

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: ROMÁN ALBORNOZ BARRETO
Profesional especializado código 222 grado 24, Alcaldía Local Barrios Unidos

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta a la consulta elevada a través de radicado No. 20216220001033 del 15 de marzo de 2021, acerca de los pagos de seguridad social

Respetado Dr. Albornoz,

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 los literal M del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor 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, dicha competencia funcional posibilita 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 párrafo 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

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.

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.

3. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

La consulta se presentó en los siguientes términos:

(...) *“solicito de acuerdo con la competencia de la Dirección a su cargo indique a esta administración, cuál debe ser el criterio a seguir por parte de la administración local en los casos de terminación y liquidación de contratos de prestación de servicios y el pago de seguridad social por parte del contratista, ante la obligación de verificar el cumplimiento de la obligación de pago por parte de la entidad contratante como lo exige el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 que indica:*

“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.”

Y el amparo del derecho otorgado por el artículo 1 del Decreto 1273 de 2018, que modifica el artículo 2.2.1.1.1.7. del Decreto 780 de 2016, que indica:

“...Pago de cotizaciones de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral. El pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores independientes se efectuará mes vencido, por periodos mensuales, a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) y teniendo en cuenta los ingresos percibidos en el periodo de cotización, esto es, el mes anterior”.

Así pues, solicitado por el contratista se refiere el cumplimiento de la obligación con el soporte de pago del mes anterior a la fecha de terminación del contrato para adelantar la terminación de este.

De acuerdo con lo expuesto esta administración solicita que de parte de su Dirección se defina el criterio jurídico a seguir por parte de la Dependencia contratante ante la situación expuesta”

Para dar respuesta a la inquietud planteada, es necesario tener en cuenta los pronunciamientos que sobre el particular ha emitido Colombia Compra Eficiente. Así, a través del concepto C-006 de 2020, con radicado 2202013000000702 del 4 de febrero de 2020, el ente rector en materia de contratación estatal manifestó:

“Los contratistas de prestación de servicios –trabajadores independientes–, que devenguen una suma neta igual o superior a un salario mínimo legal mensual vigente, tienen la obligación de pagar sus aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, mes vencido, sobre la base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el IVA. Así se deduce actualmente del artículo 244 de la Ley 1955 de 2019.

Los contratistas obligados a cotizar al Sistema de Seguridad Social Integral deben hacerlo, a más tardar, en los días hábiles previstos en el artículo 3.2.2.1. del Decreto 1990 de 2016, según los dos últimos dígitos del NIT o documento de identificación, por el mes anterior. Así, por ejemplo, el pago de los aportes a la seguridad social del mes de diciembre debe efectuarse en enero, según los plazos establecidos en dicho Decreto.

Como las entidades estatales tienen el deber de verificar, para «cada pago», que los contratistas hayan cumplido sus obligaciones con el Sistema de Seguridad Social Integral—pues no otra cosa se infiere del artículo 23 de la Ley 1150 de 2007—, dichas entidades deben revisar que el contratista haya cotizado al sistema, de manera correcta, según el Ingreso Base de Cotización (IBC) del mes anterior. Por consiguiente—teniendo en cuenta la hipótesis de la consulta—, para el pago de los honorarios devengados por el contratista durante el mes de diciembre las entidades estatales deben

verificar la cotización con la planilla del mes de noviembre. En consecuencia, si en el contrato quedó estipulado que el pago de los honorarios devengados por el contratista en diciembre se haría por parte de la entidad estatal durante ese mismo mes, una vez presentada la cuenta de cobro o factura correspondiente, el contratante no puede exigirle al contratista la presentación de la planilla que acredite la cotización al sistema de Seguridad Social Integral del mes de diciembre, pues él tiene derecho a cotizar mes vencido, o sea, a hacerlo en enero, según la fecha de corte establecida en el artículo 3.2.2.1. del Decreto 1990 de 2016.

Ahora bien, si en el contrato se establece un plazo para que la entidad estatal le pague los honorarios al contratista, que supera el mes en el que este presenta su última cuenta de cobro o factura, pero que no excede del plazo que el contratista tiene para hacer su cotización al Sistema de Seguridad Social Integral, por el mes vencido, la entidad estatal tampoco puede exigirle la planilla del mes de los honorarios que le pagará como requisito para cancelárselos. Dicho en otras palabras y en términos ilustrativos, si la entidad puede pagarle al contratista la cuenta de cobro o factura de diciembre hasta el 15 de enero —porque constituyó la correspondiente cuenta por pagar, según el artículo 89 del Decreto 111 de 1996 y el artículo 13 del Decreto 115 de 1996—, pero el contratista tiene plazo para cotizar al Sistema de Seguridad Social Integral por el IBC devengado en diciembre hasta el día hábil 16 de enero —pues su número de identificación termina en 95—, la entidad estatal le debe pagar con la verificación de la planilla de aportes de noviembre.

