



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

Consejero Ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., nueve (09) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: Medio de control de Nulidad
Radicación: 11001032400020140019400
Demandante: Asociación Nacional de Cajas de Compensación - ASOCAJAS-
Demandado: La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Actos Acusados: Decreto número 3035 de 2013

Tesis: El subsidio familiar es una prestación social que hace parte del sistema general de seguridad social.

Es nulo por vulnerar norma superior el acto administrativo mediante el cual se dispuso que los órganos que administran los aportes para el subsidio familiar debían presentar para aprobación sus presupuestos al Consejo Superior de Política Fiscal -CONFIS.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala se pronuncia en única instancia respecto del proceso radicado bajo el número de la referencia, en el cual se solicita la nulidad total del decreto 3035 de 2013, por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto, previo recuento de los siguientes,

I. ANTECEDENTES

I.1. La demanda

Señala el demandante que el Gobierno Nacional usurpó funciones del Congreso de la República con la expedición del acto acusado, so pretexto de ejercer las competencias de reglamentación administrativa, por lo que se vulneran los artículos 1, 2, 4, 13, 42, 44, 45, 47, 48, 51, 53, 56, 150 numerales 11 y 12, 151, 209, 342, 349 y 352 de la Constitución Política y de la Leyes 21 de 1982, 789 de 2002, artículo 20, y 1687 de 2013.

En cuanto a los cargos los individualizó de la siguiente manera.





1. Violación de la ley por infracción de las normas en las que debe fundarse el reglamento y extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Manifiesta que, mediante el decreto acusado, el Gobierno Nacional introdujo una limitación o restricción que no está contenida en la ley, lo que supone una extralimitación en la competencia reglamentaria.

Expresamente indica que: "*A. La prestación social llamada subsidio familiar forma parte del sistema de seguridad social en Colombia, motivo por el cual la referencia a este sistema contenida en el artículo 81 de la ley 1687 de 2013, modificatorio del artículo 12 de la ley 179 de 1994, incluye el subsidio familiar, aspecto que fue abiertamente desconocido por el decreto que aquí se demanda*".

Explica el cargo aduciendo que, de acuerdo con la Ley 21 de 1982, se reconoció el subsidio familiar como una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, cuyo objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia.

En consecuencia, estima que, como las Cajas de Compensación Familiar tienen por finalidad la administración de los recursos para el otorgamiento de la prestación social llamada subsidio familiar, al igual que su actuación en el sistema de salud y su participación en el sistema pensional, servicios esenciales del Sistema de Seguridad Social del Estado Social de Derecho en Colombia, se les aplica la excepción propuesta por la parte final del inciso de la Ley 1687; sin embargo, dicha consideración jurídica no fue tenida en cuenta por el Gobierno Nacional mediante la expedición del Decreto 3035 de 2013, toda vez que este último incluyó expresamente los aportes del subsidio familiar en la reglamentación.

En este sentido, expresa el actor que sin ninguna justificación el Ministerio de Hacienda, en el decreto 3035 en el parágrafo del artículo 1º, restringe la noción de Sistema de Seguridad Social, al definido en el artículo 8 de la ley 100.

En conclusión se afirma que el artículo 81 de la Ley de Presupuesto de Rentas y de Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2014, que modifica el artículo 12 de la Ley 179 de 1994, Orgánica de Presupuesto, si bien establece unos controles especiales respecto de las entidades que no forman parte del Presupuesto General de la Nación y que administran recursos parafiscales, instituye una exclusión expresa para las Cajas de Compensación Familiar que administran el subsidio familiar, el cual es parte del "Sistema General de Seguridad Social" que el Estado Social y de Derecho colombiano garantiza a su sociedad, lo cual fue desconocido por el Decreto que aquí se demanda.



Con base en lo anterior, se evidencia la ilegalidad del Decreto 3035 de 2013, al incluir en la reglamentación los aportes del sistema del subsidio familiar, recursos que quedaron claramente excluidos por el legislador en la Ley 1687 de 2013, artículo 81, inciso 3º.

A región seguido, titula otra arista a este cargo planteado contra el acto acusado, como B., "Superposición de funciones del CONFIS respecto de la Superintendencia de Subsidio Familiar".

