

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Concepto No. 6145
(Bogotá, D.C., 30 de noviembre de 2011)
Asunto: 356504 del 25 —11-11

Señora
JOHANNA ANDREA CAMARGO JIMENEZ
Contadora Pública

Señora Johanna Andrea: ~

Procedente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Dian, hemos recibido su comunicación por la cual consulta sobre el no pago de aportes a la seguridad social de los contratistas. Al respecto, es preciso señalar lo siguiente:

El Artículo 3° de la Ley 797 de 2003 modificatorio del Artículo 15 de la Ley 100 de 1993 establece que 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 Pensiona', de acuerdo con las disponibilidades presupuestales."

Respecto a la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social Salud de los contratistas personas naturales, el inciso 1° del Artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, señala que en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría, la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De esta manera, es claro que en los contratos (sin importar su duración o valor) en donde esté involucrada la **ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado**, tales como contratos de obra, suministro, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría, es decir, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, **el contratista deberá estar afiliado obligatoriamente al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud**, y la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes, sea cual fuere la duración o modalidad de contrato que se adopte.

Así mismo, el Artículo 26 de la Ley 1393 de 2010, dispone que la celebración y cumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos de prestación de servicios estará condicionada a la verificación por parte del contratante de la afiliación y pago de los aportes al sistema de protección social, conforme a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

El segundo inciso de la norma en comento, determina que el Gobierno Nacional podrá adoptar mecanismos de retención para el cumplimiento de estas obligaciones, así como la devolución de saldos a favor.

En lo relacionado con la base y porcentaje de cotización que un contratista debe efectuar a los sistemas de salud y pensiones, debe indicarse que los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, mediante Circular 000001 del 6 de diciembre de 2004, en ejercicio de las facultades establecidas en los Decretos 246 de 2004 y 205 de 2003, imparten instrucciones con relación al ingreso base de cotización de los contratistas afiliados al

Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En primer término señaló, que el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo, 17 de la Ley 100 de 1993, establece que durante la vigencia del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones en forma obligatoria a los regímenes del Sistema General de Pensiones, por parte de los contratistas, con base en los ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

El inciso segundo del artículo 3° del Decreto 510 de 2003, concordante con el mandato legal citado, establece que las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud se deben hacer sobre la misma base que al Sistema General de Pensiones; en consecuencia, el ingreso base de cotización conforme a los artículos 5° y 6° de la Ley 797 de 2003 que modificaron en su orden los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 204 ibídem en ningún caso puede ser inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente, ni superior a veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Siendo claro que el ingreso base de cotización a los Sistemas de Salud y Pensiones, es por definición y de manera general, uniforme y si tal como lo señaló el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, las cotizaciones deben efectuarse con base en el salario o ingresos por prestación de servicios devengados, el ingreso base de cotización tanto para pensiones como para salud de las personas naturales vinculadas al Estado o al sector privado, mediante contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten debe corresponder a estos ingresos devengados, por tanto, las bases de cotización deben ser iguales.

En segundo término, señaló que al efectuar el examen de nulidad, el honorable Consejo de Estado mantuvo la vigencia del inciso 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.

Ante el planteamiento concreto de si es jurídicamente viable efectuar aportes a pensiones sobre la base establecida para salud en el Decreto 1703 de 2002 y Circular 000001 de 2004 de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, se considera que la remisión que el mismo inciso segundo del artículo 3° Decreto 510 de 2003 hace a la base de cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud serviría de fundamento a los contratistas para efectuar sus aportes tanto a pensión como a salud sobre la base establecida ara salud en el Decreto 1703 de 2002.

De esta forma, lo previsto en la Circular 00001 del 6 de diciembre de 2004 expedida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, significa que la base de cotización para los sistemas de salud y pensiones del contratista, independientemente de que el contrato sea de obra, suministro, consultoría, interventoría, etc, corresponderá al 40% del valor bruto del contrato facturado en forma mensualizada, porcentaje sobre el cual se calculará el monto del aporte que en salud y pensiones debe efectuarse, el cual corresponde al 12.5% y 16% del ingreso base respectivamente, ingreso base que no podrá exceder de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes ni ser inferior a un (1) smlmv.

Hecha la precisión anterior, debe indicarse que la retención de lo no pagado en materia de seguridad social en el sector privado no ha sido reglamentada, por tal razón, si el contratante verifica que su contratista no ha pagado los aportes a los cuales se encuentra obligado, debe comunicar el hecho a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), entidad que efectuará las investigaciones y aplicará las sanciones a que hubiere lugar por evasión y efusión de aportes, conforme lo previsto en el Artículo 123 de la Ley 1438 de 2011.

Por último, debe indicarse que esta Dirección en el marco de las atribuciones concedidas en el Decreto 4107 de 2011, sólo se pronuncia respecto de la aplicación de las normas en materia de seguridad social, no teniendo competencia para emitir conceptos tributarios, los cuales deben ser absueltos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales — Dian.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JAVIER ANTONIO VILLARREAL VILLAQUIRAN
Director Jurídico