



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

OJ- _____ - 09

Bogotá, D.C.,

Profesor
GUSTAVO TABARES RAMÍREZ
Coordinador Unidad de Extensión
Facultad de Ingeniería
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Ciudad

REFERENCIA: Concepto Jurídico sobre obligación de realizar aportes a seguridad social.

Respetado Profesor Tabares.

En atención a su solicitud UEFI- CI-2880-51 de fecha 5 de noviembre de 2009 y recibida en esta Oficina el 9 de noviembre de los corrientes, en la que requiere concepto sobre la obligatoriedad de realizar los aportes a seguridad social por parte de la Universidad Militar de acuerdo con la cláusula décima del respectivo convenio, me permito emitir el respectivo concepto en los siguientes términos:

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.”

De otra parte, 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 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 mas 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.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Luego, la Ley 828 de 2003, señaló:

“ARTÍCULO 1o. Modifícase el párrafo 2 del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, el cual quedará así:

PARÁGRAFO 2. 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.”

En consecuencia, estas son las disposiciones a tener en cuenta en esta materia.

2. De las estipulaciones contractuales en el Convenio 2514 de 2008.

En el convenio citado se pactó en la cláusula décima que la Universidad Militar se obligaba a efectuar los aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) so pena de hacerse acreedor de las sanciones correspondientes impuestas por autoridad competente. Así mismo se dispuso que el supervisor del proyecto deberá efectuar el control de las obligaciones adquiridas por esa Universidad en la forma establecida en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y 828 de 2003.

En este orden de ideas y toda vez que en virtud del Convenio 2880 de 2008 celebrado entre la Universidad Distrital Francisco José de Caldas y el INVIAS, la Universidad se obligó a realizar la interventoría al convenio celebrado con la Universidad Militar, se deriva la responsabilidad de velar por la adecuada ejecución de dicho convenio, lo cual implica verificar el cumplimiento de las normas sobre seguridad social por parte del contratista.

3. Del caso concreto.

En el caso sometido a consideración se pregunta sobre la obligatoriedad de realizar los aportes a seguridad social por parte de la Universidad Militar de acuerdo con la cláusula décima del respectivo convenio.

Para dar respuesta a este interrogante se precisa lo siguiente:



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

- a. Todos los contratistas del Estado, inclusive si son personas jurídicas de derecho público como las Universidades Públicas, están en la obligación de efectuar los aportes a seguridad social integral y aportes parafiscales de sus trabajadores.
- b. Del mismo modo, las personas que presten sus servicios como contratistas de estas instituciones están en la obligación legal de efectuar dichos aportes y consecuentemente, asiste el deber al contratante de verificar la realización de dichos pagos en debida forma.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso concreto la Universidad Distrital Francisco José de Caldas en su calidad de interventor del convenio celebrado entre la Universidad Militar y el INVIAS, **está en la obligación legal de verificar que dicha Universidad ha efectuado los pagos correspondientes a aportes a seguridad social integral y parafiscales de sus trabajadores; así mismo, debe verificar que las personas que prestan sus servicios como contratistas en el citado convenio, han efectuado estos pagos en debida forma.**

Lo anterior se puede verificar, para el primer caso con la certificación que para tal efecto expida el representante legal de la Institución y en el segundo, mediante los recibos respectivos o planillas integradas de liquidación de aportes.

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