

CONCEPTO ICBF No 020

Fecha: 2020/06/09

Asunto: Respuesta – “Solicitud Consulta – Pago de aporte al SISS en pensiones para abril y mayo conforme al Decreto 558 de 2020”

Respetado xxxxxxxxx

De manera atenta nos permitimos ofrecer una respuesta a la solicitud de concepto relacionada con la forma de pago de los aportes a pensión, en el marco de los contratos de aporte celebrados por el ICBF para la prestación de los servicios de primera infancia, considerando lo previsto en el Decreto 558 de 2020, «Por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica».

1. SOLICITUD DE CONCEPTO

Considerando que el Decreto 558 de 2020 del 15 de abril de 2020, contempla la posibilidad de realizar el pago de los aportes a pensión para los meses de abril y mayo de manera diferenciada, con un porcentaje menor al fijado en la Ley 100 de 1993, la Dirección de Primera Infancia realiza las siguientes preguntas:

- *Para el caso de los trabajadores vinculados mediante contrato laboral, el presupuesto asignado para realizar el respectivo aporte a pensión corresponde al 16%, de los cuales, el 12% es aportado por el empleador y el 4% por el trabajador ¿para los periodos de abril y mayo el aporte se va a realizar de la misma manera?, ¿se deberán acoger a lo estipulado en el decreto en mención?*
- *En caso de aportar el 12% correspondiente al empleador de acuerdo con el presupuesto, ¿el descuento al trabajador sería solo del 0.75% teniendo en cuenta que es para mejorar la economía de las familias?*
- *En el caso de adoptar el decreto, ¿se presentaría una inejecución del 9,75% en este rubro y se pagaría directamente al trabajador el 3,250%?*

2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Con el objetivo de atender el cuestionamiento planteado por parte de la Dirección de Primera Infancia, es necesario realizar un análisis del marco de los contratos de aporte, para

posteriormente estudiar la norma emanada por el Gobierno Nacional bajo el amparo del estado de emergencia, decretado con ocasión de la pandemia del COVID – 19.

2.1. Naturaleza jurídica de los contratos de aporte.

En materia contractual, es pertinente recordar que de conformidad con lo establecido en la Ley 7 de 1979, modificada por la Ley 89 de 1988, «Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones», en su artículo 21, numeral 9º, se dispuso que «[e]l Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá entre sus funciones: “[...] Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo».

Del mismo modo, el Decreto 2388 de 1979, reglamentario de la mencionada ley, en sus artículos 123 a 129, atendiendo la naturaleza especial del servicio público de bienestar familiar, consagró de manera expresa las facultades del ICBF para la contratación con Instituciones de Utilidad Pública o Social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos. De acuerdo con la norma indicada, cuando no se pueda celebrar contratos con Instituciones sin ánimo de lucro, se suscribirán con personas naturales de reconocida solvencia moral.

Por su parte, el Decreto - Ley 2150 de 1995, proferido con base en facultades otorgadas mediante la Ley 190 del mismo año, más conocida como «estatuto anticorrupción», en su artículo 122, estableció que para la prestación del servicio de bienestar familiar se podrán celebrar directamente los contratos con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar -SNBF-.

Tal como se desprende del Decreto 2923 de 1994, por el cual se fijan las cuantías mínimas para la garantía única en los contratos de aporte que celebra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de acuerdo con lo señalado por la Ley 7ª de 1979, numeral 9 del artículo 21; Decreto 2388 de 1979, artículo 127 y, en concordancia, con lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el Instituto está debidamente facultado para celebrar contratos de aporte con entidades sin ánimo de lucro, para la prestación del servicio público de Bienestar Familiar, los cuales son financiados por el Instituto y, por obvias razones, no representan contraprestación económica con ánimo de lucro para los contratistas.

Es oportuno mencionar que el régimen especial de aporte se soporta en las especiales condiciones de los servicios de prevención y protección a que está obligado el Estado como corresponsable con la sociedad y las familias, de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, hecho que en sí mismo explica la existencia del referido régimen especial.

