

ASOCIACIÓN NACIONAL DE CAJAS DE  
COMPENSACIÓN FAMILIAR  
ASOCAJAS

# SUBSIDIO FAMILIAR, UNA PRESTACIÓN SOCIAL

---

REFLEXIONES SOBRE LA  
FINANCIACIÓN DEL SISTEMA

OCTUBRE DE 2012

AUTORES:

**ÁLVARO JOSÉ COBO SOTO**  
PRESIDENTE EJECUTIVO DE ASOCAJAS

**JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLES**  
DIRECTOR DEL CENTRO DE PENSAMIENTO DE  
ASOCAJAS

**JUAN CARLOS MELO SANTOS**  
ASESOR JURÍDICO DE ASOCAJAS

**E**l presente documento contiene reflexiones sobre el Sistema del Subsidio Familiar, su forma de financiación, la naturaleza y alcances de la parafiscalidad y el impacto de esta en la generación de empleo formal, frente a las propuestas recurrentes por reducir o eliminar la forma de financiación por contribuciones tales para prestaciones laborales y de la seguridad social.





# CONTENIDO

1. Introducción	7
2. Sistema del Subsidio Familiar y financiación parafiscal: presente y futuro.	17
3. Naturaleza de los recursos que recaudan las Cajas de Compensación Familiar para el Subsidio Familiar y naturaleza del pago que estas realizan	55
4. El control fiscal sobre los recursos de origen público que administran las Cajas de Compensación Familiar	75



# 1 INTRODUCCIÓN

Recurrentes han sido las voces que en el país han pretendido reducir o eliminar la financiación parafiscal aplicable al Sistema de Compensación Familiar desde sus orígenes, atribuyéndole a la propuesta efectos mágicos en cuanto a la generación de empleo formal y pecando por excesivo simplismo al desconocer que el Sistema que sirve al subsidio familiar no puede definirse ni entenderse exclusivamente por los recursos de que se nutre, sino que toda reflexión sobre la materia debe hacerse a partir de una mirada integral que comprenda elementos relacionados con la población cubierta, los derechos atendidos, las prestaciones que se reconocen, el esquema de financiación y administración de recursos y la estructura organizacional que sirve al Sistema.

Además, sorprende que pretenda reducirse la comprensión de la parafiscalidad a los casos de aportes con se financia la seguridad social y, en particular, con los aportes que realizan los empleadores y las cooperativas de trabajo asociado en Colombia al Sistema del Subsidio Familiar; cotizaciones que, entre otras cosas, son las únicas que no han sido incrementadas desde su origen por los años cincuenta del siglo pasado.

Como se expresará más adelante en la compilación de documentos y análisis que constituyen este documento, la parafiscalidad no corresponde únicamente a los aportes al Sistema del Subsidio Familiar y de seguridad social – aportes que deben ser entendidos además como de carácter atípico, y su modificación no asegura ni hace evidente la generación de mayores condiciones de competitividad y productividad para las empresas ni permite concluir en una mayor formalización laboral.

En efecto, no existe una sola constatación científica y comprobable que la reducción de los costos salariales haya determinado la ampliación de las plazas laborales, como tampoco existe estudio que permita concluir que el aporte que hacen los empleadores en Colombia al Sistema del Subsidio Familiar les resta condiciones para participar en una economía globalizada.

Por el contrario, el Sistema del Subsidio Familiar ha sido un factor insustituible de equidad e inclusión social, pared de contención a la pobreza del sector formal de la economía, impulsor de la productividad empresarial y dinamizador de la seguridad social.

Las Cajas de Compensación Familiar son sus administradoras y, como tales, tienen la obligación de defender los logros de la capitalización social y de oponerse a las medidas que a su juicio razonado vayan en contra del mejoramiento del Sistema, que sirve además a una prestación social de los trabajadores colombianos.

Esto es, las Cajas ni su Asociación expresan opiniones en torno de la parafiscalidad y al Sistema, con objetivo diferente de defender la prestación social y la capitalización social a las que sirven, no controvierten en causa propia ni movidas por intereses particulares, pues entienden que su misión, además de garantizar una administración correcta de los recursos a su cargo, se concreta en defender las obras del Sistema y en ampliar sus coberturas para beneficio de cada vez más familias colombianas.

No se olvide que el Sistema ha promovido desde muchos años atrás la consolidación de condiciones de trabajo decente para los colombianos, promoviendo la generación de condiciones de bienestar familiar y laboral que en caso de no existir provocarían mayores distancias sociales y desencuentros entre el capital y el trabajo.

Adicionalmente, el Sistema del Subsidio Familiar se ha consolidado como aliado estratégico de los gobiernos nacional y territoriales en la realización de finalidades públicas de alto impacto. La política pública trazada además por el legislador en materias como la protección por desempleo, a niños y jóvenes pobres, de vivienda de interés social y de salud, ha comprometido los esfuerzos y recursos del Sistema de Subsidio Familiar, constituyéndose en una pieza clave para la ejecución de la política social del Estado.

Todo esto es nuestra obligación defenderlo.

En una sociedad que ha desdibujado instituciones y conceptos de lo colectivo, marcada por una visión competitiva e individualista, afectada por el conflicto armado y por la inequidad social y la pobreza, mal haríamos en tolerar pasivamente que se coloque en riesgo lo que socialmente ha construido por más de sesenta años el país en torno de su Sistema de Subsidio Familiar y servicios sociales.

Es por eso que ahora y siempre ASOCAJAS compartirá en forma pública y abierta, respetuosa pero contundente, sus apreciaciones sobre las propuestas y decisiones que en materia de políticas públicas se promuevan o adopten y que tengan que ver con la forma de organización y financiación de la prestación social y de seguridad social subsidio familiar y servicios sociales.

Por estas razones, pone a disposición del público esta cartilla la cual se recogen opiniones, artículos y documentos sobre la identificación de lo que es la parafiscalidad, su relación con el Sistema de Subsidio Familiar; las propuestas en cuanto a ajustes de su manejo, los impactos de estas, la naturaleza de los recursos del Sistema, la aplicación del control fiscal y otras consideraciones relacionadas con la funcionalidad de la compensación familiar en el país.

Su pretensión no es otra que contribuir al debate público y democrático que debe darse sobre estos tópicos e ilustrar sobre las propuestas que en últimas impactarán en la forma de capitalización social más eficiente y efectiva que ha consolidado el país en esta centuria.



## I. Subsidio familiar: prestación social

Toda reflexión sobre la forma de financiación del Sistema debe considerar la naturaleza constitucional del subsidio familiar que aquel atiende.

La condición del subsidio familiar como prestación social de los trabajadores en Colombia y parte de las garantías mínimas del trabajo, ha sido ratificada tanto por el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014, como por la doctrina de la Corte Constitucional.

No queda duda jurídica alguna sobre el ser de dicha prestación, que integra el salario social de los trabajadores y concreta la equidad y la redistribución. Se trata de un derecho a cargo de los empleadores que ingresa al patrimonio de los trabajadores, sin ser considerado salario o factor de tal, y que beneficia a estos de medianos y menores ingresos, como se definió desde los orígenes del Sistema del Subsidio Familiar por los años cincuenta del siglo pasado.

Ha expresado sobre el subsidio familiar la Corte Constitucional que “es una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario” (sentencia C-337 de 2011 con ponencia de Jorge Pretelt).

“Teniendo por consiguiente el subsidio familiar el objetivo fundamental de la protección integral de la familia”, tal como lo define el Artículo 1° de la Ley 21 de 1982.

En este sentido es válido afirmar que el subsidio familiar es una forma de garantizar el mandato consagrado en el canon 42 de la Carta Política según el cual “El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia”.

Así mismo, “constituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno. En este orden, es un instrumento por medio del cual se puede alcanzar la universalidad de la seguridad social, en consonancia con el postulado contemplado en el Artículo 48 de la Carta Política”.

## 2. Proyecto de reforma tributaria

El debate comentado se agudizó en los días recientes con ocasión del anuncio hecho por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en cuanto a los alcances de la reforma tributaria que finalmente radicó a consideración del Congreso de la República.

En efecto, se comentó la intención inicial de transformar la financiación del sistema del Subsidio Familiar, eliminando la aportación del 4% sobre la nómina de los empleadores y cooperativas de trabajo asociado, para en su lugar estructurar un esquema fiscal de respaldo para la gestión a cargo de las Cajas de Compensación Familiar:

ASOCAJAS como muchas fuerzas vivas del país, entre ellos los gremios, las centrales obreras y la opinión ciudadana, expresaron su desacuerdo o su inquietud por los alcances de esta pretensión.

Se trataba de cambiar por la puerta de atrás la estructura y operación de un sistema que ha venido operando bien, en favor de los trabajadores de menores y medianos recursos en el país y de sus familias, con el prurito de liberar a los empleadores de cargas parafiscales, para aventurarse en la idea de generar con ello

más empleo formal y favorecer la competitividad de las empresas. Idea tal, sin sustento experimental, colocaba en riesgo la perdurabilidad de una cara prestación social de los trabajadores en Colombia, afectaba la seguridad social y anunciaba un importante aumento de las ganancias de las grandes empresas – que por demás no se muestran interesadas en la eliminación de la parafiscalidad atípica para el subsidio familiar – en detrimento de la solidaridad, la equidad y la inclusión social.

Debe señalarse que de iniciativa gubernamental, fue presentado a consideración del Congreso de la República el proyecto de ley “por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”.

Se pretenden modificar varios artículos del Estatuto Tributario y adicionar otras normas y capítulos de la misma normatividad. A manera de ejemplo, se propone crear, a partir del 1° de enero de 2013, el **Impuesto sobre la Renta para la Equidad** a cargo de las sociedades, personas jurídicas, contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios.

Así mismo, se plantea la estructuración del Impuesto Mínimo Alternativo Nacional, IMAN, para las personas naturales clasificadas en la categoría de empleados, como un sistema de determinación de la base gravable y alícuota del impuesto de renta que grava la renta líquida y que resulte de disminuir, de la totalidad de los ingresos brutos ordinarios y extraordinarios de cualquier origen obtenidos en el respectivo periodo fiscal, los ingresos no gravados, los costos y deducciones autorizados.

De la misma forma, se proyecta estructurar el Impuesto Mínimo Alternativo Simple, IMAS, como un sistema de determinación simplificado del impuesto sobre la renta, aplicable únicamente a personas naturales colombianas, y a personas naturales extranjeras residentes en el país, clasificadas en la categoría de empleado, cuyos ingresos brutos en el respectivo año gravable sean inferiores a nueve mil doscientos (9.200) UVT, calculado sobre la renta gravable determinada de conformidad con el sistema del Impuesto Mínimo Alternativo Nacional, IMAN, a la cual se le aplica la tarifa que corresponda de acuerdo con las tablas señaladas en el proyecto de ley.

Igualmente, se deroga la Ley 963 del 8 de julio de 2005 por medio de la cual se instauró una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia. En efecto, dicha norma había establecido los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

De acuerdo con la ley, que ahora pretende derogar la reforma tributaria, mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

De otra parte, y específicamente en lo que se relaciona con los sistemas generales de Seguridad Social y Protección Social, el proyecto de reforma tributaria modifica algunas normas de las leyes 100 de 1993, 21 de 1982, 27 de 1974, y 89 de 1988.

Entre los aspectos más relevantes de la iniciativa se encuentran la redefinición del concepto de “régimen contributivo” dentro del Sistema General de Seguridad

Social en Salud y la exoneración de la cotización al Régimen Contributivo de Salud por parte de las sociedades y personas jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, por sus trabajadores que devenguen hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

También se regulan materias que tienen que ver con el pago de aportes parafiscales al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, sin incluir, con muy buen criterio, a las Cajas de Compensación Familiar.

Finalmente, en el proyecto de reforma se amplía el término para diseñar e implementar el Sistema Único Nacional de Información y Rastreo, SUNIR.

Se abre un amplio debate sobre los alcances de la reforma, correspondiéndole al Congreso de la República sopesar razonadamente la intencionalidad positiva de la iniciativa con los efectos que algunas de sus disposiciones pueda generar.

### **3. Posición de ASOCAJAS sobre la financiación del Sistema del Subsidio Familiar**

ASOCAJAS reitera su posición sobre la inconstitucionalidad e inconveniencia de pensar en reducir o eliminar la fuente de financiación que por aportes de los empleadores financia el Sistema del Subsidio Familiar; lo mismo que la alternativa relacionada con el traslado de fuente financiera al respecto, para hacer que la misma se concrete en recursos de origen fiscal.

Entre los principales argumentos al respecto mencionamos los siguientes:

- Como la razón de ser del Sistema del Subsidio Familiar es la atención de una prestación social para los trabajadores de menores y medianos ingresos, es connatural que la financiación de la misma se sustente en el aporte que realicen los responsables empresariales de la misma.
- Los empleadores han interiorizado ya su aporte al Sistema, sin que el mismo sea un factor disuasivo para la contratación laboral formal, ni exista evidencia de que ello sea así.
- La aplicación de aportes parafiscales para financiar prestaciones de la seguridad social es una práctica universal que en Colombia tiene ampliamente acogida y aceptación. Como el subsidio familiar, la atención a desempleados y los servicios sociales son prestaciones de la seguridad social, es propio que tales beneficios se financien con aportes que provengan de la parafiscalidad.
- Reducir o eliminar los aportes con destino al Sistema del Subsidio Familiar no determina la generación de más empleo formal en el país.
- La parafiscalidad no puede ser vista exclusivamente como el aporte al Sistema del Subsidio Familiar.
- El ajuste en la financiación del Sistema del Subsidio Familiar pone en riesgo la cobertura subjetiva y material de las prestaciones que vienen reconociendo las Cajas de Compensación Familiar, con lo cual se provocará una desmejora a las garantías mínimas constitucionalmente reconocidas a los trabajadores y a los derechos de la seguridad social.

- La prestación de la seguridad social como servicio público que atiende un derecho constitucional, reclama autonomía en su esquema de financiación y prestación.
- Los recursos que sirven a la seguridad social y por ende a las prestaciones del subsidio familiar con intangibles, esto es, no pueden destinarse a fines diferentes a aquella y deben garantizarse en su integralidad para cubrir las necesidades a las que responde cada subsistema de protección.
- Financiar el subsidio familiar y los servicios sociales con recursos de origen fiscal constituye un retroceso de la política pública al propiciar un esquema de estatización de un servicio que ha operado por seis décadas con eficiencia y adecuados resultados.
- Establecer recursos fiscales especialmente definidos para la atención de las prestaciones del subsidio familiar presenta graves riesgos por contrariar el principio constitucional en virtud del cual no hay impuestos con destinación específica,
- Así se establezcan criterios para precisar recursos fiscales que financien la operación de las Cajas de Compensación Familiar, en últimas la destinación anual de los mismos terminará dependiendo de criterios de oportunidad, de suficiencia fiscal y de sostenibilidad presupuestal, además de condicionarse al debate en el Congreso del presupuesto general anual de la Nación, contrariando los postulados de autonomía y eficiencia que deben caracterizar la operación de los sistemas de seguridad social.
- Al provenir la financiación del Sistema a partir de impuestos se desnaturaliza su interpretación como una prestación social de los trabajadores; en efecto, solamente algunas empresas terminarían financiando una prestación laboral de todos los trabajadores, rompiéndose el vínculo propio de una prestación tal con el responsable de la vinculación laboral.

#### 4. Consideraciones particulares

Adicional a lo comentado, la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar, ASOCAJAS, deja a consideración del país los argumentos que justifican la no inclusión de las Cajas de Compensación Familiar en el proyecto de ley por la cual se expiden normas en materia tributaria.

##### 4.1. Cualquier iniciativa legislativa que pretenda modificar o alterar la prestación social subsidio familiar debe discutirse en la Comisión de Concertación de Políticas Laborales y Salariales

Uno de los principios tutelares del sistema político colombiano es el de la participación. Por ello, uno de los fines del Estado es facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación y, por eso mismo, la participación es un derecho.

**La participación entonces permite que la formulación de las políticas públicas no se haga sin la presencia de los particulares.** Ellos tienen la posibilidad de participar, elevando sus propuestas u opinando sobre los proyectos de decisión pública que han de contener políticas públicas, sean de carácter legislativo o administrativo.

Empero, en materia salarial y laboral, la Constitución emplea un mecanismo distinto, el cual está previsto en el Artículo 56 de la Carta Política.

En efecto, dispone el inciso tercero del Artículo 56 de la Constitución Política que, una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos del trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento.

Ello significa, desde el punto de vista constitucional que, **la adopción o fijación de las políticas salariales y laborales en Colombia, sea que estén contenidas en la ley o en actos administrativos de carácter general, tienen que ser el resultado de la concertación tripartida entre el Gobierno, los empleadores y los trabajadores** y no simplemente de la mera participación de estos últimos.

La participación es un mecanismo que le permite proponer la adopción de decisiones públicas o intervenir en su discusión dando opiniones o conceptos con el propósito de respaldar total o parcialmente un proyecto de decisión pública o de oponerse a él, sin que tal opinión sea obligatoria para la entidad pública que la recibe y quedando ésta en libertad de acogerla o no, pues en todo caso, la decisión definitiva debe ser el resultado del proceso intelectual-volitivo de la propia administración pública.

La concertación supone tanto la participación como el consenso y, en veces, algo más, la adopción de la decisión. Ello significa que en tratándose de la concertación, las partes en discusión proponen la adopción de la decisión, se ponen de acuerdo en ella y emiten la decisión.

En nuestro Estado no se puede adoptar una decisión pública si previamente no se ha surtido por lo menos el proceso de concertación así allí no se logre el consenso necesario para adoptarla. Así por ejemplo, en el caso analizado del salario mínimo, el gobierno no puede definir unilateralmente el salario mínimo, si previamente no se convocó la comisión de concertación y luego de surtido el proceso se declara que falló el proceso de concertación.

En conclusión, en Colombia no puede adoptarse ninguna política laboral o salarial, si previamente no se ha convocado la Comisión de Concertación para que en ella se presente, debata y se acuerde el contenido de la decisión de tal manera que ella sea el resultado del consenso o por lo menos para que ella haya sido previamente discutida con miras a lograr su concertación.

Estas consideraciones son aplicables para el ejercicio de las demás funciones y por lo mismo para la fijación en general de la política salarial y laboral en Colombia.

**Siendo el subsidio familiar una prestación social en favor de los trabajadores, él constituye in genere un beneficio social**, así no constituya *strictu sensu*, salario, resultante de la política laboral y de seguridad social adoptada en Colombia desde 1948, a propuesta tanto de trabajadores como de empleadores.

Es más, su desarrollo e implementación, ha sido el producto del consenso y la concertación entre trabajadores y empleadores, y el Estado -a través del legislador y del Gobierno-, surgió como un garante de dichos acuerdos, motivo por el cual ahora tiene asiento propio en la mesa de concertación y de fallar el mecanismo puede adoptar las decisiones que correspondan pero en beneficio tanto de los dos sectores como del interés general, del interés común y del interés social.

En tal virtud, **por ser el subsidio familiar parte de la política laboral y de seguridad social colombiana, cualquier decisión pública que pretenda suprimirlo, modificarlo o alterarlo, debe ser adoptada por el Congreso de la República, luego de surtido el trámite de concertación que como requisito de procedibilidad prevé el Artículo 56 de la Constitución Política y desarrolla la Ley 278 y conforme a las reglas jurisprudenciales hasta ahora definidas por la Corte Constitucional, sin perjuicio de poner en movimiento otros escenarios de discusión y concertación creados por la ley.**

Adicionalmente, no puede desconocerse el acuerdo de voluntades suscrito en materia laboral entre el Gobierno Nacional, los empleadores y las centrales obreras en representación de los trabajadores, el cual estableció como uno de sus objetivos fundamentales el fortalecimiento de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales.

#### **4.2. Prohibición constitucional de vulnerar el principio de no regresividad en materia de derechos sociales**

Disminuir en términos reales los recursos para garantizar la efectividad del subsidio familiar como prestación social y como salario social mediante una medida legislativa, o modificar la estructura, organización o financiación del Sistema del Subsidio Familiar, desmejora notoriamente los derechos económicos y sociales de los trabajadores y de su núcleo familiar; entre ellos los derechos de los niños, niñas, adolescentes y adultos mayores, para quienes el derecho a la prestación social llamada subsidio familiar es fundamental, motivo por el cual, cualquier contenido normativo que pretenda afectar los derechos de los sujetos de especial protección que se benefician del Sistema del Subsidio Familiar, sería abiertamente inconstitucional.

La prohibición de regresividad ha sido explicada en múltiples decisiones por parte de la Corte Constitucional. En algunas de ellas la Corte se ha referido a la prohibición de regresividad por la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social<sup>1</sup> o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que está en proceso de acceder al derecho<sup>2</sup>. **En otro tipo de decisiones la Corte Constitucional ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población<sup>3</sup>.**

<sup>1</sup> Sentencia C-1165 de 2000.

<sup>2</sup> Sentencia T-1318 de 2005.

<sup>3</sup> Así por ejemplo, en la sentencia T-025 de 2004, sobre los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado por la violencia, la Corte indicó que los derechos sociales, económicos y culturales consagrados en la Constitución imponían al Estado, el "deber de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir,

En consecuencia, los recursos de la seguridad social destinados para el pago del subsidio familiar; que constituye un derecho fundamental de los niños, adolescentes y adultos mayores, y un derecho social fundamental para los trabajadores y demás integrantes del núcleo familiar; no puede ser afectado en su núcleo esencial por parte del legislador.

En síntesis, cuando un grupo determinado de sujetos de especial protección, y en general, cuando la población de más bajos ingresos ha obtenido o alcanzado un nivel de protección social específico mediante el reconocimiento de determinados derechos sociales fundamentales, no puede el Congreso de la República, así sea titular de la cláusula general de competencia legislativa, desconocer el logro de esos derechos y retroceder en la protección de los mismos, a través de una medida legislativa.

De acuerdo con nuestro modelo constitucional y económico, puede concluirse que en un Estado Social de Derecho, la prestación social del subsidio familiar es un derecho adquirido del sector social de los trabajadores que no puede ser desconocido, vulnerado o desmejorado por una medida legislativa, toda vez que, por expreso mandato constitucional y legal, es el Gobierno Nacional el encargado precisamente de estructurar las políticas públicas en materia social con el fin de proporcionar mayor bienestar a la población y no al contrario.

### 4.3. La naturaleza jurídica de las cajas de compensación familiar

De acuerdo con lo establecido por el legislador, es evidente que la naturaleza de las Cajas de Compensación Familiar tiene una connotación especial, así como todo lo relacionado con su objetivo, misión, visión, administración de recursos y funciones.

Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley.

En términos generales, inicialmente los aportes de los empleadores para el subsidio familiar fueron voluntarios o surgieron como una obligación pactada en las convenciones colectivas que celebraban con sus trabajadores. En todo caso, la ley previó que el subsidio tendría el carácter de una prestación social.

Empero, a partir de 1957, los aportes de los empleadores para el pago del subsidio familiar se convirtieron en obligatorios por mandato de la ley, los cuales deben transferirse a las Cajas de Compensación Familiar en los términos y condiciones señalados en la misma ley y destinarse por éstas para el pago del subsidio familiar a favor de los beneficiarios también señalados en la ley, en los términos y condiciones señalados por ésta, la cual definió que dichos pagos a favor del beneficiario constituían una prestación social.

De la ley surge entonces: i) La obligación a cargo de los empleadores consistente en hacer los aportes para el subsidio familiar; por conducto de las Cajas de Compensación, cuyos beneficiarios serán los definidos en la ley; ii) De la ley surgen las funciones, deberes y obligaciones de las Cajas de Compensación Familiar para hacer efectivo el recaudo y posterior pago, en dinero, en especie o servicios a sus beneficiarios, en los términos y condiciones que señalan la ley y los reglamentos;

---

*sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos”.*

y, iii) De la ley surge el derecho a favor de los beneficiarios en las condiciones y términos que ésta señala en todo caso como prestación social.