Inicia explicando las funciones de la Superintendencia, para afirmar que esta entidad es la autoridad encargada de vigilar la planeación y el presupuesto de las Cajas de Compensación Familiar en materia del subsidio familiar, por lo que el Decreto 3035 de 2013, expedido por el Gobierno Nacional, al incluir el sistema del subsidio familiar dentro de lo regulado por el artículo 12 de la Ley 179 de 1994, modificado por la Ley 1687 de 2013, incurrió en una abierta violación del principio de eficiencia de la administración pública, en la medida en que crearon por vía de Decreto Reglamentario unas competencias a cargo del CONFIS que por Ley se encuentran atribuidas a la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Es decir, la competencia para vigilar y controlar el presupuesto de las Cajas de Compensación Familiar respecto del subsidio familiar, es natural que esté en esta Superintendencia. Esto sólo hace más evidente que la expedición del Decreto 3035 de 2013 y la indebida inclusión que se acusa responde a una clara ignorancia y desconocimiento del Sistema del Subsidio familiar por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2. El segundo cargo planteado por el actor, consiste en la falta de competencia de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito.

Señala el actor que el Gobierno Nacional, con la expedición del acto acusado, impuso una limitación que afecta la autonomía y gestión administrativa de las Cajas de Compensación Familiar, pues pretende establecer un régimen de autorización previa obligatoria y general para todos los planes, programas e inversiones sociales que realicen las Cajas, lo cual contraría el artículo 20 de la ley 789 de 2002.

En esta Ley se estableció como criterio general la aplicación de control posterior sobre la operación del sistema, por lo que debe estudiarse si lo dispuesto en el acto acusado se acompasa con lo señalado en la ley.

En conclusión, expresamente se afirma que se modificaron, entonces, mediante un Decreto expedido por el Gobierno Nacional, normas de superior jerarquía contenidas en la Ley 21 de 1982, 789 de 2002 y 1687 de 2013, toda vez que ninguna de esas leyes señaló que los presupuestos de las Cajas de Compensación Familiar debían remitirse para su aprobación y modificación al CONFIS, mientras que el Decreto demandado sí las incluyó



en forma expresa, lo cual configura una abierta vulneración de nuestro ordenamiento legal.

En otros términos, el Decreto 3035 de 2013 le atribuyó en forma inconstitucional e ilegal al CONFIS determinadas facultades en materia de inspección, vigilancia y control sobre las Cajas de Compensación Familiar, consistentes en aprobar y modificar sus presupuestos, aspectos que jamás fueron contemplados por el legislador.

3. Vulneración del principio de autonomía de las Cajas de Compensación Familiar.

Señala que, mediante el decreto 3035, el Gobierno Nacional limitó la autonomía que la ley 789 había conferido a las Cajas de Compensación Familiar, así como le atribuyó a la Superintendencia del Subsidio Familiar unas funciones que la ley no contempló.

Indica que, según lo dispuesto en la ley 21 de 1982 y la ley 789, las Cajas son entidades de derecho privado, organizadas en forma de corporaciones, sin ánimo de lucro, es decir, se rigen por el derecho privado. Por ello, ni el Gobierno Nacional, ni mucho menos el CONFIS, pueden obligarlas a remitir a una autoridad pública sus presupuestos para la respectiva autorización y modificación, lo que, reitera, vulnera el principio de autonomía de este tipo de entidades.

4. El decreto demandado fue expedido en abierta vulneración del inciso tercero del artículo 56 de la Constitución Política.

Menciona que, a partir de la lectura del artículo 56, el Gobierno Nacional está en la obligación de surtir una etapa previa de concertación a la expedición de una política pública. En relación con el acto acusado, expresa el demandante que agravó con sus disposiciones la administración de las contribuciones parafiscales atípicas o sui generis que corresponde a las Cajas, pues, al obstaculizar la libre inversión de los recursos en obras, planes, programas y proyectos de inversión social, se están afectando los derechos constitucionales de los trabajadores de más bajos ingresos afiliados al Sistema de Subsidio Familiar, que en su entender, debe primero debatirse y concertarse en la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Laborales y Salariales.

