

## CONCEPTO ICBF No. 11

**Asunto:** Concepto jurídico sobre reconocimiento de pasivo de seguridad social

**Fecha:** 07 de julio de 2021

De manera atenta y en el marco de nuestras competencias, esta oficina emite concepto sobre el tema del asunto, previo análisis del ordenamiento jurídico vigente y con fundamento en los artículos 23 de la Constitución Política, 26 del C.C., 13 del C.P.A.C.A sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, y el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012.

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente concepto se dará respuesta al siguiente problema jurídico:

¿Es posible que el ICBF realice el pago de un *pasivo* de seguridad social (aporte pensión) solicitado por una entidad administradora del servicio (EAS), en razón a la declaratoria de inexecutable del Decreto 558 de 2020 por parte de la Honorable Corte Constitucional?

### 2. RUTA METODOLÓGICA PARA RESPONDER EL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema jurídico planteado por la Coordinación Jurídica de la Regional Antioquia, se realizará una breve referencia a los siguientes temas: (i) antecedentes de la solicitud, (ii) marco jurídico aplicable, (iii) análisis jurídico y, finalmente, (iv) conclusiones.

#### 2.1 ANTECEDENTES DE LA SOLICITUD

Mediante memorando No. 202131200000014303, radicado en esta oficina el 17 de febrero de 2021, la Coordinación Jurídica de la Regional Antioquia solicita resolver el interrogante referido. Como sustento de dicha solicitud, señala que en cumplimiento de los fines misionales del ICBF, fueron suscritos los contratos de aporte No. 0389, 0387, 0378 y 0377 de 2020, entre el ICBF y la Fundación Las Golondrinas, cuyo objeto fue la prestación de los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral de las modalidades establecidas y reguladas por el ICBF.

Durante el tiempo de ejecución de los precitados contratos de aporte, fue expedido por parte del Gobierno Nacional el Decreto Legislativo No. 558 de 2020, a través del cual fueron adoptadas, entre otras, medidas tendientes a la disminución temporal del porcentaje de cotización del aporte al Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993. Lo anterior, en atención a la crisis y afectación económica causada por la pandemia provocada por el virus COVID 19.

Así las cosas, el operador Fundación Las Golondrinas se acogió y procedió con el pago al Sistema General de Pensiones, de conformidad con lo establecido por el Decreto de marras. No obstante, mediante la Sentencia C-258 del 23 de julio de 2020, la Corte Constitucional lo declaró inexecutable, lo cual conllevó que el contratista debiese efectuar el pago de los montos dejados de aportar al Sistema General de Pensiones.

Como consecuencia de lo anterior, el operador Fundación Las Golondrinas, solicitó a la Dirección Regional Antioquia, habiéndose ya cumplido el plazo establecido para la ejecución de los Contratos de Aporte No. 0389, 0387, 0378 y 0377 de 2020, que se proceda con el “reconocimiento del pasivo en los estados financieros de los precitados contratos debido a la sobre-ejecución financiera evidenciada en el procedimiento de legalización”, en atención a que la EAS, en observancia a la sentencia previamente citada, realizó el pago de los montos dejados de aportar al Sistema General de Pensiones por concepto de reconocimiento *pasivo* de seguridad social (aporte pensión) correspondiente a los periodos de abril y mayo de 2020.

Por otro lado, en cumplimiento de lo establecido en la Circular No. 02 de 2012, la Coordinación Jurídica de la Regional Antioquia procedió a plantear su posición, que se resume de la siguiente manera:

1. La Fundación Las Golondrinas, así como otras EAS, se acogieron al beneficio otorgado en el Decreto 558 de 2020, realizaron pagos parciales al Sistema General de Pensiones, lo hicieron en estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico aplicable su momento, por lo cual no se les puede endilgar una responsabilidad negligente u omisiva frente sus obligaciones contractuales.
2. Si bien es cierto que reconocer un pago posterior a la ejecución de un contrato constituye lo que se denomina desde el argot de la contratación pública como hechos cumplidos, es mucho más cierto que, en la etapa post contractual resulta viable definir esos pagos al sistema de seguridad social, como pasivos que deben reconocerse al contratista, puesto que el Estado no le puede imponer una carga exorbitante cuando se está frente el cumplimiento de las normas vigentes para el momento del acaecimiento de los hechos.
3. Asimismo, la Coordinación Jurídica de la Regional Antioquia considera que *“en lo que respecta a una eventual responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que cada caso particular debe ser objeto de un análisis específico, situación que no es aplicable frente al caso expuesto por la EAS Fundación Las Golondrinas y, por lo tanto, se constituye en pasivo lo pagado por concepto de seguridad social en materia pensional de los meses de abril y mayo de 2020”*.

