

LA EXIGENCIA DE APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL A CONTRATISTAS

Jhonatan Gómez, Abogado Vicepresidencia Jurídica
Fasecolda

Desde hace años, Colombia se enfrenta al problema de la informalidad. Consciente de dicha dificultad, una de las propuestas de campaña del gobierno del presidente Santos fue la reducción a un dígito de las cifras de desempleo en nuestro país. La formalización laboral en Colombia ha sido efectiva, ya que entre enero y octubre de 2013 se crearon 660 000 empleos.

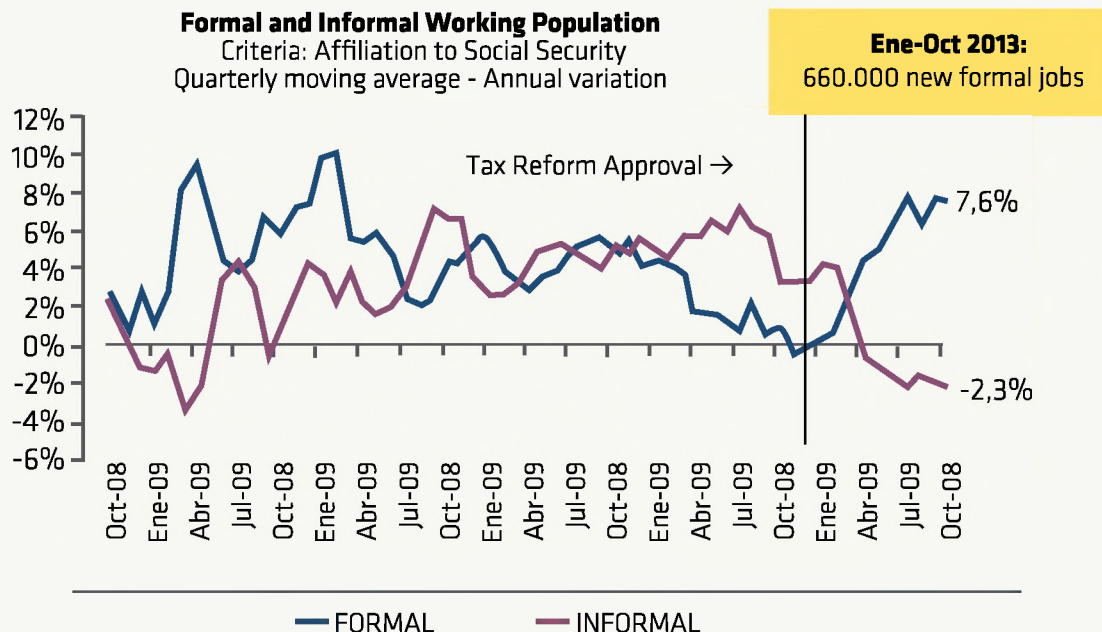
Pero, ¿y cómo fue que esto se logró?

Además de lo atractivo del país por su actual situación (buen manejo de la economía en general, la seguridad, el desmonte de los parafiscales con la creación del impuesto sobre la renta para la equidad (CREE), los incentivos a la inversión extranjera, los beneficios para la creación de empresas y el apoyo al emprendimiento, entre otros), nos atrevemos a afirmar que el principal motivo de la formalización laboral reflejada en las cifras no fue precisamente la aprobación de la reforma tributaria de 2012, sino la expedición de la reglamentación de los artículos 26 y 27 de la Ley 1393 de 2010, a través de la cual se le dieron «dientes» a las disposiciones que

imponen la obligatoria afiliación de los trabajadores independientes al sistema de seguridad social¹, que al tener una especial connotación en el campo tributario, y por tanto afectar el «bolsillo» de los contribuyentes, resultan bastante efectivas. Ver gráfico 1.

