

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: LIZETH JAHIRA GONZÁLEZ VARGAS
Alcaldesa Local de Bosa

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Concepto Jurídico – Respuesta Memorando N° 20215700003353 del 24 de agosto de 2021 acerca del pago de seguridad social

Respetada Dra. Lizeth,

En respuesta a la solicitud del asunto, procede esta Dirección a pronunciarse en los siguientes términos:

1. MARCO JURÍDICO PREVIO

Conforme con lo dispuesto en el literal m) del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor literal indica:

“Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:

m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”

Revisado el contenido de la anterior disposición, es claro que, a partir de la vigencia del citado Decreto, surge la obligación de la Dirección de Contratación, como dependencia adscrita a la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría Distrital de Gobierno, de emitir concepto sobre los diferentes asuntos contractuales no sólo de la Secretaría, sino también de la gestión contractual de Fondos de Desarrollo Local. Sin embargo, si bien, las disposiciones normativas posibilitan el seguimiento y control de las actuaciones circunscritas a la gestión contractual de la Secretaría y los citados Fondos, la misma no debe sobrepasar los límites funcionales, las competencias y por ende las responsabilidades propias de los Alcaldes Locales como ordenadores de gasto de los recursos asignados a los Fondos de Desarrollo Local, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 40 del Decreto 1421 de 1993, artículo 1 del Decreto 460 de 1993 y lo consagrado en el Decreto 768 de 2019.

En tal sentido, la Dirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Gobierno no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual particular de los Fondos de Desarrollo Local, que a través de los Alcaldes Locales como autoridades delegatarias ordenan el gasto y asumen las responsabilidades propias de las decisiones que toman para la correcta ejecución de su gestión contractual.

2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Reviste especial relevancia, recalcar la disposición contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece: *“Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*

En tal sentido, la doctrina administrativa en Colombia frente a los conceptos ha enseñado que estos *“no obligan a la administración (...) No son actos administrativos, en la medida que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos”*¹. Por su parte, el profesor Gustavo Penagos, profundizó así *“los conceptos que emitan las autoridades (...) ni comprometen la responsabilidad de la entidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, simplemente, por tratarse de meros conceptos, que no contienen decisiones, sino pareceres o criterios de la respectiva entidad”*². El mismo autor indica que en virtud del parágrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1992, solamente se pueden considerar obligatorios los conceptos emitidos por la DIAN, mediante su Subdirección Jurídica, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

Por otro lado, existe importante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, a saber *“De la formulación de consultas escritas o verbales las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y en relación con las respuestas, establecen que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. Mediante los conceptos se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el punto de vista jurídico, criterios y opiniones acerca del problema consultado...”* (Sección Primera, Auto mayo 6 de 1994, M.P. Yesid Rojas Serrano).

En igual sentido mediante sentencia de la Sección Segunda del 06 de febrero de 1997 radicado 7736, se sostuvo que los conceptos jurídicos *“no contienen una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular”*. Y otra jurisprudencia de la misma Alta Corporación fue enfática en señalar que *“Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad”*³

¹ Jaime Orlando Santofimio, Tratado De Derecho Administrativo Tomo II pág. 196 y ss

² Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo I pág. 228 y ss,

³ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

En este orden de ideas, es preciso concluir que, aunque por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función de atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los mismos no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia.

3. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

En primera instancia, es necesario iniciar citando la consulta de la Alcaldía Local de Bosa, la cual se presentó en los siguientes términos:

“El ingreso Base de Cotización (IBC), al Sistema de Seguridad Social Integral del trabajador independiente con contrato de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante corresponde mínimo al cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA), cuando a ello haya lugar.”

La duda se genera cuando al inicio del contrato o la terminación de este, no se cumple con el mes total de ejecución, sino unos días, por lo que nos permitimos realizar las siguientes preguntas en particular:

- 1. En caso de un contratista que inicie el contrato, ejemplo el día 26 de julio de 2021, al momento de realizar su primera cuenta de cobro a corte del 30 de julio de la misma vigencia, ¿Debe pagar su seguridad social por el valor de los días transcurridos, es decir cinco (5) días o todo el mes de julio?*
- 2. En el evento anterior, si su base de cotización de los cinco (5) días de cobro, no supera el IBC del smlmv, en todo caso deberá cotizar sobre in (1) smlmv?*
- 3. En el caso de terminación del contrato, ejemplo el día 3 de agosto de 2021, al momento de realizar el contratista su última cuenta de cobro ¿Debe pagar su seguridad social por el valor total de los tres (3) días ejecutados o todo el mes?*
- 4. En el mismo caso anterior, el contratista puede cotizar sobre el pago de los tres días ejecutados o debe en todo caso cotizar sobre un (1) smlmv, así el valor cobrado sea inferior al valor que deberá cancelar por seguridad social.*

4. RESPUESTA A LA CONSULTA REALIZADA BAJO EL CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

Una vez descritos los argumentos esbozados por el consultante y transcritos en su totalidad, dispone este despacho a darle respuesta a su inquietud, para lo cual nos permitimos mencionar lo siguiente:

Respecto a los pagos de seguridad social, y su forma de realizarlos, Colombia Compra Eficiente a través del concepto C-006 de 2020, expresó que:

“La Ley 80 de 1993, en el texto original del artículo 41, indicó que los requisitos para perfeccionar el contrato son: i) llegar a un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y ii) que conste por escrito. Por su parte, para iniciar la ejecución se requería: i) la constitución y aprobación de la garantía y ii) la existencia del registro presupuestal.

