

Bogotá D.C., 21 de abril de 2023

Ref. 1-2023-006031 35/2023/CJUR

Asunto: CONCEPTO JURÍDICO

Tema: Subsidio familiar

Subtema: Aportes

Palabras clave: subsidio familiar, contribución parafiscal, prestación social, nómina salarial, afiliación, pago aportes, trabajador activo, trabajador pensionado, cotización voluntaria.

Fuentes formales: artículos 1, 5, 7, 11, 12, 15, 17, 19, 41 de la Ley 21 de 1982, artículo 16 de la Ley 789 de 2002, artículos 2.2.1.6.4.3., 2.2.1.6.4.4., 2.2.7.2.1.2., 2.2.7.3.2.2., 2.2.7.3.2.3., 2.2.7.3.2.4., 2.2.7.3.2.11, 2.2.7.3.2.12. del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015.

Cordial saludo,

De conformidad con el numeral 8 del artículo 7 del Decreto 2595 del 2012, en concordancia con los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia del Subsidio Familiar está facultada para responder las peticiones elevadas por particulares en ejercicio del derecho a formular consultas, en el marco de la competencia asignada a la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Por consiguiente, en ejercicio de las funciones descritas, a la Oficina Asesora Jurídica le está proscrito prestar asesoría jurídica para resolver peticiones de carácter particular y concreto encaminada a solucionar controversias o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de las entidades sometidas a su vigilancia. Tampoco es de su competencia juzgar o calificar las decisiones tomadas por otras dependencias o entidades.

Consulta

La consultante plantea el siguiente interrogante:

“(…) si como empleadora con trabajadores permanentes a cargo, debo continuar pagando los aportes por caja de compensación familiar de un colaborador pensionado. Lo anterior, en el entendido de que sí bien la continuidad de la afiliación está en cabeza del trabajador, y los respectivos descuentos los realiza la administradora de fondo de pensiones. ¿qué sucede cuando el pensionado, continúa laborado con una empresa obligada a realizar los pagos? lo continúa haciendo en nombre del trabajador, o también son voluntarios.”

Problema Jurídico

¿Para efectos de liquidar el aporte al subsidio familiar, es procedente excluir de la nómina salarial a los trabajadores activos que ostenta, simultáneamente, la calidad de pensionados?

Respuesta

Para efectos de liquidar el aporte al subsidio familiar, es improcedente excluir de la nómina salarial a los trabajadores activos que, simultáneamente, ostentan la calidad de pensionados.

Fundamento jurídico

Sea lo primero precisar que el subsidio familiar tiene una doble naturaleza. De una parte, es aporte de naturaleza parafiscal porque se trata de recursos que se extraen de manera obligatoria de un sector económico para ser reinvertidos en el mismo sector, y de otra, una prestación social.

Como aporte de naturaleza parafiscal, en Sentencia C-575/92, la Corte Constitucional precisó:

“(...) NATURALEZA FISCAL DE LOS RECURSOS DE LAS CAJAS

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 (...)"⁵

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 (...)"

La naturaleza de prestación social deriva del artículo 1 de la Ley 21 de 1982, que define el subsidio familiar así:

“Artículo 1. El subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano 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 (...)"

⁵ Corte Constitucional. Sentencia No. C-449, del 9 de julio de 1992.

Para responder la pregunta objeto de la consulta, se debe partir del entendimiento de que el subsidio familiar es un aporte parafiscal de carácter obligatorio en tanto se cumplan las condiciones que exige la ley.

La primera condición hace referencia al hecho o circunstancia derivada de la ley que da lugar a su generación, causación y exigibilidad.

Del artículo 14 de la Ley 21 de 1982, se deriva que el hecho generador del aporte parafiscal llamado subsidio familiar es la condición de ser empleador que tenga trabajadores a su servicio. Entendiendo por empleador, a toda persona natural o jurídica que se encuentre dentro de la enumeración hecha en el artículo 7º. de la misma Ley². Y, por lo tanto, la contribución se causa, inmediatamente se verifique tal circunstancia, sin perjuicio de los plazos que establece la ley para que sea exigible.