Las mencionadas disposiciones, en consonancia con la reglamentación hecha efectiva a través del artículo 3 del Decreto 1070 de mayo 28 2013, modificado por el artículo 9 del 3032 de diciembre 27 de 2013, nos dejan hoy frente a:

- Obligatoriedad de exigencia, por parte de los contratantes, de la prueba de afiliación y cotización a los diferentes subsistemas de seguridad social por

Gráfico 1: Job creation**Formal employment has increased since the approval of the tax reform**

Fuente: Ministerio de Hacienda. Presentación Morgan & Stanley. Enero 2014².

parte de los contratistas o trabajadores independientes teniendo en cuenta los ingresos derivados del contrato de prestación de servicios celebrado entre estos, so pena de imposibilitar la deducción en la declaración de renta de los pagos de honorarios o comisiones efectuados a tales contratistas.

- Exonera tal verificación de aportes en los casos de aquellas personas que devenguen menos de un (1) SMMLV, que para el 2014 asciende a la suma de \$616 000.

Al haberse asimilado las reglas de retención de los contratistas a las de los empleados, se establece que los contratantes agentes retenedores podrán descontar el monto de la cotización a la seguridad social efectuado por los contratistas, al calcular la base a la que apliquen la misma.

¿Qué es lo que ha pasado en la práctica?

Mucha incertidumbre se generó en los contratantes frente a la aplicación de tales disposiciones, la cual se sustentaba en:

Falta de socialización y choque cultural. Si bien el cambio ha sido motivado por voluntad del Legislador, infortunadamente la implementación práctica de este tipo de medidas de alto impacto social requiere de un acompañamiento y socialización por parte del Gobierno nacional, pues los contratistas, principales afectados, al desconocer las razones que motivaron el cambio, se oponen y resisten ante las modificaciones tan radicales introducidas.

1. Entre otras, la Ley 100 de 1993 (seguridad social), la Ley 797 de 2003 (pensiones) y el Decreto Ley 1295 de 1994, hoy modificado por la Ley 1562 de 2012 (riesgos laborales).
 2. En: <http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/saladeprensa/Presentaciones/2013/Presentacion-Morgan-Stanley.pdf>

Falta de claridad de las disposiciones aplicables. La carga a los agentes de retención, en principio restringida a manejos contables y tributarios, se ha extendido poco a poco a otras materias, como en este caso. La definición de las bases de cotización también se tornan de difícil cálculo en algunas oportunidades, el Ministerio de Hacienda es consciente de la situación y se estudian medidas para solucionar estas dificultades.

Proporcionalidad de los aportes. La situación de personas que reciben en el mes un mínimo monto de honorarios por prestación de servicios lleva a meditar en la razonabilidad y proporcionalidad de la exigencia de los aportes a la seguridad social, pues, en algunos casos, la carga resulta excesiva. El Decreto 3032 de 2013 consagró la excepción de exigencia de tales aportes a personas que percibían ingresos inferiores al salario mínimo, para efectos tributarios, pero para efectos de la seguridad social el tema no es claro aún, a pesar de que el Ministerio de Salud ha concluido que el contratista tampoco se enfrentaría a tal exigencia.

Sobrecargas operativas a los contratantes. Una de las dificultades que se presentan para los agentes de retención, en virtud de los constantes cambios regulatorios, es la

necesaria adaptación de su operación y sus sistemas, que, en algunos casos, no pueden asumir el deber de verificación y conllevar el traslado de mayores cargas al personal. Deberían facilitarse los procesos de afiliación y reglamentarse los mecanismos de retención para hacer efectivos de forma automática los descuentos y aportes a la seguridad social de los contratistas, e incluir algunas medidas que permitan, por ejemplo, retener el monto de los pagos hasta que sean entregados los comprobantes de las cotizaciones a los sistemas de seguridad social a los que estén obligados, tal como ocurre en materia de contratación pública.⁴

¿Quiénes son trabajadores independientes o contratistas para efectos de esta exigencia?

Los trabajadores independientes son aquellas personas naturales que no tienen suscritos contratos de trabajo con sus contratantes y perciben ingresos consistentes en honorarios, comisiones y servicios.