## 2.2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

Son normas aplicables a este concepto, Ley 7 de 1979, Ley 100 de 1993, Decreto 2388 de 1979, Decreto 1084 de 2015, Decreto Legislativo 558 de 2020, Decreto 376 de 2021 y la sentencia C-258 del 23 de julio de 2020.

## 2.3. ANÁLISIS JURÍDICO

### 2.3.1. De la naturaleza de los contratos de aporte

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creado por la Ley 75 de 1968 y regido por el Decreto 1084 de 2015, es un establecimiento público dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cuyo objeto es propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger a los niños, niñas y adolescentes y garantizarles sus derechos.

Por su parte, la Ley 7 de 1979, “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”, establece en el artículo 21 sus funciones, dentro de las cuales puede destacarse la señalada en el numeral 9, que en su literalidad dispone lo siguiente: “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”.

Frente al particular, el artículo 2.4.3.2.7. del Decreto 1084 de 2015 dispuso que el ICBF, podrá celebrar los contratos previamente mencionados, 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.

Como desarrollo de lo anterior y, atendiendo la naturaleza especial del servicio de bienestar familiar, dicho Decreto establece en el artículo 2.4.3.2.9. que el ICBF cuenta con la facultad de celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tales cuando 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, pero de acuerdo con las normas y el control del ICBF. Su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año. Asimismo, señala la norma en comento que los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar solo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>1</sup> en relación con el concepto de contrato de aporte ha considerado que:

<sup>1</sup> Sentencia No. 25000-23-15-000-2003-01688-01 del 11 de noviembre de 2016. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

“[E]l negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia”. [...] “[E]n ese orden de ideas, al margen de las similitudes que pudieran evidenciarse entre el contrato de aporte y el de prestación de servicios, lo cierto es que aquel reviste una serie de particularidades que no permiten asemejarlo a este último, máxime si el negocio jurídico de aportes supone la intervención de la entidad pública quien se vincula al negocio en una participación de capital o de especie que se traslada de manera definitiva o temporal a favor del contratista para que éste asuma una actividad de bienestar social -integración de la familia o de la protección de la infancia- a cambio de una contraprestación”. “[E]n consecuencia, el contrato de aporte en su condición de contrato atípico se caracteriza porque tiene un sujeto activo calificado y cualificado por la ley, ya que se trata de un negocio jurídico que sólo puede ser suscrito por el ICBF, en el que la entidad pública entrega unos bienes (tangibles o intangibles) al contratista para que este último asuma, a cambio de una contraprestación, la ejecución de un servicio propio del sistema de bienestar social bajo su exclusiva responsabilidad y con personal técnico y especializado a su cargo”.

Esta modalidad de contrato constituye el instrumento para el cumplimiento de la función misional del servicio público de bienestar familiar y la realización de sus programas sociales. En otras palabras, el ICBF a través del contrato de aporte contrata con las entidades sin ánimo de lucro que integran el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, las cuales se obligan a garantizar la calidad y continuidad de la atención a los niños, las niñas, los y las adolescentes y los integrantes de la familia, tanto en programas preventivos, como en los de restablecimiento de derechos, hecho que en sí mismo explica la existencia del referido régimen especial.

De lo anterior se desprende que la institución de utilidad social, que por definición e imposición legal carece de ánimo de lucro, no recibe los dineros originados en el ICBF como contraprestación de su labor y para su patrimonio y no llega a ejercer sobre ellos posesión alguna, y menos aún propiedad, sino que lo hace para administrarlos dentro del servicio público de bienestar familiar, en un papel de intermediaria entre el ICBF y los miembros de la comunidad que son beneficiarios. Bajo esa modalidad, es evidente que las sumas que el ICBF gira a las instituciones contratistas a título de aporte no constituyen derechos de éstas, es decir, no tienen la calidad de créditos, como tampoco, de salarios, emolumentos o retribución de servicios y ni siquiera de reembolsos.