No obstante, aún en los casos en los cuales la entidad estatal le pague al contratista los honorarios devengados en el último mes de ejecución del contrato con la planilla del mes anterior —o sea, aun cuando ya la entidad pública haya realizado el último pago—, esta conserva la obligación de verificar que el contratista cotice por lo devengado en el último mes, así ya no tenga pagos pendientes por hacerle; pues esto es lo que se concluye de la lectura del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, cuando dispone que «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 [...]». Y como la vigencia del contrato no termina sino hasta que se extinguen todas las obligaciones, según el artículo 1625 del Código Civil —tal como se explicó en este concepto—, el contratista mantiene la obligación de cotizar a la seguridad social por lo devengado en el último mes y la entidad estatal conserva, a su vez, la obligación de verificar que aquel cumpla con dicho deber, a pesar de que ya le haya pagado su última factura o cuenta de cobro. En caso de que advierta un incumplimiento de dicha obligación por parte del contratista, deberá reportarlo ante las autoridades competentes. Por tanto, a título de ejemplo, si la entidad estatal le paga al contratista los honorarios de diciembre el 31 de este mismo mes o el día hábil 12 de enero, pero el contratista tiene plazo para cotizar al Sistema de Seguridad Social Integral por lo devengado en diciembre hasta el día hábil 15 de enero, la entidad estatal debe verificar a partir del día hábil 16 de enero que el contratista haya cumplido con esta obligación, así ya le haya efectuado el pago y, en caso negativo, requerirlo y reportarlo a las autoridades competentes para adelantar las investigaciones y procedimientos administrativos sancionatorios pertinentes, entre las que se encuentra la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales [UGPP].

Ahora bien, para que las entidades estatales puedan cumplir eficazmente su deber de verificar que el contratista satisfaga, durante toda la vigencia del contrato, su obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social Integral, esta Subdirección recomienda que en los contratos estatales se establezca un plazo de pago de los honorarios, que vaya más allá de la fecha límite que tiene el contratista para cancelar sus aportes al Sistema de Seguridad Social Integral por el mes vencido, de manera que la entidad pública pueda condicionar el pago de los honorarios a la cotización del mes anterior, y concretamente, que le pueda exigir al contratista la planilla de diciembre para pagarle los honorarios de este mes. Ello sin perjuicio del deber que también tiene la entidad estatal de verificar el pago de la seguridad social de noviembre.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que el deber que tiene la entidad de verificar que el contratista realice sus aportes por el 40% del valor de los ingresos, no riñe con el derecho que tiene este de efectuar sus

aportes mes vencido, porque en todo caso, tanto la entidad como el contratista conservan la obligación de verificación y pago, respectivamente, aun cuando el plazo del contrato haya expirado.

Así lo concluye la Agencia para la Contratación Pública en el concepto ya aludido, donde indica que:

“Las entidades estatales deben respetar el derecho del contratista a hacer los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral a más tardar en las fechas indicadas en el artículo 3.2.2.1. del Decreto 1990 de 2016 y de conformidad con el artículo 244 de la Ley 1955 de 2019, que establece que la cotización se realiza mes vencido. Por tanto, en diciembre, el supervisor debe verificar que el contratista haya hecho sus aportes por lo devengado en noviembre.

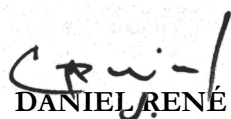
Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, las entidades estatales —los supervisores o interventores, pero también los ordenadores del gasto— tienen el deber de verificar que el contratista haya cumplido con la cotización al Sistema de Seguridad Social Integral por el IBC de diciembre, así se haya firmado el acta de recibo final o efectuado el pago de los honorarios de dicho mes, ello a partir de lo previsto en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, que establece que este deber de verificación es por toda la vigencia del contrato.”

Lo anterior significa que, la administración deberá exigir para el último pago, la acreditación del pago de aportes a seguridad social del mes anterior, de conformidad con lo indicado en el Decreto 1273 de 2018 y la Ley 1955 de 2019, sin embargo, en el marco de las obligaciones contractuales, deberá establecer los mecanismos idóneos de seguimiento para verificar que el contratista realice los aportes por el porcentaje correspondiente, aún cuando el último pago ya se hubiere efectuado y/o el plazo haya finalizado, con la prerrogativa de reportar la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal- UGPP- cualquier incumplimiento que se evidencie en desarrollo de este deber.

En los términos anteriores se emite el presente concepto, tomando como base la información que fue remitida electrónicamente a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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 Contratista Dirección de Contratación