En este mismo marco, «[...] los contratos de aportes establecen la obligación del ICBF de proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes necesarios para la prestación total o

parcial del servicio (Decreto 2388/ 79, art. 128), su naturaleza es la de contratos administrativos; de otro lado este contrato no corresponde a la enumeración prevista en la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación, la cual tiene por objeto regular los correspondientes a las entidades estatales, entre las que se encuentran los establecimientos públicos; sin embargo siendo un contrato atípico, se enmarca en el texto de los artículos 32 y 40 de esta ley a cuyo régimen se sujetan»¹.

Como se puede observar, este vínculo contractual público y atípico tiene como característica fundamental que el Instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, **con personal de su dependencia**², pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Es necesario precisar que el vínculo laboral o de prestación de servicios que se puede desarrollar corresponde al celebrado entre la Entidad Prestadora del Servicio y su personal. Analizando este aspecto, el Consejo de Estado ha indicado que *“los “contratos de aportes” que celebra el ICBF con personas naturales no generan relación laboral entre ellos. Las personas naturales que desempeñan actividades de dirección u organización de los Hogares Infantiles, únicamente tienen relación laboral con las entidades encargadas de su administración y manejo, las cuales generalmente son organizaciones comunitarias no gubernamentales sin ánimo de lucro, o de naturaleza semejante. Además de las personas vinculadas por contrato laboral, hay otras cuya contribución del trabajo es voluntaria, en cumplimiento de las responsabilidades solidarias de protección a la niñez y por tanto no tienen carácter de trabajadores. Los particulares que celebran con el ICBF “contratos de aportes” no establecen relación laboral con esta entidad. Sin embargo, las personas que colaboran en los Hogares mediante contrato laboral, esta relación se establece con las asociaciones o entidades no gubernamentales o con los propios Hogares Infantiles cuando éstos estén dotados de personería jurídica; en tales casos se trata de trabajadores particulares que no tienen carácter de servidores oficiales. Las personas vinculadas a los Hogares Infantiles que tienen celebrado contrato de aporte con el ICBF no configuran relación laboral con este organismo, pero eventualmente sí con el Hogar Infantil correspondiente o con la organización comunitaria no gubernamental a cuyo cargo esté el Hogar. Los trabajadores que prestan los servicios y trabajan en favor de los Hogares Infantiles, no pueden presentar pliego de peticiones al ICBF porque éste no es su patrono laboral”³.*

En esta misma providencia, la Sala de Consulta y Servicio Civil indicó:

(...) las personas que colaboran en los hogares infantiles mediante contrato laboral, esta relación se establece con las asociaciones o entidades no gubernamentales o con los propios

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 2 de diciembre de 1996, M.P. Luis Camilo Osorio.

² Artículo 127 del Decreto 2388 de 1979.

³ Sentencias del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 907 del 2 de diciembre de 1996. Magistrado Ponente: Doctor Luis Camilo Osorio Isaza.

hogares infantiles cuando éstos estén dotados de personería jurídica; en tales casos se trata de trabajadores particulares que no tienen carácter de servidores públicos, en consecuencia no son empleados públicos ni son trabajadores oficiales."

En este sentido, tanto a nivel legal como jurisprudencial, es claro que la EAS es quien celebra los contratos laborales o de prestación de servicios con el personal que requiera para desarrollar la labor que le ha sido encomendada en virtud del contrato de aporte y, en consecuencia, es esa entidad la que se constituye en empleador o contratante de estas personas, siendo su obligación responder por todos los aspectos prestacionales que corresponden a cada uno de esos vínculos.

Por lo anterior, resulta claro que el ICBF no tiene competencia para desarrollar o intervenir en los asuntos laborales se puedan generar en la ejecución de los contratos de aporte que celebra para la prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar, pues ello es de responsabilidad únicamente de la Entidad Administradora del Servicio.

2.2. Efectos del Decreto Legislativo 558 de 2020 en los contratos de aporte.

Realizadas las precisiones relacionadas con el vínculo del ICBF y las Entidades Administradoras del Servicio (EAS), es pertinente estudiar el Decreto Legislativo 558 de 2020 expedido por el Ministerio de Trabajo, en lo relativo a los aportes de orden pensional.

