

SUBSIDIO FAMILIAR-Son recursos de orden parafiscal: reinversión en el propio sector

La Corte Constitucional al referirse a los recursos del subsidio familiar en la sentencia C-575 del 29 de octubre de 1992, señaló que los aportes de los empleadores son de orden parafiscal, que no son impuestos y que deben obligatoriamente reinvertirse en el sector de conformidad con la ley; que su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 150 numeral 12 y 338; que 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. Se dijo además en el citado fallo que el trabajador no tiene un derecho adquirido sobre el aporte que realiza el empleador, sino un interés legítimo sobre los recursos que administran las Cajas de Compensación. Ese interés legítimo se transforma en derecho subjetivo cuando la entidad entrega efectivamente al trabajador el subsidio en dinero, especie o servicios.

SUBSIDIO FAMILIAR-Remanente no ejecutado%CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR-Remanente presupuestal de cuota para supersubsidio: destinación%FONADE-Remanentes de cuota para Supersubsidio

Bajo la vigencia de la Ley 789 de 2002 de conformidad con el artículo 6° literal b), ese remanente o porcentaje no ejecutado corresponde al Fondo para apoyar al empleo y para la protección al desempleado –FONEDE, como una de las fuentes de sus recursos. Es de resaltar que las Cajas de Compensación antes de la vigencia de la Ley 789 del 27 de diciembre de 2002 venían apropiando el porcentaje de máximo el 1% de cuota de sostenimiento para la Superintendencia de Subsidio Familiar y cada año esta entidad previa la operación matemática correspondiente presentaba la cuenta de cobro a cada Caja determinando el valor a girar dentro de ese 1%, es decir que las Cajas de Compensación tenían que apropiar los dineros anualmente para la siguiente vigencia y el residuo, si lo había, quedaba como remanente presupuestal de cada ejercicio para la respectiva Caja de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 1° de la Ley 21 de 1982; estos remanentes, como ya se dijo, al tenor de lo dispuesto por la misma disposición debían ser aprobados por el Consejo Directivo el cual debería destinarlos bien al pago del subsidio en dinero, bien a la realización de obras y programas sociales con estricta sujeción a lo establecido en el artículo 62 de la misma ley. Con las nuevas disposiciones, los remanentes del porcentaje ya no se podrán destinar conforme lo dispone el parágrafo 1° del artículo 43 de la Ley 21 de 1982 sino que tendrán como destino el fondo creado por la Ley 789 de 2002 para “apoyar al empleo y para la protección al desempleado”; la intención entonces del legislador fue darle un destino más restringido a esos remanentes sin alterar la naturaleza y fines de los recursos del subsidio familiar.

SUBSIDIO FAMILIAR-Destinación a Fonade de remanentes cuota de supersubsidio%IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA-Inaplicación en caso de remanentes cuota supersubsidio para 2002%CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR-Remanentes cuota supersubsidio: nulidad por retroactividad

Ahora bien, el literal b) del artículo 6° de la Ley 789 de 2002, que el actor considera infringido, señala como una de las fuentes de recursos del “FONEDE”: el porcentaje no ejecutado (no mayor al 1% según Ley 25 de 1981 artículo 19) que le corresponde del cuatro por ciento (4%) de los ingresos de las Cajas al sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar en el período anual siguiente. El período anual siguiente, de la Ley 789 del 27 de diciembre de 2002