Tal definición implica que el contratante no es quien debe verificar y efectuar los aportes a la seguridad social de los contratistas, que desarrollan ventas de bienes o suministros.⁵

3. Ministerio de Salud. Concepto 201331401257941 de 17/09/2013. En este concepto se concluye que «en el evento de que el monto de los honorarios a recibir por el contrato sea una suma inferior al SMLMV, en tal caso, no estaría en la obligación de efectuar aportes a la seguridad social sobre dicho contrato.».
4. Véase el artículo 50 de la Ley 789 de 2002.
5. Desde el punto de vista tributario, por la lectura del artículo 594-1 ET. Desde el de la seguridad social, por la lectura del artículo 16 del Decreto reglamentario 1406 de 1999.
6. Ley 1122 de 2007. Artículo 18.
7. Ley 1562 de 2012. Artículo 2º, que modificó el artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994. Además, véase el Decreto 723 de 2013.
8. Ley 100 de 1993. Artículo 15.
9. Ley 1562 de 2012. Artículo 2. Parágrafo 3.
10. Decreto 723 de 2013. Artículos 5 y 9.
11. Decreto 723 de 2013. Artículos 5 y 9.
12. Ley 1438 de 2011. Artículo 51. Retención en la fuente de aportes al sistema de seguridad social en salud. Ley 1450 de 2011. Artículo 162. Sistemas unificados de retención.
13. Decreto 723 de 2013. Artículo 13. Decreto 692 de 1994. Artículo 20 en concordancia con el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999. Sobre el particular, pueden consultarse además los conceptos de la Superintendencia Financiera No. 20050370040001 del 29 de diciembre de 2006 y 2005013640001 del 18 de enero de 2007, así como los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenidos en las sentencias 26728 del 5 de diciembre de 2006 y 31981 del 28 de mayo de 2008.
14. Decreto 2236 de 1999. Artículo 5º, modificado por el artículo 22 del Decreto 1703 de 2002.
15. Ley 1393 de 2010. Art. 26. El contratante tiene el deber de verificar el pago de aportes a la seguridad social por el/los contratista(s) a los diferentes sistemas.
16. Ley 1393 de 2010. Artículo 26. Decreto 1703 de 2002. Artículo 23. Sobre el particular, la DIAN ha emitido algunos conceptos en los que valida tal afirmación haciéndola extensiva para efectos tributarios, con la ya expresa mención contenida en el modificado artículo 3 del Decreto 1070 de 2013. Consideramos que tal situación no exonera al contratista o trabajador independiente de efectuar las cotizaciones a los diferentes sistemas, por su calidad de afiliado obligatorio.
17. Ley 1393 de 2010. Artículo 26 y Decreto 723 de 2013. Artículo 13. Parágrafo 1.

¿Cuáles son los deberes derivados del sistema de seguridad social?

Concepto / Sistema	Salud	Riesgos Laborales	Pensiones
Afiliados obligatorios	Los trabajadores independientes con capacidad de pago. ⁶	Las «personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, tales como contratos civiles, comerciales o administrativos, con una duración superior a un mes y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación.» ⁷	Los trabajadores independientes quienes deben cotizar en razón a su capacidad de pago. ⁸
Carga afiliación	Radica en cabeza del contratista, quien podrá optar o decidir a qué entidad promotora de salud (EPS) del régimen contributivo decide afiliarse.	Radica en cabeza del contratante, so pena de ser responsable de las prestaciones económicas y asistenciales que indica el SGRL ⁹ . Un contrato – ARL del contratante Varios contratos – ARL del contratista, previo reporte.	Radica en cabeza del contratista y los aportes se harán a la AFP y/o al régimen que él escoja.
Pago de aportes	Asumido por el contratista.	Debe ser asumido por el contratante en el caso de que los contratistas se encuentren afiliados a un riesgo IV o V. En los demás casos, será asumida por el contratista. ¹⁰	Asumido por el contratista. ¹¹
Posibilidad de descuento cotización	Con la autorización del contratista, el contratante puede efectuar el descuento y pago de la cotización sin que ello genere relación laboral.	Los artículos 51 de la Ley 1438 de 2011, 162 de la Ley 1450 de 2011 y 1 del Decreto 510 de 2003 ¹² dejaron en manos del Gobierno nacional la posibilidad de definir mecanismos de retención automática de los mismos, los cuales hasta la fecha no se han reglamentado. Consideramos que siempre y cuando exista un acuerdo previo entre las partes, el contratante podría también efectuar el descuento, precisando, en la medida de lo posible, dentro de las condiciones del contrato celebrado, que tal situación no genera una relación laboral.	
Cotización	El pago de la cotización debe generarse de forma anticipada; por ello, la base será la correspondiente al monto pagado o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior al que se busca cubrir. ¹³		
Periodicidad aportes	El aporte debe coincidir con el período de tiempo en el cual el contratista prestó los servicios, que en todo caso deberá ser de mínimo un mes. ¹⁴		
Deber de verificación ¹⁵	El contratante debe hacerlo en el caso de contratos cuya duración sea superior a tres meses. ¹⁶	El contratante tiene el deber de verificar el pago mensual de aportes. ¹⁷	