En su parte considerativa, la norma en cuestión señala que la reglamentación parte del hecho de que el Gobierno Nacional ha tenido que adoptar medidas urgentes para poder contener el avance de la pandemia, las cuales tienen un impacto significativo en la actividad económica del país; de manera que muchas personas naturales y jurídicas han visto afectado el flujo de recursos, principalmente, producto de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio.

El Decreto reconoce que los empleadores han realizado un esfuerzo importante con el objetivo de mantener el pago de salario a sus trabajadores, lo que fundamenta las determinaciones allí adoptadas, mediante las cuales se busca entre otras, «[...] aliviar otros costos salariales con el fin contribuir para que dichas empresas y personas naturales que son empleadores, puedan mantener las plazas de empleo que generan».

Es así, como el artículo 3º del Decreto 558 de 2020 señala:

«ARTÍCULO 3. Pago parcial del aporte al Sistema General de Pensiones. En atención a los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020, para los períodos de abril y mayo cuyas cotizaciones deben efectuarse en los meses de mayo y junio de 2020, respectivamente, los empleadores del sector público y privado y los trabajadores independientes que opten por este alivio pagarán como aporte el 3% de cotización al Sistema General de Pensiones, con el fin de cubrir el costo del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o el aporte a los fondos de

invalidez y sobrevivencia del Régimen de Prima Media, según corresponda, así como el valor de la comisión de administración.

La cotización de que trata este artículo será pagada de la siguiente manera: El 75% por el empleador y el 25% restante por el trabajador. Por su parte, los trabajadores independientes pagarán el 100% de esta cotización.

El Ministerio de Salud y Protección Social realizará las modificaciones temporales que correspondan a la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes -PILA, para dar cumplimiento a lo establecido en el presente Decreto Legislativo». (Subrayas y resaltado fuera del texto).

De la lectura de la norma, es posible concluir que la decisión de acogerse a la cotización parcial en materia de pensiones recae en cabeza del empleador y los trabajadores independientes, lo cual se encuentra en consonancia con lo dispuesto en su parte considerativa, pues su teleología es la de solventar las cargas de los generadores de empleo, reduciendo temporalmente los costos asociados al salario, como es el caso del aporte pensional.

En otras palabras, si el objetivo del Decreto es el de aminorar temporalmente los costos en que incurren los empleadores o los trabajadores independientes en el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones y evitar el que se vean obligados a realizar despidos como consecuencia de la reducción de su flujo de ingresos por las medidas de aislamiento, es natural que la decisión de realizar la cotización especial en materia pensional dependa de ellos.

2.3. Resolución de los interrogantes.

Sentado este marco jurídico, se procede a dar respuesta específica a las preguntas planteadas por la Dirección de Primera Infancia:

- *Para el caso de los trabajadores vinculados mediante contrato laboral, el presupuesto asignado para realizar el respectivo aporte a pensión corresponde al 16%, de los cuales, el 12% es aportado por el empleador y el 4% por el trabajador ¿para los periodos de abril y mayo el aporte se va a realizar de la misma manera?, ¿se deberán acoger a lo estipulado en el decreto en mención?*

De conformidad con lo señalado, es claro que la decisión de acogerse a la cotización parcial en materia de pensiones corresponde al empleador (sector público y privado) y al trabajador independiente, de manera que será cada Entidad Administradora del Servicio y cada contratista, de acuerdo con el tipo de vinculación que tengan, el que decida libremente si decide acogerse a este beneficio o no. En esta línea, el ICBF no debe intervenir en la toma de esa decisión por no tener competencia respecto a las relaciones contractuales laborales o de prestación de servicios que se generan entre las EAS y su personal.

Iterase, la norma se encuentra inspirada en dos conceptos básicos para la sostenibilidad de la economía en medio de una pandemia, esto es: (i) el pago de los salarios en medio de la crisis, que redundaría en la sostenibilidad de las plazas de trabajo; y (ii) la disminución de las cargas económicas de los empleadores, «[...] con el pago de los salarios, permitiendo en toda caso que los trabajadores continúen contando con el aseguramiento de los riesgos derivados de la invalidez y sobrevivencia que ofrece el Sistema General de Pensiones».