Posteriormente, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 estableció, como obligación de quien quiere celebrar, renovar o liquidar contratos de cualquier naturaleza con entidades del sector público, cumplir con las obligaciones a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a la Caja de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje. Asimismo, se facultó a la entidad estatal, al momento de liquidar los contratos, para 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 debió cotizar (...).

Luego, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 modificó el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, incluyendo la obligación, para los proponentes y contratistas, de estar a paz y salvo con los aportes parafiscales al Sistema de Seguridad Social integral, al señalar:

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Parágrafo 1. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

De la lectura integral del artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 se infiere que si bien los proponentes y los contratistas deben estar al día en el pago al Sistema de Seguridad Social Integral, la verificación de este requisito, por parte de las entidades estatales, se efectuará cuando realicen los pagos del contrato, es decir, durante la ejecución. (...)

Finalmente, en virtud del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, la entidad verificará, tanto para las personas naturales como para las jurídicas, la realización de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, al momento de su liquidación, y dejarán 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 cotizarse.

En consecuencia, no cabe duda de que el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, por parte de los contratistas del Estado, es una obligación contenida en las leyes y disposiciones reglamentarias que regulan esta materia, y es deber de las entidades contratantes verificar el cumplimiento de este mandato, tanto antes de celebrar el contrato como durante su ejecución y liquidación. (...)”

“La Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014 — 2018, en el artículo 135, distinguió dos situaciones, para establecer la forma como deben efectuarse las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral por parte de los trabajadores independientes: i) la de los «trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un [1] salario mínimo mensual legal vigente [SMMLV]», y ii) la de los contratistas «de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante y que no impliquen subcontratación alguna o compra de insumos o expensas relacionados directamente con la ejecución del contrato».

En ambos casos el ingreso base de cotización al Sistema de Seguridad Social corresponde, como mínimo, el cuarenta por ciento [40%] del valor mensualizado del contrato o de los ingresos. La diferencia es que en la segunda circunstancia no aplica el sistema de presunción de ingresos, ni la deducción de expensas y además los contratantes — públicos y privados— deben retener directamente la cotización de los contratistas, a partir de la fecha y con la metodología que determine el Gobierno Nacional por vía reglamentaria.

Posteriormente, el Decreto 1273 de 2018 reglamentó el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015. El artículo 1 reiteró que el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores independientes se efectuará mes vencido, por períodos mensuales, a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes [PILA] y teniendo en cuenta los ingresos percibidos en el período de cotización, esto es, el mes anterior. Conforme a lo previsto, para pagar el mes de diciembre basta acreditar el pago de la seguridad social de noviembre.

El pago mes vencido se reiteró en el artículo 3.2.7.6 del citado Decreto, previendo que dicho ajuste empezaría a regir a partir del 1 de octubre de 2018. Así lo sostuvo en los siguientes términos:

Artículo 3.2.7.6 Plazos. El pago mes vencido de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral de los cotizantes de los que trata el artículo 2.2.1.1.7 del presente Decreto, se efectuará a partir del 1 de octubre de 2018, correspondiendo al período de cotización de septiembre del mismo año. [...] El Ministerio de Salud y Protección Social efectuará los ajustes que se requieran en la Planilla Integrada de Liquidación Aportes PILA., para el cumplimiento de lo aquí previsto.

Lo anterior implica que el pago al Sistema de Seguridad Social Integral, como se observa en la norma transcrita, es mes vencido.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, es deber de las entidades estatales, en relación con los aportes del contratista al Sistema de Seguridad Social Integral, al momento de efectuar los pagos y de suscribir la liquidación del contrato —esto último, en los casos en que aplica—, «verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia», según el artículo 50 de la Ley 789 de 2002. Es decir, para el último pago y para la liquidar el contrato, cuando esta aplique, las entidades estatales deben verificar que el contratista se encuentre al día en el pago de sus aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, «durante toda su vigencia», o sea, durante toda la vigencia del contrato, pues así lo exige el mencionado artículo. Ahora, ¿qué se entiende por vigencia del contrato?, y concretamente, ¿qué alcance debe otorgársele a esta expresión, en el contexto del deber de verificación, que ostentan las entidades estatales, del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente al Sistema de Seguridad Social Integral, en el momento del último pago y de la liquidación del contrato?