Así, el artículo 10 de la Ley 21 de 1982 dispone que *“Los pagos por concepto de los aportes anteriormente referidos se harán dentro de los diez (10) primeros días del mes siguiente al que se satisface”*.

Ahora bien, de conformidad con el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 21 de 1982, las cajas de compensación familiar son las facultadas para *Recaudar, distribuir y pagar los aportes destinados al subsidio familiar (...) en los términos y con las modalidades de la Ley.*

De ahí que, el artículo 15 de la Ley 21 de 1982 disponga que *“Los empleadores obligados al pago de aportes para el subsidio familiar, ..., según los artículos 7º. y 8º., deberán hacerlo por conducto de una Caja de Compensación Familiar que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios o de la Caja más próxima dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarías. ...”*

Respecto a la base sobre la cual se debe liquidar el aporte parafiscal, el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 dispone:

“Artículo 17. Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales. Los pagos hechos en moneda extranjera, deberán incluirse en la respectiva nómina, liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago.” (resaltado fuera de texto).

¹ Ley 21 de 1982. Artículo 14. Para efectos del régimen del subsidio familiar se entenderá por empleador toda persona natural o jurídica que tenga trabajadores a su servicio y se encuentre dentro de la enumeración hecha en el artículo 7º. de la presente Ley.

² Artículo 7º. Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA):

1º. La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias.

2º. Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios.

3º. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal.

4º. Los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes.

Y sobre esta base, se aplica una tarifa del 4%, conforme lo precisan los artículos 11 y 12 de la Ley 21 de 1982, así:

“Artículo 11. Los aportes hechos por la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, tendrán la siguiente destinación:

1º. El cuatro por ciento (4%) para proveer el pago del subsidio familiar.

“Artículo 12. Los aportes hechos por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intencional, comisarial, distrital y municipal y empleadores del sector privado, tendrán la siguiente destinación:

1º. El cuatro por ciento (4%) para proveer el pago de subsidio familiar.

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, respecto a su consulta de cómo debe liquidar el aporte parafiscal una caja de compensación familiar que tiene trabajadores activos que ostentan simultáneamente la condición de pensionados, se precisa que la liquidación se debe hacer sobre la nómina salarial, sin excluir los rubros correspondientes al trabajador activo que ostenta simultáneamente la condición de pensionado.

Esto por cuanto, no hay ninguna norma que permita excluir ese rubro de la base para la liquidación del aporte parafiscal.

En el presupuesto de la consulta, se plantea que el trabajador activo, que ostenta simultáneamente la condición de pensionado, puede estar afiliado a la caja de compensación familiar por su condición de pensionado y que, en esa misma condición, estaría cotizando voluntariamente para acceder a los servicios distintos a los de recreación, deporte y cultura. En ese contexto, pregunta si el empleador está obligado a hacer el aporte parafiscal a la caja de compensación familiar o si basta con que el trabajador activo, que ostenta la condición simultánea de pensionado, siga haciendo el aporte voluntario.

Esta Oficina Asesora Jurídica considera que el empleador debe liquidar el aporte parafiscal sobre la nómina salarial, dentro de la cual está el rubro correspondiente al empleado activo. Para este efecto, como se precisó anteriormente, es irrelevante que tal trabajador activo ostente simultáneamente la condición de pensionado.

Y en cuanto a la cotización voluntaria que hace el pensionado, que se vincula como trabajador activo, bien puede dejar de seguirse aportando por ser, precisamente, voluntaria. La afiliación como trabajador activo le da al pensionado el pleno derecho a percibir el subsidio familiar en las mismas condiciones que las recibe cualquier trabajador, en atención al derecho fundamental a la igualdad. No debe perderse de vista que, en la condición única de pensionado, la afiliación es precaria, porque está limitada a gozar de los servicios de recreación, deporte y cultura, exclusivamente, y no tiene derecho a la cuota monetaria. Si quiere acceder a servicios distintos, el pensionado está facultado para hacer la cotización voluntaria de que tratan los artículos 2.2.7.3.2.11., 2.2.7.3.2.12 y 2.2.7.3.13 del Decreto 1072 de 2015³, sin que pueda acceder a la cuota monetaria.