En síntesis el actor señala que, *"por ser el subsidio familiar parte de la política laboral colombiana, cualquier decisión pública que pretenda suprimirlo, modificarlo o alterarlo, como es el caso de la norma demandada, debe ser adoptada por la autoridad respectiva (sea el Congreso de la República o el Gobierno Nacional, el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES o el CONPES Social), luego de surtido el trámite de concertación que como requisito de procedibilidad prevé el artículo 56 de la*



Constitución Política, desarrolla en la Ley 278 de 1996, y ha precisado la jurisprudencial de la Corte Constitucional; sin perjuicio de poner en movimiento otros escenarios de discusión y concertación creados por la ley.

Durante el trámite de la norma demandada NO se presentó este procedimiento especial de salvaguarda de los derechos de los trabajadores, ya que ésta modificación al artículo 12 de la Ley Orgánica 179 de 1994 fue incluida a último momento en el respectivo trámite legislativo, sin que se le hubiese dado la oportunidad al sector de los trabajadores de participar, deliberar, concertar y debatir en torno al contenido de la norma legal”.

5. La Constitución Política y la ley orgánica del presupuesto no incluyen a Entidades privadas o particulares como entes sujetos al presupuesto general de la Nación.

En cuanto a este cargo señala que el acto acusado vulnera los artículos 346 a 352 de la Constitución Política pues en estas normas no se contemplan las contribuciones parafiscales administradas por órganos privados y particulares, lo que incluyó el decreto.

Lo anterior contraviene también la ley 1687 de 2013, pues ésta no incluyó a las Cajas; por el contrario, excluyó las contribuciones destinadas a la seguridad social, por lo que el Gobierno Nacional no podía incluir los aportes en el decreto acusado. Es decir, si la Constitución y la ley orgánica del presupuesto no incluyeron a las entidades privadas al Presupuesto General, no se podía hacer vía decreto.

En síntesis, expresamente la parte demandante dispuso: *“Lo anterior significa que la ley anual del presupuesto consagrada en la Ley 1687 de 2013, así como el Decreto Reglamentario 3035 de 2013 que aquí se demanda, en lugar de mantenerse dentro de los claros límites que le impone el ordenamiento jurídico por medio de la Constitución y de los mandatos, lineamientos, reglas y condiciones previstos en la ley orgánica para la aprobación, planeación, estructuración y ejecución del presupuesto, lo que hicieron fue transgredir tales normas, con inclusión de reglas que jamás fueron reguladas o tenidas en cuenta allí, situación que, sin lugar a dudas, vulnera e infringe en forma palmaria los mandatos legales y constitucionales señalados en la presente demanda de nulidad.*

Efectivamente, el Decreto 3035 de 2013 incluyó en forma expresa las contribuciones del subsidio familiar y a las Cajas de Compensación Familiar, lo cual evidencia que dicha reglamentación es a todas luces inconstitucional e ilegal”.

I.2. Contestación de la demanda.



Mediante apoderado judicial la entidad demandada presentó contestación a la demanda. Inicia la defensa explicando la naturaleza jurídica de los parafiscales, reconociendo que es la ley 1687 en el artículo 81 que los define. Explica la razón por la cual no todos los parafiscales forman parte del presupuesto general de la nación, haciendo referencia al artículo 345 de la Constitución Política, al decreto 111 de 1996 y a la sentencia C-132 de 2009, para concluir que toda contribución deberá figurar en un presupuesto.

Continúa explicando las funciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para afirmar que, según el artículo 81 de la ley 1687, se otorgó al CONFIS la facultad de aprobar el presupuesto, por lo que no se vulnera el principio de autonomía de las entidades que no hacen parte del Presupuesto General de la Nación.

Respecto de los cargos, señala que el Gobierno Nacional, mediante el decreto acusado, desarrolló lo dispuesto en el artículo 81 de la ley 1687, que, en su momento, fue cuestionada por la parte actora.

A continuación se refiere a la constitucionalidad del artículo 81 de la ley 1687 para concluir que las Cajas de Compensación, si bien administran recursos parafiscales, no constituyen componentes del concepto de Seguridad Social en Colombia, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, para lo cual cita las sentencias C-440 de 2011 y C-341 de 2007, por lo que la norma acusada cubre los aportes para el subsidio familiar, salvo aquellos destinados al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social.