En el marco de la corresponsabilidad establecida en la Ley 1098 de 2006, el ICBF entrega unos dineros con el objeto de que se brinde atención a los niños, niñas y adolescentes en

las diferentes Modalidades, y la Institución contratista se responsabiliza del cumplimiento del contrato, con una completa autonomía para manejar todo lo relacionado con los asuntos de su personal, como lo son despidos, valor de los salarios, prestaciones (retroactividad en cesantías), indemnizaciones, intereses laborales y aportes al Sistema General de seguridad Social (salud, pensión y riesgos profesionales).

Frente al particular, resulta pertinente traer a colación lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4430-2018 M.P Jorge Mauricio Burgos Ruiz, la cual señala de cara a los contratos de aporte lo siguiente:

“El negocio jurídico de aporte es un contrato estatal atípico y especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o en especie a una persona natural o jurídica, con el fin de que atienda ***bajo su exclusiva -responsabilidad y con su propio personal humano y técnico***, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención de la familia, de la niñez y adolescencia. (negrilla y subrayado fuera del texto)

...(…)...

Por tanto, los contratos de aportes celebrados por el ICBF tienen un régimen jurídico particular, obedecen a un marco general de habilitación de conformidad contenido en la Ley 7a de 1979 y al Decreto Reglamentario 2388 de 1979, así que cuando el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en virtud de tales actos jurídicos, y para la prestación de sus servicios, se compromete a efectuar aportes o contribuciones en dinero o en especie a una persona natural o jurídica llamado contratista, este atenderá bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal la atención dirigida a la familia, la niñez y adolescencia, mientras que en virtud de la ley, el ICBF queda eximido de obligaciones frente a los trabajadores de quienes fungieron como contratistas, de modo que no opera la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST, y si bien esta norma no hace distinción de sus destinatarios de la misma, lo cierto es que la Ley y el Decreto antes citados, excluyen al ICBF de este tipo de responsabilidad”.

Así las cosas, bajo el marco legal y contractual que fue asumido por el operador, es claro que este deberá asumir el pago del personal de su dependencia que esté obligado a garantizar, en virtud de la exclusiva responsabilidad que le asiste a la institución en la prestación del servicio. El valor pagado del cupo mes incluye el concepto de talento humano.

En este contexto, fueron suscritos entre el ICBF y la Fundación Las Golondrinas, los Contratos de Aporte No. 0389, 0387, 0378 y 0377 de 2020, objeto del presente pronunciamiento.

### **2.3.2. Decreto Legislativo 588 de 2020**

En el marco de la emergencia económica y social declarada por la pandemia ocasionada por el coronavirus COVID-19, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 558 del 15 de abril de 2020, por medio del cual fueron adoptadas, entre otras, medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones durante los meses de abril y mayo, lo que implicó la modificación de la obligación contenida en el literal d) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Recordemos que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que el monto actual de la cotización al Sistema General Pensiones corresponde al 16% de la Base de Cotización, definida según los artículos 18 y 19 ibidem. De la misma forma, el artículo 20 define la distribución del aporte pensional, indicando que el 3% del ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración del Sistema y la cobertura los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

En aras de disminuir las cargas laborales de los empleadores y de los trabajadores tanto dependientes como independientes, en atención a la afectación generada por el coronavirus COVID-19, el Gobierno Nacional decidió modificar temporalmente el porcentaje de cotización del aporte al Sistema General de Pensiones, de forma tal que para los períodos abril y mayo, los cuales debían ser pagados en mayo y junio de 2020, únicamente debió realizarse el pago del 3% del ingreso base de cotización (por quienes optaron por este alivio). Dicha cotización del 3% se distribuyó en un 75% a cargo del empleador y, el 25% restante a cargo del trabajador, mientras que, a los trabajadores independientes, les correspondía pagar el 100% del aporte.