En cuanto a la financiación del subsidio, éste ha sido clasificado por la jurisprudencia como una contribución parafiscal atípica. En efecto, Al mismo tiempo que la Corte ha puesto de presente el carácter de prestación social que tiene el subsidio familiar, ha indicado también que la manera como han sido regulados los recursos que manejan las Cajas de Compensación Familiar permite concluir que ellos son recursos provenientes de una exacción parafiscal de naturaleza atípica o *sui generis*.

En efecto, las contribuciones que administran las Cajas son rentas parafiscales atípicas si se repara en el elemento de la destinación sectorial, toda vez que han sido impuestas directamente por el legislador en cabeza de determinado grupo socio económico -los empleadores-, pero con el objeto de beneficiar a los trabajadores.

En tal virtud, con gran acierto y coherencia en términos de estructuración de una política pública, respetando principios y derechos constitucionales ciertos, irrenunciables e invulnerables del sector de los trabajadores y de la población de menores ingresos del país, el Gobierno Nacional no incluyó -porque además no era viable desde el punto de vista constitucional- al sector de las Cajas de Compensación Familiar en la reforma tributaria proyectada.

## 5. Conclusiones

Con el permanente ánimo de contribuir y participar en los debates sobre las políticas públicas, en especial de aquellas de alcance social, ASOCAJAS estima esta oportunidad como de alta relevancia para deliberar democráticamente sobre los servicios y la financiación del Sistema del Subsidio Familiar en el país.

Con el presente texto se busca promover una más reflexiva y sustentada discusión sobre la parafiscalidad y su incidencia en la sustentación del Sistema, así como en la seguridad y protección sociales.

Tenemos confianza en la masiva participación de los colombianos en defensa de la capitalización social lograda a través del Sistema del Subsidio Familiar; como también en la reflexiva posición del Gobierno Nacional y del Congreso de la República que sabrán aplicar los postulados constitucionales para asegurar condiciones de autonomía, eficiencia y suficiencia del derecho al Subsidio Familiar de los trabajadores de Colombia y de las prestaciones de seguridad social que a él corresponden.

Abrimos la deliberación y manifestamos nuestro interés porque esta se dé en forma amplia y democrática, consultando a todas las fuerzas vivas del país, en todos los territorios y por parte de todas las corrientes de pensamiento.

**Álvaro José Cobo Soto**  
Presidente Ejecutivo Asocajas



## 2

# SISTEMA DEL SUBSIDIO FAMILIAR Y FINANCIACIÓN PARAFISCAL: PRESENTE Y FUTURO<sup>4</sup>

## I. Presentación

Recurrentes son las posturas que en Colombia promueven la reducción de las cargas parafiscales, como alternativa para generar mayor competitividad en la economía y fomentar la generación de empleo.

No obstante existir una amplia gama de contribuciones parafiscales, ellas sí típicas, y de referirse la crítica también a la parafiscalidad que se aplica a los subsistemas de salud, pensiones, riesgos profesionales y a la financiación del SENA y del ICBF, el debate parece centrarse siempre en la destinación de recursos con destino al Sistema del Subsidio Familiar, que equivalen al 4% pagado por los empleadores sobre sus nóminas por conducto de las Cajas de Compensación Familiar.

Esta circunstancia demanda una reflexión sobre lo que ha representado el Sistema del Subsidio Familiar; a partir de la identificación de unas líneas conceptuales que permitan desarrollar un debate público razonado sobre la continuidad y la proyección del aludido sistema.

Para favorecer una comprensión integral de la realidad de dicho sistema es menester acudir a su historia, reflexionar sobre sus características esenciales – a veces menospreciadas – y señalar la enorme transformación que ha experimentado el sistema, que no parece vislumbrarse quizá porque aún mantiene la denominación que le diera origen, a partir de una prestación social creada por ley para los trabajadores de menores y medianos ingresos, sin considerar hoy la plurifuncionalidad social que le es propia, como operador por excelencia de la política social del Estado.

La discusión no puede centrarse solamente en la reducción o eliminación de una fuente de financiación para prestaciones de la seguridad social y de la política social del Estado – materia que de por sí habrá que abordar -, sino que obligadamente tendrá que considerar la responsabilidad del Estado y de la sociedad en el cubrimiento de prestaciones tales, de la misma manera que deberá analizar el modelo de operación aplicado por las Cajas de Compensación Familiar.

<sup>4</sup> Reflexiones tomadas de exposiciones y textos de Juan Carlos Cortés González, Director del Centro de Pensamiento de ASOCAJAS.

La eliminación de la parafiscalidad llevaría a la extinción de la prestación social subsidio familiar, claramente identificada como derecho del sistema de seguridad social?

¿Cómo y quién financiará prestaciones como las del subsidio por personas a cargo y por desempleo? Si precisamente la protección social se instituye como mecanismo institucional para preservar a las sociedades en épocas de crisis, por qué debilitar el sistema y las operadoras que han sido encargadas de dicha protección en Colombia?

En el caso particular del Sistema del Subsidio Familiar, al nacer el aporte de nomina de la relación laboral, y por proveer las prestaciones sociales señaladas respecto a los afiliados. La cotización es una porción del salario, un salario social, que se canaliza a través de un marco institucional para cubrir los riesgos sociales de los trabajadores y sus familias, y apoyar la superación las principales carencias sociales de esta población. Esto hace parte del pacto social sobre el cual se ha construido el Estado Social de Derecho, la ciudadanía social, y es una de las formas como se expresa la democracia.

En tal contexto, el Sistema del Subsidio Familiar surge como un mecanismo de Responsabilidad Social Empresarial que en el tiempo por ese origen se convirtió en una prestación social de carácter legal. Sustituir su financiación por recursos fiscales de origen público significaría desaparecer el fin originario, como instrumento de responsabilidad directa de los empleadores con el bienestar y la calidad de vida de sus trabajadores y sus familias.

La eliminación pretendida implicaría la extinción de las operadoras, Cajas de Compensación Familiar, que han demostrado constituir un esquema eficiente y legitimado de integración público privado, para la proveeduría de bienes meritorios para poblaciones de menores ingresos y vulnerables?

Es oportuno y posible transformar la financiación de políticas sociales como las relacionadas con vivienda, salud y atención de niños pobres, mediante la aplicación de nuevos impuestos, una vez liberada la carga parafiscal del 4%?

Razonablemente los empleadores asumirán frente a reducciones de dicha carga, la tarea de incrementar sus nóminas para generar empleo a un menor costo o, como lo evidencia la historia de las reformas flexibilizadoras, la pretensión racional será por el incremento de los remanentes?

Muchas inquietudes surgen sobre esta materia que en todo caso, exige una amplia deliberación, en la que participen todos los actores sociales.

Elo para que no apliquemos el paradigma de gestión en cuanto a que "si está bueno rómpalo", sin tomar en cuenta logros, proyecciones y retos de un sistema que en la perspectiva del tiempo, presenta a nuestro juicio mayores ventajas que pérdidas y que sugiere fortalecimiento, precisamente bajo la perspectiva de la protección social.

Es Colombia una de las naciones mayormente avanzada en cuanto se refiere a la institucionalidad de dicha protección social. Su reto está pues en hacer de ese diseño, realidad viviente que contribuya eficazmente a la reducción de la pobreza y al cumplimiento de los Objetivos del Nuevo Milenio. El papel del sistema en esas tareas se anuncia como definitivo.

Que las reformas que se busquen y que sean apreciadas como necesarias – bajo la óptica constante del cambio como realidad propia de las sociedades –, contribuyan a fortalecer, universalizar y asegurar prestaciones para los más necesitados, bajo un esquema integrador y sistémico para el cual el Sistema del Subsidio Familiar es terreno propicio, y que no se materialicen como pretensiones estadísticas, edificadas sobre supuestos de una economía de libre mercado deseable, pero incapaz per se de generar desarrollo humano sostenible y equitativo.

## 2. Historia con visión de futuro<sup>5</sup>

El Sistema del Subsidio Familiar surge en Colombia como anticipo visionario del modelo que adoptaría el país a partir de la Constitución Política de 1991.

En efecto, la noción de Estado Social de Derecho – que a nuestro juicio más corresponde hoy a lo que podríamos denominar Estado Constitucional de Justicia – y el piso axiológico al que alude la doctrina constitucional en la identificación del ser de la nación, se identifican con un modelo económico que a partir del tríptico Trabajo/Propiedad/Empresa persigue la realización de un capitalismo social, a partir de una intervención razonada del Estado y con la concurrencia del sector privado.

En este modelo la participación del tercer sector es fundamental.

Por su parte y como bien lo expresa la Corte Constitucional, el deber de la solidaridad tiene un correlato en el derecho a la seguridad social.

Esto implica que el servicio público de seguridad social, materializado a través del sistema tal, se identifica como el camino más expedito para la realización del compromiso estatal por la justicia y el desarrollo.

Bajo esta perspectiva el Sistema del Subsidio Familiar, creado en la década de los años cincuenta del siglo pasado, se constituye en un referente histórico con plena vigencia contemporánea. Más aún, se aprecia su visión de modernidad, cuando se consideran particularmente las siguientes características que le son propias:

### a. Es producto de un pacto social

La génesis del Sistema del Subsidio Familiar implica que fue un acuerdo entre empleadores y trabajadores el que permitió que de manera voluntaria se reconociera una prestación adicional para quienes devengaban los menores salarios y tenían personas a cargo.

Antes de su incorporación institucional, fue el subsidio familiar una prestación extralegal. Las Cajas de Compensación Familiar aparecieron así mismo, en forma espontánea, como producto de la interacción entre empresas.

La sociedad acogió este esquema de intervención, lo que conllevó su generalización y, posteriormente, su formalización y obligatoriedad a partir del derecho.

El Sistema del Subsidio Familiar representa el único modelo institucional de prestaciones de la seguridad social acogido voluntariamente por los actores que de él participan.

<sup>5</sup> Apartes del texto tomado de CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Subsidio familiar y servicios sociales en Colombia, Régimen actual y perspectivas*, editorial LEGIS, primera edición, Bogotá, 2011

### b. Es operado por entidades privadas con compromiso público

Desde sus orígenes, se quiso que la administración de la prestación social subsidio familiar estuviera a cargo de entidades especializadas de carácter privado.

No obstante, la conformación de aquellas y posteriormente la regulación que sobre su naturaleza se hiciera, implicó que su naturaleza fuera la de corporaciones sin ánimo de lucro.

Tales condiciones determinaron que el sistema se estructurara sobre la operación de entes especiales, en los cuales se mezclaron las condiciones propias de la empresa privada, con finalidades sociales y una vocación de servicio público, concretada en la operación de gestores sin ánimo de lucro.

Cincuenta años atrás se expresaba en Colombia un modelo de capitalismo social, con actuación de particulares que operaban como mandatarios de los empleadores - responsables del subsidio familiar, cuya gestión eficiente comprometía la realización de funciones de interés público.

### c. Realiza un modelo de capitalización social

El esquema de operación y financiación del sistema permitió que su gestión derivara en un modelo de capitalización social.

Los recursos aportados por los empleadores ni le pertenecen a éstos, ni a los trabajadores particularmente considerados, ni a las Cajas de Compensación Familiar, que son sus administradoras.

Con dichos recursos se alimenta un fondo para cubrir una prestación social y de la seguridad social, una vez se cumplan los requisitos de ley por parte de los beneficiarios.

No se trata de ingresos que se incorporen al fisco, sino de recursos con afectación social y legal a finalidades de provisión social, que ahora están amparadas por el Artículo 48 de la Constitución Política.

La especial naturaleza de los ingresos del sistema, que son propios del sector de los trabajadores y que por el principio de solidaridad se extienden a fines de utilidad pública frente a sectores diferentes, como los del trabajo independiente e informal, los desempleados y las poblaciones vulnerables, permite que mantengan autonomía respecto a pretensiones públicas o privadas, y que a la vez se afecten a funciones de interés general.

La gestión privada sobre dichos ingresos ha permitido así mismo la capitalización de los mismos, mediante su activación materializada en una infraestructura que es propia del sector de los trabajadores y que no acrece el patrimonio particular de sus administradoras, las Cajas de Compensación Familiar, ni del Estado, al no ser bienes fiscales, ni tampoco de los empleadores o de grupos empresariales ni de trabajadores individualmente considerados.

Se trata de activos con afectación al cumplimiento de fines constitucionales y legales, que generan riqueza social pero que no individualizan su propiedad en cabeza de un actor económico, por lo que expresan plenamente las condiciones de una economía de autogestión y solidaria.

Ello se refuerza al considerar que las operadoras del sistema carecen por ley de ánimo de lucro, lo que les obliga a realizar una gestión cuyos resultados redundarán en capitalización social.

d. Aplica un gobierno con dirección cogestionada

La presencia de representantes de los empleadores y de los trabajadores en los consejos directivos de las Cajas de Compensación Familiar y la operación misma de sus asambleas, constituye un mecanismo participativo que desde décadas atrás vivenció la pretensión aún irrealizada por la democracia económica.

Los consejos directivos trazan las políticas de las Cajas de Compensación Familiar y en ellos toman asiento con plenitud de derechos voceros del sector empresarial, tanto del capital como del trabajo y en igualdad de proporción, pues se trata de organismos paritarios.

No tiene asiento en dichas corporaciones el Estado, a través del Gobierno Nacional, pues no existen aportes de éste para la operación del sistema. Se respeta así también la autonomía de gestión.

No obstante ello, los últimos años han visto fortalecer la operación conjunta entre Estado y Cajas de Compensación Familiar; evidenciándose un esquema de participación que sin afectar el gobierno interno, anuncia posibilidades de gestión que alivia las cargas del sector público.

Lo anterior sin embargo, deja ver inquietudes respecto al futuro del sistema, en la medida en que la intervención estatal ha crecido, tanto en el ámbito de la regulación, como en el del control y en el de la propia gestión, colocando en riesgo la definición autonómica que ha caracterizado la forma de operar el sistema. Sin duda la publicación del sistema es uno de los temas que convoca mayores reflexiones, en el ánimo de apreciar bondades y debilidades del esquema actual, y posibilidades de ajuste frente a las expectativas que pretenden cubrirse por el sector público.

Tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, el Sistema del Subsidio Familiar desarrolla el principio de participación en Colombia y es producto de la interacción entre el Estado y los particulares, para el logro de fines de interés público.

A nuestro juicio, dos son los valores constitucionales en que se soporta el aludido sistema. De una parte el de la solidaridad<sup>6</sup>, pues es expresión aquel de redistribución e inclusión social, y de la otra, la participación, pues permite la canalización de esfuerzos privados para el logro de cometidos de seguridad social.

La historia del sistema así mismo lo ha conducido en la actualidad a ser el titular por excelencia de la protección social en Colombia.

No obstante que aún en nuestro país se carezcan de estudios a profundidad sobre el alcance de este concepto, pese al avance legislativo en la materia, es evidente que las Cajas de Compensación Familiar se han erigido en las instituciones que tienen a su cargo las principales responsabilidades en cuanto atañe al desarrollo del sistema de protección social en el país.

<sup>6</sup> Sentencia Corte Constitucional C-508 de 1997.

Este es el efecto principal al respecto, de la reforma introducida por la Ley 789 de 2002 y la creación de las prestaciones por desempleo con pretensión universal en Colombia, a través del subsidio para desempleados con y sin vinculación anterior al Sistema del Subsidio Familiar; de la capacitación para la reinserción laboral y de los microcréditos para el fomento del empleo que beneficie a desempleados.

Si la protección social persigue la cobertura de los residentes frente a contingencias individuales de impacto social que afectan su nivel de ingresos y sus condiciones de bienestar, particularmente frente a épocas de crisis, el Sistema del Subsidio Familiar y de protección al desempleado, se constituye en el mecanismo por excelencia para hacer frente a dichas situaciones, máxime si se considera el amplio espectro de los servicios sociales a cargo de las Cajas de Compensación Familiar.

El papel pues hacia el futuro del sistema y de estas organizaciones es más amplio que su propia historia, correspondiendo a la sociedad encarar el análisis estructural sobre la forma en que deberán asumir el porvenir para la provisión de servicios meritorios que se demandan con universalidad e integralidad.

### 3. Precisiones para el debate

Con frecuencia se confunden los conceptos y se enredan los debates, cuando se pierde la perspectiva finalista de las instituciones y se desdibuja la naturaleza de las cosas.

Ello acontece cuando se trata del análisis sobre la continuidad del aporte parafiscal en Colombia con destino al Sistema del Subsidio Familiar.

Lo primero sea señalar que el fin que procura el Sistema del Subsidio Familiar se concreta en el bienestar de las familias afiliadas y en la provisión de recursos complementarios para las familias de trabajadores de medianos y menores ingresos.

Esto es, la razón de ser del sistema es la protección de la familia.

Para el logro de ese objetivo se han aplicado en Colombia mecanismos y recursos expresados en política pública, a partir de una creación autogestionada por el sector productivo del país, como se ha comentado.

En efecto, los medios para el fin del bienestar señalado, han sido propios de la historia nacional y no pueden confundirse con la razón de ser misma del sistema.

Las Cajas de Compensación Familiar son instituciones que operan el Sistema del Subsidio Familiar y administran sus recursos y prestaciones, para el fin de seguridad social perseguido por el Estado y la Sociedad; no son un fin en sí mismas consideradas.

Ello significa que no puede confundirse el sistema con sus operadoras, por exitosas y reconocidas que puedan ser, como tampoco que se admita considerar que aplicar recursos del sistema para fines diversos sea recortar los recursos de las Cajas, pues ellas son meras administradoras de recursos del sistema, que a criterio de la doctrina constitucional corresponden al sector de los trabajadores y no son propiedad de los empleadores ni de los trabajadores, como derechos subjetivos de aquellos ni de éstos, al menos hasta que se materialicen los requisitos de ley y puedan acceder los beneficiarios al correspondiente subsidio, momento en el cual sí engrosan el patrimonio particular.

Tal precisión aun cuando evidente, es menester realizarla pues no en pocas ocasiones se piensa y se expresa que un recorte, la eliminación o el cambio de destino de los aportes del 4% consiste en una distribución de recursos que salen de las Cajas de Compensación Familiar y se derivan a otros fines, cuando en verdad lo que ocurre en el caso es una redefinición sobre el empleo de recursos del sistema.

Y el Sistema del Subsidio Familiar se define como la integración de los empleadores, de los trabajadores y sus familias, y del Estado, con la operación de las Cajas, sin que sea admisible reducirlo a sus gestoras.

Importante es analizar la procedencia o no de la parafiscalidad de cara a las exigencias sociales y económicas del país, pero no más que debatir sobre la naturaleza de las prestaciones que cubre el sistema, hoy financiado por aquella.

Esta reflexión invita pues a una breve reflexión sobre tres elementos fundamentales pero diversos cuando de considerar el Sistema del Subsidio Familiar se trata. De un lado, las prestaciones y su naturaleza, y de otro, la fuente parafiscal de la cual se alimenta y la actuación a cargo de operadores especializados, las Cajas de Compensación Familiar.

#### **4. Prestaciones del Sistema del Subsidio Familiar**

El Sistema del Subsidio Familiar a través de sus operadoras las Cajas de Compensación, ha terminado ejecutando una importante variedad de finalidades de interés colectivo, que se torna difícil precisar las tareas que hoy tiene a su cargo.

Lo anterior además, por cuanto la amplitud de los servicios sociales ejecutados por las Cajas y la forma de ejecutarlos, ha hecho que resulten involucradas en la prestación de actividades complementarias, estimuladas además por la búsqueda de fuentes alternativas de financiación y por las posibilidades asociativas para el funcionamiento, en ciertas áreas de gestión.

No obstante podrían identificarse las siguientes áreas de trabajo en cuanto a las prestaciones a cargo del sistema:

##### **a. Prestaciones clásicas de la seguridad social**

Corresponden a aquellas que ejecutan las Cajas de Compensación Familiar y que son catalogadas por la normatividad y la doctrina como del resorte de un sistema de seguridad social. En el caso del sistema, estas prestaciones son (i) el subsidio familiar y (ii) los beneficios por desempleo.

La primera de ellas, que además corresponde al origen histórico del sistema, es la prestación por cargas familiares, que en Colombia se denomina subsidio familiar.

En efecto, el ramo de las asignaciones familiares se encuentra contemplado dentro de las ramas clásicas de los sistemas de seguridad social, en los términos del Convenio 102 de la OIT o de normas mínimas, así como en la Ley 516 de 1999 que incorporó a nuestra legislación al Código Iberoamericano de Seguridad Social adoptado en Madrid, en el año 1995.

Se trata de la cobertura por la contingencia de tener personas a cargo, cuya atención desequilibra los ingresos familiares y genera para el Estado la obligación de responder mediante la asignación de subsidios en proporción al número de personas que correspondan al beneficiario.

De otro lado, dentro de la misma clasificación se encuentran las prestaciones por paro forzoso o desempleo, las cuales corresponden a una rama de la seguridad social.

En Colombia si bien desde la Ley 90 de 1946 se contemplaba la posibilidad para que el entonces Instituto Colombiano de los Seguros Sociales ICSS desarrollara las coberturas por desempleo y que la Ley 100 de 1993 contemplaba igualmente al opción de desplegar subsidios para cubrir la contingencia del paro no voluntario, solamente a raíz de la Ley 789 de 2002 será cuando con carácter nacional e imperativo se crean las prestaciones por desempleo, las que se concretan en los beneficios de (i) un subsidio en especie y (ii) de capacitación para la reinserción laboral comprendiendo además el otorgamiento de microcréditos a las empresas que generen empleo.

Las prestaciones por desempleo por su ubicación en la ley, se citan ordinariamente como propias de la protección social, si bien como se ha hecho notar teniendo en cuenta su naturaleza, son propias de los sistemas clásicos de seguridad social.

De lo anterior se colige que con independencia de la fuente de recursos y de la naturaleza de las operadoras, en Colombia dos coberturas de la seguridad social se satisfacen por medio del Sistema del Subsidio Familiar; las del ramo de las asignaciones familiares y las de protección al desempleo.

#### b. Prestaciones por servicios sociales

Históricamente la posibilidad de reconocer el subsidio familiar en especie y servicios, hizo que las Cajas de Compensación Familiar desarrollaran una gama de prestaciones bajo la denominación genérica de servicios sociales.

Inicialmente el listado de dichos servicios bajo responsabilidad de las Cajas estaba contenido en el Artículo 62 de la Ley 21 de 1982 y, posteriormente, fue ampliado por lo dispuesto en el Artículo 16 de la Ley 789 de 2002.

En términos generales, hablar de servicios sociales en cuanto se trata del Sistema del Subsidio Familiar; implica hacer referencia a aquellos beneficios que se otorgan a los afiliados a través de prestaciones en los campos de la recreación, la cultura, la educación, las bibliotecas, el deporte, la nutrición, el cuidado de adultos mayores, el turismo, el mercadeo, la salud y el crédito, para los cuales se aplicarán tarifas subsidiadas si se trata de ofrecerlos a trabajadores beneficiarios del subsidio familiar; o tarifas inferiores al mercado y en todo caso, competitivas, no subsidiadas si se trata de afiliados no beneficiarios.

Téngase en cuenta que en Colombia el concepto de servicios sociales desde la perspectiva de la seguridad social está definido por el Título IV de la Ley 100 de 1993, acotándose al reconocimiento de beneficios para adultos mayores en condición de indigencia y que normas reglamentarias precisan para ellos el campo de los servicios sociales que habrán de reconocérseles, bajo la categorización de servicios básicos y de servicios complementarios.

Los servicios sociales son pues desarrollo en Colombia de prestaciones de la seguridad social, que amplían por ley, el espectro de aquella y persiguen la consolidación del bienestar de los beneficiarios.



Algunos de los servicios sociales de las cajas pueden ser prestados a público en general, sin importar su condición de afiliado a la corporación, tal como acontece con las áreas de mercadeo y de recreación. En estos casos, las tarifas que se apliquen deberán cubrir los costos, sin que quepa opción alguna de subsidio, rigiéndose por un esquema de mercado; los aludidos servicios además no pueden comprometer recursos del 4%, por lo que deberán prestarse con autonomía financiera y contable y tener el carácter de autocosteables.

Algunos servicios cuentan con un régimen especial y aplican recursos con destinación específica de ley, tal como ocurre con el servicio de educación, respecto del cual aplica un subsidio regulado a partir de la Ley 115 de 1994, que implica la afectación de un porcentaje de los recursos provenientes de los aportes de los empleadores del 4%.