La vigencia del contrato se define como el período en el que existen obligaciones derivadas de aquel. En tal sentido, plazo del contrato no es sinónimo de su vigencia, pues, si bien es cierto, mientras perdure el plazo —o sea, mientras no se haya vencido— el contrato se encuentra vigente, no lo es menos que la terminación del plazo no necesariamente hace cesar la vigencia del contrato. Este puede conservarse aún con posterioridad al vencimiento del plazo, cuando subsisten obligaciones, bien sea porque no se cumplieron dentro del plazo contractual, quedando el deudor en mora —pues en las obligaciones a término, según el artículo 1608 del Código Civil, el deudor queda en mora, con el solo vencimiento del plazo, si no ha ejecutado la prestación dentro de este— o bien porque, contractual o normativamente, han permanecido obligaciones que deben cumplirse después de la finalización del plazo contractual —o sea, después de lo que suele llamarse la «terminación» del contrato—, como, por ejemplo, suscribir la liquidación —en ciertos eventos—, efectuar el pago final, actualizar el valor y la vigencia de las garantías, suscribir el acta de recibo final —cuando así se haya pactado— o hacer los aportes a la seguridad social sobre los ingresos del mes anterior.

Esta forma de concebir el plazo de ejecución, como tiempo dentro del cual han de cumplirse las obligaciones, pero cuyo vencimiento no extingue el contrato, guarda consonancia con el artículo 1625 del Código Civil.

(...) Así pues, según los artículos 50 de la Ley 789 de 2002 y 23 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales tienen el deber de verificar para cada pago y durante toda la vigencia del contrato, que el contratista haya cumplido con su obligación de hacer los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral —obligación que también existe para los contratistas de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, así sus contratos no requieran liquidación, de conformidad con el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993—.

Ahora bien, las cotizaciones, por parte de los contratistas de prestación de servicios —considerados, según la normativa de seguridad social, como trabajadores independientes—, debe realizarse según los plazos y condiciones establecidas en el Decreto 1990 de 2016, es decir, a más tardar en las fechas definidas, según los dos últimos dígitos del NIT o del documento de identificación, en la forma que expresa el artículo 3.2.2.1. de dicho Decreto, así:

«Artículo 3.2.2.1. Plazos para la autoliquidación y el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y Aportes Parafiscales. Todos los aportantes a los Sistemas de Salud, Pensiones y Riesgos Laborales del Sistema de Seguridad Social Integral, así como

aquellos a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje -SENA, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF y de las Cajas de Compensación Familiar, efectuarán sus aportes utilizando la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes - PILA, bien sea en su modalidad electrónica o asistida, a más tardar en las fechas que se indican a continuación:

<i>Día hábil</i>	<i>Dos últimos dígitos del NIT o documento de identificación</i>
<i>2º</i>	<i>00 al 07</i>
<i>3º</i>	<i>08 al 14</i>
<i>4º</i>	<i>15 al 21</i>
<i>5º</i>	<i>22 al 28</i>
<i>6º</i>	<i>29 al 35</i>
<i>7º</i>	<i>36 al 42</i>
<i>8º</i>	<i>43 al 49</i>
<i>9º</i>	<i>50 al 56</i>
<i>10º</i>	<i>57 al 63</i>
<i>11º</i>	<i>64 al 69</i>
<i>12º</i>	<i>70 al 75</i>
<i>13º</i>	<i>76 al 81</i>
<i>14º</i>	<i>82 al 87</i>
<i>15º</i>	<i>88 al 93</i>
<i>16º</i>	<i>94 al 99</i>

Con fundamento en lo anterior, frente a la casuística presentada en los puntos 1 y 2 de la consulta, considera esta Dirección que, si una persona que inició su contrato el día 26 de julio, presenta su primera cuenta de cobro con corte al 30 de julio de 2021, deberá allegar únicamente el certificado de afiliación aportado para la celebración del contrato, salvo que su obligación de pago haya surgido, conforme los plazos anteriormente mencionados.

Del análisis de las normas referentes al valor de los aportes a seguridad social, se tiene que, el valor de los mismos debe corresponder con un salario mínimo.

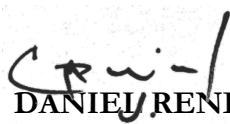
Respecto a la situación expuesta en los puntos 3 y 4 de la solicitud, manifiesta esta Dirección que, si el contratista termina su contrato el día 3 de agosto, para su última cuenta de cobro deberá acreditar el pago por los ingresos obtenidos en el mes anterior, según sea exigible conforme a los últimos dígitos de su cédula de ciudadanía. En todo caso, es deber de la Entidad verificar que, una vez

terminado el contrato, y siendo exigible el pago por la porción de los ingresos percibidos en el mes de agosto, el ex contratista realice el mismo, aún cuando su vínculo contractual ya haya terminado.

Es importante resaltar que la totalidad de pagos que se acrediten al sistema de seguridad social, deberán corresponder al 40% del valor total del contrato, independientemente de las fechas de corte que tenga la Entidad para la presentación de las cuentas de cobro, para lo cual la entidad u organismo tendría el deber de efectuar el seguimiento correspondiente y adoptar los medios de verificación que considere apropiados para que tal exigencia de imperativo cumplimiento sea satisfecha.

De acuerdo al artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el. Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla.

Cordialmente,

**DANIEL RENÉ CAMACHO SÁNCHEZ**

Director de Contratación

Elaboró: Brenda Viviana Jiménez Díaz – Abogada Dirección de Contratación