### **2.3.3. Sentencia C-258 del 23 de julio de 2020**

Mediante sentencia C-258 del 23 de julio de 2020, la Corte Constitucional decidió sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 558 de 2020 y lo declaró inexecutable en atención principalmente a lo siguiente:

El análisis se enfocó en evaluar aspectos de naturaleza, alcance, requisitos formales y materiales del Decreto en cuestión, lo que llevó a concluir que si bien cumple los requisitos formales, las medidas adoptadas no satisfacen requisitos materiales establecidos en la Constitución Política (art. 215) y en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994).

En lo que respecta al pago parcial de los aportes al Sistema General de Pensiones, la Corte determinó que esta disposición no cumple con el requisito material de no contradicción específica, resultando violatorio del artículo 48 de la Constitución Política, principalmente por tres razones, a saber:

- (i) **desmejora los derechos sociales de los trabajadores con expectativa de pensiones superiores a un salario mínimo**, teniendo en cuenta que, la medida objeto de control dispone la no contabilización de las semanas correspondientes a los períodos de abril y mayo de 2020, para efectos del reconocimiento de las pensiones de los afiliados al sistema, con expectativa de pensiones superiores

a un salario mínimo, tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como en el Régimen de Prima Media.

- (ii) **dispone de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas**, por cuanto contradice el inciso 5 del artículo 48 de la Constitución Política, al autorizar pagos parciales de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones con el objeto *de brindar mayor liquidez a los empleadores y trabajadores dependientes e independientes a efectos de que puedan mantener las plazas de empleo que generan, como expresamente se señala en los considerados del decreto, está destinando estos recursos para fines diferentes a la financiación de las pensiones y,*
- (iii) **no asegura la sostenibilidad financiera del sistema en relación con el reconocimiento de las semanas correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año, para efectos de la pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de la pensión de vejez de un salario mínimo en el Régimen de Prima Media**, la cual podría verse afectada a largo plazo como consecuencia del reconocimiento de las semanas correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año para efectos de la pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de la pensión de vejez de un salario mínimo en el Régimen de Prima Media.

Finalmente, la inexecutable fue adoptada con efectos retroactivos. La consecuencia de esto es que las personas naturales y jurídicas que se acogieron al beneficio, deban efectuar el pago de los montos dejados de aportar<sup>2</sup>. Frente al particular, la Corte Constitucional

<sup>2</sup> Sentencia C-258 de 2020. Magistrado sustanciador Antonio José Lizarazo Ocampo. “El artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece que las sentencias que profiera el Alto Tribunal sobre los actos sujetos a su control *“tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”*. En consecuencia, si bien la regla general es que las sentencias de la Corte tienen efectos hacia el futuro, también lo es que la Corte puede atribuirles efectos retroactivos. Sobre el particular ha dicho la Corte que los *“efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución -que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es retroactivos- y el respeto a la seguridad jurídica -que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro-”*.

Esta ponderación, al momento de determinar los efectos de las sentencias mediante las cuales la Corte ejerce control de las medidas adoptadas por el gobierno en los estados de excepción, ha de tener en cuenta, en los términos del artículo 215 de la Constitución, que las facultades extraordinarias que asume el presidente de la República son las *estrictamente necesarias* para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Por tales razones, el control a cargo de la Corte cumple la función de impedir que en ejercicio de la discrecionalidad que la Constitución le confiere al Presidente *“se cometan abusos o extralimitaciones en la adopción de las medidas que, en todo caso, deben ser las estrictamente indispensables para retornar a la normalidad”*.

En el presente asunto, concluye la Corte que, las medidas adoptadas por el gobierno desbordan ampliamente el ámbito de sus competencias en el Estado de Emergencia, en cuanto, desconocen la prohibición expresa de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, disponen de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas, y no aseguran la sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo cual impone la necesidad de otorgarle efectos retroactivos a la decisión de inexecutable y garantizar, de esa manera, la recuperación de los montos dejados de percibir en el sistema como consecuencia de las medidas. De no hacerlo, se consolidaría la afectación de los derechos, la indebida destinación de los recursos y la

ordenó al Gobierno Nacional, emitir la reglamentación correspondiente para proceder con estas devoluciones.