La ejecución de los servicios sociales de las Cajas se rige por las normas generales de la actividad de que se trate, sin perjuicio de la aplicación de normas especiales, y subsidiariamente de los principios propios al sistema. Ello implica que el marco regulatorio por ejemplo del servicio de recreación, deba responder a la normatividad nacional y territorial que aplique en el campo específico, lo mismo que acontece frente al servicio de educación; el ámbito del crédito social ofrecido por las Cajas cuenta con un régimen propio, al cual por principio no se le aplican las regulaciones y controles general para las instituciones que realicen actividad de intermediación financiera, excepto operen las Cajas secciones especializadas dedicadas a tal rol, en los términos de lo dispuesto por la Ley 920 de 2004.

Es imprescindible así mismo hacer claridad en cuanto a que algunos de los servicios adicionales bajo responsabilidad de las Cajas, tienen origen en la ley y no están contemplados en el régimen especial del Sistema del Subsidio Familiar:

Así acontece en el caso de los servicios de salud ocupacional que se asignan bajo responsabilidad de las Cajas en cuanto hace con sus empresas afiliadas y con la prestación de servicios de nutrición, aún para población no afiliada. En el campo del deporte es preciso reconocer adicionalmente que la Ley del Deporte asigna responsabilidades a las Cajas en la ejecución del plan nacional en la materia.

### c. Prestaciones de vivienda

Capítulo especial merece el servicio de vivienda que reconoce el Sistema del Subsidio Familiar; fundamentalmente en lo que corresponde a la causación y el reconocimiento del subsidio familiar de vivienda de interés social, en sus manifestaciones de subsidio a la demanda y promoción de la oferta (acciones para estimular la generación de proyectos de vivienda de interés social, a partir de alianzas público-privadas, en zonas donde la iniciativa privada es insuficiente para cubrir la demanda de VIS).

En efecto, el sistema reconoce dentro de sus prestaciones subsidio de tal naturaleza para las familias afiliadas – y en caso que sobren recursos a familias no afiliadas –, el cual consiste en un aporte único gratuito que se reconoce al hogar beneficiario para efectos de complementar la financiación para la adquisición de vivienda que se catalogue como de interés social.

El sistema de financiación de la vivienda para personas de menores ingresos en Colombia, se soporta en un trípode de fuentes, a saber: (i) el ahorro, (ii) el crédito y (iii) el subsidio.

El sistema responde pues por el subsidio, reconociendo tal prestación a los hogares postulantes que acrediten las condiciones de ley.

Si bien la vivienda y el derecho de acceso a ella en condiciones de dignidad, no están contemplados como componentes del sistema de seguridad social, pese a que la propia Corte Constitucional ha reconocido que en términos amplios, así debiera ser; se trata de un beneficio que se confiere por el Estado a la familia como mecanismo de protección y generación de capital humano.

El otorgamiento de los subsidios de vivienda y, en general, la actuación de las Cajas como organizadoras de demanda y de oferta de vivienda en Colombia, se constituye en una función de alto impacto, mediante la cual se ejecuta la política social del Estado y que corresponde en esencia al núcleo de la seguridad social.

#### d. Prestaciones de la protección social por delegación del Estado

En las últimas dos décadas el Estado ha trasladado a la operación del sistema una serie de funciones de interés público, con cargo a los recursos provenientes de los aportes del 4% y cuya población beneficiaria es informal, no corresponde necesariamente son los afiliados a las Cajas de Compensación Familiar:

Se trata de la materialización del principio de la colaboración de particulares en la prestación de funciones públicas, a partir del postulado de la participación sociedad/Estado, propio por esencia del Sistema del Subsidio Familiar:

En esa virtud, las Cajas figuran como operadoras de actividades relacionadas (i) con la atención de niños pobres, tanto en programas de hogares infantiles, como de jornada escolar complementaria, (ii) así como con la financiación del régimen subsidiado de salud, bien actuando como aseguradoras o a través del giro de recursos a la subcuenta de solidaridad del Fosyga.

Igual podría decirse ocurre en el caso de las prestaciones para desempleados, a las cuales sin embargo y teniendo en cuenta su naturaleza, hemos ubicado en un capítulo anterior; considerando además que en este evento lo que surge es un nuevo relacionamiento de las Cajas con los beneficiarios de dichas prestaciones, los cuales habrán de entenderse como vinculados a las aludidas corporaciones.

#### e. Prestaciones sociales acordadas con el Estado

Se trata del amplio espectro que corresponde a la prestación de servicios por las Cajas de Compensación Familiar a partir de delegación o contratación con entidades públicas, del orden nacional o territorial, y mediante los cuales se ejecuta la política social a cargo del Estado.

Múltiples son los ejemplos y variadas las opciones al respecto, en particular considerando que el sistema permite desarrollar alternativas de ejecución de tareas públicas con la colaboración de particulares, la cual asegura la gestión privada comprometida con el logro de fines públicos.

Un esquema típico al respecto tiene que ver con la operación de las Cajas como contratistas del Estado en materia de postulación y trámites para el reconocimiento del subsidio familiar de vivienda de interés social que otorga Fonvivienda para población no afiliada a las Cajas. Gestión que se materializa a través de la estructura operativa desarrollada por una unión temporal de todas las Cajas del país.

Como se aprecia, en esta modalidad de gestión el sistema contribuye a la realización de fines públicos, descargando al Estado de tareas que antes asumía en forma directa y mediante el reconocimiento de sumas por la gestión o comisiones por la prestación del servicio.

Un segundo tipo de tareas asumidas por las Cajas en este componente, es el que surge por la celebración de contratos con las entidades públicas. Bajo esta perspectiva las Cajas se asumen como proveedoras especializadas de servicios, para los fines relacionados con las funciones a su cargo.

De tal suerte proceden a celebrar convenios con las entidades públicas mediante los cuales ejecutan a nombre de aquellas, tareas de interés colectivo y con cargo a recursos públicos que administran.

Al efecto, se recurre no en pocas ocasiones a posibilidades de cofinanciación para soportar el logro de propósitos generales.

Un tercer frente en la materia tiene que ver con la opción de aplicar recursos de cooperación internacional para el desarrollo de proyectos, con la participación adicional del Estado o de otros actores o no.

### **5. Aportes parafiscales**

Constituyen la fuente principal de ingresos para las Cajas de Compensación Familiar; no obstante éstas han avanzado en la diversificación de fuentes de financiación.

En general, podemos afirmar que el sistema se nutre principalmente de ingresos por las siguientes fuentes:

- a. Aportes de los empleadores y de los afiliados voluntarios.
- b. Tarifas por servicios sociales.
- c. Rendimientos de capital y financieros.
- d. Actividades contractuales.
- e. Otros

El sistema, a diferencia de lo acontecido en salud y pensiones, no percibe recursos aportados por el Estado, ni ingresos cuyo origen obedezca a subsidios públicos.

A partir de estas reflexiones conviene dar una mirada a lo que representan los aportes parafiscales para el sistema, con base en una reflexión general sobre la materia.

La parafiscalidad constituye una forma de financiar actividades de interés general, a partir de exacciones obligatorias que impone el Estado a sus administrados.

En nuestro ordenamiento constitucional, tanto los recursos fiscales como los parafiscales ostentan la condición de recursos públicos<sup>7</sup>.

El aporte de la institucionalidad colombiana en materia de parafiscalidad es de especial importancia, pues fue precisamente la aplicación de recursos en el sector

<sup>7</sup> Sentencia Corte Constitucional, T-712 de 2003.

del café la que dio origen a este modelo de financiación, que corresponde a lo que Duverger califica como impuestos corporativos.

En efecto, el surgimiento de una cuota pagada por los productores de café sobre los producidos, cuyo importe se debía destinar al fortalecimiento del sector caficultor, generó el modelo parafiscal, con características propias, entre ellas:

- Ser de carácter obligatorio.
- Originarse y destinarse para un sector económico.
- Atender finalidades de interés colectivo.
- No ingresar al tesoro público.
- Aplicar en su administración un modelo de gestión privada.

La Corte Constitucional ha indicado por su parte, las características jurídicas de la parafiscalidad, precisamente al referirse a la operación del Fondo Nacional del Café<sup>8</sup>, señalando entre ellas las que se refieren a la obligatoriedad de la exacción, la particularidad del sujeto gravado (afectan a un sector económico), la particularidad y especificidad de los beneficiarios del aporte (se reinvierten en el sector que aporta) y la no individualización de los beneficios (en tanto benefician al sector y no a sujetos particulares).

Uno de los temas materia de disquisiciones en lo que respecta a la doctrina de la hacienda pública tiene que ver precisamente con la naturaleza y los alcances de este tipo de contribuciones y su relacionamiento con los ingresos de origen fiscal.

Lo anterior particularmente si se tienen en cuenta algunos elementos básicos para la discusión, a saber:

- La prohibición constitucional de la creación de impuestos con destinación específica.
- La financiación de la seguridad social en Colombia a partir de aportaciones de naturaleza parafiscal, mediante el esquema de cotizaciones.
- La confusión de conceptos que ha llevado indistintamente a hablar de impuestos sobre la nómina, cuando se hace referencia a aportaciones de naturaleza parafiscal.
- La aplicación de parte de las cotizaciones en el sistema de seguridad social – también en el campo del Sistema del Subsidio Familiar – a la financiación de fines públicos (no para el cubrimiento de beneficios del aportante o de un grupo específico), ordinariamente cubiertos por recursos provenientes de impuestos, como en el caso del traslado de recursos para la financiación del régimen subsidiado de salud (tanto en el caso de los aportes adicionales que se pagan por los cotizantes con ingresos más altos, como por los recursos que deben destinar las Cajas de Compensación Familiar a ese fin).

De manera particular en el caso del Sistema del Subsidio Familiar, es preciso registrar así sea brevemente la historia sobre el entendimiento de los aportes pagados por los empleadores, con el fin de financiar las prestaciones del mismo.

<sup>8</sup> Sentencia Corte Constitucional, C-449 del 9 de julio de 1992, M.P. Alejandro Martínez.

En el inicio y congruentemente con la interpretación histórica en virtud de la cual el subsidio familiar se reconocía como prestación social de los trabajadores de medianos y menores ingresos, los aportes pagados por los empleadores a las Cajas para la atención de esa prestación, se reconocían como recursos de fuente laboral, cancelados para la administración de operadores especializados, sin naturaleza parafiscal.

En el ciclo de los beneficios por asignaciones familiares, si el empleador no pagaba el aporte, obviamente no había reconocimiento de subsidios ni obligaciones a cargo de las Cajas que actuaban como meras administradoras.

Se planteaba entonces un carácter “laboral” prestacional de dichos aportes, en la medida en que su finalidad estaba afectada por un pago de origen tal, tanto en el sector privado como en el público y considerando que en Colombia, el sector público está obligado a la afiliación al Sistema del Subsidio Familiar.

En ese sentido se expresaba el Artículo 2 de la Ley 225 de 1995 y se alzaron las voces del sistema, de manera recurrente.

No obstante ese origen, posteriormente se fue dando un giro en la interpretación del asunto, primero por la jurisprudencia constitucional y posteriormente por la normatividad, reconociéndose a los aportes con destino al Sistema del Subsidio Familiar, al SENA y al ICBF, la condición de contribuciones parafiscales.

Téngase en cuenta a este punto, que en las últimas dos décadas ha operado lo que podríamos identificar como la segurosocialización del sistema, en la medida en que sin perder de vista el origen prestacional laboral del subsidio familiar, las asignaciones familiares han sido reconocidas como prestaciones del sistema de seguridad social, tal como se ha comentado.

Esta tendencia de clara explicación a partir del garantismo humanista que informa la Constitución Política de 1991 en Colombia, implica por ejemplo que mediante decisiones judiciales se ordene el pago del subsidio a favor de hijos menores, no obstante no haber sido cancelados los aportes por el empleador correspondiente.

La Ley 789 de 2002 constituye el hito normativo por el cual se dio expreso reconocimiento al carácter parafiscal de los aludidos aportes.

Por su parte, se aprecian ya voces de la doctrina constitucional que se refieren a los mismos, calificándolos con un nivel de especificidad propio, al referirse a ellos como a aportes parafiscales atípicos. Esto se da en pronunciamientos tales como la sentencia C-1173 de 2001 de la Corte Constitucional, con ponencia de Clara Inés Vargas, sin que sin embargo, se haya desarrollado el concepto.

Y esto con plena lógica, pues es imperativo reconocer la diferencia conceptual existente entre las aportaciones parafiscales y los aportes al sistema de seguridad social, en especial de aquellos con destino a la financiación del subsidio familiar en Colombia.

Apréciese como la parafiscalidad no es exclusiva del subsidio familiar y que por el contrario, se constituye en una forma de financiar servicios para sectores económicos nacionales.

En ocasiones, parece que el debate sobre la financiación parafiscal se restringe exclusivamente al ámbito del sistema estudiado, desconociendo que aportes parafiscales se aplican en muchos campos de la economía nacional, sin que se aluda y menos, se analice el impacto de estos parafiscales en la productividad y la generación de empleo formal en el país.

Por las características de lo parafiscal atrás referidas, es claro que los aportes que un sector productivo genera, a partir de un mandato legal (principio de legalidad del tributo), y que se destinan a financiar servicios para ese mismo sector, tienen tal condición.

Así acontece con la amplia gama de aportaciones parafiscales en Colombia, entre ellas las del café, las del sector porcícola, las pagadas por los hortifruticultores, las del sector panelero, para no mencionar sino algunas de ellas.

No obstante, los aportes a la seguridad social y al Sistema del Subsidio Familiar distan de la típica categorización parafiscal, en particular por las siguientes razones:

a. No gravan a un "sector" de la economía nacional, sino que por el contrario se busca que sean originados por todos los residentes en el país. En efecto y si bien puede considerarse que son propias del sector trabajo, la aplicación de la universalidad, promueve que se vinculen a la seguridad social sectores informales y que por ende, ellos también aporten a su financiación; lo anterior cobija igualmente a los desempleados, quienes por ejemplo pueden seguir afiliados como voluntarios a las Cajas de Compensación Familiar y se busca que igualmente, se generen mecanismos de seguros públicos y privados, para que puedan continuar aportando a los subsistemas de pensiones y salud. Lo anterior implica, que la aportación parafiscal para la seguridad social grava por esencia a todos los residentes en un país, con lo que se rompe una característica específica de la parafiscalidad ordinaria.

b. No se establecen en beneficio de un "sector" determinado de la economía, el que genera el aporte. Por las mismas razones expuestas en el ítem anterior, los aportes al Sistema del Subsidio Familiar sirven a la generalidad de los residentes, considerando que la seguridad social busca cubrir a toda la población. El Sistema del Subsidio Familiar extiende sus beneficios a poblaciones de trabajadores con contrato laboral, pero adicionalmente a trabajadores informales, independientes y desempleados. Es decir, los aportes al sistema benefician al sector del trabajo, pero con una visión amplia (sector formal e informal) y extienden su cobertura a desempleados, con lo cual se rompe la noción restringida de sector que se aplica para definir los aportes parafiscales típicos.

c. Individualización de beneficiarios y de beneficios. En general, los aportes hechos al sistema de seguridad social, incluidos los que realizan los empleadores para cubrir las prestaciones del subsidio familiar, tienen un fin particular, en la medida en que se realizan para cubrir beneficios de los afiliados y que no obstante financiar al sistema integral y sus subsistemas y destinarse en parte al aseguramiento de poblaciones excluidas (lo que hace que su aplicación tenga vocación universal y no de sector, como se ha detallado), su razón de ser es precisamente la identificación de beneficios a personas determinadas. Ello es evidente cuando se alude a los aportes pagados en el sistema previsional, particularmente en el régimen de ahorro individual, pero también en cuanto se refiere a la financiación del aseguramiento en el sistema de salud. Es decir, la parafiscalidad que nutre la

seguridad social, beneficia de manera directa a los afiliados, pudiendo especificarse los destinatarios de los servicios que se pagan con los aportes y no se dirigen a la financiación de un sector; frente a necesidades grupales o colectivas, como acontece con los parafiscales en su forma típica.

Tendrá que desarrollarse entonces la teoría sobre los aportes parafiscales que nutren la seguridad social y el Sistema del Subsidio Familiar; pues es evidente que la camisa conceptual de la parafiscalidad típica no se ajusta a la naturaleza, condiciones y exigencias de tales aportes.

No se olvide que la Ley 1450 de 2011 reitera la condición que tiene el subsidio familiar como prestación social de los trabajadores, por lo cual los recursos que le sirven además de su condición de afectos a la seguridad social, deben destinarse específicamente a la atención de un derecho laboral, que constituye garantía mínima de los trabajadores en Colombia.

La revisión amplia sobre el concepto parafiscal aplicado a la financiación de la seguridad social y del Sistema del Subsidio Familiar deja varias reflexiones para considerar en el debate:

a. La forma parafiscal de financiación no es exclusiva de la seguridad social, ni menos del Sistema del Subsidio Familiar. Todo debate sobre su impacto en la economía debe considerar los costos parafiscales que operan en otros ramos y sectores.

b. El modelo de seguridad social en Colombia basa su financiación en el esquema de aportación, por lo que las contribuciones parafiscales constituyen la principal fuente financiera del mismo.

c. Se requiere mayor desarrollo conceptual en lo que concierne a las contribuciones parafiscales atípicas con las que se financia el sistema de seguridad social en Colombia.

d. Resulta oportuno analizar si en parte las contribuciones parafiscales al sistema de seguridad social y subsidio familiar; han mutado su naturaleza y revisten carácter fiscal.

## 6. Visión integral de la parafiscalidad

Consideramos necesario acoger la reflexión del entonces Ministro de la Protección Social frente al debate analizado<sup>9</sup>, en cuanto a señalar que la revisión sobre aportes parafiscales y su incidencia en el empleo y la formalidad laboral, no puede reducirse a estimar los efectos del 9% sobre la nómina en cuanto a aportes al SENA, al ICBF y al Sistema del Subsidio Familiar a través de las Cajas de Compensación Familiar; pues en materia laboral, la parafiscalidad es el principal mecanismo empleado por el Estado para financiar la protección social, por lo que toda reflexión que al efecto se realice debe comprender una revisión sobre la carga parafiscal total, vinculando al estudio los temas de financiación en pensiones, salud y riesgos del trabajo.

El debate sobre el impacto de las cargas parafiscales en Colombia no puede reducirse a la revisión sobre uno u otro de los bienes cuya provisión se financia con los aportes de tal carácter; sino que debe comprometer un análisis integral.

<sup>9</sup> Conferencia del Ministro de la Protección Social, Diego Palacio Betancour en el taller Papel del Sistema del Subsidio Familiar en épocas de menor crecimiento económico, Bogotá D.C., 12 de marzo de 2009, extractos tomados de la página [www.asocajas.org](http://www.asocajas.org)

Los bienes a los que sirve la parafiscalidad son de la protección social, por lo que cuentan con una especial protección de la Constitución Política, pues materializan un servicio público constitucional, por el cual se reconocen derechos humanos esenciales para la dignidad y supervivencia de la persona y la familia, bien mediante la provisión directa del Estado o por la operación concesionada a particulares.

### 7. Concepto de parafiscalidad en la protección social

La doctrina aún no ha avanzado lo suficiente en la identificación de la parafiscalidad y de su aplicación en el ámbito de la seguridad social.

La noción de parafiscalidad se refiere a una prestación impuesta por el Estado, de creación legal, que han de sufragar quienes integran un determinado grupo o sector, como instrumento estatal de intervención encaminado a que se ejecute una actividad, o un conjunto de actividades, que si bien beneficia (n) de manera inmediata a ese determinado grupo o sector interesa (n) a toda la colectividad<sup>10</sup>.

Pese al desarrollo francés, no puede olvidarse que fue Colombia pionera en la aplicación de este tipo de recursos para estatales, cuando crea al final de los años veinte del siglo pasado la cuota cafetera, bajo administración de la Federación Nacional de Cafeteros. A partir de allí, el expediente ha sido empleado en múltiples escenarios, existiendo en la actualidad una gran variedad de contribuciones de dicha naturaleza, respecto de las cuales no se ha realizado un análisis de pertinencia, ni de su impacto en el costo de producción empresarial.

Bajo el modelo de seguros sociales (Bismarck), el uso de aportaciones tanto de los empleadores como de los trabajadores, se convirtió en el esquema para la financiación de las prestaciones, asumiéndose posteriormente y por el influjo del modelo inglés de la seguridad social (Beveridge), que el mismo tendría en todo caso que ser complementado con recursos de origen fiscal.

Las tesis de la protección social y del universalismo básico que hoy promueve el BID, contribuyen a una revisión de los modelos financieros de la seguridad social, para independizar más su sostenibilidad de lo laboral y asegurarse mediante impuestos, de la provisión de los servicios que sirvan con vocación universal, al fin del sistema.

Con un criterio amplio y no desarrollado suficientemente la Corte Constitucional<sup>11</sup> les asignó el título de rentas parafiscales, bajo el argumento principal de que provienen del mandato impositivo del legislador. Más adelante<sup>12</sup>, el propio organismo les reconoció el carácter de rentas parafiscales atípicas, sin entrar a profundizar sobre sus características.

A partir de estos criterios, la propia legislación les ha atribuido el título de recursos parafiscales a los aportes con destino a la seguridad social, como aconteció frente al Sistema del Subsidio Familiar con la Ley 789 de 2002, incorporándolos bajo la noción de recursos públicos, con los efectos constitucionales que ello genera, particularmente en lo relacionado con la aplicación de control fiscal.

10 PLAZAS VEGA, Mauricio Alfredo. *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*. Tomo II, segunda edición, editorial Temis, Bogotá D.C. 2005

11 Sentencia Corte Constitucional C - 575 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

12 Sentencia Corte Constitucional T - 1173 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas



No obstante, como lo expresa Plazas Vega<sup>13</sup>, “los citados y tradicionales ejemplos de rentas parafiscales no son apropiados porque no es posible aludir, respecto de ellas, a un sector contribuyente y beneficiario, debido a que las más variadas áreas económicas y sociales concurren para sufragarlas. Hacer referencia al sector de los empleadores y de los empleados, por supuesto, solo es posible con un criterio en extremo amplio y extensivo que contrasta con las características propias de la parafiscalidad”<sup>14</sup>.

Se impone entonces evaluar y perfilar el alcance atípico de la parafiscalidad en materia de protección social, para contar con los suficientes elementos de juicio que permitan una evaluación histórica, integral y de eficiencia en cuanto al empleo de un mecanismo de financiación de amplia utilización.

Específicamente en lo que atañe a la financiación del Sistema del Subsidio Familiar y de protección al desempleo, aplica Colombia una contribución adicional (4% sobre la nómina a cargo del empleador) que es peculiar en el ámbito americano pero que sirve a un propósito constitucional, por lo que también en esta materia el análisis de eficiencia tendrá que considerar las diferentes variables y no limitarse a una revisión de costos.

### **8. Componente económico: ¿cómo se financia la protección social?**

Al considerar el componente financiero de los sistemas de protección social, se trata de resolver dos preguntas fundamentales:

- ¿Quién tiene a cargo la financiación?
- ¿Bajo qué esquema se administran los recursos?

La financiación de la seguridad social ha estado a cargo de las familias, de la caridad pública o institucional y, modernamente, de los trabajadores, de los empleadores y del Estado.

La financiación de los servicios de la protección social puede hacerse a través de aportes o de impuestos, sin perjuicio de explorarse el empleo de otras fuentes, entre las que modernamente apreciamos como opciones, las que derivan de la cooperación internacional y de las remesas de una nacional residenciado en otro país, con las cuales es posible asegurar las coberturas para los miembros de la familia que permanecen en el país de origen.

El punto sobre la causa de la financiación de los sistemas de aseguramiento social es de especial impacto y distingue dos grandes categorías de operación, (i) de un lado aquellos sistemas que fundamentan los recursos para el sistema de protección social en impuestos, (ii) de aquellos que hacen lo propio, en aportes de los tomadores o beneficiarios.