A manera de conclusión señala el apoderado del Ministerio de Hacienda lo siguiente: *"a voluntad del Congreso de la República no fue incorporar en el Presupuesto General de la Nación a las Cajas de Compensación Familiar, como entes privados, sino que las referidas rentas parafiscales se incorporaran en un presupuesto independiente, en razón a que constituyen recursos públicos creados por el legislador, en virtud de la soberanía fiscal del Estado.*

Así, siendo el mismo legislador quien autorizó la administración de estos recursos a los entes privados, esa misma Corporación está facultada para disponer que dicho presupuesto lo apruebe el CONFIS, cumpliéndose de esta forma el principio general del derecho de quien puede lo más puede lo menos".

I.3. Audiencia Inicial

En la audiencia inicial, después de resuelta una solicitud de nulidad presentada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se fijó el litigio en los siguientes términos:



"De la demanda el Despacho advierte que la controversia planteada es de puro derecho y que el objeto del presente litigio consiste en determinar si el Decreto 3035 de 2013 expedido por el Gobierno Nacional es violatorio de los artículos 1, 2, 4, 13, 42, 44, 45, 47, 48, 52, 53, 56, 150 numerales 11 y 12, 151, 209, 342, 349 y 352 de la Constitución Política, y de las Leyes 21 de 1982, 789 de 2002 (en su artículo 20) y 1687 de 2013 (en su artículo 81), en razón a que, presuntamente:

(1) Fue expedido con violación de las normas superiores en que debía fundarse y extralimitación de la potestad reglamentaria, en tanto que (i) desconoce que los aportes para el subsidio familiar son recursos que hacen parte de la seguridad social y, por ende, se encuentran dentro de la excepción establecida en el tercer inciso del artículo 81 de la Ley 1687 de 2013, de modo tal las contribuciones parafiscales administradas por las Cajas de Compensación Familiar no deben incorporarse en el presupuesto independiente sujeto a la aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal – CONFIS- reglamentado por la norma acusada; y (ii) desconoce que el órgano competente para vigilar y controlar el presupuesto de las Cajas de Compensación Familiar es la Superintendencia del Subsidio Familiar y no el CONFIS.

(2) Fue expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sin competencia para ello, pues la fijación de un régimen de autorización previa obligatoria y general para todos los planes, programas e inversiones sociales que realicen las Cajas de Compensación Familiar implica una modificación del artículo 20 de la Ley 789 de 2002 referido a las funciones de inspección, vigilancia y control que ejerce la Superintendencia del Subsidio Familiar, que solo puede acometer el Congreso de la República.

(3) Desconoce el principio de autonomía reconocido por la Ley 789 de 2002 a las Cajas de Compensación Familiar, en tanto que las obliga a someter a consideración del CONFIS la aprobación y modificación previa de sus presupuestos, los cuales contienen todos los planes, programas y proyectos de inversión social que pretenden ejecutar durante determinada vigencia fiscal.

(4) Fue expedido con violación del inciso tercero del artículo 56 de la Constitución Política, pues la limitación a la libre inversión de los recursos del subsidio familiar constituye una afectación de los derechos constitucionales de los trabajadores que debió someterse al trámite previo de concertación en el seno de la Comisión de que trata dicha norma superior.

(5) Desconoce el artículo 352 de la Constitución Política, puesto que incluye en su regulación a las Cajas de Compensación Familiar cuando tales entidades privadas no son órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación".



I.4. Alegatos de conclusión.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en cuanto a que el decreto 3035 de 2013 se limitó a reglamentar el artículo 81 de la ley 1687.

I.5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público rindió concepto e inició por hacer referencia a los efectos de la declaratoria de inexecutable del artículo 81 de la ley 1687, señalando que, si bien se produjo la pérdida de fuerza ejecutoria del acto, el Consejo de Estado debe pronunciarse sobre su legalidad en tanto que produjo efectos durante el tiempo que surtió efectos.