Así, teniendo en cuenta la parte considerativa de la norma en la que se expresa claramente su finalidad, dependerá de cada Entidad Administradora del Servicio y de cada contratista determinar si su flujo de recursos se ha visto afectado como consecuencia de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio y, en consecuencia, requiere acogerse al beneficio planteado por la norma.

- *En caso de aportar el 12 % correspondiente al empleador de acuerdo con el presupuesto, ¿el descuento al trabajador sería solo del 0.75 % teniendo en cuenta que es para mejorar la economía de las familias?*

Como se manifestó precedentemente, teniendo en cuenta que el Decreto 558 de 2020 busca aliviar la carga de los empleadores y trabajadores independientes que hayan visto afectado su flujo de recursos como consecuencias de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional en el marco de la pandemia del COVID – 19, será cada EAS, como empleadora, y cada contratista quien deberá realizar el análisis de si esta dentro del supuesto de la norma y, por consiguiente, necesita hacer uso del beneficio planteado. Esto, considerando que la norma debe ser interpretada íntegramente, incluida la parte considerativa, en la cual se manifiesta claramente la finalidad del decreto.

En todo caso, según lo previsto en el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 558 arriba transcrito, en caso de que el empleador, en el marco de un contrato laboral, decida acogerse a lo allí indicado, la cotización del 3 % será pagada de la siguiente manera:

- El 75% por el empleador.
- El 25% restante por el trabajador.

En ese sentido, estando de por medio un contrato laboral, la norma **no** establece una opción para que el empleador pague la totalidad de la cotización (el 12 %) y el trabajador se acoja al beneficio (lo que implicaría pagar el 0,75 %). Es decir, no existe un escenario legal que permita que el empleador realice un aporte completo en materia pensional y el trabajador asuma un porcentaje disminuido en su cotización. Se recuerda que esa decisión es exclusiva del empleador y el trabajador debería realizar el aporte en consecuencia con dicha determinación. Se repite, sólo si el empleador se acoge al beneficio, el porcentaje de cotización del trabajador será menor, de lo contrario, continuará con la cotización de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, para el caso de los trabajadores independientes que decidan acogerse al beneficio, cuya vinculación es de prestación de servicios, deberán realizar la cotización del 3% en su totalidad como lo expresa la norma.

- *En el caso de adoptar el decreto, ¿se presentaría una inejecución del 9,75% en este rubro y se pagaría directamente al trabajador el 3,250%?*

Como se ha manifestado en varias ocasiones a lo largo de este documento, es necesario que los empleadores y trabajadores independientes analicen si se encuentran en el supuesto de hecho descrito en la parte considerativa de la norma y, con fundamento en ello, tomen la determinación de acogerse o no al beneficio planteado en el Decreto. Ahora bien, con esto en mente y teniendo en cuenta que las EAS se encuentran vinculadas al ICBF en el marco de un contrato de aporte, la determinación de acogerse a este beneficio puede tener consecuencias en el marco de la ejecución de los recursos entregados por el ICBF para la prestación del servicio.

En este sentido, el manejo contractual de esta ejecución de recursos corresponde a la Dirección de Contratación, pues, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto 987 de 2012, es esa dependencia la encargada de: establecer los lineamientos jurídicos que en materia de contratación deben adelantar las Direcciones Regionales y demás dependencias del ICBF; liderar jurídicamente el proceso de contratación del ICBF en sus etapas pre contractual, contractual, de ejecución y post contractual y emitir los conceptos jurídicos en materia contractual que se requieran.

Entonces, considerando que se trata de la ejecución de recursos en el marco del desarrollo de las labores propias de un contrato de aporte, es esa Dirección quien puede absolver este cuestionamiento; de manera que esta respuesta se envía con copia para que ese despacho se encargue de lo de su competencia.

El presente documento tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con lo establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público de bienestar, o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Artículo 6º del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica