interna entre las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, con el fin de reconocer la Unidad de Pago por Capitación y demás recursos a que tienen derecho las EPS y demás EOC para financiar la prestación de servicios de salud a todos los afiliados al régimen contributivo con sujeción a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud y las prestaciones económicas a que hubiere lugar, de acuerdo con lo dispuesto en la ley y sus reglamentos.

En este sentido el proceso de compensación **es el procedimiento mediante el cual se descuenta de las cotizaciones o aportes recaudados, los recursos que el sistema reconoce a la Entidades Promotoras de Salud y demás Entidades Obligadas a Compensar, para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados y demás beneficiarios del sistema.**

Todas las operaciones a realizar se basan de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 204, 205, 220, de la Ley 100 de 1993 y el decreto 2280 del 15 de julio de 2004 y el Decreto 2280 del 14 de julio de 2004 del Ministerio de la Protección Social.

En el marco de lo establecido en el Decreto 2280 Artículo 3º, los recursos que financian la subcuenta de compensación interna del régimen contributivo son los siguientes:

- **Los recursos provenientes del recaudo de cotizaciones que se destinan a la Subcuenta de Compensación, con y sin situación de fondos.**
- Las transferencias de la Subcuenta de Solidaridad del Régimen de Subsidios en Salud y los rendimientos financieros de las otras subcuentas del FOSYGA que se destinan a financiar las Unidades de Pago por Capitación, UPC, del régimen especial de las madres comunitarias.
- Los rendimientos financieros de la Subcuenta de Compensación.
- **Los rendimientos financieros generados por las cotizaciones recaudadas por las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás entidades obligadas a compensar, EOC.**
- Los intereses de mora por pago de cotizaciones en forma extemporánea y sus respectivos rendimientos financieros.
- Las sanciones, multas e intereses moratorios a favor de la Subcuenta de Compensación interna del régimen contributivo



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

- **Los recursos provenientes del pago que realizan los cotizantes dependientes de que tratan los Decretos 1703 y 2400 de 2002.**
- Los recursos provenientes de los aportes de los afiliados a los regímenes de excepción de que trata el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002.
- Los recursos de las cotizaciones correspondientes a los registros presentados y glosados en las declaraciones de giro y compensación, según el procedimiento definido en el presente decreto.
- Los excedentes financieros de la subcuenta que se generen en cada vigencia.
- Los demás recursos que de acuerdo con las disposiciones vigentes correspondan al régimen contributivo.

Así mismo hacen parte de los ingresos de la Subcuenta los siguientes conceptos:

- Recaudo Proceso de Compensación UPC Sin Situación de Fondos.
- Recursos Subcuenta de Solidaridad Para Madres Comunitarias.
- Rendimientos Financieros Subcuenta de Solidaridad y promoción para el Régimen de Madres Comunitarias.
- Recaudo Régimen de Excepción.
- Rendimientos Financieros Inversiones.
- Rendimientos Financieros Cuentas Recaudo EPS.
- Recursos del Balance - Excedentes Financieros 2005.
- Rendimientos Financieros Sin Situación de Fondos Cuentas de Recaudo Apropiación EPS.

En el marco de lo establecido en el Decreto 2280 los egresos de la subcuenta de compensación interna del régimen contributivo son los siguientes:

- **Reconocer la Unidad de Pago por Capitación y demás recursos a que tienen derecho las EPS y demás EOC para financiar la prestación de servicios de salud a todos los afiliados al régimen contributivo con sujeción a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud y las prestaciones económicas a que hubiere lugar.**
- El monto de la cotización obligatoria definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud con destino a la promoción de la salud y prevención de la enfermedad que deberá girarse a la Subcuenta de promoción del Fosyga o incluirse en el proceso de compensación de promoción y prevención cuando a él haya lugar.
- El monto de la cotización obligatoria determinado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud reconocido a las EPS y demás EOC para que asuman y paguen las incapacidades originadas por enfermedad general de los afiliados cotizantes.
- El valor total que las EPS y demás EOC hayan pagado, mediante giro o descuento en las autoliquidaciones de aportes, por concepto de licencias de maternidad y paternidad en el mes inmediatamente anterior
- Un punto porcentual del ingreso base de cotización correspondiente al valor total de las cotizaciones recaudadas durante el mes, que corresponden al aporte del régimen



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

contributivo a la Subcuenta de Solidaridad del Régimen de Subsidios en Salud del Fosyga.