³ “Artículo 2.2.7.3.2.11. Aportes voluntarios de los pensionados con mesadas de hasta uno y medio (1.5) smlmv para acceder a los servicios distintos de recreación, deporte y cultura. Los pensionados con mesadas de hasta uno punto cinco (1.5) smlmv voluntariamente podrán aportar a las Cajas de Compensación Familiar el cero punto seis por ciento (0.6%) sobre la correspondiente mesada pensional, para acceder adicionalmente a los servicios de turismo y capacitación, o el dos por ciento (2%) sobre la misma, para acceder a todas las prestaciones a que tienen derecho los trabajadores activos, **excepto la cuota monetaria.** (Decreto número 867 de 2014, artículo 11)” (subrayado y negrita fuera del texto)

En consecuencia, lo propio es que, como lo dispone la ley, el empleador pague el aporte parafiscal sobre la nómina del trabajador activo, independientemente de que ostente simultáneamente la condición de pensionado, para que este goce del derecho al subsidio familiar de manera plena. No obstante, tendría derecho a la cuota monetaria en la medida que se cumplan los requisitos que exige la ley.

En los anteriores términos se absuelve su consulta, no sin antes reiterar que de conformidad con lo previsto en el artículo 7° del Decreto 2595 de 2012 (Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia del Subsidio Familiar y se determinan las funciones de sus dependencias), y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “*salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*”, el concepto emitido por esta oficina constituye solo un criterio orientador, frente a la interpretación y aplicación de la normatividad relativa al caso objeto de consulta.

Finalmente, la invitamos a consultar la página web de la Superintendencia del Subsidio Familiar donde se encuentran publicados todos los conceptos jurídicos emitidos por este órgano de inspección, vigilancia y control, con una búsqueda por palabra clave que facilita el acceso a los mismos en el siguiente link:

<https://www.ssf.gov.co/transparencia/normatividad/sujetos-obligados-del-ordennacional/conceptos-juridicos>

Atentamente,



GRETY PATRICIA LÓPEZ ALBÁN
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Superintendencia del Subsidio Familiar

Proyectó: Monica del Pilar Castañeda Muñoz – Contratista OAJ

Corrigió y revisó: Grety Patricia López Albán/Jefe

“Artículo 2.2.7.3.2.12. Aporte para la afiliación voluntaria de pensionados con mesadas superiores a uno y medio (1.5) smlmv. Los pensionados con mesadas superiores a uno y medio (1.5) smlmv, en su condición de afiliados voluntarios a las Cajas de Compensación Familiar, aportarán el cero punto seis por ciento (0.6%) sobre la correspondiente mesada pensional, para acceder a los servicios de recreación, turismo y capacitación, o el dos por ciento (2%) sobre la misma, para acceder a todas las prestaciones a que tienen derecho los trabajadores activos, **excepto la cuota monetaria de subsidio.** (Decreto número 867 de 2014, artículo 12)” (subrayado y negrita fuera del texto)

“Artículo 2.2.7.3.2.13. Tarifas. Los pensionados con mesadas de hasta el uno punto cinco (1.5) smlmv, pagarán la tarifa más baja vigente para acceder a los servicios de recreación, deporte y cultura que ofrezca la Caja de Compensación Familiar.

Los pensionados con mesada superior a uno punto cinco (1.5) smlmv pagarán por los servicios a que tengan derecho, la tarifa que corresponda según lo establecido por el artículo 2.2.7.4.1.1. del presente decreto, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 9° de la Ley 789 de 2002. (Decreto número 867 de 2014, artículo 13)”