

Radicado DADEP No. 20191100114041



Bogotá D.C, 18 de Julio de 2019.  
OAJ-110

**MEMORANDO**

**PARA:** **MARELVI MARIA MONTES ARROYO.**  
Subdirectora Administrativa, Financiera y de Control Disciplinario.

**DE:** **JANNETH CAICEDO CASANOVA**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica.

**REFERENCIA:** Concepto Técnico – Jurídico.

Cordial Saludo

Hemos recibido solicitud de concepto técnico-jurídico mediante memorando número 20194000016943 de fecha 21 de junio de 2019.

Razón por la cual, dando cumplimiento a las funciones y competencias asignadas a esta Oficina Asesora Jurídica, en especial a la prevista en el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Distrital 138 de 2002 referente a: "5) Emitir conceptos y absolver consultas en materia jurídica que le formulen los particulares, las distintas dependencias del Departamento y las autoridades en general, que tengan relación con los asuntos de competencia de la entidad y que no estén a cargo de otra dependencia", razón por la cual nos permitimos indicarle que para dar respuesta a su petición, esta Oficina Asesora ha tomado como fundamentos jurídicos para el estudio de la misma las siguientes normas:

- Constitución Política de Colombia.
- Ley 100 de 1993.
- Decreto Nacional 692 de 1994.
- Acuerdo Distrital 645 de 2016.
- Decreto Distrital 629 de 2016.
- Decreto Distrital 636 de 2018.
- Decreto 3771 de 2007
- Decreto 4112 de 2004
- Decreto 569 de 2004
- Decreto 4597 de 2004
- Decreto 4944 de 2009
- Decreto 510 de 2008, artículo 5

08 AGO 2019  
15

1

- Decreto 1833 artículo 2.2.3.1.9.

## **PROBLEMA JURIDICO.**

Se establece en su solicitud de concepto lo siguiente: " **1.** Con el plan de desarrollo Acuerdo 645 de 2016, se otorgó función al FONCEP, de verificar y consolidar la información laboral del Sistema de Seguridad Social en Pensiones de las entidades del Sector Central y las entidades descentralizadas a cargo del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá; **2.** Que dentro de esta función se soslaya la de realizar el cruce de cuentas con las Administradoras de Fondo de Pensiones AFP; **3.** Que de conformidad con lo anterior, las AFP establecidas legalmente en el país, han solicitado a la Alcaldía Mayor de Bogotá, el cobro del pasivo pensional del Distrito; **4.** Que con base en estos valores cobrados por las AFP, el Distrito creó un Comité Técnico de archivo con el fin de formalizar el proceso de entrega, cuya responsabilidad es fijar los aspectos técnicos específicos de los archivos digitales con las información de las historias laborales pensionales de las entidades a cargo del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, cuyo objeto consiste en la depuración de nuestra cartera para demostrar la veracidad de la información y los verdaderos valores a pagar en caso de existir; **5.** Que esto ocurre teniendo en cuenta que el Sector Central de la Alcaldía de Bogotá, cuenta con un solo NIT, situación que denota complejidad de saber que entidades no han pagado lo relacionado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones; **6.** Que es menester señalar que, dentro de ese NIT, se encuentra el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público; **7.** Que a la fecha este departamento está depurando las cuentas con las AFP, en pro de determinar los saldos adeudados por la Entidad".

Teniendo en cuenta lo anterior, se solicita emitir el concepto técnico, frente los siguientes interrogantes:

1. ¿Una vez realizados los cruces de cuentas con cada Fondo, la entidad está obligada a cancelar?
2. ¿Para este tipo de deudas opera prescripción?
3. ¿Si la deuda corresponde a Fondo de Solidaridad Pensional quien debe asumirla?
4. ¿Si la deuda corresponde a un exfuncionario verbi gracia de la vigencia 2002, a la fecha existe prescripción?
5. ¿En el evento que la entidad deba cancelar estas deudas, cuál sería el mecanismo jurídico para hacerlo?
6. ¿Quién debe asumir los intereses generados en estas deudas?
7. ¿Se podría cobrar directamente los aportes adeudados a funcionarios que hoy hacen parte de la Entidad?
8. ¿Qué tipo de responsabilidad me correspondería en el evento de realizar el pago?
9. ¿En caso de cancelarse las deudas, se requiere informar a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Entidad? .



## ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO:

Para estudiar el problema jurídico planteado, es necesario analizar la naturaleza jurídica de los aportes que la Entidad debe realizar a cada uno de los Fondos del Sistema General de Seguridad Social, es decir los aportes que la Entidad como Empleadora debe efectuar al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones, FONCEP y al Fondo de Solidaridad Pensional, así como determinar quién debe responder por el pago adeudado a cada uno de los fondos, por los intereses moratorios que por el incumplimiento de los mencionados aportes se hayan generado y si procede la prescripción sobre las mencionadas obligaciones.

## CONCEPTO JURIDICO.

El artículo 209<sup>1</sup> de la Constitución Política de Colombia, establece que la función administrativa, será desarrollada por medio de la descentralización, desconcentración y delegación, bajo la dirección de los principios que fundamentan la actividad administrativa.

Bajo esta misma línea, encontramos el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, que consagró como un servicio público de carácter obligatorio la Seguridad Social, bajo esta perspectiva, se concibe esta como una institución jurídica de condición dual, toda vez que constituye un derecho para todos los habitantes y además, es un servicio público esencial que se encuentra en cabeza del Estado, siendo responsable de garantizarle a todas las personas sus derechos, cuando estos se encuentran ante la materialización de alguna contingencia que afecte de manera contundente su salud, calidad de vida y capacidad económica. Teniendo en cuenta lo anterior, la pensión es un derecho fundamental e irrenunciable que: "es producto del ahorro forzoso que una persona realizo durante toda su vida laboral".

El tema de las prestaciones sociales de los trabajadores del Distrito, especialmente en asunto de pensiones, estuvo a cargo del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C., creado mediante Decreto Distrital 350 del 29 de junio de 1995, esta se configura como una cuenta especial sin personería jurídica, adscrita a la Secretaria de Hacienda Distrital, cuyos recursos se han manejado por encargo fiduciario, a través de esta misma norma fueron asignadas sus funciones, recursos y forma de administrarlos.

Ahora bien, el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP), concebido este como un establecimiento público del orden distrital adscrito a la secretaria de Hacienda, asumió la administración del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, con el objetivo de reconocer y pagar las obligaciones pensionales del Distrito Capital, creado mediante el Acuerdo Distrital del Concejo de Bogotá

<sup>1</sup> Artículo 209: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

<sup>2</sup> Sentencia C 177 de 1998 de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

No 257 de 2006, "Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones".

En virtud de lo anterior, el artículo 65 del Acuerdo Distrital 257 de 2006, establece las funciones básicas a cargo del FONCEP: "a). Reconocer y pagar el auxilio de cesantías correspondientes al régimen de retroactividad, a las servidoras y servidores públicos del Distrito Capital afiliados al Fondo y b). Pagar las obligaciones pensionales, legales y convencionales, y hacer los reconocimientos pensionales que por competencia correspondan al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C, cuya administración asume conforme a las disposiciones y mecanismos legales establecidos en la normatividad vigente sobre la materia".

De igual manera, es importante destacar las responsabilidades en cabeza del FONCEP y en el marco de la Ley 100 de 1993, cuya vigencia a nivel territorial se fijó el 30 de junio de 1995, involucrando el trámite administrativo y operativo para declarar el derecho al reconocimiento económico en los siguientes casos:

- Pensión de Vejez.
- Pensión Sanción y Fallos Judiciales.
- Bonos pensionales.
- Cuotas Partes Pensionales.

Por otra parte, el Fondo de Solidaridad Pensional, surgen como un figura a través de la cual se materializa el principio de cobertura integral, consagrado en la Ley 100 de 1993, como un mecanismo de subsidio; esta es una cuenta especial de la nación, que no tiene personería jurídica, adscrita al Ministerio de Protección Social<sup>3</sup>, destinada a subsidiar las cotizaciones para pensiones, de grupos especiales de la población que por sus condiciones socioeconómicas no tienen acceso a los Sistemas de Seguridad Social, así como el otorgamiento de subsidios económicos para la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema.

A través de la Ley 797 de 2003 se fortaleció la estructura financiera de esta figura, con la creación de la **(i). subcuenta de solidaridad**, destinada a subsidiar los aportes al Sistema General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, y finalmente, la **(ii). subcuenta de subsistencia**, esta es destinada para brindar protección a las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema.