es sin duda el año 2003, luego las circulares acusadas al referirse a los remanente o porcentajes no ejecutados del 2002, violaron la norma superior sobre la cual se sustentan. No es entonces legal afectar con destino al "FONEDE", remanentes de los recursos del periodo fiscal de 2002, recaudados por la Cajas de Compensación, porque tales ingresos se regían para el pago, por parte de las Cajas, de subsidios en dinero a sus afiliados o para el desarrollo de obras o programas sociales, a voluntad del Consejo directivo de cada caja de Compensación Familiar en los claros y precisos términos del parágrafo 1° del artículo 43 de la Ley 21 de 1982. Precisamente la Ley 789 de 2002 estableció como fuente de los recursos del Fonedo, el porcentaje dentro del 1% no ejecutado en el periodo anual siguiente a su vigencia, en acatamiento a lo señalado en la Constitución Política en el artículo 338 que prescribe, entre otras, que las leyes que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley; y en el caso objeto de examen los hechos se concretan a los ocurridos en el periodo transcurrido del 1° de enero al 31 de diciembre de 2002, de tal manera que el artículo 6° literal b) de la Ley 789 de 2002, sólo tiene aplicación a partir de los recaudos efectuados a partir del 1° de enero de 2003; el cambio de la destinación del excedente equivale a una regulación de la contribución. En conclusión, los remanentes de los recursos del periodo fiscal 2002 corresponden a las cajas de compensación para su uso específico, como ya se explicó, y los remanentes de los recursos del periodo fiscal del 2003 en adelante pertenecen al FONEDE por mandato de la ley. Las anteriores consideraciones llevan a decretar la prosperidad de las pretensiones de la demanda, pero como las frases acusadas "efectuado por el año 2002" y "por el año 2002 que debió girarse en el 2003" guardan una relación inescindible con el resto de la instrucción que las contiene, la Sala declarará la nulidad del inciso final numeral 1. de la Circular Externa N° 014 de 2003 y la nulidad de la Circular Externa 022 de 2003.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON

Bogotá, D.C., primero (1°) de noviembre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00180-01

Actor: JUAN CARLOS HERMOSA ROJAS

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIARA

Referencia: ACCION DE NULIDAD

I- ANTECEDENTES

LA DEMANDA

El señor JUAN CARLOS HERMOSA ROJAS, en ejercicio de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la siguiente declaración:

Declarar la nulidad parcial de las Circulares N° 014 del 5 de agosto de 2003 y N° 022 del 23 de diciembre de 2003 expedidas por la Superintendencia de Subsidio Familiar.

La Circular N° 14 del 5 de Agosto de 2003 dispone:

“Así mismo, cabe recordar que con la vigencia de la Ley 789, a partir del 27 de diciembre de 2002, el porcentaje no ejecutado en el primer semestre de 2003 del pasivo a 31 de diciembre de 2002 en la cuenta 285020 apropiación para la Superintendencia de Subsidio Familiar, efectuado por el año 2002 por la cuenta 521000 de apropiaciones, debe estar constituido como fuente del FONEDE en cumplimiento del literal b) del artículo 6° de la mencionada ley; considerando además, que el espíritu de la misma es constituir este Fondo desde el inicio de la vigencia del año 2003. (se subraya aparte demandado)

La Circular N° 022 del 23 de diciembre de 2003 señala:

“De manera atenta, les recuerdo que el 31 de diciembre de 2003 vence el plazo para efectuar las apropiaciones con destino al FONEDE, del porcentaje no ejecutado del 1% correspondiente a aportes a esta entidad de Control y Vigilancia, por el año 2002, que debió girarse en el 2003” (se subraya aparte demandado)

El actor sostiene que las disposiciones jurídicas acusadas infringen de manera manifiesta las siguientes normas de carácter superior: el artículo 338 de la Constitución Política que consagró en el inciso 3° el principio de irretroactividad de las normas sobre contribuciones y el literal b) del artículo 6° de la ley 789 de 2002 según el cual tales contribuciones se efectuarán en el periodo anual siguiente, es decir, el siguiente a aquel en que entró en vigencia dicha disposición.

Argumenta que las circulares no pueden ordenar a las Cajas trasladar al FONEDE los recursos recaudados durante todo el año de 2002, simplemente porque la Ley 769 de 2002 que así lo ordena, se promulgó el 27 de diciembre de 2002 y, por lo tanto, sólo se puede aplicar a ingresos provenientes de las Cajas a partir del 1° de enero de 2003.

Manifiesta que la Ley 789 fue expedida el 27 de diciembre de 2002 y por mandato del artículo 338 de la C.P. en concordancia con el literal b) del artículo 6° de la misma norma, ésta no puede aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar su vigencia, es decir, a partir del 1° de enero del 2003, por lo tanto, no puede ser aplicable a aportes de las Cajas que fueron recaudados durante el año 2002.