Así mismo hacen parte de los Egresos de la Subcuenta los siguientes conceptos:

- Proceso de Compensación Apropiación Directa.
- Incapacidades Por Enfermedad General - Apropiación Directa.
- Licencias de Maternidad y Paternidad - Apropiación Directa.
- Regimen Especial Madres Comunitarias.
- Otros Eventos Y Fallos de Tutela.
- Licencias de Maternidad y Paternidad - Pago a través del FOSYGA.
- Rendimientos Financieros Cuentas de Recaudo Apropiación EPS.
- Apoyo Técnico Auditoria y Remuneración Fiduciaria.

En consecuencia, el FOSYGA funciona con los recursos que por diversos conceptos le son entregados producto del funcionamiento del sistema de seguridad social integral.

4. Del caso concreto

En el asunto sometido a consideración se pregunta sobre el procedimiento a seguir en los casos en los que algunos contratistas no aparecen periodos compensados en el FOSYGA.

Sobre el particular lo primero que se debe advertir es que la obligación de la entidad contratante, en este caso, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas recae solamente sobre la verificación de la realización de los aportes en seguridad social integral (salud y pensión) de sus contratistas a las respectivas EPS y Fondos Administradores de Pensiones y Cesantías, lo cual se verifica con los respectivos recibos o certificados de pago o con requerimiento directo a la respectiva entidad encargada del recaudo.

**Nótese que EL FOSYGA NO ES EL ENCARGADO DE REALIZAR LOS RECAUDOS DADO QUE LOS MISMOS SE HACEN ANTE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS RESPECTIVAS QUIENES A SU VEZ LOS REPORTAN AL FOSYGA PARA EFECTOS DE LA COMPENSACIÓN A QUE TIENEN DERECHO.**

En consecuencia, **LA VERIFICACIÓN DE LA REALIZACIÓN DE LOS APORTES EN EL FOSYGA ES UN ASUNTO QUE COMPETE A ESTE FONDO Y A LA EPS RESPECTIVA**, puesto que por cada aporte realizado por el cotizante a la EPS le corresponde un valor que es compensado por el FOSYGA y que ésta emplea para su funcionamiento, por lo tanto, **ESTE ASUNTO NO ES DE COMPETENCIA DEL EMPLEADOR O ENTIDAD CONTRATANTE.**

En efecto, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 dispone lo siguiente:

*“CONTROL A LA EVASIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del*



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. **Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.**

En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.

Para poder ejercer el derecho de movilidad de Administradora de Riesgos Profesionales o Caja de Compensación, el empleador se debe encontrar al día con los sistemas de salud y pensiones.

PARÁGRAFO 1o. Las autoridades de impuestos deberán disponer lo pertinente a efectos de que dentro de la declaración de renta que deba ser presentada, a partir del año 2003 se establezca un renglón que discrimine los pagos al sistema de seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo modificado por el artículo 1 de la Ley 828 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> **Será obligación de las entidades estatales incorporar en los contratos que celebren, como obligación contractual, el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral, <sic> parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, Sena e ICBF) por lo cual, el incumplimiento de esta obligación será causal para la imposición de multas sucesivas hasta tanto se dé el cumplimiento, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora.**

Cuando durante la ejecución del contrato o a la fecha de su liquidación se observe la persistencia de este incumplimiento, <sic> por cuatro (4) meses la entidad estatal dará aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

*PARÁGRAFO. En los contratos vigentes a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se incluirá una cláusula que incorpore esta obligación hacia futuro.”  
(Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Como se evidencia, **LAS COMPETENCIAS EN LA MATERIA POR PARTE DE LAS ENTIDADES CONTRATANTES RECAEN SOBRE LA VERIFICACIÓN DE LA REALIZACIÓN DEL PAGO DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL A LAS RESPECTIVAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS, NO DE LA COMPENSACIÓN QUE ÉSTA HACEN ANTE EL FOSYGA.**

En consecuencia, en criterio de esta Oficina **BASTA CON QUE EL CONTRATISTA ACREDITE EL PAGO DE SUS APORTES ANTE LA ENTIDAD ADMINISTRADORA PARA QUE SE DE CUMPLIMIENTO CON LO ESTABLECIDO EN LAS NORMAS VIGENTES;** si la compensación a operado o no, **ES UN ASUNTO AJENO A LA COMPETENCIA DEL CONTRATANTE Y DEL CONTRATISTA, ADVIRTIENDO QUE NO ES VIABLE RETENER PAGO ALGUNO A LOS CONTRATISTAS POR ESTA RAZÓN, VALE DECIR, POR NO FIGURAR EN EL FOSYGA DADO QUE ESTO NO ES IMPUTABLE AL CONTRATISTA QUE HA REALIZADO SU PAGO DE MANERA OPORTUNA.**

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