En cuanto a los cargos, estimó que el Gobierno Nacional excedió su potestad reglamentaria, pues las contribuciones parafiscales sí se consideran recursos que hacen parte del Sistema de Seguridad Social.

En igual sentido, consideró que, al entregar la competencia al CONFIS para la aprobación del presupuesto de las Cajas de Compensación, le estaba entregando una competencia de vigilancia y control que está en cabeza de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

En conclusión, conceptuó el Ministerio Público que todos los cargos propuestos en la demanda están llamados a prosperar.

I.6. Medida cautelar

Mediante auto del 22 de julio de 2014 se negó la solicitud de suspensión provisional solicitada, comoquiera que, *"mediante el decreto 1298 de 2014, se modificó el decreto 3035 eliminando el literal f), que era la disposición acusada por el actor"*.

I.7. Trámite procesal

Mediante auto del 11 de junio de 2014 se admitió la demanda y se ordenó notificar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

Mediante auto del 19 de enero de 2016 se fijó fecha para celebrar la audiencia inicial, al final de la cual, se corrió traslado a las partes para alegatos de conclusión.



II. CONSIDERACIONES

II.1. El acto administrativo demandado

**DECRETO 3035 DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO
PÚBLICO
DICIEMBRE 27 DE 2013**

En uso de sus facultades legales, en especial la que le confiere el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, y en desarrollo de la Ley 179 de 1994, y

CONSIDERANDO

Que el inciso primero del artículo 12 de la Ley 179 de 1994, define las contribuciones parafiscales como: "los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector."

Que el inciso tercero del mencionado artículo modificado por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013, establece: "las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que no forman parte del Presupuesto General de la Nación, independientemente de su naturaleza jurídica, se incorporarán en un presupuesto independiente que requerirá la aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal — CONFIS, salvo aquellas destinadas al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social."

Que el párrafo del artículo 12 de la Ley 179 de 1994, adicionado por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013 dispone: "El Ministro de Hacienda y Crédito Público presentará al Congreso de la República un informe anual con el detalle de los presupuestos aprobados por el CONFIS."

Que el artículo 8 de la Ley 100 de 1993, señala: "el Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley."

Que cumplida la formalidad prevista en el numeral 8 del artículo 8 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en relación con la publicación del presente texto.

DECRETA

Artículo 1. El presente Decreto rige para los órganos a los que se refiere el inciso tercero del artículo 12 de la Ley 179 de 1994, modificado por el



artículo 81 de la Ley 1687 de 2013 que administren las siguientes contribuciones:

- a) Las contribuciones parafiscales cafeteras, agropecuarias o pesqueras.*
- b) Los aportes para el subsidio familiar.*
- c) Las estampillas que determinen contribuciones parafiscales del Orden Nacional.*
- d) Las contribuciones parafiscales del Fondo de Promoción Turística.*
- e) Las contribuciones parafiscales del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles —FEPC.*
- f) Las contribuciones parafiscales de las Cámaras de Comercio.*

Parágrafo: De conformidad con el inciso tercero del artículo 12 de la Ley 179 de 1994, modificado por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013, el presente Decreto no se aplicará a aquella parte de las contribuciones parafiscales destinadas al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social establecidas en el artículo 8 de la Ley 100 de 1993.

Artículo 2. Las entidades administradoras de las contribuciones parafiscales a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto elaborarán sus presupuestos, conforme a la normatividad que les aplique, los cuales deberán ser aprobados por sus órganos directivos en primera instancia, antes de ser sometidos a la aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal — CONFIS.

Para garantizar la publicidad y transparencia en la administración de las mencionadas contribuciones parafiscales, los órganos a que se refiere este Decreto, deberán enviar el presupuesto aprobado por sus órganos directivos, quince días antes de la sesión de aprobación que realice el CONFIS, con el fin de ser publicados en la página web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Parágrafo transitorio: Para dar cumplimiento a lo establecido en el inciso tercero y el parágrafo del artículo 12 de la Ley 179 de 1994, modificado por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013, y asegurar la ejecución de los presupuestos en la vigencia 2014, los órganos a que hace referencia el presente Decreto, iniciarán la ejecución de sus presupuestos con base en la aprobación hecha por sus órganos directivos, sin perjuicio de que dichos presupuestos deban ser aprobados por el CONFIS.