¿Y cómo se manejan algunos de los casos especiales?

- **Pensionados:** al reincorporarse a la fuerza laboral como contratistas o trabajadores independientes, se encuentran en la obligación de realizar los aportes a salud y, si es del caso, a riesgos laborales. Las personas o afiliados que reúnan los requisitos de la pensión mínima de vejez¹⁸ o se hayan pensionado por vejez anticipadamente, no están obligados a cotizar al sistema de pensiones. Se ha interpretado que para efectos del régimen de ahorro individual con solidaridad¹⁹, si las personas nunca han cotizado al sistema pensional, estarían excluidos en razón a la edad (55 años los hombres y 50 las mujeres)
- **Empleados:** en caso de que presten adicionalmente servicios como contratistas o trabajadores independientes, tienen el deber de realizar sus aportes a los sistemas de salud y pensiones y, si es del caso, al de riesgos laborales, sobre los montos percibidos con el contrato. La ARL será la misma de su empleador.
- **Regímenes especiales²⁰:** en el caso de los regímenes especiales, como el de las Fuerzas Militares, en caso de que los contratistas al retirarse del servicio continúen gozando de los beneficios de salud, igual tendrán la obligación de aportar a los diferentes sistemas de seguridad social conforme a las reglas generales. Las diferencias se presentan en la destinación de los aportes a salud, los cuales son percibidos directamente por el Fosyga, en virtud del principio de solidaridad.

¿Y cuál es el IBC que se deberá tener en cuenta?

En caso de que el trabajador independiente deba aportar a los diferentes subsistemas, siempre utilizará el mismo ingreso base de cotización o liquidación (IBC).²¹

Para el cálculo del ingreso base de cotización, entonces deberán tenerse en cuenta las siguientes reglas:

1) Será de máximo²² el 40% del valor mensualizado del contrato²³. La mensualización cobra relevancia en casos como el de la percepción de ingresos o comisiones por la intermediación de contratos de seguros, que generalmente corresponden a vigencias anuales.

2) La base a la que se le aplica el 40% será el valor bruto del contrato²⁴. Se deriva de conclusiones del Consejo de Estado validadas por los ministerios de Hacienda y de la Protección Social, resultantes del análisis del último inciso del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002.

Sin embargo, es del caso traer a colación la posición que en alguna oportunidad esgrimió el Ministerio de Hacienda²⁵ validando la posibilidad de utilizar dicho porcentaje como un máximo, al poder descontar del ingreso los costos o gastos reales, atendiendo lo dispuesto por el parágrafo 1 del artículo 1 del Decreto 510 de 2003, que define que los aportes deberán hacerse por los ingresos efectivamente percibidos, por los cuales se entiende que son los que el trabajador independiente o contratista recibe para su beneficio personal. Para este efecto, podrán deducirse las sumas que el afiliado recibe y que debe erogar para desarrollar su actividad lucrativa en las mismas condiciones previstas por el artículo 107 del Estatuto Tributario.

3) Presunción de ingresos o ingreso presunto. El artículo 204 de la Ley 100 de 1993²⁶ estableció la posibilidad de que el Gobierno reglamentara una presunción de ingresos para los trabajadores independientes, presunción que quedó reglamentada por los decretos 1406 de 1999 y 510 de 2003. Tal situación se aplica en el caso de ingresos fluctuantes para cuyo cálculo se tienen en consideración aspectos como los criterios socioeconómicos (niveles de vida, vivienda propia, entre otros). Si el ingreso varía, la presunción cambia.