La mixtura en cuanto a la financiación es indudable, por cuanto pese a estructurarse esquemas de aportación universal, se requerirá recursos fiscales para la satisfacción de ciertos beneficios o coberturas, particularmente en lo que se refiere al ámbito de las coberturas de la promoción social.

<sup>13</sup> CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. *El Sistema del Subsidio Familiar en Colombia: hacia la protección social*, CIESS, México D.F., 2004

<sup>14</sup> PLAZAS VEGA, Mauricio, *ob. cit.*, pág. 169

En efecto, los servicios más cercanos a la política social, tales como la nutrición o la provisión de elementos para los desempleados o la atención de crisis sociales y económicas, o la provisión de salud para personas sin capacidad de pago, corresponderán en su financiación a recursos que gire el Estado a partir de ingresos de origen general, esto es, de impuestos.

Lo anterior además, para el caso de satisfacer las prestaciones mínimas que los sistemas acogen como garantías a los titulares de la protección, llámese pensiones mínimas o servicios de urgencias en salud, por ejemplo y en el caso de no ser suficientes los recursos aportados para su financiación o de no cumplirse los requisitos de ley para su otorgamiento.

Así mismo entran los Estados a soportar financieramente a los sistemas de protección y seguridad social, cuando por razones de administración o de inadecuados cálculos actuariales o de variables macroeconómicas, los fondos arbitrados para la atención de las coberturas (véase el caso de los fondos pensionales de reparto o de las cuentas para la satisfacción de necesidades de salud, como el Fosyga en Colombia) no son suficientes, requiriéndose entonces suplir los faltantes con giros que provienen del tesoro público.

No obstante lo mencionado, téngase en cuenta que en todo caso la financiación de la seguridad social provendrá de recursos originados por el esfuerzo "privado", esto es, que tanto en el evento de los aportes como en el caso de la aplicación de impuestos, los mismos tienen origen en la generación privada de riqueza, la cual se convierte en propiedad pública, sea como impuestos, o mediante aportaciones específicas al sistema de protección social.

La diferenciación entraña en todo caso aspectos de importancia, entre ellos:

La administración de los recursos, por cuanto si engrosan el presupuesto público, se someterán a las reglas de la presupuestación estatal, favoreciendo que la operación del sistema se radique principalmente en agencias estatales.

La disponibilidad de los mismos, pues si entran al presupuesto público se someterán a los trámites presupuestales y de aprobaciones, en cuanto a salidas, haciendo más dispendioso el camino que cuando los recursos ingresan y se afectan de manera directa en cabeza del operador u operadores de los subsistemas de la protección social.

La conceptualización en cuanto al origen y el destino, pues en la medida en que se trate de aportes, tanto los responsables y beneficiarios como los operadores y el Estado, asumirán que aquellos están destinados a la satisfacción del servicio para los destinatarios del mismo, nexo que se desdibuja en tratándose de impuestos, pues tales por esencia no tienen destinación específica y están llamados a engrosar las arcas públicas, para que posteriormente se identifique la aplicación de los mismos, a las necesidades que se definan socialmente.

El esquema de aportes a la seguridad social nos conduce a la noción de cotizaciones. Estas puede ser de (i) un responsable, (ii) bipartitas o (iii) tripartitas. Los aportes al sistema de seguridad social han sido definidos como de naturaleza parafiscal con las consecuencias que ello comporta.

Duverger hablaba de tales aportes como "impuestos corporativos".

Téngase en cuenta que el Artículo 338 de la Constitución Política en Colombia alude a los ingresos fiscales y parafiscales. Las cotizaciones a seguridad social se encuadran dentro del concepto de recursos públicos como contribuciones especiales. En algunas latitudes se les denominan “contribuciones de seguridad social”.

No se olvide que las contribuciones pueden ser de tres clases: (i) por servicios impuestos, (ii) por mejoras y (iii) parafiscales, y en todo caso implican una exacción de origen público y de carácter obligatorio, destinada a cubrir una necesidad de orden general, no obstante puedan satisfacer así mismo expectativas particulares.

Surge en este aspecto el interés por revisar con detalle la naturaleza de tales aportes y su clasificación especial en el ámbito del Derecho de la Hacienda Pública, habiendo reconocido ya la Corte Constitucional el carácter atípico de los aportes a seguridad social, como parafiscales<sup>15</sup>.

Refiriéndose a los aportes con destino al subsistema del subsidio familiar, la Corte Constitucional ha indicado en la referida sentencia:

“No obstante, habría que precisar que estas contribuciones son rentas parafiscales atípicas si se repara en el elemento de la destinación sectorial, toda vez que han sido impuestas directamente por el legislador en cabeza de determinado grupo socio económico -los empleadores-, pero con el objeto de beneficiar a los trabajadores. Al respecto debe anotarse que para la jurisprudencia constitucional el concepto de grupo socio-económico supera la noción de sector; y debe entenderse en un sentido amplio, en tanto y en cuanto el beneficio que reporta la contribución no sólo es susceptible de cobijar a quienes directa o exclusivamente la han pagado, sino que también puede extenderse a quienes en razón de los vínculos jurídicos, económicos o sociales que los ligan para con el respectivo grupo pueden válidamente hacer uso y aprovechar los bienes y servicios suministrados por las entidades responsables de la administración y ejecución de tales contribuciones.

“En su condición de rentas parafiscales los recursos del subsidio familiar no generan una contraprestación individual para sus destinatarios sino, todo lo contrario, para el sector o grupo económico al que ellos pertenecen”.

Respecto a la misma materia ha señalado ese alto tribunal:

“La aclaración de la Corte acerca de que los recursos del subsidio familiar eran rentas parafiscales atípicas apunta a destacar las particulares condiciones de esos recursos. Ciertamente, a diferencia de lo que ocurre con las rentas parafiscales ordinarias, el pago del subsidio familiar obliga a todos los empleadores, sin diferenciar si son públicos o privados e independientemente del sector económico en el que se desempeñan. Además, en armonía con lo anterior, los dineros que se recaudan por este concepto no benefician a un sector económico específico sino a todos los trabajadores de bajos y medianos ingresos en general. Y, finalmente, los beneficiarios del subsidio no son las personas que pagan la contribución, es decir los empleadores, sino los trabajadores”<sup>16</sup>.

“Los recursos de las Cajas no son propiedad privada del empleador ni de los trabajadores en particular; sino del sector de los trabajadores remunerados... La propiedad de estos recursos, así como su administración, a diferencia de lo que

15 Sentencia Corte Constitucional C – 1173 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil

16 Sentencia Corte Constitucional C – 393 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

sucede con el Fondo Nacional del Café, no pertenece al Estado y en consecuencia no media al respecto un contrato entre la Nación y la entidad...”

Sentencia C-575/92

Elementos propios de las contribuciones parafiscales (sentencia Corte Constitucional, C-449 del 9 de julio de 1992, M.P. Alejandro Martínez – F.N. del Café): a. se imponen a un sector determinado, b. sirven al sector que debe pagarlos, c. es un pago obligatorio que revierte en beneficios para el que tributa.

Diferencias de los aportes al subsidio con aportes parafiscales:

- Particularidad en cuanto al sujeto gravado
- Particularidad en cuanto al beneficiario del gravamen
- No individualización de beneficios

Reconocimiento de la jurisprudencia sobre el carácter atípico de tales aportes (sentencia C-1173 de 2001, Corte Constitucional)

Extractos de jurisprudencia Corte Constitucional:

“Análisis del caso concreto.

En el presente caso se plantea la **incompetencia** de una entidad descentralizada del orden municipal denominada Imprede para ordenar el embargo de unas cuentas bancarias que posee una Caja de Compensación Familiar en el Banco de Colombia. Tal embargo procede por órdenes del Imprede, en la suma de \$900.000.000 millones de pesos, *“haciéndose efectivo la suma de setecientos cinco millones quinientos veinte mil trescientos treinta y dos pesos mct. (\$ 705.520.332.00) en el mes de noviembre de 2003”*, de conformidad con una certificación expedida por el accionado. El embargo de estas sumas de dinero, alega COMFANDI, afecta de manera directa *“LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DE MEDIANOS Y MENORES INGRESOS AFILIADOS A COMFANDI”*, como quiera que le impediría no sólo cancelar el subsidio familiar monetario, en especie y en servicios a sus afiliados, sino que además privaría a otras instituciones, como son el SENA y el ICBF, de los recursos para poder atender programas sociales de capacitación, atención a la niñez desamparada y madres cabeza de familia.

De igual manera, según la accionante, cuenta actualmente con 212.718 trabajadores afiliados, a quienes se les cancela mensualmente por concepto de subsidio familiar monetario las sumas correspondientes, *“dineros que representan el 55% de lo que se recauda por concepto de aportes de los empleadores”*, e igualmente, *“Comfandi contribuye con el Régimen Subsidiado de Salud dentro del Régimen General de Seguridad Social en Salud, del cual se beneficia la población más pobre”*.

En el presente caso, si bien existe otro medio de defensa judicial, como lo es acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa instaurando una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como en efecto ya procedió a hacerlo Comfandi en relación con las resoluciones núm. 098 y 138 de 2003 expedidas por la Directora del Imprede, también lo es que ante la inminencia y gravedad del riesgo al que se encuentran actualmente sometidos los trabajadores de no recibir su correspondiente subsidio familiar; y la posibilidad de que los medios judiciales ordinarios no resulten ser lo suficientemente idóneos y efectivos para poner fin a la

amenaza, la acción de tutela constituye el único mecanismo idóneo para proteger temporalmente los derechos fundamentales invocados en el presente proceso.

En efecto, de conformidad con el art. 39 de la Ley 21 de 1982, las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, que cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado a través de la Superintendencia del Subsidio Familiar. El art. 41 de la misma normatividad, señala como funciones de esas entidades las siguientes:

Artículo 41. Las Cajas de Compensación Familiar tendrán entre otras, las siguientes funciones:

1°. Recaudar, distribuir y pagar los aportes destinados al subsidio familiar; Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), las escuelas industriales y los Institutos Técnicos en los términos y con las modalidades de la ley.

2°. Organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar en especie o servicios, de acuerdo con lo prescrito en el Artículo 62 de la presente Ley.

3°. Ejecutar, con otras Cajas, o mediante vinculación con organismos y entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios, dentro del orden de prioridades señalado por la ley.

4°. Cumplir con las demás funciones que señale la ley.

Cabe asimismo señalar que el art. 62 de la Ley 21 de 1982 dispone que las obras y programas sociales que emprendan las Cajas de Compensación Familiar; con el propósito de atender el pago del subsidio en servicio o especie, se realizará únicamente en los siguientes ámbitos:

Artículo 62. Las obras y programas sociales que emprendan las Cajas de Compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie, se realizarán exclusivamente en los campos y en el orden de **prioridades** que a continuación se señala:

1°. **Salud.**

2°. Programas de nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros que compongan la **canasta familiar** para ingresos bajos (obreros), definida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

3°. **Educación integral** y continuada; capacitación y servicios de biblioteca.

4°. Vivienda.

5°. Crédito de fomento para industrias familiares.

6°. Recreación social.

7°. Mercadeo de productos diferentes a los enunciados en el ordinal 2°; el cual se hará de acuerdo con la reglamentación que expida posteriormente el Gobierno Nacional. (negrillas agregadas).

Posteriormente, el art. 68 de la Ley 49 de 1990 creó el subsidio a la vivienda de interés social por parte de las Cajas de Compensación Familiar; en virtud del

cual cada Caja de Compensación estará obligada a constituir un fondo para el subsidio familiar de vivienda, que a juicio del Gobierno Nacional, será asignado en dinero o en especie y en seguimiento de las políticas trazadas por el mismo.

Finalmente, el Artículo 217 de la Ley 100 de 1993 dispuso que las Cajas de Compensación Familiar destinen el 5% de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en Salud, salvo aquellas Cajas que obtengan un cociente superior al 100% del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10%.

La Corte Constitucional, por su parte, se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con la naturaleza jurídica de los dineros que administran las Cajas de Compensación Familiar. Así, en sentencia C- 508 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, consideró lo siguiente:

*“Naturaleza jurídica del subsidio familiar. En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.*

*Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El Sistema del Subsidio Familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.*

*Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social”.*

*Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue.*

Posteriormente, esta Corporación en sentencia C- 1173 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, examinó en detalle la naturaleza jurídica del subsidio familiar, así como el carácter de renta parafiscal que presentan los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar, en los siguientes términos:

*“De la legislación vigente sobre la materia, se desprenden las siguientes características fundamentales del subsidio familiar:*

- *Es una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario. Así la define expresamente el Artículo 1° de la Ley 21 de 1982:*

“El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, en especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad”.

- Se paga en dinero, servicios y especie ya sea mediante una cuota monetaria, el reconocimiento de géneros distintos al dinero o mediante la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar, respectivamente. (art. 5° ejusdem).
- Se paga a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato de la ley (art. 6° de la Ley 71 de 1988).<sup>17</sup>
- Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia. La razón de ser de este beneficio es la familia como núcleo básico donde el hombre se realiza como persona y donde se genera la fuerza de trabajo. En este sentido, es válido afirmar que el subsidio familiar es la materialización del mandato consagrado en el canon 42 de la Carta según el cual “El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia”.
- Constituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno. En este orden, es un instrumento por medio del cual se puede alcanzar la universalidad de la seguridad social, en consonancia con el postulado contemplado en el Artículo 48 de la Carta Política.
- Su reconocimiento está a cargo de los empleadores mencionados en Artículo 7° de la Ley 21 de 1982 y de conformidad con la suma señalada en el 8° del mismo ordenamiento legal.
- Es recaudado, distribuido y pagado por las Cajas de Compensación Familiar que además están en la obligación de organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar (art. 41 de la Ley 21 de 1982).

(...)

“No obstante, habría que precisar que estas contribuciones son **rentas parafiscales atípicas** si se repara en el elemento de la destinación sectorial, toda vez que han sido impuestas directamente por el legislador en cabeza de determinado grupo socio-económico -los empleadores-, pero con el objeto de beneficiar a los trabajadores. Al respecto debe anotarse que para la jurisprudencia constitucional el concepto de grupo socio-económico supera la noción de sector, y debe entenderse en un sentido amplio, en tanto y en cuanto el beneficio que reporta la contribución no sólo es susceptible de cobijar a quienes directa o exclusivamente la han pagado, sino que también puede

<sup>17</sup> Al analizar la constitucionalidad de esta restricción la Corte en la Sentencia C-149 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; por medio de la cual se declaró la exequibilidad del inciso segundo del Artículo 6° de la Ley 71 de 1988, dijo al respecto: “...no comparte la Corte la afirmación según la cual en materia de subsidio familiar es indiferente la condición de trabajador o pensionado. “En el primer caso, el pago de subsidio en dinero es consecuencia de una obligación legal de los empleadores. En el segundo, en cambio, la contraprestación que dicho pago exige no está definida por ley ni impuesta a persona alguna en particular, lo cual no quiere decir que, en justicia, los pensionados con personas a su cargo no merezcan dicho reconocimiento. No se configura, por lo tanto, vulneración alguna de los derechos a la igualdad, a la protección de la familia o de la niñez por efecto de que el Legislador haya dispuesto ofrecer a los pensionados la posibilidad de afiliarse a las Cajas de Compensación Familiar para así beneficiarse de los servicios que ellas prestan, con prescindencia, sin embargo, del subsidio dinerario”.

extenderse a quienes en razón de los vínculos jurídicos, económicos o sociales que los ligan para con el respectivo grupo pueden válidamente hacer uso y aprovechar los bienes y servicios suministrados por las entidades responsables de la administración y ejecución de tales contribuciones.<sup>18</sup>

En este orden de ideas, el embargo de las cuentas de Comfandi, con las cuales se va a cancelar el subsidio familiar a sus trabajadores afiliados, constituye un perjuicio irremediable, en los términos señalados por la jurisprudencia de la Corte, por cuanto afecta de manera cierta y directa el disfrute del subsidio familiar que reciben los trabajadores afiliados más necesitados, y en consecuencia, la prestación de servicios de salud; no existe por tanto forma de reparar el daño producido; su ocurrencia en este caso es inminente; resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la imposterabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”.

## 9. FINANCIACIÓN PARAFISCAL vs EMPLEO<sup>19</sup>

### 9.1. Antecedentes

Constante es el debate en cuanto al impacto de la regulación en la generación, rotación y equidad del empleo y, particularmente, en lo que corresponde a la carga por contribuciones sobre la nómina o costos extrasalariales.

Igualmente, el análisis se extiende a la consideración de los costos laborales, mismos que han sido objeto de reformas durante la década de los noventa, bajo la orientación de reducirlos (liberalización y flexibilización) o trasladarlos (tercerización y nuevas formas de trabajo).

La tensión se mantiene entonces entre las reflexiones económicas y las jurídicas, sin que a nuestro modo de ver se hayan enfocado con la integralidad que el tema requiere, especialmente tanto en lo que concierne al modelo económico, como en la valoración de la productividad del mercado de trabajo y de la economía de que se trate.

Estudios de magnitud como los impulsados y compilados por James J. Heckman y Carmen Pagés<sup>20</sup>, sugieren “que los beneficios obligatorios reducen el empleo y que las regulaciones de seguridad del empleo tienen un impacto sustancial en la distribución laboral y en las tasas de rotación. El impacto más adverso de la regulación se da sobre los jóvenes, trabajadores marginales y los de baja calificación... Como consecuencia, las regulaciones sobre la seguridad del empleo promueven la desigualdad entre grupos demográficos...”

“Sin embargo, encontramos robusta evidencia de que las contribuciones a la seguridad social no se traspasan totalmente a los trabajadores. Los impuestos descontados por planilla tienden a disminuir las tasas de empleo e incrementar las de desempleo a través de las muestras y especificaciones”<sup>21</sup>

18 Sentencia C-711 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería

19 Este capítulo corresponde a artículo publicado en *Actualidad Laboral*, Revista de LEGIS, 2010, escrito por Juan Carlos Cortés González.

20 HECKMAN, James J. y PAGES, Carmen. *Regulación y Empleo. Lecciones de América Latina y el Caribe*. National Bureau of Economic Research. Edición especial en español: CIES y CIEDESS, Santiago de Chile, 2005.

21 Heckman, James J. y PAGES, Carmen, *ob. cit.*, pág. 92.



Concretamente en Colombia se evidencia una corriente de pensamiento económico para la cual la parafiscalidad genera menos empleo y más informalidad.

Los costos asociados a la nómina se dice, desestimulan tanto la creación de nuevas plazas como la formalización del trabajo. En particular, el debate se ha centrado sobre el aporte obligatorio del 9% destinado al SENA, al ICBF y al Sistema del Subsidio Familiar; a través de las Cajas de Compensación Familiar; con consideraciones que han pasado por diferentes etapas, para concluir bien (i) en la conveniencia de eliminar dichos aportes, (ii) de reducirlos, (iii) de reorientar su uso y (iv) de reemplazar la forma de financiación de los programas cubiertos por dichos recursos, para que sea asumida a través de impuestos.

En la otra orilla, se ubican quienes piensan que los costos extrasalariales están justificados jurídica y económicamente, tanto por las prestaciones que cubren como por los fines a los que sirven, a partir de considerar que (i) el impacto de los mencionados aportes es mínimo y (ii) que no existe evidencia por la cual concluir que una reducción de tales cargas lleve a la generación de plazas formales de trabajo.

Una sustentación en tal sentido se encuentra en el estudio realizado por la Contraloría General de la República, que concluye en la baja incidencia de los aportes sobre el costo empresarial<sup>22</sup>:

“Esta aproximación con los registros administrativos de la DIAN, permiten matizar la recomendación de la Comisión Independiente de Gasto Público, que insta por eliminar los impuestos al trabajo que soportan las empresas, en la medida en que tales cargas representan muy poco dentro de su estructura de costos y tiende a ser mucho menor para los ‘grandes contribuyentes’. En otras palabras, con una iniciativa como la propuesta por la Comisión, los más beneficiados resultaría ser estos últimos”

...

“Finalmente, cabe señalar que muchos de los aportantes a la seguridad social, SENA, ICBF y Cajas de Compensación son fuentes que financian bienes públicos y servicios esenciales para los trabajadores y, por ende, pueden ser considerados, como parte del ingreso laboral de los mismos”.

Los defensores de esta posición argumentan por su parte que como se diría coloquialmente, “la calentura del enfermo no está en las sábanas”, y que de lo que se trata al revisar la estructura del mercado de trabajo en Colombia es de considerar en forma integral el modelo económico y propender por la construcción de condiciones de productividad que hagan competitiva la economía nacional, antes que de reducir más costos al capital, en detrimento de las condiciones de los trabajadores.

También se afirma con razón, que la provisión de los servicios pagados con aportes especialmente del 9%, contribuyen a capacidad de gasto por parte de los trabajadores y sus familias.

De otro lado, las posturas jurídicas recurren a la argumentación a partir de los derechos constitucionales, las garantías de la seguridad social y el movimiento actual de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, por asegurar el trabajo

<sup>22</sup> Contraloría General de la República. Revista Economía Colombiana, número 319, julio 2007, Bogotá D.C., pág. 111 y s.s.

decente en el mundo. Las reducciones por ser regresivas se presumen inconstitucionales, por lo que regulaciones menos protectoras y el desmonte de fuentes de financiación de prestaciones de protección social, se aprecian como recortes al aseguramiento público que lesionan a los trabajadores y a la sociedad en su conjunto.

La materia en consideración es pues de amplio espectro, tanto nacional como internacional.

Implica variables relacionadas con el mercado del trabajo, la protección social, la hacienda pública, el pacto político y social y el bienestar y la dignidad del ser humano, anunciándose como un tema en el que es preciso integrar dialécticamente las diferentes visiones, particularmente de la ciencia jurídica y de la economía, para acordar en lo fundamental decisiones colectivas que tendrán un alto impacto no solo para los seres humanos de hoy, sino para aquellos que les sucedan. Por ello, la responsabilidad intergeneracional que hoy nos corresponde, justifica el que debatamos sobre estos tópicos, con menos apasionamiento y más razonabilidad.

Con este Artículo nuestra pretensión mínima se concreta en exponer un estado del arte sobre la discusión pública en la materia, así como aportar algunas ideas en busca de la precisión conceptual y sugerir elementos que sean tenidos en cuenta por los decisores de política.

## 9.2. Costos asociados al empleo

Podemos identificar dos tipos de costos asociados al empleo.

De un lado, aquellos directamente relacionados con el trabajo y los que se denominan genéricamente extrasalariales.

Entre los primeros, es el salario el dato que fundamentalmente debe considerarse, el cual se definirá en condiciones de mercado. No obstante, el tema central de discusión al respecto tiene que ver con la regulación en torno a la definición de pisos o techos que distorsionan la asignación del mercado y, fundamentalmente, al análisis sobre la fijación de salarios mínimos (único, regional o por sectores), su monto y la metodología para su definición.

No sobra resaltar que el tema de la definición del salario, así como sus límites, impacta grandemente los sistemas de protección social, especialmente de cara a su financiación. Esto por cuanto los regímenes que se soportan en contribuciones, dependen en sus ingresos del comportamiento del mercado de trabajo, pues los mayores recaudos estarán condicionados por la variabilidad de los salarios y por el establecimiento de pisos y techos para la fijación de las bases de liquidación. En otro sentido, el reconocimiento del salario mínimo como medida de beneficios de seguridad social, aparejado al concepto constitucional del mínimo vital, se constituye en un referente de obligatorio cumplimiento con alta incidencia para la sostenibilidad de los sistemas de protección social.

Investigadores como Hugo López<sup>23</sup> advierten que considerar el tema de la parafiscalidad y su impacto en la generación de empleo formal debe hacerse simultáneamente, con una revisión sobre el salario mínimo en Colombia. Impactar en pobreza y reducir el desempleo, requiere a su juicio una política de largo plazo que no solamente se limite a reducciones en los costos extrasalariales, sino que se

23 LÓPEZ, Hugo. Conferencia ASOC.AJAS, Centro de Pensamiento, 12 de marzo de 2009, extractos tomados de la página web [www.asocajas.org](http://www.asocajas.org)

refiera a la redefinición del esquema de fijación y actualización del salario mínimo. Igualmente estima que esa revisión integral debe acompañarse de un ajuste en los campos de pensiones y salud, aspecto en el que no podemos menos de expresar nuestro entusiasmo por su acierto y oportunidad.

