



Concepto 159747

Bogotá, D.C. 16 SEP 2014

Hemos recibido la comunicación enunciada en el asunto mediante la cual solicita se complemente la respuesta dada al radicado 48209 en el sentido de indicarle ¿qué debe hacer la contratante una vez verificado que el contratista no hace los pagos a los sistemas de salud y pensiones, conforme a lo previsto en la Circular 0000001 de 2004, es decir sobre el 40% del valor bruto del contrato?, ¿el contratante tendrá que retener el 40% del valor pagado al contratista independiente y consignarlo ante el Ministerio del Trabajo?, ¿a qué cuenta?, ¿el contratante tendrá que retener el valor base de los honorarios sobre los cuales no se hizo el respectivo aporte y provisionar en una cuenta contable por pagar el pago de los honorarios? O ¿simplemente pagar los honorarios facturados, independientemente que el aporte realizado por el contratista corresponda al 40% del valor total facturado en forma mensualizada y reportar al Ministerio del Trabajo el pago indebido, para que sea esta la entidad la que proceda con el respectivo proceso de cobro?; al respecto nos permitimos informarle:

A los interrogantes de manera general se responde así:

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 la base de cotización para los sistemas de salud y pensiones del contratista, independientemente de que el contrato sea de obra, prestación de servicios, 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.

Es de señalar que la entidad contratante no puede hacer la retención a que hace alusión el artículo 23 del Decreto 2703 de 2002, toda vez que dicha posibilidad fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante sentencia de fecha 19 de agosto de 2004.

Por su parte, el artículo 26 de la Ley 1393 de 2010, indica que la celebración y cumplimiento de las obligaciones derivada del 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.

Ahora bien, como lo señala la Circular No. 114293 del 12 de junio de 2013, la Ley 1607 de 2012 derogó el artículo 123 de la Ley 1438 de 2011 que facultaba a la UGPP para verificar el cumplimiento y/o los deberes de los empleadores en relación con el pago de las cotizaciones a la seguridad social y para la imposición de multas por violación a las normas contenidas en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993, perdiendo dicha Unidad competencia para el conocimiento de estos temas, sin que se estableciera en la norma la entidad que debía asumir estas funciones, por lo que en criterio de esta Oficina es necesario acudir a las disposiciones que con anterioridad a la expedición de la Ley 1438 de 2011 fijaban la competencia en los casos de incumplimiento de los empleadores en materia de pensiones salud y riesgos laborales.



Debe tenerse en cuenta que desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, la vigilancia y el control del cumplimiento de las normas de éste código y demás disposiciones sociales se ejercen por este Ministerio según los artículos 17 y 485 del CST, otorgándole atribuciones y sanciones en el artículo 486, norma que fue subrogada por el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965 modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000, modificado por la Ley 1610 de 2013.

Dentro de las obligaciones especiales que tenían los empleadores de acuerdo con el artículo 259 de la citada obra laboral, se encontraba el pago de las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo. Prestaciones que fueron subrogadas posteriormente por el entonces Instituto Colombiano de los Seguros Sociales pero cuya vigilancia compete a este Ministerio.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y la creación de los sistemas generales de salud, pensiones y riesgos profesionales hoy laborales, el artículo 271 indicó lo relativo a las sanciones que podían ser impuestas a los empleadores, o a cualquier persona natural o jurídica que impidiera o atentara en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral, señalando que tales sanciones debían ser impuestas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso.

En materia de salud, el Decreto 1259 de 1994 por el cual se reestructuró la Superintendencia Nacional de Salud, le fijó como funciones la de inspección, vigilancia y control sobre los empleadores como aportantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, debiendo velar porque no se presente evasión ni elusión de los aportes por parte de los afiliados a este sistema (art. 4)

La misma norma en el artículo 5° facultó a esta Superintendencia para sancionar entre otros, a los empleadores que incurrieran en conductas tales como: no inscribir en una EPS a todas las personas con las que se tenga relación laboral, no pagar cumplidamente los aportes de salud, no descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que correspondan a los trabajadores a su servicio, etc.

Posteriormente, la Ley 828 de 2003 por la cual se expiden normas para el control a la evasión del Sistema de Seguridad Social, indicó en el artículo 5° que las autoridades, personas que tuvieran conocimiento sobre conductas de evasión o elusión debería informarlas en forma inmediata al Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) tratándose de pensiones, riesgos profesionales y aportantes a la Caja de Compensación Familiar, SENA e ICBF o a la Supersalud.

La anterior reseña normativa para indicar que la competencia de este Ministerio está dada desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo y hoy por el Decreto 4108 de 2011, para adelantar las investigaciones sobre el cumplimiento de las empresas o empleadores en relación con la afiliación y pago de aportes a los sistemas de seguridad social en pensiones y riesgos laborales y aportes parafiscales (cajas de compensación familiar, SENA e ICBF), sin que norma alguna lo haya autorizado para investigar y sancionar por aspectos relativos al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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 simplemente en un criterio orientador.



MinTrabajo
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Cordialmente,

(Firma en el documento original)

ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia de Seguridad Social Integral

Oficina Asesora Jurídica