En resumen, ¿cuáles son los deberes del contratante?

- 1) Verificar que el contratista ostente la calidad de cotizante activo a los diferentes sistemas como trabajador independiente.
- 2) Afiliar al contratista a la ARL si el contrato es por escrito y superior a un mes.
- 3) Verificar que el IBC corresponda al 40% del valor bruto mensualizado del contrato o del ingreso presunto²⁷.
- 4) Verificar que el contratista haya efectuado el aporte al sistema de salud si el contrato excede de 3 meses.
- 5) Verificar que el contratista haya efectuado el aporte al sistema de riesgos laborales, de ser el caso.
- 6) Verificar que el contratista haya efectuado el aporte mensual al sistema de pensiones.
- 7) Se sugiere la redacción de contratos escritos en los que queden claros los tiempos de ejecución, el tipo de

contrato, el valor y, en caso de acuerdo entre las partes, la expresa autorización para el descuento de los montos que deberán aportarse a los diferentes sistemas.

¿Y qué pasa si no lo hace?

El contratante se expone, por una parte, a la imposibilidad de deducir de su declaración de renta los pagos efectuados a los contratistas y, por la otra, a sanciones que conforme al recién expedido Decreto 3033 de 2013 y las demás disposiciones legales aplicables, serían impuestas por la UGPP (Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales).

Es insoslayable afirmar que la intención del gobierno Santos ha sido igualar las condiciones de los empleados o dependientes y los contratistas²⁸, sin embargo, la situación puede traducir en que los contratantes prefieran contratar exclusivamente con empresas, evitándose toda esta sobrecarga operativa, situación que en cierta medida podría ser deseable, ya que se generaría empleo; pero podría llevar a un efecto negativo, cual es dejar o tratar de evitar la contratación de personas naturales. 

18. Tales requisitos son: si la persona está en el régimen de transición, serán 55 años si es mujer y 60 si es hombre. Si no, a partir del 01 de enero de 2014, serán las mujeres mayores de 57 años, y los hombres mayores de 62.
19. Ley 100 de 1993. Artículo 61. Art. 2 del Decreto 758 de 1990.
20. Ley 100 de 1993. Art. 279.
21. En riesgos laborales, véase el artículo 12 del Decreto 723 de 2013. En pensiones, véase el Decreto 510 de 2003.
22. Este tema del «máximo» tanto en fallos judiciales como en conceptos del Ministerio de Salud, se ha interpretado como «equivalente a», lo cual ha generado sendas controversias en casos como el de los constructores y proveedores de refrigerios, en que es evidente que el monto del servicio no asciende al total del ingreso, sino que después de una razonable depuración, puede llegar a la verdadera utilidad derivada de la prestación del servicio. Sin embargo, mediante Circular 01 de 2004 de los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, se ha definido que la base de cotización para los sistemas de salud y pensiones corresponderá al 40% del valor bruto del contrato facturado en forma mensualizada, porcentaje sobre el cual se calculará el monto del aporte en salud y pensiones que debe efectuarse.
23. Ley 1122 de 2007.
24. Circular Conjunta No. 01 del 6 de diciembre de 2004 de los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.
25. Concepto Ministerio de Hacienda 1-2009-004220 de 08/06/2009
26. Ley 100 de 1993. Art. 204. Parágrafo. 2º
27. En vista que la cotización de los trabajadores independientes debe hacerse en forma anticipada (usando el monto de los ingresos del mes anterior) queda la inquietud de si el contratante estaría incumpliendo el deber de exigencia de los aportes por los ingresos percibidos en virtud de los contratos celebrados con el contratista en el mes correspondiente. Tal situación conllevaría al deber de modificar o corregir las planillas con el valor de los ingresos.
28. Ello es verificable por el trámite y expedición de normas como la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo), la Ley 1527 de 2012 (Libranza), y la Ley 1607 de 2012 (Reforma tributaria), las cuales se han ocupado de este tema, principalmente en aspectos relativos a la retención en la fuente, reduciendo las tarifas efectivas de retención del 10 u 11% a mejores condiciones de retención (Art 383 y 384 ET) que, por supuesto, se traducen en la reducción de la retención efectiva.