En relación con los problemas estructurales del mercado laboral colombiano se hace evidente que sólo se ha creado empleo moderno en el país (asalariado y no asalariado) para los más educados; el precio de uso real del capital (promedio móvil quinquenal) ha caído 56% frente a 1998 debido principalmente a: a) la reducción de largo plazo en las tasas reales de interés, b) la revaluación (que reduce el precio de la maquinaria importada) y c) por estímulos tributarios. El salario mínimo real (promedio anual, incluyendo salarios indirectos) ha subido 20% y el salario medio no calificado (promedio anual) ha subido 5%. El salario mínimo sostiene López, no les sirve a los pobres porque éstos no dependen del trabajo asalariado sino de empleos informales; incluso cuando los más pobres trabajan de asalariados se ganan menos del mínimo diario.

Lo advierte igualmente la Conferencia Interamericana de Seguridad Social CISS<sup>24</sup> al referirse a la respuesta de las economías a las recientes crisis económicas y señalar que las salidas se han dado mediante esquemas de productividad que no aparejan más empleo formal y menos, empleo para la mano de obra no calificada. El uso de nuevas tecnologías, la especialización productiva entre otros factores, determinan que a diferencia de la respuesta keynesiana de los años treinta, la superación de los problemas de desempleo y demora en la reubicación laboral, no viene dada en la actualidad solamente por la creación de plazas mediante inversiones públicas y ocupaciones no calificadas; con independencia que los gobiernos recurran a estas estrategias como medidas de choque, en el mediano plazo los sectores poblacionales no capacitados y no técnicos tendrán severas dificultades para integrarse a la economía formal, precisamente cuando prevalecen modelos de empresas sin trabajadores (tercerizadas) y empresas virtuales (con teletrabajadores) y con alta especialización, que demandan trabajadores de equivalente condición. Por ello, cada vez será más difícil ubicar a los trabajadores pobres sin formación específica.

En el caso de Colombia el salario mínimo tiene un nivel alto comparativamente hablando, no obstante un porcentaje importante de la fuerza de trabajo entre los 25 y 40 años gana menos que el mínimo, estimulándose la informalidad<sup>25</sup>.

El otro aspecto debatido en esta materia en el país tiene que ver con la forma de actualización de dicho salario mínimo, pues al depender de variables políticas bien por una decisión concertada o, en todo caso, como materia de regulación anual, puede quedar desprovista de soporte técnico y acelerar el incremento de los costos del trabajo.

En lo que se refiere a costos extrasalariales, las principales discusiones se centran en los impropriamente denominados impuestos sobre la nómina.

Se argumenta que en Colombia el costo total por las regulaciones sobre el mercado de trabajo es alto, en niveles cercanos a países como Brasil y Uruguay,

<sup>24</sup> Intervención de Gabriel Martínez González, Secretario General de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social CISS, en el taller *Papel del Sistema del Subsidio Familiar en épocas de menor crecimiento económico*, Bogotá D.C., 12 de marzo de 2009, extractos tomados de la página [www.asocajas.org](http://www.asocajas.org)

<sup>25</sup> Keckman, James J, y PAGES, Carmen, *ob. cit.*, pág. 13.

rondando el 53%. El 74% de dichos costos está representado por las contribuciones a la seguridad social.

Comparativamente con países de la OCDE y exceptuando el caso de Italia, los costos totales de las medidas por regulaciones al mercado del trabajo, están muy por encima; en el promedio de dicho países, el 96% de tales costos lo representan las contribuciones a la seguridad social.

El otro aspecto a tener en cuenta en la materia, es que los niveles efectivos de recaudo tributario y de carga fiscal son más altos en los países con mayor nivel de desarrollo, por lo cual la financiación de las políticas públicas, incluida la protección social, hallan soporte en exacciones tributarias suficientes, a diferencia de los menores niveles aplicados en Colombia; lo anterior sumado a la complejidad regulatoria de los impuestos y a la amplia gama de exenciones que favorece al capital con la idea de procurar mayor inversión, determinan un escenario diferente de análisis.

Repárese a este respecto que en tanto no se ajuste la visión según la cual a mayores estímulos tributarios, mayor inversión y por ende, más empleo, por una interpretación que estimule directamente la generación de empleo, mediante el otorgamiento de incentivos tributarios (por ejemplo a través de exoneraciones transitorias a nuevas empresas y categorización de las mismas), los efectos en la reducción del desempleo y la informalidad no se harán sentir en la forma esperada.

### 9.3. Parafiscalidad

Una consideración de base entonces, el debate sobre el impacto de las cargas parafiscales en Colombia no puede reducirse a la revisión sobre uno u otro de los bienes cuya provisión se financia con los aportes de tal carácter; sino que debe comprometer un análisis integral. Por supuesto, los bienes a los que sirve la parafiscalidad en materia de carga contra la nómina, son todos de la protección social, la cual cuenta con una especial y directa protección de la Constitución Política, pues se trata de lo que podemos denominar un servicio público constitucional, por el cual se reconocen derechos humanos esenciales a la dignidad y supervivencia de la persona y la familia, bien mediante la provisión directa del Estado o por la operación concesionada a particulares.

Como diría el investigador Stefano Farné, "para comer, el almuerzo hay que pagarlo todo"<sup>26</sup>. No obstante que el debate sobre el sobre costo laboral deba darse frente a la complejidad que representa el fenómeno de la informalidad, es preciso considerar que los aportes destinados al cubrimiento de beneficios de la protección social cumplen una función necesaria y que si se quiere universalizar las coberturas de aquella, tendrán que considerarse de manera integral tanto el modelo económico, como el del sistema de seguridad social, pues éste está estructurado sobre el pago de aportes.

Toda decisión que se adopte en materia de parafiscales asociados al empleo tendrá efectivo impacto en materia de coberturas y beneficios y constitucionalmente tendrá que ser sustituida por un esquema de financiación alternativo, que no puede ser otro que el tributario, pues disminuir o eliminar la financiación no se soluciona con la consecuente reducción o disminución de beneficios, ya que es-

26 Artículo publicado en el Diario El Tiempo, tomado de [obssegusoci@nexternado.edu.co](mailto:obssegusoci@nexternado.edu.co)

tos están protegidos constitucionalmente como se advirtió, por los principios de progresividad y no regresividad que se derivan del Artículo 48 de la Carta Política.

Por el contrario, la estimación del efecto benéfico en materia de generación de empleo, aun cuando no es despreciable, tampoco constituye un incentivo determinante pues si se considera exclusivamente el caso del aporte del 4% recaudado por las Cajas de Compensación Familiar, en el más generoso de los estudios prospectivos y como saldo último por una única vez, generaría alrededor de 90.000 empleos.

Si queremos protección social, tenemos que pagarla. Si nuestro anhelo constitucional por la cobertura universal y plena de salud ha de cumplirse, tendremos que arbitrar recursos para ello. Si queremos que la población adulta mayor ejerza su derecho a una pensión, será necesario financiar su cubrimiento<sup>27</sup>. Y como toda crisis implica decisión, tendremos que decidir dentro del marco constitucional (o adoptando un pacto social refundador e incluyente) las prioridades y los mecanismos que más convengan, para cubrir los satisfactores de necesidades sociales de la protección.

La doctrina aún no ha avanzado lo suficiente en la identificación de la parafiscalidad y de su aplicación en el ámbito de la seguridad social.

La noción de parafiscalidad comporta el siguiente concepto:

“Es una prestación de *iure imperii*, de creación legal, que han de sufragar quienes integran un determinado grupo o sector; como instrumento estatal de intervención encaminado a que se ejecute una actividad, o un conjunto de actividades, que si bien beneficia (n) de manera inmediata a ese determinado grupo o sector interesa (n) a toda la colectividad”.

Histórica y conceptualmente las rentas tales conservan una connotación de recursos privados, afectados por imperio del Estado al cumplimiento de fines de interés general.

#### 9.4. Alternativa a la parafiscalidad

Considerando que los servicios de protección social financiados con dichos recursos son de necesaria e ininterrumpida prestación, entendiendo en ellos los atinentes a pensiones, salud, riesgos laborales, subsidio familiar; protección por desempleo, capacitación laboral y atención a la niñez y la juventud, y que se buscan opciones en cuanto a reducir la carga laboral de los empleadores, se han escuchado voces que plantean la opción de sustituir parcialmente la forma de financiación parafiscal por aplicación de recursos tributarios, especialmente provenientes del IVA o del impuesto sobre la renta por utilidades.

Como en todo caso y bajo la ideología que sea tenemos que pagar el almuerzo, corresponde decidir si la forma actual de financiación de la protección social es la adecuada o si debe ajustarse o sustituirse, a partir de esfuerzo fiscal.

Los tributos son las prestaciones pecuniarias que el Estado exige con fundamento en el deber de solidaridad, en virtud de una ley, para cubrir sus gastos corrientes y de inversión y, en general, para obtener la realización de sus fines.

Los tributos se originan con fines fiscales, primordialmente, esto es, para obtener recursos de gasto e inversión, pero también pueden tener adicional o indirecto

27 Véase como referente el caso de la reforma al sistema previsional en Chile, contenida en la Ley 25544 de marzo de 2008.

tamente, fines extrafiscales, cuando con ellos se busca incentivar o desincentivar una conducta (hecho generador), lo que acontece por ejemplo en el caso de los impuestos aduaneros.

Múltiples son las clasificaciones aplicables a los impuestos. Entre las más citadas, se mencionan las que los identifican según graven la renta o el consumo, en directos e indirectos, y entre estos últimos, existe una gran variedad de modalidades tributarias, según que se grave directamente el consumo (mediante declaraciones del impuesto) o se considere hecho generador la venta de un bien o la prestación de un servicio.

En síntesis podemos afirmar que las principales diferencias entre las formas de financiación de actividades de interés general, impuestos y contribuciones parafiscales, son las siguientes:

a. Conceptual e históricamente obedecen a contenidos diferentes; precisamente la parafiscalidad es un esquema de financiación paralelo al fiscal.

b. El impuesto grava con criterio de universalidad, la contribución parafiscal, se impone a un sector o grupo.

c. El impuesto nutre el presupuesto público, las contribuciones parafiscales no ingresan al presupuesto oficial, ni nacional ni territorial.

d. Los recursos arbitrados mediante impuestos se manejan con el criterio de unidad de caja; los que provienen de la parafiscalidad, son administrados e invertidos en forma autónoma o diferenciada.

e. Los recursos que provienen de impuestos financian actividades en general, conforme la ley de presupuesto o análoga, en tanto aquellos que nacen de la contribución parafiscal, están por ley destinados a la atención de finalidades específicas y no se sujetan a la discusión presupuestal del gasto.

f. El recaudo del impuesto obedece al proceso estatal de cobro fiscal, en tanto el recaudo de las contribuciones parafiscales se realice mediante procedimientos diferentes.

### **9.5. Financiación de la protección social por impuestos**

Como no es posible desde el punto de vista constitucional el establecimiento de un impuesto o renta con destinación específica, lo primero que a este respecto debería plantearse es la definición de la protección social y de sus componentes, como una función pública a cargo del Estado, cuya financiación corresponderá a la recaudación general impositiva.

Seguidamente, en la presupuestación pública anual deberían incluirse las partidas de ingreso y gasto con destino a cubrir dicha función, asignándose las cargas que correspondan a los ingresos por impuestos.

La ejecución de los recursos sería objeto de trato diferente. Considerando su fuente pública directa (impuestos), por principio correspondería a la gestión de entidades estatales la cobertura de los servicios de que se trate. Podría el Estado igualmente contratar con entidades particulares la prestación de dichos servicios o concesionarlos y, en todo caso, la ley tendría que definir la materia, si bien el recaudo ya no podría quedar delegado en particulares.

Entre los principales impactos que generaría una medida tal, encontramos los siguientes:

- a. Centralización en el recaudo por parte del Estado.
- b. Presupuestación pública de los ingresos y de los gastos, sometiéndose periódicamente a la deliberación política.
- c. Pérdida de la autonomía de la seguridad social como servicio público con especial regulación constitucional.
- d. Impacto a lo menos indirecto o potencial, sobre el principio de intangibilidad de los recursos afectados al servicio de la seguridad social.
- e. Confusión de los ingresos para los fines de la seguridad social con los ingresos generales del Estado.
- f. Publicación de las funciones del Sistema del Subsidio Familiar (y de seguridad social), bajo el entendido según el cual si se cubren con impuestos, se trata de actividades de tal naturaleza.
- g. Inflexibilidad en el manejo y la administración de los recursos, pues se someten a las reglas del presupuesto nacional.
- h. Operación directa de los servicios por agencias estatales y en caso de contratarse los mismos con particulares, aplicación de las reglas de la contratación estatal.
- i. En el caso específico del subsidio familiar, eliminación de este como prestación social cuyo responsable es el empleador; pues deberá entenderse como una función pública a cargo del Estado.
- j. Modificación en la forma de operación de las gestoras de la seguridad social (necesidad de ley al respecto)
- k. Sometimiento del recaudo al proceso fiscal, con posibilidades mayores de evasión y elusión y reducción de alto impacto en la eficiencia del recaudo.

### **9.6. Parafiscalidad y empleo: algunos aportes para la discusión**

Estudios de Fedesarrollo y de otros centros de pensamiento han sostenido reiterativamente que los altos costos laborales no salariales y la inflexibilidad de salarios contribuyan a las tasas de desempleo e informalidad<sup>28</sup>.

También se afirma que el diseño inflexible de la protección social contribuye al desempleo y favorece la trampa de la informalidad.

A partir de ello, se formulan algunas propuestas, entre otras:

- Reducir o eliminar la parafiscalidad sobre nómina, buscando alternativas de financiación.
- Corregir problemas del sistema de protección social (que favorezcan la portabilidad de derechos en el régimen subsidiado de salud, por ejemplo)
- Flexibilizar y diferenciar el salario mínimo.

<sup>28</sup> Véase al respecto por ejemplo GAVIRLA, Alejandro. Documento CEDE 2008, Piensa Colombia, Desarrollo Económico.

- Asegurar cobertura universal en salud por un sistema desligado al mercado laboral.
- Incorporar la parafiscalidad al Presupuesto General de la Nación.

Si bien no podemos desconocer como sociedad la necesidad de evaluar la alta y universal carga sobre la nómina y la inexistencia de estímulos que antes que fortalecer al capital, permitan la consolidación del empleo, tampoco nos es dable asumir sin evidencia empírica ni mayor deliberación pública, las tesis reduccionistas o fiscalistas en el ámbito de la financiación de la protección social.

Entre los postulados que sirven de referente a la discusión consideremos que la generación de empleo formal dependerá en toda circunstancia de las condiciones del mercado y, especialmente, de la productividad de la economía. El empleo no es un tributo; los empleadores no están obligados ni les es racional, crear plazas laborales porque sus costos se reduzcan. Una reducción a la carga laboral, desprovista de otras medidas, conllevará a un incremento en las utilidades, pero no a una reducción sustancial en las tasas de desocupación laboral e informalidad.

Así mismo, los beneficios que se cubren con la parafiscalidad que recae sobre el mercado de trabajo, tienen el carácter de bienes públicos meritorios, mediante los cuales se satisfacen derechos constitucionales dentro del ámbito de la protección social. Ello implica una prioridad constitucional en su cubrimiento.

Elevar la carga impositiva para satisfacer tales bienes en reemplazo total o parcial de la fuente parafiscal, resulta una opción por estudiar; atractiva si se analiza de cara a la universalidad que debe caracterizar a los sistemas de protección social, que sin embargo enfrenta fuertes reparos. Entre ellos, si de lo que se trata es de incrementar la tasa de IVA e incluir bienes para ampliar el recaudo, no se generará un efecto inequitativo que terminará impactando a los ciudadanos y fortaleciendo al capital, al verse liberado este de responsabilidades de financiación pública? Y si se tratase de incrementar tarifas del impuesto de renta, terminaría financiándose una prestación social solamente por algunos productores de ganancias en el país.

Es claro que la consideración de esta alternativa tendrá que implicar una revisión integral y de fondo al sistema de protección social y al mercado de trabajo en Colombia.

Pretender aislar su análisis y la adopción de medidas parciales para nada contribuye a un debate que el país debe dar y no por capítulos, sino mediante una reflexión detenida y fundamental para este siglo: ¿es eficiente el modelo económico capitalista implementado en Colombia y es ajustado al modelo económico de la Constitución Política? ¿El mismo es capaz de responder a las necesidades de inclusión social y económica? ¿Cuenta el país con un sistema de empleo apropiado a sus necesidades? ¿Por qué no operan mecanismos eficientes de intermediación laboral y de capacitación para el trabajo? ¿Cuál es el alcance de la reforma estructural que demanda el sistema de protección social para responder a los retos que tiene enfrente, en temas principalmente de cobertura universal e integral en salud, protección pensional y al adulto mayor sin pensión, protección al desempleado y seguro por desempleo y atención integral a los niños? ¿Cuál es el esquema financiero de la protección social que mejor se adapta a las condiciones de Colombia hoy?



La complejidad de la materia así como su riqueza y el tamaño de la responsabilidad que de ella se deriva para la sustentabilidad política y viabilidad de la sociedad colombiana, nos exige descubrir el bosque y abrir con apremio pero sin prisa, una deliberación pública que concluya en un pacto social por la seguridad económica y la dignidad humana.

## 10. Cajas de Compensación Familiar

Se trata de considerar la naturaleza de las operadoras del Sistema del Subsidio Familiar en Colombia, que a partir de la Ley 789 de 2002 han asumido la gestión integral de la protección social en el país.

Como se ha indicado, las Cajas son emanación del principio constitucional de participación<sup>29</sup>, en cuanto vinculan la gestión privada a la realización de cometidos de interés público, a partir de un esfuerzo de origen voluntario, como emanación preliminar de la responsabilidad social del empresariado colombiano.

Las Cajas de Compensación Familiar en Colombia son corporaciones privadas, administradas bajo el régimen del derecho particular; que operan ramos del servicio público de la seguridad social, los servicios sociales y actividades estatales a ellas delegadas o adscritas por colaboración y que administran recursos del sector de los trabajadores, a partir de los aportes de los empleadores.

Por su origen y naturaleza las Cajas gozan de la autonomía que se desprende del Artículo 103 de la Constitución Política, así como de los postulados de libre empresa que rigen el constitucionalismo económico nacional.

No obstante, como operadoras de un servicio público, las mismas están sometidas a la intervención del Estado, tanto en la regulación de su estructura y funcionamiento, como en lo que atañe a su gestión y al ejercicio de la inspección, vigilancia y control aplicable a su operación.

Las Cajas de Compensación Familiar han sido el mecanismo aplicado en Colombia para la satisfacción de las prestaciones del sistema de asignaciones familiares y protección al desempleo. A nivel americano, son instituciones sin par, pues ellas mantienen su carácter privado bajo cuya administración se encuentran recursos obligatorios con los que se financian fines colectivos y de protección a los trabajadores, con especial referencia a aquellos de medianos y menores ingresos.

Las Cajas son particulares que prestan servicios al Estado por colaboración, en un esquema descentralizado y flexible a las necesidades de la política social.

Como operadoras del Sistema del Subsidio Familiar su rol obedece al de administradoras de recursos, antes que al de aseguradoras, por cuanto el diseño del sistema de asignaciones familiares y de desempleo en Colombia, no se da bajo el modelo del aseguramiento. No obstante ello y al tener en cuenta pronunciamientos judiciales que reconocen el carácter de tutelable del derecho al subsidio familiar, es posible anticipar el debate sobre si el papel de tales corporaciones puede equipararse al de aseguradoras.

Esto tiene validez si se reconoce explícitamente que las prestaciones a cargo de aquellas, en especial las que se refieren a los ramos clásicos de la seguridad social (asignaciones familiares y desempleo), tienen autonomía respecto a los

<sup>29</sup> Sentencia Corte Constitucional C-575 de 1992

aportes y deben ser satisfechas bajo el principio de automaticidad, para realizar un servicio público a partir de lo ordenado por el Artículo 48 constitucional.

Mediante economías de escala y estrategias de eficiencia empresarial, las Cajas han favorecido la optimización de los recursos aportados por los empleadores, permitiendo que éstos cubran otras finalidades públicas, diversas a las previstas en el origen del sistema.

Se trata pues, del único subsistema de la seguridad social cuyos operadoras generan recursos adicionales que satisfacen fines sociales y que no requieren aportación fiscal para su sostenimiento, además de financiar con sus remanentes servicios complementarios y necesidades de los demás subsistemas de la seguridad social, en particular el de salud.

Una característica sí esencial que habrán de conservar estas instituciones, es la relacionada con su carácter como instituciones sin ánimo de lucro. El hecho de que los recursos a su cuidado no sean propiedad de las organizaciones y de que carezcan de propietarios accionarios o de cuotas partes, permite en ellas la realización de una aspiración colectiva, con visión empresarial y estándares de gestión privada.

Por lo demás esta es una condición propia de la economía solidaria, que en el caso se impone por ley y que resulta extraña a la generalidad de las instituciones de la seguridad social, en las cuales prevalece la operación de particulares con ánimo de lucro. Nótese a propósito, que una de las recientes particularidades de las reformas organizacionales en el sistema de seguridad social en Colombia consiste en el diseño de organizaciones que de alguna manera pretenden hacer prevalecer criterios solidaristas, de conjunción de esfuerzos públicos y privados; al respecto apréciase la transformación del ISS en la creación de Nueva EPS, como organización en la que se mezclan tales componentes, preservándose un esquema de participación estatal, pero con orientación hacia la gestión privada.

La historia de la gestión a cargo de las Cajas de Compensación Familiar es un buen indicio de lo que puede esperarse de ellas, pero no legítima por sí su continuidad, la cual dependerá de la manera en que hacia el futuro encaren los retos de la protección social y de cómo logren responder a las nuevas exigencias sociales.

Así como en 1950 se apreciaron como el esquema ideal de cobertura para los trabajadores, en el siglo XXI tendrán que satisfacer las demandas crecientes del Estado y de la Sociedad y demostrar con su manejo, que continúan siendo los mecanismos más eficientes de gestión en materia de protección social.

Para ello tendrán a nuestro juicio que asumir particular preocupación por los siguientes temas:

a. Transparencia y buen gobierno. Si bien se reconoce a las Cajas como idóneas operadoras de los servicios a su cargo y hay una buena imagen pública sobre su gestión, no dejan de apreciarse nubarrones en temas tales como la incursión de presiones políticas y particulares en su operación o la interferencia de intereses privados, no necesariamente enfocados al fin institucional, o la generación de modalidades de competencia inadecuada, entre otros factores.

b. Eficiencia. No obstante reconocerse los esfuerzos en la materia, máxime teniendo en cuenta que se trata de organizaciones que por mandato de la ley han

tenido que reducir sus costos de administración, aún se da una fuerte concentración de sus ingresos en los aportes del 4%, así como se presentan dificultades en cuanto a la causación de beneficios homólogos para los afiliados de diferentes regiones del país.

c. Sistemática. Resulta necesario ahondar en esquemas que proyecten un verdadero Sistema del Subsidio Familiar, más allá de su interpretación como el esfuerzo valioso pero disperso, de operadoras en las diversas regiones del país.

d. Estandarización de beneficios y operación nacional del sistema. Se trata de establecer mecanismos que permitan la uniformidad y flexibilidad en los beneficios reconocidos por el sistema a través de las Cajas en las distintas regiones del país. Así mismo, el abordaje necesario en lo que toca con la provisión de servicios en el país, que entraña en concordancia con lo indicado en el punto anterior, una operación más flexible y sistemática de las Cajas de Compensación Familiar en Colombia. Esto es, la alternativa para afiliar trabajadores desde un solo centro aun cuando presten servicios en diferentes departamentos, la existencia de beneficios homólogos y la posibilidad para un afiliado de acceder efectivamente en todo el país a los servicios del sistema. Para ello, las opciones de alianzas y convenios entre Cajas se aprecian como de alto valor, así como la alternativa de que entre ellas se organicen empresas o servicios que brinden apoyo a las Cajas y que favorezcan la operación particular, aplicando economías de escala y optimización de buenas prácticas, especialmente en lo concerniente a la gestión administrativa.

e. Universalización. Mediante la proposición y puesta en operación de esquemas de servicio que permitan la inclusión en el sistema de millones de potenciales afiliados que pertenecen a la economía informal o al mercado del trabajo independiente o al sector de los desempleados. Un subsistema de seguridad social que no sea capaz de realizar la universalidad, en forma progresiva por supuesto, está llamado a desaparecer, pues es lo propio de las prestaciones de la seguridad social que aquellas sean reconocidas para todas las personas, con independencia de su condición laboral y menos de su formalidad. Favorecer esquemas de apoyo a la formalización, promover la afiliación de nuevas poblaciones y estructurar servicios para sectores vulnerables, son algunos de los retos que a nuestro juicio se muestran más evidentes para el Sistema del Subsidio Familiar y sus operadoras.