#### **2.3.4. Decreto 376 de 2021**

En cumplimiento de ello, el Ministerio del Trabajo expidió el Decreto 376 de 2021 “Por el cual se adiciona el Capítulo 5 al Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1833 de 2016, a efectos de implementar medidas para realizar el pago de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones por los periodos correspondientes a abril y mayo de 2020, de los que fueron exonerados los empleadores y trabajadores independientes a través del Decreto Legislativo 558 de 2020 y en cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia C-258 de 2020 de la Honorable Corte Constitucional”.

Dentro de las principales medidas adoptadas en este Decreto, se estableció el plazo de 36 meses concedido para que los empleadores del sector público y privado, y los trabajadores dependientes e independientes que hayan hecho uso de la prerrogativa contemplada en el Decreto 558 de 2020, efectúen el aporte de la cotización faltante.

En concordancia con lo previamente expuesto señala que dicha cotización deberá efectuarse de la siguiente manera: i) El 75% por el empleador, exclusivamente, y el 25% restante por el trabajador. Sin perjuicio de lo anterior, el empleador o el trabajador podrán efectuar la totalidad de pago de la cotización faltante y, posteriormente, efectuar el cobro al empleador o al trabajador según corresponda. Para el caso de los trabajadores independientes, estos pagarán el 100% del aporte de la cotización al Sistema General de Pensiones faltante.

Por otro lado, establece que en el evento en que un trabajador se retire o sea retirado de su cargo, la entidad empleadora deberá retener de los salarios o emolumentos pendientes de pago, el valor del aporte correspondiente al 25% a cargo del trabajador, con el fin de efectuar la cotización faltante al Sistema General de Pensiones.

#### **2.3.5. Análisis del caso**

El operador Fundación Las Golondrinas decidió acogerse al beneficio concedido por el Gobierno Nacional por medio del Decreto Legislativo 588 de 2020. Por ello, al parecer únicamente realizó el pago del 3% del ingreso base de cotización. Lo primero que se

---

sostenibilidad financiera, no obstante las expresas reglas constitucionales diseñadas precisamente para impedirlo.

La decisión, en consecuencia, en lo que tiene que ver con las medidas contenidas en los artículos 3 a 5 del Decreto Legislativo 558 de 2020, las personas naturales y jurídicas deberán efectuar el pago de los montos dejados de aportar para los periodos de abril y mayo cuyas cotizaciones debían efectuarse en los meses de mayo y junio de 2020 en el plazo razonable que señale el Gobierno nacional en ejercicio de sus facultades ordinarias. De allí que corresponda al propio Gobierno adoptar e implementar las medidas que sean necesarias para restablecer el equilibrio y retrotraer todas aquellas acciones adelantadas con el objeto de implementar el Decreto 558 de 2020. En este sentido, deberán revertirse las medidas que se hayan ejecutado en virtud de las disposiciones del citado decreto, igualmente en los términos que establezca el Gobierno nacional”.



destaca es que el ICBF no intervino 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.

De conformidad con la declaratoria de inexecutable del referido Decreto, el operador Fundación Las Golondrinas habría procedido a realizar el pago del excedente al Sistema General de Pensiones. Como consecuencia, el operador Fundación Las Golondrinas solicitó al Instituto el pago del *pasivo* (aporte pensión) realizado al Sistema General de Pensiones, en atención a las ordenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia de marras.

En el marco de los contratos de aporte, la Institución contratista se responsabilizó de su cumplimiento, con una completa autonomía para manejar todo lo relacionado con los asuntos de su personal, como lo son despidos, valor de los salarios, prestaciones (retroactividad en cesantías), indemnizaciones, intereses laborales y aportes al Sistema General de seguridad Social (Salud, Pensión y Riesgos Profesionales).

Dentro de las obligaciones específicas establecidas para la EAS, la Fundación Las Golondrinas tenía a su cargo el deber de realizar de manera oportuna el pago de salarios, prestaciones, aportes a seguridad social y parafiscales del personal vinculado laboralmente para la atención del servicio. Hay que tener en cuenta que el valor pagado del cupo mes incluye el concepto de talento humano<sup>3</sup>.

