

Noticia Tributaria relacionada con la Ley 1393 de 2010

Por medio del cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se direccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones

- 1) **Celebración de contratos, condicionada a la verificación por parte del contratante de la afiliación y pago de los aportes del sistema de protección social por parte del contratista.**

El artículo 26 de la Ley 1393 de 2010 establece lo siguiente: "**Artículo 26.** *La celebración y cumplimiento de las obligaciones derivadas de 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, conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.*

El Gobierno Nacional podrá adoptar mecanismos de retención para el cumplimiento de estas obligaciones, así como de devolución de saldos a favor".

De acuerdo a lo anterior definamos, varias cosas.

Que se entiende por contrato de prestación de servicios?.

- a) **Según la Corte Constitucional.** Mediante Sentencia C-154/97, Magistrado Ponente HERNANDO HERRERA VERGARA, señaló que: "*un contrato de prestación de servicios es la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.*"
- b) **Según la Ley 80 de 1993.** El numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece: *contratos de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados...*"
- c) **Según el Código de comercio.** El Código de comercio no define que es un contrato de prestación de servicios, pero si define el contrato de suministro en el artículo 968, así: "*El Suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios*".

Ahora bien observando la definición del Código de comercio, un contrato de suministro podrá ser de bienes o de servicios, entonces se requiere de juicio para examinar cuando estamos frente a una compra y cuando frente a un servicio para lo cual podemos utilizar los siguientes criterios:

- Estamos frente a una compra cuando quien ejecuta la obra suministra la materia prima principal. (un sastre que hace un vestido y pone el mismo la tela).
- Estamos frente a un servicio, cuando la materia con la cual se va a ejecutar la obra la suministra quien ordena el servicio. (Un sastre al cual le llevamos la tela para que nos elabore un vestido).
- Cuando en una misma operación opera un servicio y una venta, se hace necesario determinar el elemento preponderante.

Es importante concluir lo siguiente en lo relacionado con este artículo:

Conclusión 1. Hay que distinguir de manera clara cuando existe un contrato de prestación de servicios y cuando un contrato de compra o que se asimile a una compra. En el contrato de compraventa o de suministro de cosas no se aplica lo dispuesto en la Ley 1393 de 2010, en el suministro de servicios si se debe pedir al contratista la vinculación y pago a la seguridad social.

Conclusión 2. Existen contratos que son servicios pero que no califican para ser denominados contratos de prestación de servicios y por lo tanto no debe exigírsele el pago a la seguridad social o la vinculación a la seguridad social como lo establece la Ley 1393, un ejemplo de estos contratos son los siguientes:

- **Contrato de compraventa o de permuta** (Art 905 Cód. de Comercio) (Art 1849 Cód. Civil).
- **Contrato de suministro** (Art 968 Cód. de Comercio).
- **Contrato de transporte** (Art 981 Cód. de Comercio).
- **Contrato de seguro** (Art 1036 Cód. de Comercio).
- **Contrato de mutuo** (Art 1163 Cód. de Comercio) (Art 2221 Cód. Civil).
- **Contrato de depósito** (Art 1170 Cód. de Comercio) (Art 2236 Cód. Civil).
- **Contrato de hospedaje** (Art 1192 Cód. de Comercio).
- **Contrato de prenda** (Art 1200 Cód. de Comercio) (Art 2409 Cód. Civil).
- **Contrato de anticresis** (Art 1221 Cód. de Comercio) (Art 2458 Cód. Civil).
- **Contrato de fiducia** (Art 1226 Cód. de Comercio).
- **Contrato de cuenta corriente** (Art 1245 Cód. de Comercio).
- **Contrato de mandato** (Art 1262 Cód. de Comercio).
- **Contrato de corretaje** (Art 1340 Cód. de Comercio).
- **Contrato de consignación** (Art 1377 Cód. de Comercio).
- **Contratos bancarios** (Art 1382 Cód. de Comercio).
- **Contrato de arrendamiento** (Art 1973 Cód. Civil).
- **Contrato de comodato** (Art 2200 Cód. Civil).

2) Verificación de la afiliación y pago de la seguridad social como requisito adicional para solicitar como deducción los pagos realizados a trabajadores independientes.

De acuerdo con el artículo 27 de la Ley 1393 de 2010, es necesario para solicitar en adelante (Periodo 2010) como deducibles los pagos realizados a trabajadores independientes por diferentes conceptos, verificar la afiliación y pago de las cotizaciones y aportes a la protección social que le correspondan según la Ley.

Art 27 de la Ley 1393 de 2010: *Adiciónese el artículo 108 del Estatuto Tributario con el siguiente párrafo: "Párrafo 20. Para efectos de la deducción por salarios de que trata el presente artículo se entenderá que tales aportes parafiscales deben efectuarse de acuerdo con lo establecido en las normas vigentes. Igualmente, para la procedencia de la deducción por pagos a trabajadores independientes: el contratante deberá verificar la afiliación y el pago de las cotizaciones y aportes a la protección social que le corresponden al contratista según la ley, de acuerdo con el reglamento que se expida por el Gobierno Nacional. Lo anterior aplicará igualmente para el cumplimiento de la obligación de retener cuando ésta proceda".*

Ahora bien, que se entiende como trabajador independiente?

El Trabajador Independiente, es toda persona natural que realiza una actividad económica sin estar sujeto a un vínculo laboral con otra persona o entidad.