Que mal podía la Superintendencia ordenar por medio de las circulares acusadas, que las Cajas trasladen al FONEDE recursos o ingresos recaudados durante el año de 2002, pues dichos aportes se regían por una legislación diferente, artículo 19 de la Ley 25 de 1981, que permitía que la diferencia entre el tope máximo legal del 1% de los aportes de las Cajas para el sostenimiento de la entidad y lo efectivamente cobrado como contribución al desarrollo de sus actividades en el año correspondiente, se convirtiera en remanentes del ejercicio para el pago del subsidio en dinero a sus afiliados o para el desarrollo de obras y programas sociales, según decisión que hiciera el Consejo Directivo de cada Caja, al tenor de lo dispuesto en el párrafo del artículo 43 de la Ley 21 de 1982.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada contesta en la oportunidad la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma. Señala que con la expedición de las circulares acusadas no se violó ninguna norma superior.

Manifiesta que debe advertirse que no estamos frente a una norma de carácter tributario, pues la Ley 789 de 2002 no hace relación al nacimiento, determinación y cumplimiento de las obligaciones pecuniarias a favor del Estado y a cargo de los particulares para contribuir al sostenimiento del mismo, sino que establece el direccionamiento de unos recursos que de conformidad con la Ley 21 de 1982

estaban destinados al sostenimiento del organismo de inspección, vigilancia y control, para el financiamiento de un fondo especial para el fomento del empleo y protección al desempleo.

Que de la simple lectura del artículo 6° literal b) de la Ley 789 de 2002 se concluye que no estamos frente a un tema tributario, por tanto la norma debe ser aplicada de inmediato y por lo tanto las circulares instructivas acusadas tienen soporte legal; que se trata de una reforma tendiente a promover el empleo como lo señala su objeto *“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”*.

Expone que las normas tributarias definen un hecho generador que da nacimiento a una obligación, la base gravable, la tarifa que se aplica a la base gravable, un sujeto activo que siempre es el Estado, un sujeto pasivo o persona jurídica legalmente obligada a pagar el tributo y el objeto de la obligación o suma de dinero a cargo del contribuyente y a favor del Estado.

Señala que lo expuesto guarda correspondencia con el procedimiento utilizado para definir la cuota de financiamiento de la Superintendencia, toda vez que las Cajas de Compensación antes de la vigencia de la Ley 789 de 2002 venían apropiando el 1% de cuota de sostenimiento para la Superintendencia de Subsidio Familiar y cada año esta entidad previa la operación matemática correspondiente presentaba la cuenta de cobro a cada una de ellas determinando el valor a girar de ese 1%, es decir que las Cajas de Compensación tenían que apropiarse los dineros anualmente para la siguiente vigencia y el residuo, si lo había, quedaba para la respectiva Caja; que al entrar en vigencia la ley, ese residuo ya no es de la Caja.

Anota que la Corte Constitucional en Sentencia N° C-575 del 29 de octubre de 1992, en relación con la naturaleza de los recursos provenientes del subsidio familiar ha señalado que las cotizaciones de los empleadores son aportes de orden parafiscal, que no son impuestos ni contraprestación salarial y que son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector, que su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 150 numeral 12 y en el 338 de la Constitución Política y que todos estos recursos son parafiscales que no pueden ser destinados a otras finalidades distintas a las previstas en la ley.

Que en el citado fallo se señaló que 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 y por lo tanto las cotizaciones de los patronos a las Cajas no son derecho subjetivo del empleador o del trabajador y no lo es de este último porque el subsidio aún no ha entrado en su patrimonio personal.

Que la Ley 789 de 2002 entró en vigencia a partir de su publicación y que las meras expectativas no constituyen ningún derecho contra la ley nueva que las anule o cercene, según lo dispone el artículo 17 de la Ley 153 de 1887; que en materia de irretroactividad la definición del artículo 58 de la Constitución Política establece que la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores; que por lo tanto no es posible predicar la existencia de un derecho adquirido a favor de las Cajas de Compensación para el año 2003.