Para tal efecto, el presupuesto aprobado por sus órganos directivos deberá remitirse a la Secretaría Ejecutiva del Consejo Superior de Política Fiscal — CONFIS, a más tardar el 21 de febrero de 2014.



Artículo 3. Corresponde al Consejo Superior de Política Fiscal — CONFIS, establecer las normas y procedimientos para el trámite de aprobación y modificación de los presupuestos de los órganos a los que se refiere el inciso tercero del artículo 12 de la Ley 179 de 1994, modificado por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013.

Artículo 4. La responsabilidad de la presentación de los presupuestos aprobados por las entidades y su remisión al Consejo Superior de Política Fiscal — CONFIS para su posterior aprobación, será de los gerentes, presidentes o directores de los órganos a los que se refiere el inciso tercero del artículo 12 de la Ley 179 de 1994, modificado por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013.

Asistirán, en calidad de invitados a las sesiones de aprobación, el Ministro o Director del órgano cabeza del Sector y demás funcionarios de los órganos o entidades que el CONFIS considere pertinentes, quienes tendrán voz y no voto.

Artículo 5. El presente Decreto rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 27 de diciembre de 2013.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Hacienda y Crédito Público, Mauricio Cárdenas Santamaría.

II.2. Cuestión previa

Mediante Sentencia C-052-15 la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 81 de la ley 1687 de 2013, mediante el cual se modificó el artículo 12 de la ley 179 por desconocimiento del principio constitucional de unidad de materia.

Ahora bien, mediante el acto acusado el Gobierno Nacional reglamentó el artículo 81 de la Ley 1687 estableciendo unos requisitos en materia presupuestaria a los órganos que administran contribuciones parafiscales.

Visto lo anterior, el decreto acusado perdió fuerza ejecutoria al haber desaparecido el fundamento legal que le dio origen, esto es, el artículo 81 de la ley 1687, lo que nos ubica en el escenario del numeral 2 del artículo 91 del CPACA¹.

¹ "Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:



Ahora, la ocurrencia de tal fenómeno se relaciona con uno de los atributos del acto administrativo, es decir, la ejecutoriedad u obligatoriedad de las decisiones unilaterales de la Administración, lo cual supone el nacimiento a la vida jurídica de tal decisión, sólo que por alguna de las circunstancias anunciadas en la normativa transcrita deja de producir efectos.

Lo expuesto permite concluir que, ante supuestos como el descrito, el control de legalidad es procedente, pues este último se relaciona con la validez del acto administrativo, que no es otra cosa que la concordancia del acto con el orden jurídico superior al momento en que fue expedido en atención a elementos tales como la competencia, la motivación, su forma de expedición, el respeto al debido proceso y al derecho de audiencia y defensa y la atención a los fines para los cuales se erigió. Así lo ha reconocido de manera pacífica la jurisprudencia de esta Corporación².

Bajo tal perspectiva, y visto que procede el control de legalidad a través del medio de control previsto en el artículo 137 del CPACA., pasará la Sala a adentrarse en el estudio de fondo de los cargos de nulidad propuestos por los accionantes.

II.3. De los cargos formulados.

Ahora bien, si bien la pretensión se planteó sobre la totalidad del acto acusado, la sustentación giró alrededor del literal b, pues es el que corresponde y aplica a las Cajas de Compensación, en particular a los aportes para el subsidio familiar; por lo tanto, sobre este es que girará el estudio de legalidad de la Sala.

II.3.1. Del cargo de vulneración de norma superior.