De esta manera es imprescindible verificar que la señora que hace el aseo, el contratista que pega un vidrio en la oficina de la empresa, el plomero, el contador, el Revisor Fiscal, el abogado asesor de la empresa, el mecánico que se contrata como trabajador independiente, el vendedor comisionista no empleado, el digitador, etc., cumplan los requisitos exigidos por la ley relacionados con los pagos a los sistemas de protección social en salud, pensión y riesgos profesionales, so pena que dichos costos y/o gastos puedan tratarse como no deducibles.

Importante mencionar que no en todos los contratos debemos verificar el pago de la seguridad social, sino únicamente en los contratos verbales o escritos entre la empresa y un trabajador independiente.

Ahora bien recordemos **quienes deben estar afiliados al sistema de seguridad social** El artículo 30 de la Ley 797 de 2003, establece que serán afiliados al sistema general de pensiones en forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten.

Y cuál es el ingreso base de cotización sobre el cual debe observarse que el contratista trabajador independiente realice los pagos a la seguridad social: La Circular Conjunta 0001 de 2004 Ministerio de protección social y Ministerio de hacienda y crédito público manifiesta que el ingreso base de cotización es el equivalente al 40% del valor bruto facturado en forma mensual.

Que se puede considerar entonces como labores realizadas por un trabajador independiente:

- Servicios realizados por un profesional en relación con las actividades propias de su profesión.
- Técnicos o tecnólogos en relación con las actividades propias de sus estudios.
- Prestadores de servicios en general, sin incluir servicios de transporte, arrendatarios y otros conceptos no considerados como servicios prestados por trabajadores independientes.

3) Los pagos laborales que de común acuerdo, o los que por Ley no constituyen salarios, y por tanto no dan base para el cálculo de los aportes a la protección social, no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración para efectos de calcular el ingreso base de cotización en los aportes a la seguridad social en salud y pensión.

El Art 30 de la Ley 1393 de 2010 establece lo siguiente: *Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 (cotización al sistema general de pensiones) y 204 (cotización al sistema de salud) de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.*

De acuerdo con lo anterior, las empresas deben efectuar este cálculo para verificar si los valores pactados de forma bilateral como no constitutivos de salarios con sus empleados no superan este tope del 40%, de lo contrario deberán efectuar aportes a la protección social sobre un valor diferente teniendo en cuenta el tope establecido del 40% sin afectar sus cotizaciones por aportes parafiscales, las cuales no sufrirían cambios.

Un ejemplo sería el siguiente:

El Gerente de la compañía XT, recibe pagos mensuales por valor de \$ 3.000.000 como sueldo básico, y además recibe un pago no salarial por valor de \$ 2.200.000.

Hasta antes de la Ley 1393 de 2010, la cotización que realizaba es la siguiente:

IBC	3.000.000,00
-----	--------------

Pensión	480.000,00
Salud	375.000,00
ARP	13.500,00
Parafiscales	270.000,00

Con la expedición de la Ley 1393 de 2010, la cotización a realizar es:

Sueldo	3.000.000,00
Pago no salarial	2.200.000,00
Total pago laboral	5.200.000,00
Limite no laboral	2.080.000,00

Sueldo	3.000.000,00
Exceso del 40%	120.000,00
IBC	3.120.000,00

Pensión	499.200,00
Salud	390.000,00
ARP	14.040,00
Parafiscales	270.000,00

De esta manera la cotización en pensión y salud se incrementa, mientras que el pago por parafiscales permanece igual. (Nota: no se tomo en cuenta el Fondo de Solidaridad Pensional el cual también se vería incrementado por efectos de la Ley 1393).

Hay que tener en cuenta que la norma establece este procedimiento únicamente para los empleados del sector privado, los empleados del sector público no deben realizar este cálculo, debido que la norma solo hablo de los trabajadores particulares y no de todos los trabajadores.

Las empresas en las cuales se entreguen bonos de fin de año a los empleados, por cumplimiento de metas, por participación en utilidades deben efectuar el cálculo y establecer que estas bonificaciones que habitualmente se consideran como no salariales es posible que integren el cálculo de la base para la liquidación de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión en la parte que exceda el 40% del ingreso del trabajador.

Es importante establecer que la Ley sigue permitiendo que estos valores puedan ser constituidos como no salariales para efectos de la liquidación de prestaciones sociales y aportes parafiscales, pero para efectos de los aportes a la seguridad social en salud y pensión los limita hasta el 40% del total de los ingresos del trabajador.

- 4) Los empleadores deben informar a sus empleados sobre los aportes pagados a la seguridad social o garantizar que estos puedan consultar que tales sumas hayan sido efectivamente consignadas (Art 32 Ley 1393 de 2010).**

Es importante que la empresa establezca un mecanismo adecuado para que el trabajador tenga acceso a esta información, la cual puede entregársele al empleado con el desprendible de nomina o por correo electrónico.

La inadvertencia de esta norma acarreará para la empresa una sanción cinco (5) SMLMV y si la empresa pertenece al sector público implicará una falta disciplinaria para la persona que en cada entidad haya sido asignada para dar cumplimiento al presente artículo.

- 5) Las cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud debe hacerse sobre la misma base de las cotizaciones efectuadas al sistema de riesgos profesionales y se las realizadas al sistema general de pensiones.**

La norma en el artículo 33 de la Ley 1393 establece que el ingreso base de cotización debe ser igual para los sistemas de seguridad social que trata la Ley 100 de 1993, no así para los aportes parafiscales los cuales podrán ser diferentes.

Igualmente se establece que para la afiliación de un trabajador, contratista o cualquier persona obligada al sistema de riesgos profesionales, este debe demostrar que se encuentra afiliado también al sistema de seguridad social en salud y pensión.