## **II. Continuidad o extinción del Sistema del Subsidio Familiar frente a su financiación?**

Fuertes argumentos se ubican de lado de garantizar la continuidad del Sistema del Subsidio Familiar, previa la aplicación de los criterios clarificadores del debate que hemos pretendido evidenciar:

No obstante, la oportunidad de los mismos se refuerza o deteriora, conforma la capacidad que tenga el propio sistema de responder a los retos actuales de la protección social en Colombia.

Dentro de la posible gama de argumentaciones al respecto, consideramos es posible identificar algunas categorías, a saber:

### **a. Fundamentación jurídica**

- Intangibilidad de la seguridad social: los servicios de seguridad social prestados por el Sistema del Subsidio Familiar a través de las Cajas de Com-

pensación Familiar; están amparados constitucional e internacionalmente, y deben ser preservados en cuanto es compromiso del Estado su conservación y su progresiva aplicación a nuevas poblaciones.

- No regresividad de la seguridad social: se presume inconstitucional conforme los Principios de Limburgo, toda reforma que tenga por objeto recortar beneficios de la seguridad social o restringir su alcance, pues por el postulado de progresividad es compromiso del Estado extender sus alcances, en desarrollo del garantismo humanista que fundamenta el Estado Social de Derecho. Para que una medida tal no sea inconstitucional, la misma debe ser proporcionada y razonable frente al logro de un fin superior; que no pueda ser logrado por otra vía, esto es, mediante la aplicación de un juicio de ponderación que permita concluir la necesidad, oportunidad y pertinencia de aquella, estando de por medio un fin superior.
- Vigencia del sistema de protección social: en Colombia se ha estructurado el sistema de protección social, cuyos fines se concretan en garantizar mínimos para la provisión de bienes a poblaciones vulnerables y, en particular, para atender necesidades de los desempleados. Las Cajas de Compensación Familiar se han establecido como las operadoras por excelencia de ese sistema, por lo que una reforma legal al respecto, tendrá que consultar criterios de conveniencia y oportunidad particulares.
- Trabajo decente: las sociedades están obligadas a garantizar empleo a las personas en condiciones que no afecten su dignidad y que por el contrario, aseguren su desarrollo a partir de estándares mínimos aceptados socialmente. Recortar prestaciones de la seguridad social que proveen bienestar a los trabajadores y sus familias, se concreta en una afectación al trabajo decente, que puede repercutir en una medida de dumping social de cara a los mercados internacionales.

#### b. Fundamentación de conveniencia

- Legitimidad: el Sistema del Subsidio Familiar y sus operadoras las Cajas de Compensación Familiar; son reconocidas nacional e internacionalmente por sus logros en la provisión de bienes para los trabajadores y sus familias, así como para un número creciente de beneficiarios, incluidos los que pertenecen a sectores excluidos de la sociedad.
- Experiencia exitosa: el sistema y las Cajas de Compensación Familiar han demostrado con hechos ser una forma idónea para la prestación de servicios sociales y de seguridad social, sin costo para el Estado, y con cifras importantes de cobertura. Bastaría pensar por un momento en qué pasaría en Colombia si no existiera el sistema y si los trabajadores no contarán con la prestación del subsidio familiar o los desempleados con las que se derivan del subsidio al desempleo.
- Articulación sector público/sector privado: el sistema y las Cajas de Compensación Familiar son la mejor muestra de lo que puede lograrse a través de la sinergia entre operación pública y operación privada, mediante una fórmula de integración entre empleadores y trabajadores, que hace un lado el lenguaje de la confrontación y promueve la construcción conjunta de capital social.

- Pacto social: el Sistema del Subsidio Familiar se basa como ninguno otro, en un acuerdo de voluntades entre empleadores y trabajadores; tuvo un origen voluntario y cuenta con el respaldo tanto de aquellos como de estos. Llama la atención que no son los empleadores ni los trabajadores los que procuran la reducción o eliminación de los aportes para la financiación del Sistema del Subsidio Familiar; sino sectores académicos que no han tenido contacto directo con la generación de empleo en el país y que, en forma bien intencionada, pretenden aplicar cálculos y teorías para obtener resultados hipotéticos, enfrentándose en todo caso a resultados inmediatos que pueden sí generar afectaciones graves a la estructura social del país.

### c. Fundamentación económica

- Costo cero para el Estado: la forma actual de operación del Sistema del Subsidio Familiar no genera costos fiscales para el Estado, en la medida en que el mismo se financia por aportes de los empleadores y su gestión corresponde a privados que destinan un porcentaje de aquellos en el cubrimiento de los gastos y costos del sistema, sin que se comprometan recursos fiscales o se impacte el presupuesto general de la Nación. El esquema se aprecia como eficiente, en cuanto se satisface un fin colectivo, sin costo para el Estado y con el aporte de los empleadores, manejado con eficiencia por los operadores privados encargados del mismo.
- Dinámica propia del mercado de trabajo: en cuanto la generación de empleo en una sociedad no depende en forma determinante de los costos asociados a la nómina, sino de variables diversas, bajo el entendido según el cual la racionalidad del empleador empresario, buscará optimizar la obtención de remanentes y no la apertura de plazas de empleo, en tanto lo segundo no le genere mayores ganancias.
- Productividad y eficiencia: las condiciones de productividad de una economía no dependen de los costos asociados a la nómina, sino de la aplicación de diversas variables, entre ellas las que se asocian a la mayor tecnificación, al empleo de nuevas tecnologías y al fortalecimiento del recurso humano empleado, para lo cual se requieren generar adecuadas condiciones de remuneración y bienestar para los trabajadores.
- Multidimensionalidad de la informalidad: tal como lo señala el Banco Mundial y lo refiere la Contraloría General de la República<sup>30</sup>, la informalidad es un fenómeno multidimensional, no dependiente en forma exclusiva de los costos salariales o de las aportaciones sobre la nómina. No está probado que mayores impuestos sobre la nómina generen menor empleo formal y mayor informalidad laboral.
- Reducido impacto de los aportes parafiscales en la estructura de costos de los grandes contribuyentes: como lo concluye la Contraloría General de la República a partir del estudio anunciado, los gastos de nómina representan cerca del 17% de los costos totales de los empresarios, en tanto los aportes a seguridad social, SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar apenas el 3.5% de los mismos; de igual manera, el total de los

<sup>30</sup> "Aportes parafiscales y a la seguridad social y el Informe de la Comisión de Gasto Público", artículo y estudio de Jorge E. Espitia Zamora, publicado en la Revista Economía Colombiana, número 319.

costos representan el 55% de los ingresos brutos de las sociedades. No es significativo entonces el impacto de los aportes a las Cajas de Compensación Familiar en el ámbito de los costos para las empresas en Colombia, especialmente con referencia a los grandes contribuyentes.

- Incremento del ingreso laboral: los beneficios que se derivan del Sistema del Subsidio Familiar; constituyen una forma de incrementar los ingresos laborales de los trabajadores, en la medida en que con los aportes de los empleadores se financian bienes públicos y servicios esenciales para aquellos y sus familias, contribuyendo a una mayor capacidad de gasto y a alguna de ahorro.
- Redistribución en ingresos: el Sistema del Subsidio Familiar permite aplicar esquemas de redistribución de ingresos tan necesarios en un país como Colombia con altas tasas de concentración de la riqueza. Liberar a los empleadores de la aplicación de los aportes al Sistema del Subsidio Familiar; no asegura sino la obtención de mayores remanentes, mas no permite concluir con evidencia suficiente que se vayan a operar esquemas de redistribución posteriores, por ejemplo a través de la generación de más empleos o del incremento de salarios, pues el empleo y el salario se rigen por las leyes del mercado y los empleadores aplican en sus relaciones, la racionalidad económica de la maximización de los beneficios.

## 3

## NATURALEZA DE LOS RECURSOS QUE RECAUDAN LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR PARA EL SUBSIDIO FAMILIAR Y NATURALEZA DEL PAGO QUE ESTAS REALIZAN

### **Análisis jurisprudencial<sup>31</sup>**

La Ley 90 de 1946, estableció el seguro social obligatorio de los trabajadores y creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales al que le confió, como una de las funciones principales, organizar las Cajas de Compensación destinadas a atender a los subsidios familiares que algunos patronos decidieran asumir en beneficio de los asegurados obligatorios o que llegaren a establecerse por ley especial o en las convenciones colectivas de trabajo (Artículo 9, ordinal 7).

De esta manera, la Ley 90 de 1946 fue la primera disposición legal en crear el subsidio familiar como una prestación facultativa que los patronos o empleadores decidieran asumir en beneficio de los asegurados obligatorios o que llegaren a establecerse por ley especial o en las convenciones colectivas de trabajo.

Conforme a dicha Ley, eran asegurados obligatorios:

a. Todos los individuos –nacionales o extranjeros- que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un contrato, expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico.

b. Los empleados y obreros que prestaran sus servicios a la Nación, los Departamentos y los Municipios en la construcción y conservación de las obras pú-

<sup>31</sup> Reflexiones tomadas de textos y exposiciones de Jorge Enrique Ibáñez Najar, Consultor Jurídico Externo de ASOCAJAS y Juan Carlos Melo Santos, Asesor Jurídico de ASOCAJAS.

blicas y en las empresas e institutos comerciales, industriales o agrícolas, ganaderos y forestales que aquellas entidades explotaran directa o indirectamente o de las cuales fueren accionistas o partícipes, todos los cuales, para los efectos de dicha Ley, fueron asimilados a trabajadores particulares.

c. Los médicos y demás personal científico que de manera continua prestaran sus servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

De esta manera, con base en esta autorización legal, el subsidio familiar apareció como una creación espontánea de los patronos particulares a favor de sus trabajadores, a manera de auxilio a la familia y en consideración del número de hijos que el trabajador dependiente sostuviese económicamente.

En consecuencia, no fue inicialmente una imposición legal como ocurrió con otras prestaciones legales<sup>32</sup>.

Con base en dicha autorización legal, el 22 de febrero de 1949, el Ferrocarril de Antioquia fue la primera empresa en reconocer el subsidio familiar a sus trabajadores. Luego, otros trabajadores obtuvieron su consagración en convenciones colectivas cada vez más numerosas y reiterativas en tal sentido

Igualmente, la creación de las Cajas de Compensación Familiar fue el resultado del consenso tanto de los trabajadores como de los patronos con el fin de satisfacer el propósito de proteger a la familia de los trabajadores dependientes.

En efecto, en el V Plenum Nacional de la Unión Nacional de Trabajadores de Colombia reunido en la ciudad de Medellín en el mes de marzo de 1954, se propuso la creación de la primera Caja de Compensación Familiar para lo cual los trabajadores señalaron que estarían dispuestos a aportar el 1% de su salario y le propusieron a los empleadores prohijar esta iniciativa aportando para tal efecto sumas proporcionales a los salarios pagados por cada empresa. A su vez, en la XI Asamblea General de la Asociación Nacional de Industriales ANDI, reunida en el mes de Mayo de ese mismo año, los industriales aprobaron esta iniciativa.

En tal virtud, el 30 de Junio de 1954 se creó la Caja de Compensación de Antioquia, Comfama, la cual inició sus actividades con 45 empresas afiliadas. Comfama empezó a pagar subsidios a razón de \$8 por cada hijo.

La ANDI siguió promoviendo la creación de Cajas de Compensación en otras ciudades para lo cual convocó a sus afiliados en cada una de ellas y lo mismo hicieron los demás gremios que agrupaban a los comerciantes, a los banqueros y a los aseguradores. Igualmente, los trabajadores siguieron impulsando esta iniciativa. En un principio, las Cajas se limitaron a recaudar los aportes de los empleadores para repartirlos mensualmente a los trabajadores de las empresas afiliadas.

En 1955, el Distrito Especial de Bogotá, las Empresas Públicas de Medellín y la Universidad de Antioquia también reconocieron el subsidio familiar a sus trabajadores. Otras empresas particulares manifestaron también su voluntad de pagar el subsidio familiar a sus trabajadores, pero no consideraron necesario

<sup>32</sup> Para los años 50, de acuerdo con la legislación laboral entonces vigente, las prestaciones legales se dividían en prestaciones patronales comunes y las prestaciones patronales especiales. Las primeras relacionadas con los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, auxilio monetario por enfermedad no profesional, calzado y overoles para trabajadores, protección a la maternidad y protección de menores, gastos de entierro del trabajador y el auxilio de cesantía. Las segundas relacionadas con la pensión de jubilación, el auxilio por enfermedad no profesional e invalidez, las escuelas y especialización, el seguro de vida colectivo obligatorio y la prima de servicios.



crear Cajas de Compensación o afiliarse a las existentes. A su vez, los sindicatos y centrales obreras propugnaron por una mayor regulación legal sobre el subsidio familiar.

Posteriormente, dicho subsidio familiar fue establecido como obligación a cargo de determinados patronos particulares y de algunas entidades oficiales por el Decreto 118 de 1957, estatuto que a su vez ordenó a los patronos obligados, a constituir corporaciones o afiliarse a las Cajas de Compensación Familiar existentes, con excepción de los que fueron autorizados para asumir directamente el pago. Así, en lo sucesivo, las Cajas de Compensación Familiar nacerían como entidades que por ministerio de la ley debían crear los particulares con fines eminentemente sociales y sin ánimo de lucro.

El Decreto 1521 de 1957, reglamentario del Decreto 118 del mismo año, señaló que el subsidio tendría por objeto "La defensa integral de la familia", al tiempo que previó que las Cajas de Compensación Familiar gozarían de autonomía administrativa y deberían organizarse como corporaciones.

Como se trataba de impulsar la creación e instalación de nuevas Cajas de Compensación Familiar, se dispuso que éstas podrían organizarse con 20 empresas y se las facultó para destinar a gastos de instalación y administración el 5% de sus ingresos (art. 29).

Posteriormente, el Decreto Legislativo 249 de 1957, conservó el 5% precitado para gastos de administración e instalación y autorizó a las Cajas de Compensación Familiar para establecer hasta 4 categorías de empresas afiliadas, cada una de las cuales tendría un monto especial de subsidio para sus trabajadores (art. 1°). A su vez, el Decreto 875 de 1961, definió la forma de establecer el capital del patrono para los efectos de determinar su obligación a pagar el subsidio, mientras que el Decreto 3151 de 1962, hizo obligatorio para las Cajas obtener su reconocimiento como personas jurídicas en el rango de corporaciones y aumentó a 50 el número mínimo de empresarios afiliados.

De esta manera, el subsidio familiar pasó a hacer parte de la seguridad social en cuanto tiende a la defensa integral de la familia y, por tanto, quedó incluido en la denominación genérica de las prestaciones sociales legales de los trabajadores. Así lo consideró la legislación desde su establecimiento obligatorio en el Decreto 118 de 1957 (Artículo 7°) y, posteriormente la Ley 58 de 1963 (artículos 8° y 9°).

En otros términos, el subsidio voluntariamente concedido por los patronos o pactado voluntariamente con los trabajadores con fundamento en lo previsto en la Ley 90 de 1946 y posteriormente en el Decreto 180 de 1956, pasó a ser regulado con carácter obligatorio y por lo tanto, según lo previsto en el Decreto 118 de 1957, debía ser cubierto a los beneficiarios directamente por las respectivas empresas o por las Cajas especiales organizadas también por los respectivos patronos.

En términos generales, desde el punto de vista normativo, se concluye entonces, que al amparo de la Ley 90 de 1946, y hasta 1956, los aportes de los empleadores para el subsidio familiar fueron voluntarios o surgieron como una obligación pactada en las convenciones colectivas que celebraban con sus trabajadores. En todo caso, la ley previó que tendría el carácter de una prestación social.

Empero, a partir de 1957, los aportes de los empleadores para el pago del subsidio familiar son obligatorios por mandato de la ley, los cuales deben transferirse a las Cajas de Compensación Familiar en los términos y condiciones señalados en la misma ley y destinarse por éstas para el pago del subsidio familiar a favor de los beneficiarios también señalados en la ley, en los términos y condiciones señalados por ésta, la cual definió que dichos pagos a favor del beneficiario constituían una prestación social.

De la ley surge entonces la obligación a cargo de los empleadores consistente en hacer los aportes para el subsidio familiar; por conducto de las Cajas de Compensación, cuyos beneficiarios serán los definidos en la ley; de la Ley surgen las funciones, deberes y obligaciones de las Cajas de Compensación Familiar para hacer efectivo el recaudo y posterior pago, en dinero, en especie o servicios a sus beneficiarios, en los términos y condiciones que señalan la ley y los reglamentos; y, de la ley surge el derecho a favor de los beneficiarios en las condiciones y términos que ésta señala en todo caso como prestación social.

Entonces, surgen diferentes relaciones jurídicas, todas ellas, por mandato de la ley, a saber:

La que surge a cargo de los empleadores frente a las Cajas de Compensación Familiar consistente en cumplir con el deber que la ley le impone de pagar y recaudar, respectivamente, los aportes para el subsidio familiar: Esta obligación legal tiene su propia naturaleza jurídica y, conforme a ella, sus propias características. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la Ley 789 de 2002 y luego la jurisprudencia constitucional, se trata de una obligación tributaria de carácter parafiscal, con destinación específica para la seguridad social, como se verá más adelante.

La que surge a cargo de las Cajas de Compensación frente al sistema consistente en hacer efectivos los recaudos y administrarlos en la ejecución de los programas previstos por la ley para el Sistema del Subsidio Familiar: Esta obligación legal tiene también su propia naturaleza jurídica, íntimamente vinculada a la anterior; dada la naturaleza de los recursos que se recaudan y administran. Se trata de la percepción, recaudo, administración, destinación, inversión y gasto de recursos de origen público en los términos y condiciones previstos por la ley.

La que surge a cargo de las Cajas de Compensación Familiar frente a los beneficiarios consistente en pagar en dinero, en especie o en servicios, el subsidio familiar; lo cual constituye una prestación social en los términos y condiciones señalados por la ley.

En conclusión, una es la naturaleza de los recursos que los empleadores aportan al Sistema del Subsidio Familiar; por conducto de las Cajas de Compensación Familiar y que éstas recaudan y, otra, la naturaleza de los pagos que éstas realizan a favor de los beneficiarios del subsidio familiar como contraprestación de la obligación tributaria, en los términos y condiciones señalados en la ley.

Pero la naturaleza de los aportes al sistema no se opone a la naturaleza de los pagos que éste realiza a los beneficiarios, sino que por el contrario se complementa, sin que la naturaleza de prestación social del subsidio en favor del beneficiario se oponga a la naturaleza de contribución parafiscal que los aportes tienen para los empleadores.

En otros términos, la contraprestación de la contribución parafiscal a cargo de los empleadores, es la prestación social a favor de los beneficiarios del Sistema del Subsidio Familiar:

Lo propio acontece con la contraprestación de la contribución parafiscal a cargo de los empleadores y trabajadores en materia de seguridad social en salud, que es la prestación social a favor de los beneficiarios del sistema de salud en prevención, atención y rehabilitación, o lo que sucede con la contraprestación de la contribución parafiscal a cargo de los empleadores en materia de seguridad social en riesgos profesionales, que es la prestación social a favor de los beneficiarios del sistema de riesgos profesionales.

En conclusión, los aportes para el subsidio familiar han sido desde el Decreto 118 de 1957 y son actualmente, conforme a la ley vigente, contribuciones parafiscales. Antes de esa fecha, tenían el carácter de aportes voluntarios a cargo del patrono o aportes convencionales si así se pactaba entre los trabajadores y empleadores, según lo previsto en la Ley 90 de 1946. A su vez, los pagos a favor de los beneficiarios siguen siendo desde de la Ley 90 de 1946, el Decreto Legislativo 180 de 1956, el Decreto Legislativo 118 de 1957, la Ley 58 de 1963, la Ley 56 de 1973, la Ley 21 de 1982 y la Ley 789 de 2002, una prestación social. A partir del Decreto Legislativo 118 de 1957, pasó a ser, como es hoy, una prestación social de carácter legal.

A partir de 1991, conforme a lo previsto en la Constitución Política, y según lo señala la Corte Constitucional,

*“El fundamento del subsidio familiar no es otro que el de la democracia participativa que informa el Estado Social de derecho. En este sentido se destaca la estrecha vinculación de doble vía entre el Estado y la sociedad, materializada en este caso en el inciso segundo del Artículo 103 de la Constitución que dice: El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan. Las Cajas son pues una organización no gubernamental –ONG-, como se advierte en el Decreto 1521 de 1957, por el cual se reglamenta el subsidio familiar (Artículo 3)”.<sup>33</sup>*

Las Cajas de Compensación Familiar recaudan los aportes y pagan las asignaciones del subsidio familiar, la cual es una “prestación social pagadera en dinero, especie o servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a su cargo”, con el objeto principal de aliviar las cargas económicas que representan el sostenimiento de la familia.

En cuanto se refiere a la naturaleza de los aportes que los empleadores hacen a las Cajas de Compensación Familiar, la Corte Constitucional ha señalado -en reiterados pronunciamientos- que tales recursos tienen el carácter de parafiscales, sin perjuicio de la naturaleza que a su vez los pagos tienen respecto de sus beneficiarios, esto es, que se trata de una prestación social de carácter legal.

En efecto, mediante la Sentencia C-575 del 29 de octubre de 1992, la Corte Constitucional señaló que:

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia No. C-575 de Octubre 29 de 1992. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Norma acusada: Artículo 1º, parcial, de la Ley 49 de 1990. Actor: Raimundo Emiliani Román. Ref. Proceso No. D-066.

“16. Es preciso clarificar la naturaleza fiscal de los recursos destinados por los empleadores a las Cajas de Compensación Familiar, así:

“Las cotizaciones de los empleadores son aportes de orden parafiscal, que no impuestos ni contraprestación salarial.

“17. En efecto, las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Su fundamento constitucional se encuentra hoy en el Artículo 150 numeral 12 y en el 338 idem. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley.

“Como ya lo tiene establecido esta Corporación, la parafiscalidad hace relación a unos recursos extraídos en forma obligatoria de un sector económico para ser reinvertidos en el propio sector, con exclusión del resto de la sociedad...” (Corte Constitucional. Sentencia N° C-449 del 9 de julio de 1992).

“18. No son impuestos porque no se imponen a todos los contribuyentes ni van a engrosar el presupuesto de ninguna entidad pública bajo el principio de universalidad ni son distribuidos por corporación popular alguna.

“19. No son tampoco renta de destinación específica porque simplemente no son renta estatal sino recursos de los trabajadores en tanto que sector.

“20. Mucho menos constituyen salario porque no son una contraprestación laboral directamente derivada del trabajo y como retribución del servicio.

“21. Finalmente, y sobre todo, las cotizaciones de los patronos a las Cajas no son un derecho subjetivo del trabajador o del empleador.

“...

“Se advierte claramente que los recursos de las Cajas no son propiedad privada (Artículo 58 de la Carta) del empleador ni de los trabajadores en particular sino del sector de los trabajadores remunerados. No es pues un derecho subjetivo de las personas sino del sector en su conjunto.

“Son pues recursos afectados a una particular destinación de interés general. Sus destinatarios, por disposición de la ley, deben reunir dos requisitos: que se trate de un trabajador y que dicho trabajador devengue menos de cuatro salarios mínimos.