Señala el actor que el acto acusado fue expedido con violación de las normas superiores en que debía fundarse y extralimitación de la potestad reglamentaria, en tanto que (i) desconoce que los aportes para el subsidio familiar son recursos que hacen parte de la seguridad social y, por ende, se encuentran dentro de la excepción establecida en el tercer inciso del artículo 81 de la Ley 1687 de 2013, de modo tal que las contribuciones parafiscales

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

5. Cuando pierdan vigencia". (Subrayas de la Sala).

² Los siguientes apartes han sido acogidos en diversos pronunciamientos entre los cuales vale la pena resaltar: Sección Quinta, Sentencia del 23 de agosto de 2018. Proceso número 52001-23-31-000-2011-00002-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro; Sección Primera. Sentencia del 10 de mayo de 2012. Radicación número: 66001-23-31-000-2006-00353-01. C.P. María Claudia Rojas Lasso; Sección Primera. Sentencia del 26 de julio de 2018. Expediente número 11001-03-24-000-2010-00199-00. M.P. María Elizabeth García González. Sección Primera. Fallo del 15 de noviembre de 2019. Proceso número 11001-03-24-000-00163-01. C.P. Hernando Sánchez Sánchez.



administradas por las Cajas de Compensación Familiar no deben incorporarse en el presupuesto que está sujeto a la aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal — CONFIS-, reglamentado por la norma acusada; y (ii) desconoce que el órgano competente para vigilar y controlar el presupuesto de las Cajas de Compensación Familiar es la Superintendencia del Subsidio Familiar y no el CONFIS.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estima que no se extralimitó, dado que, según lo ha reconocido la jurisprudencia Constitucional, si bien las Cajas de Compensación administran recursos parafiscales, no constituyen componentes del concepto de seguridad social, por lo que sí era posible ampliar el campo de aplicación del acto acusado a los aportes para el subsidio familiar.

Ahora bien, para contestar a este cargo, debe la Sala establecer si al subsidio familiar le era aplicable la excepción contenida en el inciso tercero del artículo 81 de la ley 1687 que, dispone que: "Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que no forman parte del Presupuesto General de la Nación, independientemente de su naturaleza jurídica, se incorporarán en un presupuesto independiente que requerirá la aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal (Confis), **salvo aquellas destinadas al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social**".

Según lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 21 de 1982, el subsidio familiar es *"una prestación social pagadera en dinero, 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"*.

Por su parte en los artículos 39 y 41 *ibidem*, respectivamente, se establece que las Cajas de Compensación 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"*, y tendrán, entre otras, la función de recaudar, distribuir y pagar **los aportes destinados al subsidio familiar**³.

Sobre este tema, como lo menciona la parte actora, la Corte Constitucional se ha detenido en varias oportunidades a analizar la naturaleza jurídica del subsidio familiar, entre las cuales se destaca la sentencia C-1173-2001, en la que se dispuso lo siguiente:

³ Ley 21 **ARTÍCULO 41. Adicionado por el Artículo 16 de la Ley 789 de 2002.** 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. 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.⁴*

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.***

⁴ 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. 1º y L.71 de 1988, art. 6º), 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. 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. 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. 6º). 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)".



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 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 cuociente 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).⁵*
- *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*

⁵ 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".



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.

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 de 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".**



Conforme a lo anterior, no queda duda que el subsidio familiar es una prestación social, que hace parte integral del sistema de seguridad social, comoquiera que corresponde a uno de los medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna⁶.

Ahora bien, a partir de lo anterior, resulta evidente que la norma acusada es nula, en tanto no debió incluir los aportes para el subsidio familiar, pues, se reitera, al ser una prestación social que hace parte del sistema general de seguridad social, entraba en la excepción dispuesta en el inciso tercero del artículo 81 de la ley 1687 de 2013.

En consecuencia, al prosperar este primer cargo, resulta inane entrar a analizar los demás planteados en la demanda, por lo que se declarará la nulidad del literal b del artículo primero del Decreto 3035 de 2013.

II.4. Poderes.

Por cumplir los requisitos previstos en el artículo 75 del Código General del Proceso se reconocerá personería al abogado Roberto Molano López como apoderado de la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar, en los términos y para los efectos del poder que obra en el índice 64 del expediente electrónico.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del literal b del Decreto 3035 de 2013 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Reconocer personería al abogado Roberto Molano López como apoderado de la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

⁶ Sentencia T-116/93.



**GERMÁN EDUARDO OSORIO
CIFUENTES**

Consejero de Estado
Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

**NUBIA MARGOTH PEÑA
GARZON**

Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado
Con aclaración de voto

CONSTANCIA: La presente sentencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad y conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.