Posteriormente el Decreto 3771 de 2007<sup>4</sup>, definió cual es el origen de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional en los siguientes términos:

#### 1. Subcuenta Solidaridad:

<sup>3</sup> Artículo 1 Decreto 3771 de 2007.

<sup>4</sup> Artículo 6. Decreto 3771 de 2007



a) El cincuenta por ciento (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los cotizantes al Sistema General de Pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Subcuenta de Subsistencia:

a) El cincuenta (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los cotizantes al Sistema General de Pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes;

b) Los cotizantes con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos legales mensuales vigentes tendrán un aporte adicional, sobre su ingreso base de cotización, así: De 16 hasta 17 smlmv de un 0.2%, de más de 17 hasta 18 smlmv de un 0.4%, de más de 18 hasta 19 smlmv, de un 0.6%, de más de 19 hasta 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1%;

Así las cosas y a pesar de la ausencia de claridad en las preguntas formuladas, para dar respuesta a cada una de las hipótesis planteadas en el caso objeto de consulta, a continuación, se empleará como metodología, el análisis de los aportes que deben efectuarse al FONCEP y al Fondo de Solidaridad Pensional, con base en los fundamentos anteriormente expuestos:

1. *¿Una vez realizados los cruces de cuentas con cada Fondo, la entidad está obligada a cancelar?*

En relación con los aportes que deben efectuarse al FONCEP, El Decreto Distrital 339 de 2006, mediante el cual "se reglamenta el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D. C. y se dictan otras disposiciones" establece como procedimiento para el efecto lo siguiente:

**"ARTICULO 3. REQUISITOS PARA SUSTITUCION DE PAGOS DE OBLIGACIONES DEL FONDO DE PENSIONES PUBLICAS DE BOGOTA.** Para la sustitución del pago de las obligaciones pensionales de las entidades distritales descentralizadas, referidas en los literales c. y d. del numeral 1º del artículo 2º del presente decreto, salvo los establecimientos públicos, que por no estar afiliados a la liquidada Caja de Previsión Social de Bogotá D. C. respondían directamente por el pago de las pensiones, deberá agotarse el siguiente procedimiento.

1. **Recibo de la información y documentos de los pasivos pensionales con las condiciones técnicas definidas por la Secretaría de Hacienda de Bogotá D. C., en particular respecto de las historias laborales y los actos administrativos expedidos relacionados con estas obligaciones.**

2. De conformidad con el cálculo actuarial determinado por la Secretaría de Hacienda, consignación de todos los recursos y reservas o de una parte de estos; en este último evento se deberá suscribir un plan de aportes, para realizar el pago de las obligaciones

*pensionales a sustituir por el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D. C., en la cuenta bancaria de éste, que para el efecto señale la Secretaría de Hacienda de Bogotá.*

**PARÁGRAFO PRIMERO: Mientras no se cumplan estos requisitos la entidad a sustituir continuará respondiendo por el reconocimiento y pago de las obligaciones pensionales.**

**El Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D. C., sólo pagará las obligaciones que estén incluidas en el cálculo actuarial, previa recepción de los recursos y hasta el monto de los mismos. En caso de faltar recursos para cumplir el pago de la obligación pensional, la entidad sustituida deberá proveer los recursos necesarios al Fondo, o reasumir el pago de su obligación".**

Frente al comentado subrayado, la entidad se verá obligada a cancelar dichas deudas si el traslado de la información no se hace de manera oportuna y en los términos establecidos en el procedimiento anteriormente mencionado; *contrario sensu*, si este traslado se realiza en los términos acordados por las partes, el FONCEP es quien asumirá la deuda ajustándola a su plan de aportes.

Ahora bien, frente al régimen del Fondo de Solidaridad Pensional, una vez realizado el cruce de cuentas con cada fondo la entidad se verá obligada a cancelar, dado que la naturaleza y fundamento jurídica de este Fondo se basa en los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones que devengan más de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y cuando sus ingresos superan los 16 salarios mínimos legales vigentes, así las cosas, su aporte se incrementara de acuerdo a los porcentajes señalados en la ley, este sistema también aportan las personas que ya han adquirido la calidad de pensionados, siempre y cuando su mesada supere los diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Todo esto gracias a la Constitución Política de Colombia que establece como uno de sus pilares fundamentales, el principio de solidaridad, al cual se le otorga un significado que consiste "en la ayuda mutua entre las personas<sup>5</sup>", asignándole al estado la responsabilidad de garantizarla a través de la participación, control y dirección de los recursos del erario público, para que estos estén siempre a favor de los grupos más vulnerables de la población.