“La propiedad de estos recursos, así como su administración, a diferencia de lo que sucede con el Fondo Nacional del Café (Véase en este sentido lo que ya ha establecido la Corte Constitucional en la Sentencia del Proceso No. D-033), no pertenece al Estado y en consecuencia no media al respecto contrato entre la Nación y la entidad. Pero en uno y otro caso los recursos están afectados a una finalidad que tiene que cumplir el administrador de los mismos, pues, al fin de cuentas, ambos recursos son parafiscales.”<sup>34</sup>

Tales consideraciones fueron reproducidas en la Sentencia C-536 del 28 de julio de 1999<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia N° C-575 de Octubre 29 de 1992. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Norma acusada: Artículo 1°, parcial, de la Ley 49 de 1990. Actor: Raimundo Emiliani Román. Ref. Proceso No. D-066.

<sup>35</sup> Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-536 del 28 de julio de 1999. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Igualmente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-149 del 23 de marzo de 1994, al estudiar este mismo tema, señaló lo siguiente:

4. En principio, la Constitución reserva al Legislador la competencia de regular el servicio público de seguridad social que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. El Estado, por su parte, con la participación de los particulares, está en la obligación de ampliar la cobertura de la seguridad social “que comprenderá la prestación de los servicios que determine la ley” (CP art. 48).

La Ley 71 de 1988 impone a las Cajas de Compensación Familiar – empresas privadas sin ánimo de lucro que prestan funciones de seguridad social y se encuentran sometidas al control y vigilancia que establezca la ley (Ley 21 de 1982, art. 39) - la obligación de prestar a los pensionados, previa solicitud de éstos, los servicios a que tienen derecho los trabajadores activos, a cambio de una cotización no superior al 2% de la mesada pensional. No obstante, el propio Legislador - por razones económicas - excluye a los pensionados que se acojan a este beneficio del subsidio en dinero a que tienen derecho los trabajadores activos con personas a su cargo.

Ahora bien, el Constituyente tuvo en cuenta que el cubrimiento de la seguridad social a toda la población y no sólo a los trabajadores activos es un objetivo indispensable e insustituible en un Estado Social de Derecho (CP arts. 1º y 2º). Sin embargo, dada la estrechez del sistema actual de seguridad social y las dificultades económicas, confió al Legislador la tarea de ampliar progresivamente la cobertura de los servicios de seguridad social, con la participación de los particulares, a todos los habitantes (CP art. 48). Así las cosas, es al Legislador a quien corresponde constitucionalmente la apreciación de las condiciones en que los servicios de seguridad social deben ser prestados de manera que se cumpla con el objetivo trazado en la Constitución.

(...)

Dentro de los variados servicios que las Cajas de Compensación prestan a sus afiliados deben mencionar los programas y servicios de salud, nutrición, vivienda, crédito de fomento, recreación y mercadeo (L.21 de 1982, art. 62). De otra parte, el subsidio familiar es una prestación social a cargo de los empleadores que se paga a los trabajadores de menores y medianos ingresos, en dinero, especie y servicios (L. 21 de 1988, art. 1º), **por conducto** de las Cajas de Compensación Familiar, con arreglo a lo ordenado por la ley (L.21 de 1982, art. 15). Es claro que unos son los servicios que prestan las Cajas de Compensación Familiar en calidad de entidades que desarrollan diversos programas para la prestación de la seguridad social y otra la actividad que cumplen en calidad de **entidades pagadoras** del subsidio dinerario. Este auxilio especial es una obligación impuesta por la ley a los empleadores, que no debe ser cancelada en forma directa por el patrono sino mediante la destinación de parte del valor de la nómina a las Cajas de Compensación Familiar para que éstas realicen el desembolso respectivo.

Cabría preguntarse si la original intención del legislador fue la de otorgar a los pensionados el derecho a un subsidio familiar en las condiciones establecidas para los trabajadores activos. Si ello hubiera sido así, no comprende la Corte porqué la ley 71 de 1988 se limitó a regular las condiciones bajo las cuales los pensionados se harían acreedores a los servicios que prestan las Cajas de Compensación Familiar, con exclusión del subsidio dinerario. ¿De dónde deberían provenir los recursos para el pago del subsidio dinerario en caso de que la ley no hubiera excluido de su pago a los pensionados que voluntariamente se afiliaran a una Caja de Compensación Familiar, si la ley determina que son los empleadores las personas obligadas a realizar dicho

pago? En otras palabras, y abordando el anterior interrogante a la luz del derecho a la igualdad, es necesario establecer si lo afirmado por el señor Procurador, en el sentido de que con la consagración del Artículo 6° de la ley 71 de 1988 se operó un cambio de concepción del subsidio familiar, es correcto, en la medida que su pago ya no se condiciona a ostentar la calidad de trabajador sino que debe hacerse extensible a los pensionados por la mera circunstancia de tener personas a cargo.

7. Para la Corporación resulta claro que, al contrario de lo sostenido por el Ministerio Público, la norma demandada no modifica el régimen legal del subsidio familiar, regulado actualmente por la Ley 21 de 1982. De conformidad con la ley, los empleadores - y no directamente las Cajas de Compensación como lo sugiere el concepto fiscal - son las personas obligadas a reconocerlo. Por otra parte, los recursos de las Cajas de Compensación Familiar, provenientes de los aportes patronales, son de orden parafiscal, esto es, no constituyen impuestos ni contraprestaciones salariales, lo que impide disponer de éstos sin norma legal expresa que lo autorice. En efecto, según la doctrina constitucional de la Corporación:

“ (...) las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Su fundamento constitucional se encuentra hoy en el Artículo 150 numeral 12 y en el 338 idem. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley.

“Como ya lo tiene establecido esta Corporación, “la parafiscalidad hace relación a unos recursos extraídos en forma obligatoria de un sector económico para ser reinvertidos en el propio sector, con exclusión del resto de la sociedad...”<sup>36</sup>

“18. No son impuestos porque no se imponen a todos los contribuyentes ni van a engrosar el presupuesto de ninguna entidad pública bajo el principio de universalidad ni son distribuidos por corporación popular alguna.

“19. No son tampoco renta de destinación específica porque simplemente no son renta estatal sino recursos de los trabajadores en tanto que sector.

“20. Mucho menos constituyen salario porque no son una contraprestación laboral directamente derivada del trabajo y como retribución del servicio.”<sup>37</sup>

A su vez, con la Sentencia C-183 del 10 de abril de 1997, al revisar la constitucionalidad del Artículo 217 de la Ley 100 de 1993<sup>38</sup>, la Corte Constitucional analizó la naturaleza de los aportes hechos a las Cajas de Compensación Familiar y señaló lo siguiente:

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. C-449 de 1992.

<sup>37</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. C-575 de 1992.

<sup>38</sup> Cuyo texto es el siguiente:

**“Artículo 217. De la Participación de las Cajas de Compensación Familiar.** Las Cajas de Compensación Familiar destinarán el 5% de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en Salud, salvo aquellas Cajas que obtengan un cuociente superior al 100% del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10%. La aplicación de este cuociente, para todos sus efectos, se hará de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 49 de 1990, y a partir del 15 de febrero de cada año.

Las Cajas de Compensación Familiar podrán administrar directamente, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto, los recursos del régimen subsidiado de que trata el presente artículo. La Caja que administre directamente estos recursos constituirá una cuenta independiente del resto de sus rentas y bienes. Las Cajas de Compensación Familiar que no cumplan los requisitos definidos en la reglamentación, deberán girar los recursos del subsidio a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía”.

## 1. Carácter parafiscal de la contribución

Según el Artículo 150, numeral 12, de la Constitución Política, al Congreso corresponde establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales.

El Artículo 338 *Ibídem* señala que, en tiempo de paz, solamente el Congreso, a nivel nacional, podrá imponer contribuciones fiscales o parafiscales.

Sobre el concepto de parafiscalidad, la Corte Constitucional ha trazado pautas jurisprudenciales, luego acogidas por el legislador, que pueden sintetizarse así:

*"De las anteriores exposiciones quedan varias cosas claras. En primer lugar que el término "contribución parafiscal" hace relación a un gravamen especial, distinto a los impuestos y tasas. En segundo lugar, que dicho gravamen es fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo, gremio o colectividad, cuyos intereses o necesidades se satisfacen con los recursos recaudados. En tercer lugar, que se puede imponer a favor de entes públicos, semipúblicos o privados que ejerzan actividades de interés general. En cuarto lugar que los recursos parafiscales no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional. Y por último, que los recursos recaudados pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado". (Cfr. Sentencia C-040 del 11 de febrero de 1993. M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón).*

*"De esta suerte, en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la parafiscalidad constituye un instrumento para la generación de ingresos públicos, caracterizado como una forma de gravamen que se maneja por fuera del presupuesto -aunque en ocasiones se registre en él- afecto a una destinación especial de carácter económico, gremial o de previsión social, en beneficio del propio grupo gravado, bajo la administración, según razones de conveniencia legal, de un organismo autónomo, oficial o privado. No es con todo, un ingreso de la Nación y ello explica porque no se incorpora al presupuesto nacional, pero no por eso deja de ser producto de la soberanía fiscal, de manera que sólo el Estado a través de los mecanismos constitucionalmente diseñados con tal fin (la ley, las ordenanzas y los acuerdos) puede imponer esta clase de contribuciones como ocurre también con los impuestos. Por su origen, como se deduce de lo expresado, las contribuciones parafiscales son de la misma estirpe de los impuestos o contribuciones fiscales, y su diferencia reside entonces en el preconditionamiento de su destinación, en los beneficiarios potenciales y en la determinación de los sujetos gravados". (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-308 del 7 de julio de 1994. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).*

*"...la contribución parafiscal, fruto de la soberanía fiscal del Estado, es una contribución obligatoria para cierto sector de la sociedad, cuya finalidad es la reversión de tales recursos en ese mismo sector. En efecto, las características de la cuota parafiscal son la obligatoriedad, la singularidad y la destinación sectorial. Obligatoriedad porque el sujeto gravado no puede eximirse del deber de pagar la contribución. Singularidad porque recae sobre un específico grupo de la sociedad. Y destinación sectorial porque la contribución mencionada se revierte en el sector del cual se ha extraído". (Corte Constitucional. Sentencia C-546 del 1 de diciembre de 1994. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).*

El Artículo 12 de la Ley 179 de 1994 (Órgánica del Presupuesto Nacional), modificado por el Artículo 2 de la Ley 225 de 1995, define así las rentas parafiscales:

*“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.*

*Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración”.*

*La disposición acusada cumple a cabalidad con los requisitos de la parafiscalidad, por cuanto plasma, en efecto, una contribución a cargo de entidades pertenecientes a determinado sector económico, cuyos fondos se reinvierten en el mismo. Los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar no pertenecen a ellas sino que corresponden a un interés legítimo de los trabajadores (Cfr. Sentencia C-575 del 29 de octubre de 1992. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero), lo cual implica que es éste último sector -el del trabajo- el sujeto pasivo de la contribución y, a la vez, el sector beneficiario del producto de la misma, en cuanto son los trabajadores los favorecidos por el régimen de subsidios en salud, bien que los dineros correspondientes se administren directamente por las mismas Cajas -como lo autoriza la norma, bajo la modalidad de cuentas independientes de las que corresponden al resto de sus rentas y bienes-, ya sea que se manejen dentro de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía creado por la Ley 100 de 1993.”<sup>39</sup>.*

Mediante la Sentencia SU-480 de 1997, la Corte Constitucional señaló que las cotizaciones para la seguridad social en general constituyen contribuciones parafiscales.

En igual sentido, mediante la Sentencia C-542 del 1º de octubre de 1998, la Corte Constitucional hizo un amplio análisis de la naturaleza de los aportes hechos para la seguridad social al estudiar el Sistema de Seguridad Social en salud, los principios constitucionales que lo fundamentan y la facultad legislativa para establecer su régimen jurídico, en los siguientes términos:

*“A través de distintos pronunciamientos proferidos en procesos de constitucionalidad y de tutela, la Corte ha destacado como uno de los fines esenciales del Estado social de derecho colombiano, el deber de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados constitucionalmente, dentro de los cuales gozan de un especial reconocimiento el respeto a la dignidad humana, la garantía de una vida en condiciones dignas, así como la prestación de una Seguridad Social integral, que proteja a las personas ante las distintas contingencias que puedan menguar su estado de salud y su capacidad económica, con afectación de sus medios de subsistencia o los de su núcleo familiar.*

*La prestación de esos servicios requiere, entonces, de precisas acciones estatales, de conformidad con las políticas de contenido social y económico, diseñadas para el efecto, de una organización institucional y funcional eficiente, bajo un régimen jurídico especial, con intervención del Estado para su dirección y regulación, mediante la participación estatal y privada, tanto para la prestación de las distintas actividades que esa*

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-183 del 10 de abril de 1997. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.



finalidad suponga, como en su financiación, y con la garantía de acceso progresivo a la totalidad de la población, situaciones que el Constituyente de 1991 consagró a través de la redefinición del concepto de Seguridad Social y de atención en salud, consignado en la nueva Ley Fundamental desde una perspectiva amplia e integral del mismo y a la manera de un Estado gestor y promotor del desarrollo y del bienestar social.

Según lo señala el nuevo ordenamiento constitucional a partir de 1991, la Seguridad Social constituye "...un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley (C.P., art. 48), que correlativamente se estructura en la forma de un derecho absolutamente irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos, permitiéndoles obtener el amparo necesario para cubrir los riesgos que pueden llegar a minar su capacidad económica y afectar su salud, con especial énfasis en aquellos sectores de la población más desprotegidos, en la intención de conservar una comunidad sana y productiva, gracias a la ampliación gradual de la cobertura que en forma progresiva debe producirse, según los parámetros que señale el legislador."<sup>40</sup>

En lo referente a la atención en salud, se dispone que "constituye un objetivo fundamental como derecho de reconocimiento superior, dirigida a facilitar el acceso de las personas a los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma, que para su prestación, igualmente, adopta la forma de un servicio público a cargo del Estado, en forma directa o a través de entidades privadas, debiendo organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, al lado del deber de cada individuo de procurarse el cuidado integral necesario de su salud y la de su comunidad (C.P., art. 49)."<sup>41</sup>

Finalmente, mediante la Sentencia C-1173 del 8 de Noviembre de 2001, la Corte Constitucional distingue entre la naturaleza del subsidio familiar como una prestación social que se paga al trabajador y la naturaleza de los recursos que por obligación legal los empleadores debe aportar a las Cajas de Compensación Familiar, las cuales se consideran rentas parafiscales, tal como lo había indicado la jurisprudencia de esa misma Corte, aunque señaló que habría que precisar que estas contribuciones son rentas parafiscales atípicas si se repara en el elemento de la destinación sectorial, toda vez que han sido impuestas directamente por el legislador en cabeza de determinado grupo socio económico -los empleadores-, pero con el objeto de beneficiar a los trabajadores.

Además de lo dicho por la Corte Constitucional en sede de Tutela (Sentencias T-223/98, T-353/99, T-742/00, T-1034/00, T-1212/00, T-1523/00 y T-686/01) y de lo afirmado en sede constitucional con anterioridad (C-149/94, C-508/97 y C-559/01) sobre la naturaleza de prestación social de los pagos a sus beneficiarios -sean en dinero, en especie o en servicios-, en la Sentencia C-1173 de 2001, se expresó de manera definitiva la Corte Constitucional:

## 2. El asunto bajo revisión

Corresponde a la Corte determinar si la norma acusada, al señalar los campos y el orden de prioridades en los que deben ser emprendidas las obras y programas sociales que realicen las Cajas de Compensación, con el fin de atender el pago del subsidio

40 Sentencia SU 039 de 1.998, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

41 Ibidem.

familiar en servicios o especie, desconoce los postulados constitucionales que el actor cita como infringidos, en la medida en que arbitrariamente dispone de una prestación social que constituye un derecho subjetivo de los trabajadores.

Para resolver el anterior cuestionamiento se hace necesario establecer la naturaleza jurídica del subsidio familiar, para lo cual será menester remontarnos, en primer término, al origen de esta institución.

### 3. Génesis, evolución y rasgos característicos del subsidio familiar

La Carta Política reconoce al poder legislativo amplia competencia para diseñar las instituciones jurídicas en los distintos campos del quehacer social, con estricta sujeción a los postulados establecidos en el estatuto superior. Particularmente, en lo que concierne al subsidio familiar, como especie del género de la seguridad social, los artículos 48, 49, 53 y 150-23 de la Carta confieren al legislador amplia competencia para regular esta materia, con arreglo a los principios superiores de eficiencia, universalidad y solidaridad.<sup>42</sup>

De tiempo atrás el legislador ha venido desarrollando una legislación especial sobre subsidio familiar inspirada en el propósito de aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia de los trabajadores de menores o medianos ingresos e incluso de los pensionados, bajo la consideración según la cual este beneficio constituye una prestación social cuya cobertura depende de las condiciones materiales que son evaluadas por el legislador histórico.

El primer hito del régimen jurídico del subsidio familiar en la legislación colombiana son los Decretos Legislativos 118 y 249 de 1957, que crearon el subsidio familiar como un beneficio prestacional con carácter selectivo y especial, dejando marginada a la gran mayoría de la población laboral activa.

Posteriormente mediante la Ley 58 de 1963, se amplió el campo de aplicación del subsidio incorporando a su régimen a los trabajadores del sector público y todos los de las empresas o patronos titulares de un patrimonio neto igual o superior a los

42 La Corte Constitucional se ha referido a la autonomía legislativa en materia de subsidio familiar. En sentencia C-149 de 1994 dijo: **"Autonomía legislativa en materia de regulación del subsidio familiar.** En principio, la Constitución reserva al Legislador la competencia de regular el servicio público de seguridad social que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. El Estado, por su parte, con la participación de los particulares, está en la obligación de ampliar la cobertura de la seguridad social "que comprenderá la prestación de los servicios que determine la ley" (CP art. 48). (...) La Corporación debe establecer como primera medida cuáles son los límites de la autonomía legislativa en materia de la regulación del servicio público de la seguridad social, para luego determinar si la disposición acusada infringe o no la Constitución. 5. Asiste razón al representante del Ministerio Público en cuanto a que el subsidio familiar (L.21 de 1982) es una especie del género de la seguridad social. La seguridad social ostenta a nivel constitucional la doble naturaleza de servicio público mediante el que se realizan los fines esenciales del Estado (CP arts. 2, 48, 365 y 366) y de derecho constitucional garantizado a todos los habitantes (CP art. 48). Su finalidad es asegurar a toda persona, independientemente de su situación laboral, las condiciones necesarias para una existencia digna y la plena realización personal. Por su parte, el subsidio familiar es una prestación social cuya finalidad es aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia de los trabajadores de menores o medianos ingresos y, ahora, de los pensionados (L.21 de 1982, art. 1° y L. 71 de 1988, art. 6°), de forma que tales condiciones materiales puedan ser satisfechas. Ahora bien, el Constituyente tuvo en cuenta que el cubrimiento de la seguridad social a toda la población y no sólo a los trabajadores activos es un objetivo indispensable e insustituible en un Estado Social de Derecho (CP arts. 1° y 2°). Sin embargo, dada la estrechez del sistema actual de seguridad social y las dificultades económicas, confió al Legislador la tarea de ampliar progresivamente la cobertura de los servicios de seguridad social, con la participación de los particulares, a todos los habitantes (CP art. 48). Así las cosas, es al Legislador a quien corresponde constitucionalmente la apreciación de las condiciones en que los servicios de seguridad social deben ser prestados de manera que se cumpla con el objetivo trazado en la Constitución. No obstante, el ejercicio de las competencias constitucionales por parte del Legislador debe efectuarse con estricta sujeción a los preceptos constitucionales tanto generales como particulares (CP art. 6°). En efecto, el Legislador so pretexto de regular una determinada materia no podría desconocer los derechos garantizados en la Constitución - en este caso la igualdad y la protección especial a la familia y a los niños - ni los principios que específicamente deben inspirar y guiar la acción del Estado en la prestación de los servicios públicos - eficiencia, universalidad y solidaridad en el caso de la seguridad social (CP art. 48)".

cincuenta mil pesos, con lo cual se hizo beneficiaria de esta prestación a un sector más significativo de la población laboral. Lamentablemente este sistema establecía categorías entre los trabajadores beneficiarios del subsidio, de tal manera que los empleados vinculados a empresas de altas nóminas, obtenían un mayor subsidio monetario. Además autorizaba la creación de Cajas de Compensación exclusivas para empleados de determinado gremio, con lo cual se desconocía el principio de solidaridad social sobre el cual se apuntala el régimen de subsidio familiar.

Con la Ley 56 de 1973 se admite la representación de los obreros en los consejos directivos de las Cajas de Compensación Familiar y se suprimen las categorías de beneficiarios permitiendo la ejecución de programas de acción social adelantados por las Cajas, lo cual condujo a una reducción de las apropiaciones para el reconocimiento del subsidio monetario en dinero.

A través de la Ley 21 de 1982 se fija un nuevo marco normativo en el que todo trabajador vinculado jurídicamente a un empleador, cualquiera que sea el capital de éste o la magnitud de su empresa, debe ser beneficiario del subsidio familiar. De esta manera se pretendió remediar la situación de marginación en que quedaba un amplio sector de la población laboral bajo la vigencia del régimen anterior, sector que era justamente el más necesitado de esta prestación. Y en cuanto al subsidio familiar en dinero, éste fue establecido para aquellos trabajadores cuya remuneración mensual fija o variable no sobrepasara los cuatro salarios mínimos mensuales vigentes en el lugar del pago.

La Ley 22 de 1985, por su parte, creó la Superintendencia del Subsidio Familiar con el objeto de que ejerza la inspección, control y vigilancia de la gestión que adelantan las Cajas de Compensación Familiar.

Posteriormente, mediante el Artículo 6° de la Ley 71 de 1988, se amplió la cobertura del Sistema del Subsidio Familiar a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero.

A través de la Ley 49 de 1990 (Artículo 68) se creó el subsidio a la vivienda de interés social por parte de las Cajas de Compensación Familiar, en virtud del cual cada Caja de Compensación estará obligada a constituir un fondo para el subsidio familiar de vivienda, que a juicio del Gobierno Nacional, será asignado en dinero o en especie y en seguimiento de las políticas trazadas por el mismo.

Finalmente, el Artículo 217 de la Ley 100 de 1993 dispuso que las Cajas de Compensación Familiar destinen el 5% de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en Salud, salvo aquellas Cajas que obtengan un cociente superior al 100% del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10%.

De la legislación vigente sobre la materia, se desprenden las siguientes características fundamentales del subsidio familiar:

- Es una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario. Así la define expresamente el Artículo 1° de la Ley 21 de 1982:

“El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, en especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción

al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad”.

- Se paga en dinero, servicios y especie ya sea mediante una cuota monetaria, el reconocimiento de géneros distintos al dinero o mediante la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar, respectivamente. (art. 5° ejusdem).
- Se paga a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato de la ley (art. 6° de la Ley 71 de 1988).<sup>43</sup>
- Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia. La razón de ser de este beneficio es la familia como núcleo básico donde el hombre se realiza como persona y donde se genera la fuerza de trabajo. En este sentido, es válido afirmar que el subsidio familiar es la materialización del mandato consagrado en el canon 42 de la Carta según el cual “El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia”.
- Constituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno. En este orden, es un instrumento por medio del cual se puede alcanzar la universalidad de la seguridad social, en consonancia con el postulado contemplado en el Artículo 48 de la Carta Política.
- Su reconocimiento está a cargo de los empleadores mencionados en Artículo 7° de la Ley 21 de 1982 y de conformidad con la suma señalada en el 8° del mismo ordenamiento legal.
- Es recaudado, distribuido y pagado por las Cajas de Compensación Familiar que además están en la obligación de organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar (art. 41 de la Ley 21 de 1982).