Por otra parte, de la documentación allegada como soporte de la solicitud de concepto puede evidenciarse a partir de los formatos de Actas de Legalización de Cuentas de los contratos de aporte No. 0389, 0387, 0378 y 0377 de 2020, del seguimiento a inejecuciones y liberaciones, realizado con base en los informes financieros presentados por el operador, que se evidencian inejecuciones de recursos durante los meses de abril y mayo. No obstante, no resulta claro si efectivamente las mencionadas inejecuciones corresponden a los valores dejados de pagar por parte de la EAS al Sistema General de Pensiones, en el marco del Decreto Legislativo 588 de 2020.

Por lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta que los contratos objeto del presente pronunciamiento se encuentran terminados y, en etapa de liquidación<sup>4</sup>, en el marco de este proceso se sugiere que el operador Fundación Las Golondrinas debería ser el encargado de demostrar en esta instancia que el reconocimiento del *pasivo* alegado, corresponde a recursos que salieron efectivamente de su patrimonio.

En este punto, considera esta Oficina, que el pedido del contratista debe ser tratado en la etapa de liquidación de estos contratos, toda vez que es el escenario adecuado para poder realizar el balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado. Al respecto, el Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente Enrique Gil Botero, en Sentencia 17322 del 14 de abril de 2010 señaló:

<sup>3</sup> Concepto 37 del 17 de abril de 2015, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF.

<sup>4</sup> De conformidad con lo preceptuado por Colombia Compra Eficiente, *“la liquidación, al ser un corte de cuentas, en su acta se debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y además, el balance económico del comportamiento financiero del contrato”*.

La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta, y más adelante las partes valoran el resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y de las obligaciones surgidos del negocio, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a ellos, y que afectan la ejecución normal del mismo, con la finalidad de determinar el estado en que quedan las partes frente a éste.

Conforme a lo establecido en la Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la etapa de liquidación de los contratos estatales, esta corporación considera que en esta etapa del contrato las partes hacen el ajuste formal de cuentas para que estas establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno.

## CONCLUSIONES

- El Gobierno Nacional, en atención a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 del 23 de julio de 2020, estableció por medio del Decreto 376 de 2021, el plazo de 36 meses para que los empleadores del sector público y privado y los trabajadores dependientes e independientes que se acogieron al beneficio de realizar pagos parciales al Sistema General de Pensiones, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Legislativo 558 del 2020 (declarado inexecutable), puedan aportar los montos faltantes correspondientes a los periodos de abril y mayo del año 2020.
- En virtud de la exclusiva responsabilidad que le asiste a la EAS en la prestación del servicio público de bienestar familiar, en el marco del cumplimiento del contrato, cuenta con una completa autonomía para manejar todo lo relacionado con los asuntos de su personal, como lo son despidos, valor de los salarios, prestaciones (retroactividad en cesantías), indemnizaciones, intereses laborales y aportes al Sistema General de seguridad Social (Salud, Pensión y Riesgos Profesionales); debiendo precisar en este punto que, el valor pagado por el ICBF del cupo mes incluye el concepto de talento humano.
- Por lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta que los contratos objeto del presente pronunciamiento se encuentran terminados y en etapa de liquidación<sup>5</sup>, en el marco de esta etapa, la Fundación las Golondrinas debe demostrar que el reconocimiento del pago que alega, corresponde a recursos que salieron de su

<sup>5</sup> De conformidad con lo preceptuado por Colombia Compra Eficiente, “la liquidación, al ser un corte de cuentas, en su acta se debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y además, el balance económico del comportamiento financiero del contrato”.

patrimonio y corresponde al Instituto realizar el estudio del caso con la información allegada para tomar la decisión de asumir o no el pago de estos recursos.

Resulta pertinente señalar que, el anterior concepto se emite desde los aspectos eminentemente jurídicos, en atención a las funciones que establece el artículo 6 del Decreto 987 de 2012, sin embargo, de los aspectos netamente contractuales, la dependencia competente es la Dirección de Contratación, en atención a lo estipulado en el numeral 16 del Artículo 16 del Decreto antes referido.

La presente respuesta tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con los 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, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público 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 Oficina Asesora Jurídica