## **2. ¿Para este tipo de deudas opera prescripción?**

En cuanto a los aportes al FONCEP, el Decreto Distrital 339 de 2006, mediante el cual "se reglamenta el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D. C. y se dictan otras disposiciones", en

<sup>5</sup> Artículo 2, Ley 100 de 1993.



su artículo 7, establece las facultades inherentes y necesarias para el desarrollo y ejecución del objeto de la entidad, siendo estas las siguientes:

**"ARTÍCULO 7º. FACULTADES:**

**a. Reconocimiento y pago del auxilio de cesantía de sus afiliados:**

*FONCEP podrá constituir un patrimonio autónomo y mantener el esquema de manejo y trámites previstos en el Decreto Distrital N° 101 de 2004 y en las Resoluciones 15 de 2003 y 09 de 2004 de la Junta Directiva del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital - FAVIDI.*

**b. Reconocimiento y pago de obligaciones pensionales:**

*Para el desarrollo y ejecución de las funciones correspondientes a la administración del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, el FONCEP reconocerá y/o pagará las obligaciones pensionales de conformidad con la reglamentación contenida en el Decreto Distrital 339 de 2006 y la normativa que lo complemente o sustituya y en general, con la normativa vigente sobre la materia que no contravenga la competencia del Fondo de Pensiones Públicas y la administración de su recursos por parte del FONCEP".*

Es decir que, es de competencia del FONCEP, conocer, decidir y ordenar mediante acto administrativo motivado, las solicitudes que presenten los servidores o ex servidores públicos para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, así como el de las obligaciones pensionales.

En consecuencia y para atender el interrogante sobre la prescripción de las deudas al FONCEP, es necesario referirnos a la prescripción que opera sobre los pagos al auxilio de cesantías, y la que operaría para el pago de las obligaciones pensionales, en cuanto al primero, es decir el auxilio de cesantía, teniendo en cuenta que es una prestación a cargo del empleador, a la que tienen derecho los trabajadores al culminar la relación laboral por los servicios personales prestados en determinado período de tiempo, por regla general le aplica el término de prescripción señalada en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir tres (3) años desde que la obligación del empleador al pago se hace exigible.

Es importante aclarar que en el evento en que el empleador incumpla el deber de consignar las cesantías en el término que señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (antes del 15 de febrero de cada año), procede el pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo en hacer la consignación sin que sea este el evento a partir del cual deba empezarse a contar el término de prescripción al que alude el artículo 488 antes transcrito, dado que el cobro por los saldos o valores que no se entreguen al Fondo respectivo, se contará a partir de la fecha en que se causó la obligación, es decir desde la fecha de terminación de la relación laboral.

Ahora bien, en relación con las obligaciones pensionales, mediante Sentencia SL 738 del 14 de marzo de 2018, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, las definió como imprescriptibles, al establecer que:



*"por tratarse de aportes pensionales, que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción".*

De otra parte, siguiendo con la metodología planteada al inicio de este concepto, en cuanto a los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, deben entenderse como contribuciones parafiscales, así lo ha señalado la Corte Constitucional, mediante sentencia C-155 de 2004, al advertir que: "Los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud como en pensiones, llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones".

Así mismo, la Sala Cuarta del Consejo de Estado en providencia del 2 de diciembre de 2010, señaló:

*"Según los artículos 17 y 161 de la Ley 100 de 1993, durante la relación laboral los trabajadores deben efectuar cotizaciones obligatorias al Sistema General de Seguridad Social. Por su alcance y finalidad, tales cotizaciones se han reconocido como contribuciones parafiscales, porque corresponden a tributos que deben pagar los empleadores y los afiliados al sistema, en las proporciones que establece la ley, para que éste cubra las contingencias que afecten la salud y capacidad económica del trabajador, aunque dicha contraprestación no sea equivalente al monto de la cotización. Estos aportes se destinan exclusivamente a financiar el sistema, en virtud de los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad (artículo 49 de la Constitución Política)"*