Que en consecuencia la aplicación de la Ley 789 de 2002 es de carácter inmediato, puesto que no se trata de derechos adquiridos, sino de meras expectativas e involucra derechos colectivos y por lo tanto las circulares demandadas fueron expedidas dentro de este marco jurídico.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada reitera los argumentos presentados en la demanda y en la contestación de la demanda.

La parte demandante no presenta alegato de conclusión.

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicita que se declare la nulidad de las expresiones “efectuado por el año 2002” y “ por el año 2002, que debió girarse en el año 2003”, contenidas en las Circulares 014 y 022 del 5 de agosto y 27 de diciembre de 2003, porque son contrarias a los contenidos normativos de los artículos 338 de la C.P. inciso 3° y 6° literal b) de la Ley 489 de 2002, ya que no es jurídico afectar recursos del periodo fiscal de 2002, recaudados por la Cajas de Compensación, comoquiera que tales ingresos

se regían, para su distribución al pago de subsidios en dinero a sus afiliados o para el desarrollo de obras o programas sociales, a voluntad del Consejo directivo de cada caja de Compensación Familiar en los claros y precisos términos del párrafo 1° del artículo 43 de la Ley 21 de 1982.

Que por lo anterior la Ley 789 de 2002 estableció como fuente de recursos del fondo Fonede, el porcentaje-diferencia del 1% no ejecutado en el periodo anual siguiente a la vigencia de la misma, en perfecto acatamiento a lo señalado en el artículo 338 de la Constitución Política.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico se centra en establecer si los apartes acusados de las circulares transcritas violan el artículo 338 de la Constitución Política porque vulneran el principio de irretroactividad de las normas sobre contribuciones y el literal b) del artículo 6° de la Ley 789 de 2002, según el cual tales contribuciones se efectuarán en el periodo anual siguiente, es decir, el posterior a aquel en que entró en vigencia dicha disposición.

Para desatar la cuestión litigiosa, es preciso que la Sala haga el siguiente recuento normativo y jurisprudencial, sobre las normas que gobiernan el régimen de subsidio familiar.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL QUE DETERMINA EL RÉGIMEN DEL SUBSIDIO FAMILIAR Y EL DE LA SUPERINTENDENCIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR.

Constitución Política:

“Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes,

como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo". (subraya y resalta la Sala)

Ley 25 de 1981, por la cual se crea la Superintendencia del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones.

"ARTÍCULO 19. Las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia del Subsidio Familiar están obligadas a proveer, mediante contribución anual, los fondos necesarios para los gastos que ocasione el sostenimiento de la Superintendencia.

El Superintendente fijará por anualidades tal contribución como un porcentaje de los aportes totales pagados por los empleadores a las entidades sometidas a vigilancia, según los balances de su último ejercicio.

La contribución que se imponga a cada entidad no podrá ser superior al uno por ciento (1%) del respectivo total de aportes a que el inciso anterior se refiere. (subraya la Sala)

Ley 21 de 1982, por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar y se dictan otras disposiciones.

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:

- 1. El cuatro por ciento (4%) para proveer el pago del subsidio familiar.**
- 2. El medio por ciento (1/2%) para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), destinado a programas específicos de formación profesional acelerada, durante la prestación del servicio militar obligatorio.*
- 3. <Numeral modificado por el artículo 87 de la ley 812 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El medio por ciento (1/2%) será destinado para la*

Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, y la financiación de los programas de ampliación de cobertura y calidad de la educación superior de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

4. El uno por ciento (1%) para las Escuelas Industriales e Institutos Técnicos Nacionales, Departamentales, Intendenciales, Comisariales, Distritales o Municipales.”.

ARTÍCULO 43. Los aportes recaudados por las cajas por concepto del subsidio familiar se distribuirán en la siguiente forma:

1. Un cincuenta y cinco por ciento (55%) para el pago del subsidio familiar en dinero.

2. Hasta un diez por ciento (10%) para gastos de instalación, administración y funcionamiento.

3. Hasta un tres por ciento (3%) para la construcción de la reserva legal de fácil liquidez dentro de los límites de que trata la presente Ley.