Es de anotar que al ocuparse del tema, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el subsidio familiar ostenta la triple condición de prestación legal de carácter laboral, mecanismo de redistribución del ingreso y función pública desde la óptica de la prestación del servicio. Ha dicho la Corte:

**“Naturaleza jurídica del subsidio familiar.** En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

<sup>43</sup> Al analizar la constitucionalidad de esta restricción la Corte en la Sentencia C-149 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, por medio de la cual se declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 6° de la Ley 71 de 1988, dijo al respecto: “...no comparte la Corte la afirmación según la cual en materia de subsidio familiar es indiferente la condición de trabajador o pensionado. “En el primer caso, el pago de subsidio en dinero es consecuencia de una obligación legal de los empleadores. En el segundo, en cambio, la contraprestación que dicho pago exige no está definida por ley ni impuesta a persona alguna en particular, lo cual no quiere decir que, en justicia, los pensionados con personas a su cargo no merezcan dicho reconocimiento. No se configura, por lo tanto, vulneración alguna de los derechos a la igualdad, a la protección de la familia o de la niñez por efecto de que el Legislador haya dispuesto ofrecer a los pensionados la posibilidad de afiliarse a las Cajas de Compensación Familiar para así beneficiarse de los servicios que ellas prestan, con prescindencia, sin embargo, del subsidio dinerario”.

Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. **El Sistema del Subsidio Familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.**

**Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social”.**

Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue.<sup>44</sup>

A su vez, sobre la naturaleza parafiscal de los aportes hechos por los empleadores, en esta misma Sentencia C-1173 de 2001, así se expresó también la Corte Constitucional:

“Hecho este recuento y señalados los rasgos sobresalientes de la institución del subsidio familiar, la Corte se adentrará en el estudio de la naturaleza de los recursos que manejan las Cajas de Compensación Familiar con el fin de establecer cual es la situación concreta de los beneficiarios en relación con el subsidio familiar.

#### **4. Naturaleza parafiscal de los recursos que manejan las Cajas de Compensación Familiar. Interés legítimo del trabajador frente al subsidio familiar**

Por definición legal (art. 39 de la Ley 21 de 1982), las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, que cumplen funciones de seguridad social y se encuentran sometidas al control y vigilancia estatal a través de la Superintendencia del Subsidio Familiar creada por la Ley 25 de 1981. **Se trata, pues, de entidades que no ejercen funciones públicas sino que desarrollan una función social.**

Al analizar su naturaleza, la Corte Suprema de Justicia cuando actuaba como juez de la Carta dijo sobre las Cajas de Compensación Familiar:

“...no es una actividad privada la que cumplen, ni son los bienes que le pertenezcan en la forma de propiedad privada adquirida con justo título, lo hace a las Cajas entes de derecho privado; todo lo contrario, son las actividades de interés general y los bienes que están destinados a lograr el bienestar de los trabajadores y sus familias lo que las configura como entes de origen legal, y de naturaleza especial que se organizan bajo las reglas del derecho privado...”<sup>45</sup>

44 Sentencia C-508 de 1997 Magistrado ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

45 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia No.32 de 1987. M.P: Fabio Morón Díaz

La jurisprudencia constitucional también ha expresado que las Cajas de Compensación Familiar fueron concebidas como entes intermediarios para el pago del subsidio familiar. Por esta razón, se considera que cumplen funciones de seguridad social bajo la directa intervención del Estado.

En Sentencia C-508 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, dijo al respecto:

**“Naturaleza jurídica y estructura orgánica de las Cajas de Compensación Familiar.**

Es incuestionable entonces que en las actividades que se relacionan con el subsidio familiar - recaudo, administración de los recursos y pago a beneficiarios -, existe un interés público, por lo cual su regulación y orientación compete al Estado. De aquí se desprenden significativas consecuencias: teniendo en cuenta que el subsidio familiar es administrado por entidades intermediarias entre los empleadores y los trabajadores, cuya gestión compromete el interés general por lo cual requiere no sólo ser objeto de inspección, vigilancia y control, sino de armonización de políticas generales, dicho régimen jurídico contempla expresamente normas que se refieren a la organización administración y funcionamiento de las Cajas de Compensación Familiar.

“Actualmente, la normatividad jurídica que contempla el régimen de las Cajas de Compensación Familiar está señalado, de manera general para todas ellas, en la ley 21 de 1982.

“En cuanto a la naturaleza jurídica de las entidades llamadas a la prestación de la actividad que se viene comentando, esta ley define que “las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la Ley.”<sup>46</sup>

“En virtud de esta naturaleza privada, la estructura y administración de las Cajas de Compensación Familiar, determinada por la ley, contempla que estén dirigidas por una asamblea general de afiliados, un consejo directivo y un director administrativo.

“La asamblea general es el máximo órgano de dirección de la corporación y en tal virtud cumple, entre otras funciones, la de elegir a los representantes de los empleadores ante el consejo directivo y aprobar u objetar los balances o estados financieros y demás cuentas de fin de ejercicio así como el informe general del director administrativo.”<sup>47</sup>

“El consejo directivo está compuesto por nueve miembros, cinco en representación de los empleadores afiliados, elegidos por la asamblea general, y cuatro en representación de los trabajadores, estos últimos escogidos por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social de listas que le envían los comités ejecutivos de las federaciones y confederaciones de trabajadores con personería jurídica. Al consejo directivo compete, entre otras funciones, aprobar el presupuesto anual de ingresos y egresos y elegir al director administrativo.

“Las Cajas de Compensación Familiar obtienen su personería jurídica de la Superintendencia de Subsidio Familiar y están sometidas a su inspección y vigilancia, mas no se adscriben ni vinculan a ningún organismo de la Administración Pública”.

<sup>46</sup> Ley 21 de 1982, artículo 39.

<sup>47</sup> Idem, artículo 47

Ahora bien, por la forma como fueron concebidos por el legislador los recursos que manejan las Cajas de Compensación deben considerarse rentas parafiscales, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte:

*"...las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Su fundamento constitucional se encuentra hoy en el Artículo 150 numeral 12 y en el 338 idem. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley.*

*"Como ya lo tiene establecido esta Corporación, "la parafiscalidad hace relación a unos recursos extraídos en forma obligatoria de un sector económico para ser reinvertidos en el propio sector, con exclusión del resto de la sociedad..."<sup>48</sup>*

*"No son impuestos porque no se imponen a todos los contribuyentes ni van a engrosar el presupuesto de ninguna entidad pública bajo el principio de universalidad ni son distribuidos por corporación popular alguna.*

*No son tampoco renta de destinación específica porque simplemente no son renta estatal sino recursos de los trabajadores en tanto que sector.*

*Mucho menos constituyen salario porque no son una contraprestación laboral directamente derivada del trabajo y como retribución del servicio.*

*No obstante, habría que precisar que estas contribuciones son rentas parafiscales atípicas si se repara en el elemento de la destinación sectorial, toda vez que han sido impuestas directamente por el legislador en cabeza de determinado grupo socio económico -los empleadores-, pero con el objeto de beneficiar a los trabajadores. Al respecto debe anotarse que para la jurisprudencia constitucional el concepto de grupo socio-económico supera la noción de sector, y debe entenderse en un sentido amplio, en tanto y en cuanto el beneficio que reporta la contribución no sólo es susceptible de cobijar a quienes directa o exclusivamente la han pagado, sino que también puede extenderse a quienes en razón de los vínculos jurídicos, económicos o sociales que los ligan para con el respectivo grupo pueden válidamente hacer uso y aprovechar los bienes y servicios suministrados por las entidades responsables de la administración y ejecución de tales contribuciones.<sup>49</sup>*

*En su condición de rentas parafiscales los recursos del subsidio familiar no generan una contraprestación individual para sus destinatarios sino, todo lo contrario, para el sector o grupo económico al que ellos pertenecen".*

Hecho el anterior recuento cronológico sobre las decisiones legales y jurisprudenciales, lo mismo que de los conceptos institucionales acerca de las Cajas de Compensación Familiar, de sus funciones relacionadas con la seguridad social, de la naturaleza de los aportes que recibe, administra y destina, de los sistemas de control que les son aplicables, entre ellos, el control fiscal, y de la naturaleza de prestación social que tiene el subsidio familiar, es procedente concluir lo siguiente:

1.- De conformidad con lo dispuesto en la ley y la definición que de su contenido y alcance ha hecho la jurisprudencia constitucional, las Cajas de Compensación Familiar son entidades de derecho privado que, también por mandato de la ley, recaudan, administran y destinan recursos de la seguridad social.

48 Sentencia C- 449 de 1992

49 Sentencia C-711 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería

2.- Siendo recursos de la seguridad social que en cumplimiento de un deber u obligación legal los empleadores deben trasladar a las Cajas de Compensación Familiar en los términos que señala la misma ley, surge el interrogante de si los mismos constituyen recursos de carácter público o si se trata de recursos de carácter privado.

3.- Hasta el año 2002, la Corte Constitucional en repetidos fallos de constitucionalidad –atrás transcritos- había afirmado en algunos casos como *ratio decidendi* de la exequibilidad de normas legales que se refieren a tales aportes y por lo mismo con decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional con efectos *erga omnes* y en otros casos *obiter dicta*, que tales recursos son recursos de naturaleza pública por ser el resultado de la potestad impositiva del Estado, con el carácter de contribuciones parafiscales.

Con fundamento en tales antecedentes jurisprudenciales, la Ley 789 sancionada el 27 de diciembre de 2002, calificó a los aportes que los empleadores deben liquidar y trasladar a las Cajas de Compensación Familiar, como contribuciones o aportes parafiscales, tal y como puede apreciarse, a manera de ejemplo en los artículos 7, 13 y 16.

Empero, hasta el año 2001, tales apreciaciones jurisprudenciales contenidas en las sentencias de constitucionalidad tanto de la Corte Constitucional como en las sentencias del Consejo de Estado, sólo tenían, en cada caso, como respaldo de la decisión, el principio de autoridad, por tratarse de afirmaciones hechas por el intérprete de la Constitución que es el Juez de constitucionalidad o por tratarse de afirmaciones hechas por el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, sin que en la parte motiva de tales decisiones judiciales existieran razones, causas o motivos que explicaran, de manera detallada y concreta, el por qué tales aportes tenían el carácter de recursos públicos resultantes de la potestad impositiva o tributaria del Estado. En igual sentido, puede afirmarse de las muy respetables conclusiones a las que han arribado los conceptos tanto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado como la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República.

Se trataba en el caso de los pronunciamientos de la Corte Constitucional hasta el año 2001 y se trata de los pronunciamientos del Consejo de Estado, de decisiones judiciales y de conceptos institucionales, respectivamente, que tenían y tienen, respectivamente, como respaldo sólo la autoridad y, por ende, la respetabilidad de las corporaciones, dependencias u oficinas públicas que los emitieron.

En igual sentido, la calificación de aportes parafiscales hecha por la Ley 789 de 2002, obligaba a su respeto por gozar dicha ley de la presunción de constitucionalidad y por contar en su respaldo o a favor, con todos los antecedentes jurisprudenciales a que se ha hecho referencia y que le servían de soporte.

Por ello se decía que si se chequeaban cada uno de los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina exigen para calificar a un recurso como parafiscal y se aplican a los aportes que los empleadores deben trasladar a las Cajas de Compensación Familiar para que éstas procedan a hacer efectivo el pago –en dinero, en especie o en servicios- del subsidio familiar a favor de los trabajadores que a su vez reúnan los requisitos que la ley contempla, se podía afirmar que no se cumplían con todos y cada uno de ellos, sino sólo en parte.



Ello significaba que tal calificación jurisprudencial y legal parecía que no resultaba determinante y por lo mismo definitiva como para hacer producir todas las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma.

Por su puesto, cualquier revisión exigía una nueva definición jurisprudencial que precisara, aclarara o modificara la posición hasta ese momento adoptada, la cual, mientras ella existiera, obligaba a su respeto y cumplimiento, motivo por el cual, debía partirse del hecho que estábamos en frente de recursos públicos de carácter parafiscal destinados a la seguridad social.

4.- La Corte Constitucional con las Sentencias C-1173 de 2001 y C-655 del 5 de agosto de 2003, revisó y resolvió sobre la constitucionalidad de un conjunto de normas legales relacionadas directamente con las Cajas de Compensación Familiar -contenidas en las Leyes 21 de 1982 y 789 de 2002-, motivo por el cual el análisis hecho en la parte motiva guarda íntima, estrecha y directa relación con lo dispuesto en la parte resolutive y, por ello, su motivación constituye *ratio decidendi*, de obligatorio cumplimiento para todos, según el fallo que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional con efectos *erga omnes*, contenido en dicha Sentencia.

Con esas Sentencias, la Corte Constitucional no sólo reiteraron sino que precisaron y aclararon la posición jurisprudencial que esa Corporación traía hasta el año 2001. Categóricamente debe concluirse que no la modificó, sino que la reiteró, pero de manera precisa y clara, con todos los efectos que tales precisiones y aclaraciones conllevan.

Aunque con la Sentencia C-015 del 20 de Enero de 2004, la Corte Constitucional de nuevo afirmó, como lo hizo con la Sentencia C-1173 del 8 de noviembre de 2001, que tales recursos no son contribuciones parafiscales típicas, no por ello la Corte cambió o varió la jurisprudencia hasta ahora vertida sobre la naturaleza parafiscal de tales recursos, especialmente por lo dicho en la Sentencia C-655 de 2003, puesto que si bien es cierto que con la citada Sentencia C-015 de 2004, la Corte señaló que los recursos del subsidio familiar no son contribuciones parafiscales típicas puesto que no reúnen, en sentido estricto, el requisito del origen y destinación sectoriales, ello no obsta para que sean una especie de parafiscalidad, como lo ha señalado la Corte<sup>50</sup>.

---

50 Reflexiones tomadas de textos y exposiciones de Jorge Enrique Ibáñez Najar, Consultor Jurídico de ASOCAJAS.



## 4

## EL CONTROL FISCAL SOBRE LOS RECURSOS DE ORIGEN PÚBLICO QUE ADMINISTRAN LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR<sup>51</sup>

Sin lugar a dudas, enfrentarse a lo desconocido no es fácil. Su resultado puede ocasionar —generalmente— brotes de ansiedad e incertidumbre, toda vez que dicha sensación casi siempre se percibe como una amenaza latente a nuestra seguridad<sup>52</sup>.

*Mutatis Mutandis*, ese puede ser el escenario en el que se mueven las Cajas de Compensación Familiar cuando de control fiscal se habla por parte de la Contraloría General de la República.

Empecemos por señalar que el Constituyente de 1991 dispuso que el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

De igual forma, señaló que dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, y además estableció que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en los numerales 1º, 2º y 4º del Artículo 268 de la Constitución Política, el Contralor General de la República podrá prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas por parte de los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse; revisar y feñecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado; al igual que exigir informes

<sup>51</sup> Reflexiones tomadas de textos y exposiciones de Juan Carlos Melo Santos, Asesor Jurídico de ASOCAJAS.

<sup>52</sup> MARTÍN-BARÓ, Ignacio, *Psicología Social de la Guerra: Trauma y Terapia*, UCA EDITORES, San Salvador, 1990.

sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.

En el plano legal, la Ley 42 de 1993, por la cual se regula la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, señaló en su Artículo 2° que son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

A su turno, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 573 de 2000, expidió el Decreto con fuerza de Ley No. 267 de 2000, por el cual se dictaron normas sobre la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se estableció su estructura orgánica y se fijaron las funciones de sus dependencias.

Allí se estableció expresamente la organización de la Contraloría General de la República y de las Contralorías Delegadas para la Vigilancia Fiscal de los diferentes Sectores, entre ellos, el Agropuecuario; Medio Ambiente; Defensa, Justicia y Seguridad; Gestión Pública e Instituciones Financieras; Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional; Social y Minas y Energía.

Igualmente, la mencionada norma estructuró lo relacionado con la sectorización para el ejercicio del control fiscal y determinó que para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones, facultades y actividades de la vigilancia fiscal señaladas en la Constitución Política, las leyes y demás normas, así como para lograr un alto desarrollo del nivel técnico del ejercicio de las mismas, la Contraloría General de la República agrupará por sectores a los sujetos del control fiscal, de acuerdo con el ámbito en el cual desarrollen sus actividades de gestión pública, prestación de servicios, funciones administrativas o regulativas, producción de bienes o actividades comerciales, económicas y financieras.

Para tal efecto, y con el fin de lograr una adecuada sectorización, dispuso el legislador extraordinario que a las entidades vigiladas se aplicarán los procedimientos, métodos, formas y elementos de la vigilancia de la gestión fiscal claramente identificados y definidos por la Contraloría General de la República mediante reglamentos.

Por su parte, en relación con el tema objeto de análisis, la Corte Constitucional con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el Artículo 20 (parcial) de la Ley 789 de 2002, por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo, sostuvo que los recursos que recaudan las Cajas de Compensación Familiar para el reconocimiento y pago del subsidio familiar, son recursos de la seguridad social, que tienen el carácter de recursos parafiscales –más adelante calificados por la misma Corte como *sui generis*-, cuya vigilancia fiscal corresponde ejercer a la Contraloría General de la República, así dichas

entidades no estén obligadas a pagar a favor de este organismo de control la tarifa de control fiscal<sup>53</sup>.

Dicha tarifa, en términos de la Corte Constitucional, busca garantizar la existencia de recursos y coadyuvar a mantener la autonomía de la Contraloría frente a los poderes públicos. Así, por ser el control fiscal una función pública de obligatorio cumplimiento, el Estado tiene el deber de apropiar los recursos necesarios y de garantizar que los mismos ingresen al presupuesto de los órganos de control para que sean manejados por éstos libremente, independientemente de cuál sea la fuente de los mismos o la vía de la que éstos provengan, toda vez que la tarifa de control fiscal no es el resultado de una imposición constitucional, sino la consecuencia de una medida legislativa que, en ejercicio de su libertad de configuración política, puede ser reformada, modificada o derogada por el propio Congreso de la República<sup>54</sup>.

Del mismo modo, la Corte Constitucional resaltó en la Sentencia C-655 de 2003 que, aun cuando las Cajas de Compensación Familiar han sido excluidas por expreso mandato del legislador del pago de la tarifa de control fiscal, el hecho de que manejen recursos de naturaleza parafiscal –más adelante catalogados por la misma Corte como *sui generis*-, pero en todo caso recursos públicos, lleva a que, en lo referente a tales recursos, se encuentren sometidas al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República.<sup>55</sup>

Así lo reiteró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado cuando sostuvo que, como quiera que los recursos parafiscales que administran las Cajas de Compensación son recursos públicos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social, aunque sean de carácter extrapresupuestario, la competencia para ejercer el control fiscal sobre los mismos, le corresponde a la Contraloría General de la República, como máximo órgano de control fiscal.

En efecto, el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

“Atendiendo la naturaleza de las Cajas de Compensación Familiar –personas jurídicas de derecho privado- y de los recursos públicos –parafiscales- que éstas administran, resulta claro que de acuerdo con previsto en el Artículo 272 Superior, y en los artículos 3° y 65 de la ley 42 de 1993; 105 y 109 del decreto 1421 de 1993; 165 de la ley 136 de 1994 y 1° y 9° de la ley 330 de 1996, las contralorías territoriales no son competentes para vigilar la gestión fiscal de las Cajas.

Ahora bien, sobre la aplicación del Artículo 28 de la ley 42 de 1993, (que dispone que *la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades que administren o manejen contribuciones parafiscales, será ejercida por los respectivos órganos de control fiscal, según el orden al que éstas pertenezcan*) en relación con el control fiscal de recursos parafiscales que administran las Cajas de Compensación Familiar, esta Sala considera que:

- El nivel de los órganos competentes para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades públicas encargadas de la administración y manejo de contribuciones parafiscales, se determina por el orden al que éstas pertenezcan, dentro de la organización administrativa – territorial de Estado.

<sup>53</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-655 de 2003.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> Consideración jurídica 10.5 de la citada Sentencia C-655 de 2003.

- Las Cajas de Compensación Familiar; como se explicó en la primera parte de este concepto, por su carácter eminentemente privado<sup>56</sup>, no pueden pertenecer a un nivel dentro de la estructura del Estado, con lo que se desvirtúa uno de los presupuestos previstos en el Artículo 28 de la ley 42 de 1993, para atribuirle, a las contralorías departamentales o municipales, el control sobre los recursos parafiscales que ellas administran.
- El ámbito territorial o radio de acción geográfica donde ejerce su actividad de afiliación cada Caja de Compensación Familiar; no responde a ninguno de los criterios constitucionalmente previstos y desarrollados en la ley para atribuirle el control fiscal a las contralorías territoriales.

Así las cosas, como quiera que los recursos parafiscales que administran las Cajas de Compensación son recursos públicos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social, fruto de la Soberanía del Estado, aunque sean de carácter extrapresupuestario<sup>57</sup>, considera esta Sala que la competencia para ejercer el control fiscal sobre los mismos, le corresponde a la Contraloría General de la República, como máximo órgano de control fiscal, y en este sentido se modifica la doctrina contenida en el concepto 1375 de 2.001.

En efecto, a partir del origen y la naturaleza pública de los recursos parafiscales que administran las Cajas, del órgano que los crea (art. 150 num.12 C.P.) y su pertenencia al Sistema de Seguridad Social, en tanto son gravámenes impuestos por el legislador a un sector determinado —el del trabajo—, que no pertenecen a las Cajas, ni a los trabajadores o empleadores,<sup>58</sup> ni a las entidades territoriales, el organismo llamado a ejercer la vigilancia de los mismos es la Contraloría General de la República, que en desarrollo de lo dispuesto en el Artículo 267 de la Carta, representa los intereses colectivos involucrados en la defensa del patrimonio público, considerado éste como el conjunto de recursos con que el Estado cuenta para cumplir con sus deberes sociales (Artículo 48 CP).<sup>59</sup>

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, la Contraloría General de la República, mediante la Resolución Orgánica No. 6001 de 2008, publicada en el Diario Oficial 47.169 del 10 de noviembre de 2008, por la cual se sectorizan y categorizan los sujetos de control fiscal y se asigna la competencia para la vigilancia de su gestión fiscal a las Contralorías Delegadas para la Vigilancia Fiscal, sectorizó y categorizó a las Cajas de Compensación Familiar dentro del Subsector de la Protección Social, resaltando como sede principal de la Caja para tal efecto el municipio en el cual desarrolla sus actividades y tiene asentado su domicilio.

Así mismo, en dicha Resolución, las Cajas de Compensación Familiar del país fueron incluidas dentro de la Categoría “C” como sujetos de control fiscal y dentro de las Subcategorías 1, 2 y 3.

*56 Debe resaltarse que la Caja de Compensación Familiar Campesina –COMCAJA- merece un especial análisis por ser una entidad creada por la ley, con régimen especial, que forma parte de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional, integrante del sector agropecuario, pesquero y de desarrollo rural, descentralizada por servicios y vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.*

*57 Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 1993.*

*58 Artículo 637 del Código Civil. “(...) lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen”*

*59 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 11001-03-06-000-2006-00073-00 1763 del 15 de Agosto de 2006.*

Por ello, no sobra aclarar que de acuerdo con la Ley y la Jurisprudencia -tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado-, el órgano de control competente para ejercer de manera privativa el control fiscal sobre los recursos de origen público que administran las Cajas de Compensación Familiar es la Contraloría General de la República.

En tal virtud, las contralorías departamentales, distritales y municipales no tienen competencia legal alguna para ejercer control fiscal sobre las Cajas de Compensación Familiar; y como consecuencia directa de ello, solicitarles alguna información relacionada con el desarrollo de sus actividades.

El modelo que permitirá ejercer el control fiscal por parte de la Contraloría General de la República aún está en construcción. En consecuencia, esperemos entonces cuáles serán las reglas especiales, procedimientos, términos y condiciones con sujeción a los cuales dicho organismo ejercerá el control fiscal sobre los recursos de origen público que administran las Cajas de Compensación Familiar<sup>60</sup>.

---

60 MELO SANTOS, Juan Carlos, *La incidencia del Sistema del Subsidio Familiar en el Estado Social de Derecho*, Edit. Universidad La Gran Colombia, Bogotá, D.C., 2012.



**ASOCAJAS**

ASOCIACIÓN NACIONAL DE CAJAS  
DE COMPENSACIÓN FAMILIAR