En ese orden de ideas, teniendo claro que la naturaleza de los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, es el de contribuciones parafiscales<sup>6</sup>, y que quien tiene la facultad para ejercer el control sobre ellos es la AFP<sup>7</sup>, según el artículo 99 de la ley 633 de 2000, pudiendo iniciar requerimientos por el no pago en los casos señalados en la norma, es pertinente determinar si existe un término perentorio para efectuar dichos requerimientos, por lo que esta Oficina Asesora,

<sup>6</sup> Sala Cuarta del Consejo de Estado Sentencia 2 de diciembre de 2010

<sup>7</sup> Decreto 3771 de 2007, en el artículo 2º, compilado en el artículo 2.2.14.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, estableció que de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 100 de 1993.



tomando como sustento diversos conceptos del Ministerio de Salud y Protección Social<sup>8</sup>, en lo que precisa que los aportes de seguridad social, tienen una naturaleza de carácter parafiscal, el término para ejecutar la acción de cobro será el que establece el Estatuto Tributario es decir cinco (5) años, como lo señala artículo 53 de la ley 1739 de 2014”.

**3. ¿Si la deuda corresponde a Fondo de Solidaridad Pensional quien debe asumirla?**

La respuesta al anterior interrogante se encuentra en el Decreto 4108 de 2011, "por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo", que en los numerales 8 y 9 del artículo 21<sup>9</sup>, establece que la Subdirección de Subsidios Pensionales, Servicios Sociales complementarios y otras prestaciones del Ministerio del Trabajo le corresponde, "diseñar lineamientos de política para la administración y uso de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional", y administrar el mismo "directamente o a través de encargos fiduciarios o fiducia pública o cualquier otro mecanismo financiero de administración de recursos".

Adicionalmente, el artículo 8° del Decreto 3771 de 2007, compilado en el artículo 2.2.14.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, establece que el recaudo de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional estará a cargo de Las administradoras del Sistema General de Pensiones a que se refiere el artículo 6° del Decreto 692 de 1994, es decir las sociedades administradoras de fondos de pensiones, AFP, o las sociedades administradores de fondos de pensiones y cesantías, AFPC<sup>10</sup>, quienes recaudarán en los plazos establecidos para el pago de las cotizaciones los recursos del Fondo de Solidaridad, advirtiendo que le corresponde al Ministerio de la Protección Social (entiéndase Ministerio del Trabajo, de acuerdo con el Decreto 4108 de 2011) realizar el cobro coactivo de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, con base en los informes que rinda el administrador fiduciario, previas las gestiones de cobro que este adelante.

---

8 Conceptos 1331691 del 1 de octubre de 2013 y el 201511600893981 del 26 de mayo de 2015

9ARTÍCULO 21. Funciones de la Servicios Sociales Complementarios y otras prestaciones Subdirección de Subsidios Pensionales. Son funciones de la Subdirección de Subsidios Pensionales y servicios sociales complementarios y otras prestaciones las siguientes: (...)

8. Diseñar lineamientos de política para la administración y uso de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional.

9. Administrar, directamente o a través de encargos fiduciarios o fiducia pública o cualquier otro mecanismo financiero de administración de recursos, los siguientes fondos: Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, FOPEP, creado por el artículo 25 de la Ley 100 de 1993; de Solidaridad Pensional, creado por el artículo 130 de la Ley 100 de 1993.

(...)

10 Artículo 6o. Administradoras. Para los efectos de este Decreto, se entienden por administradoras del sistema general de pensiones:

a) En el régimen de ahorro individual, las sociedades administradoras de fondos de pensiones, AFP, o las sociedades administradores de fondos de pensiones y cesantía, AFPC; y

b) En el régimen de prima media con solidaridad, el ISS y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas, y mientras no se ordene su liquidación.

Parágrafo. De conformidad con lo previsto en el artículo 129 de la Ley 100 de 1993, a partir del 23 de diciembre de 1993 se prohíbe la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión del sector público, de cualquier orden nacional o territorial, para el manejo de pensiones.

En ese orden de ideas, de acuerdo con las normas antes citadas, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), o las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías AFPC, como administradores fiduciarios deberán adelantar el cobro coactivo a los Empleadores que no hayan realizado los aportes correspondientes al FDS.