4. El saldo se apropiará para las obras y programas sociales que emprendan las Cajas de Compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie, descontados los aportes que señale la Ley para el sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

PARAGRAFO 1o. Los rendimientos y productos líquidos de las operaciones que efectúen las Cajas de Compensación Familiar **así como los remanentes presupuestales de cada en ejercicio, serán aprobados por el Consejo Directivo el cual deberá destinarlos bien al pago del subsidio en dinero, bien a la realización de obras y programas sociales con estricta sujeción a lo establecido en el artículo 62.**

PARAGRAFO 2o. ...”.

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

1o. Salud.

2o. 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),

- 3o. Educación integral y continuada; capacitación y servicios de biblioteca.
- 4o. Vivienda,
- 5o. Crédito de fomento para industrias familiares,
- 6o. Recreación social,
- 7o. Mercadeo de productos diferentes a los enunciados en el ordinal 2o.; el cual se hará de acuerdo con la reglamentación que expida posteriormente el Gobierno Nacional,

PARAGRAFO. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo visto bueno del Consejo Superior del Subsidio Familiar, teniendo en cuenta las condiciones de vida de los trabajadores beneficiarios y las circunstancias económicas y sociales que imperen en la respectiva zona territorial podrá modificar el anterior orden de prioridades.

ARTICULO 63. *La Superintendencia de Subsidio Familiar tendrá en cuenta el orden de prioridades señalado en el artículo anterior para probar o improbar obras y programas sociales de las Cajas de Compensación. (resalta y subraya la Sala)*

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 de Trabajo, dispuso en su artículo 6°, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6o. RECURSOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN AL DESEMPLEO. *Las Cajas de Compensación Familiar administrarán en forma individual y directa o asociada con otra u otras Cajas un fondo para apoyar al empleo y para la protección al desempleado conforme los artículos 7o., 10 y 11 de la presente ley. El Gobierno determinará la forma en que se administrarán estos recursos cuando no puedan ser gestionados directamente por la Caja de Compensación Familiar.*

Las Cajas apropiarán de los recursos del fondo, por cada beneficiario de los programas de subsidio de que trata la presente ley, un monto per cápita que será definido en enero de cada año por la Superintendencia del Subsidio, de acuerdo con los beneficios que se deben otorgar, en concordancia con la presente ley. Las apropiaciones del monto per cápita se realizarán en la medida en que se produzcan las solicitudes de subsidios hasta agotar los

recursos propios de cada Caja. No obstante, para garantizar la solidaridad y el equilibrio ante la diferente situación de desempleo y recursos disponibles entre las distintas Cajas del país, mínimo semestralmente la Superintendencia realizará cortes contables y ordenará el traslado de recursos entre Cajas, de acuerdo con el monto per cápita requeridas para los desempleados pendientes en unas Cajas, en estricto orden de solicitud, y los recursos sobrantes en otras. Igual procedimiento se aplicará para el apoyo a los desempleados sin vinculación anterior a las Cajas de Compensación de acuerdo con el porcentaje previsto para tal efecto en esta ley.

Son fuentes de recursos del fondo las siguientes:

a) La suma que resulte de aplicar el porcentaje del 55% que en el año 2002 se aplicó a las personas a cargo que sobrepasaban los 18 años de edad. Este porcentaje se descontará todos los años del 55% obligatorio para el subsidio en dinero como fuente mencionada de recursos del fondo;

b) El porcentaje no ejecutado (no mayor al 1% según Ley 25 de 1981 artículo 19) que le corresponde del cuatro por ciento (4%) de los ingresos de las Cajas al sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar en el período anual siguiente;

c) (subraya y resalta la Sala)

La Corte Constitucional al referirse a los recursos del subsidio familiar en la sentencia C-575 del 29 de octubre de 1992, señaló que los aportes de los empleadores son de orden parafiscal, que no son impuestos y que deben obligatoriamente reinvertirse en el sector de conformidad con la ley; que su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 150 numeral 12 y 338; que 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.