Ahora bien, si el Empleador se ve obligado a pagar como resultado del cobro coactivo iniciado por el administrador fiduciario, deber adelantar las acciones necesarias para recuperar los dineros que tenía la obligación de descontar del valor de la nómina por concepto del subsidio al FDS.

4. *¿Si la deuda corresponde a un exfuncionario verbi gracia de la vigencia 2002, a la fecha existe prescripción?*

Si bien la pregunta no es clara, en primer lugar, es pertinente mencionar que la ley 100 de 1993, en el artículo 22 establece:

**"ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador".**

Ahora bien, como se explicó en la respuesta número tres, en cuanto a los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, al ser contribuciones parafiscales, aplicaría el término de prescripción establecido en el artículo 53 de la ley 1739 de 2014, sin embargo es pertinente aclarar que el mencionado término puede verse interrumpido, de acuerdo a los establecido en el Artículo 818, del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 81 de la Ley 6 de 1992, en los siguientes casos:

Por la notificación del mandamiento de pago, por el otorgamiento de facilidades para el pago, por la admisión de la solicitud del concordato y por la declaratoria oficial de la liquidación forzosa administrativa.

Interrumpida la prescripción en la forma aquí prevista, el término empezará a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago, desde la terminación del concordato o desde la terminación de la liquidación forzosa administrativa.

El término de prescripción de la acción de cobro se suspende desde que se dicte el auto de suspensión de la diligencia del remate y hasta:

- La ejecutoria de la providencia que decide la revocatoria,

5



- La ejecutoria de la providencia que resuelve la situación contemplada en el artículo 567 del Estatuto Tributario.
- El pronunciamiento definitivo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el caso contemplado en el artículo 835 del Estatuto Tributario.

**5. ¿En el evento que la entidad deba cancelar estas deudas, cuál sería el mecanismo jurídico para hacerlo?**

Para dar respuesta a este interrogante, haremos referencia a los mecanismos jurídicos o las acciones de cobro de estas obligaciones, siendo pertinente mencionar que las entidades fiduciarias encargadas del manejo, tal y como explicábamos en uno de los interrogantes resueltos, son las encargadas de informar al Fondo de Solidaridad Pensional las acciones de cobro que se deben adelantar, con el objetivo de determinar su posible participación en el proceso.

En virtud de lo dispuesto por el Decreto 3771 de 2007, mediante el cual "*se reglamenta la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional*", en su artículo 8, parágrafo 1º consagra que corresponde al Ministerio de la Protección Social realizar el cobro de los recursos pertenecientes al fondo, basándose en los reportes de las entidades que tienen a su cargo el recaudo de los mismos; así las cosas, es deber entablar este cobro a través de dos vías:

- EL COBRO POR JURISDICCION COACTIVA. consagrado en el decreto 1833 de 2016 en su artículo 2.2.3.3.4, establece que este estará sujeto a las disposiciones del Código General del Proceso.
- EL COBRO POR VÍA ORDINARIA. Consagrado en el decreto 1833 de 2016 en su artículo 2.2.3.3.8, este procedimiento se consolidara a través de la información que dispone la Superintendencia Financiera de Colombia sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes así como la estimación de sus cuantías e intereses moratorios.

**6. ¿Quién debe asumir los intereses generados en estas deudas?**

Respecto a el procedimiento establecido por el FONCEP, los intereses generados por estas deudas, deben ser asumidos por la misma entidad, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Distrital 339 de 2006, artículo 3, parágrafo 2º, a través del cual menciona que para que opere la sustitución en el pago, se deberá hacer entrega de los expedientes que sirvieron de base para el reconocimiento de los derechos pensionales, con el objetivo que la entidad pueda hacer la proyección de gastos requerida para el pago. Sin embargo, es importante mencionar que si al FONCEP le llegasen a faltar recursos para cumplir con el posterior pago de la obligación y sus intereses, la entidad deberá destinar los recursos faltantes al fondo o excepcionalmente reasumir el pago de la obligación completamente; además si el requisito de cruce de información, no se



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.

GOBIERNO, SEGURIDAD Y CONVIVENCIA  
Departamento Administrativo de la  
Defensoría del Espacio Público

cumple a cabalidad la entidad continuara respondiendo por el reconocimiento y el pago de dichas obligaciones.

Ahora bien, respecto el procedimiento establecido por los Fondos de Solidaridad Pensional, el artículo 10 del 3771 de 2007 *"mediante el cual se reglamentó la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional"*, establece que una vez transcurrido los términos establecidos en los artículos 8º<sup>11</sup> y 9º<sup>12</sup> *ibidem*, sin que se hayan efectuado los aportes o se hayan realizado por un monto inferior, empezaran a causar intereses moratorios a cargo de las recaudadoras de los mismos recursos, estos porcentajes serán iguales a los que rigen para los impuestos de renta y complementarios, todo esto debido a que el Fondo de Solidaridad debe tener conocimiento detallado de las personas que deben aportar obligatoriamente a dicho fondo.

**7. ¿Se podría cobrar directamente los aportes adeudados a funcionarios que hoy hacen parte de la Entidad?**

De conformidad con lo expuesto, se podría cobrar directamente los aportes adeudados a funcionarios que hoy hacen parte de la entidad, siempre y cuando, entre las partes de común acuerdo expresen como efectuar el cobro de dichos aportes, para evitar que se generen traumatismos a los trabajadores.

Es importante destacar que este acuerdo entre las partes, solo aplicaría frente al descuento que por ley aplica mas no respecto a los intereses, todo esto en virtud a lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 100 de 1993 que dispone: *"el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio (...)"*.

Así las cosas, el artículo 24 *ibidem* establece de igual manera que: ***"CORRESPONDE A LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS de los diferentes regímenes ADELANTAR LAS ACCIONES DE COBRO CON MOTIVO DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para el efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado prestará mérito ejecutivo"***.

---

11Artículo 8º. Recaudo de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional. Serán recaudadores de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional: (...)

12Artículo 9º. Transferencia de recursos al Fondo de Solidaridad Pensional. Tratándose de fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida, los recursos de que trata el literal a) del artículo 8º del presente decreto, junto con sus respectivos rendimientos, deberán trasladarse a la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional, a más tardar el día 20 del mes siguiente a aquel en el cual se recibió la cotización. El mismo plazo se aplicará para las sociedades administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, las cuales, para efectuar el traslado en unidades y determinar la cuantía, deben tener en cuenta el valor de la unidad vigente a la fecha que se realice el traslado. La Superintendencia Financiera podrá imponer sanciones a las administradoras por el incumplimiento de esta obligación.



En este orden de ideas, es importante destacar que la Corte Constitucional ha creado una regla jurisprudencial que establece: *"la imposibilidad de trasladarle a los funcionarios las consecuencias negativas de la mora del empleador, y de la falta de gestión de las administradoras en el cobro de los aportes para los reconocimientos, correspondientes al Fondo de Solidaridad Pensional, concluyendo finalmente que son dichas administradoras las llamadas a asumir los efectos que puedan derivarse de dicho retraso en el pago de los aportes"*<sup>13</sup>.

**8. ¿Qué tipo de responsabilidad me correspondería en el evento de realizar el pago?**

Si bien la pregunta no es clara, tal y como se mencionaba en los puntos anteriores los aportes parafiscales son contribuciones de carácter obligatorio impuestas por la ley en cabeza de los empleadores, las cuales son determinadas sobre la base gravable de la nómina total de los trabajadores; ahora bien, la ley 100 de 1993 por la cual *"se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 23 dispone lo siguiente:

**ARTÍCULO 23. SANCIÓN MORATORIA. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador**, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.

**Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.**

**En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social**, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente.

De acuerdo con el comentado subrayado, el inciso segundo del artículo mencionado anteriormente, permite imponer cualquiera de las causales taxativas, respecto las faltas gravísimas para aquellos ordenadores del gasto que no dispongan de la designación y pago oportuno de los aportes y/o cotizaciones, consagradas en el artículo 48 de la ley 734 de 2002 mediante el cual *"se expide el Código Único Disciplinario"*, siendo estas las siguientes:

**"Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes: (...)

**28.** No efectuar oportuna e injustificadamente, salvo la existencia de acuerdos especiales de pago, los descuentos o no realizar puntualmente los pagos por concepto de aportes

---

<sup>13</sup> Sentencia T – 760 de 2008 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Manuel Jose Cepeda Espinosa.

patronales o del servidor público para los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales del sistema integrado de seguridad social, o, respecto de las cesantías, no hacerlo en el plazo legal señalado y en el orden estricto en que se hubieren radicado las solicitudes. De igual forma, no presupuestar ni efectuar oportunamente el pago por concepto de aportes patronales correspondiente al 3% de las nóminas de los servidores públicos al ICBF. (...)”.

De igual manera es pertinente mencionar que si la entidad, luego de surtir al interior el debido proceso, evidencia la existencia de una falta disciplinaria está facultada para iniciar las actuaciones que considere pertinentes.

**9. ¿En caso de cancelarse las deudas, se requiere informar a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Entidad?**

Es pertinente destacar que la Oficina de Control Interno Disciplinario, tiene como objetivo el articular los esfuerzos institucionales, recursos, metodologías y estrategias para asegurar que los procesos vayan en concordancia a la evolución de la entidad, de acuerdo a lo establecido por el Decreto Distrital 138 de 2002 "por el cual se modifica la Estructura Organizacional del Departamento Administrativo De La Defensoría Del Espacio Publico", en su artículo 5, establece que corresponden a esta las siguientes funciones:

**" ARTICULO 5. FUNCIONES DE LA OFICINA DE CONTROL INTERNO.**

- 1) *Asesorar a la dirección del Departamento en la definición de las políticas de control interno.*
- 2) *Planear, dirigir y organizar la verificación y evaluación del sistema de control interno de la entidad.*
- 3) *Verificar que el sistema de control interno esté formalmente establecido dentro de la organización y que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos y, en particular, de aquellos que tengan responsabilidad de mando.*
- 4) *Verificar que los controles definidos para los procesos y actividades de la organización se cumplan por los responsables de su ejecución y en especial, que las áreas o empleados encargados de la aplicación del régimen disciplinario ejerzan adecuadamente esta función.*
- 5) *Verificar que los controles asociados con las actividades de la organización estén adecuadamente definidos, sean apropiados y se mejoren permanentemente, de acuerdo con la evolución de la entidad.*
- 6) *Velar por el cumplimiento de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos y metas de la organización y recomendar los ajustes necesarios.*
- 7) *Servir de apoyo a los directivos en el proceso de toma de decisiones, a fin de que se obtengan los resultados esperados.*
- 8) *Verificar los procesos relacionados con el manejo de los recursos, bienes y los sistemas de información de la entidad y recomendar los correctivos que sean necesarios.*





ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.

GOBIERNO, SEGURIDAD Y CONVIVENCIA  
Departamento Administrativo de la  
Defensoría del Espacio Público

**9) Fomentar en toda la organización la formación de una cultura de control que contribuya al mejoramiento continuo en el cumplimiento de la misión institucional.**

*10) Evaluar y verificar los mecanismos de participación ciudadana, que en desarrollo del mandato constitucional y legal, diseñe la entidad.*

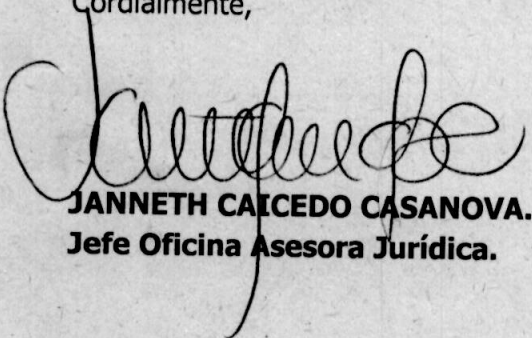
**11) Mantener permanentemente informados a los directivos acerca del estado del control interno dentro de la entidad, dando cuenta de las debilidades detectadas y de las fallas en su cumplimiento".**

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 de la ley 1755 de 2015 que establece:

"Artículo 28. 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".

Queda así absuelta la consulta realizada, y sobra decir que cualquier inquietud que surja respecto del presente concepto, gustosamente será atendida. Cordialmente,

Cordialmente,



**JANNETH CAICEDO CASANOVA.**  
**Jefe Oficina Asesora Jurídica.**

Proyectó: Isabel Cristina Vargas Sinisterra.  
Revisó: Zully Ávila Rodríguez  
Fecha: 18 de junio de 2019.