Se dijo además en el citado fallo que el trabajador no tiene un derecho adquirido sobre el aporte que realiza el empleador, sino un interés legítimo sobre los recursos que administran las Cajas de Compensación. Ese interés legítimo se

transforma en derecho subjetivo cuando la entidad entrega efectivamente al trabajador el subsidio en dinero, especie o servicios.

CASO CONCRETO

El actor solicita declarar la nulidad parcial de las Circulares N° 014 del 5 de agosto de 2003 y N° 022 del 23 de diciembre de 2003 expedidas por la Superintendencia de Subsidio Familiar.

La Circular N° 014 del 5 de Agosto de 2003 dispone en el inciso final numeral 1°:

“Así mismo, cabe recordar que con la vigencia de la Ley 789, a partir del 27 de diciembre de 2002, el porcentaje no ejecutado en el primer semestre de 2003 del pasivo a 31 de diciembre de 2002 en la cuenta 285020 apropiación para la Superintendencia de Subsidio Familiar, efectuado por el año 2002 por la cuenta 521000 de apropiaciones, debe estar constituido como fuente del FONEDE en cumplimiento del literal b) del artículo 6° de la mencionada ley; considerando además, que el espíritu de la misma es constituir este Fondo desde el inicio de la vigencia del año 2003. (se subraya aparte demandado)

La Circular N° 022 del 23 de diciembre de 2003 señala:

“De manera atenta, les recuerdo que el 31 de diciembre de 2003 vence el plazo para efectuar las apropiaciones con destino al FONEDE, del porcentaje no ejecutado del 1% correspondiente a aportes a esta entidad de Control y Vigilancia, por el año 2002, que debió girarse en el 2003” (se subraya aparte demandado)

Ahora bien, en el presente asunto el problema jurídico a resolver es la aplicación de la Ley 789 del 27 de diciembre de 2002 a las apropiaciones del año 2002 como lo ordenan los actos demandados. No se trata de discutir la naturaleza jurídica de los recursos del subsidio familiar, como lo pretende la entidad demandada al señalar que no es un tributo y al defender su destinación específica, pues es claro que éstos son de naturaleza parafiscal, los administran las Cajas de Compensación Familiar y tienen una afectación especial, de tal manera que no pueden ser destinados a finalidades distintas a las previstas en la ley.

Del recuento normativo pretranscrito se tiene que de los aportes del 4% destinados al pago del subsidio familiar que recaudan las Cajas de Subsidio Familiar, un porcentaje no superior al 1% debe ser destinado para el sostenimiento de la Superintendencia de Subsidio Familiar al tenor de lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 25 de 1981, lo cual no ha variado con la expedición de la Ley 789 de 2002.

Antes de la expedición y entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, cuando no existía el Fonede, la diferencia entre el tope del 1% de los aportes para la Superintendencia y lo efectivamente cobrado a las Cajas de Compensación como contribución para el desarrollo de sus actividades en el año correspondiente, se convertía en remanentes del ejercicio y quedaba a disposición de las Cajas para el pago de subsidio en dinero a sus afiliados o para el desarrollo de programas sociales, según lo decidiera el Consejo Directivo de cada Caja, al tenor de lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley 21 de 1982 parágrafo 1°.

Bajo la vigencia de la Ley 789 de 2002 de conformidad con el artículo 6° literal b), ese remanente o porcentaje no ejecutado corresponde al Fondo para apoyar al empleo y para la protección al desempleado –FONEDE, como una de las fuentes de sus recursos.

Es de resaltar que las Cajas de Compensación antes de la vigencia de la Ley 789 del 27 de diciembre de 2002 venían apropiando el porcentaje de máximo el 1% de cuota de sostenimiento para la Superintendencia de Subsidio Familiar y cada año esta entidad previa la operación matemática correspondiente presentaba la cuenta de cobro a cada Caja determinando el valor a girar dentro de ese 1%, es decir que las Cajas de Compensación tenían que apropiar los dineros anualmente para la siguiente vigencia y el residuo, si lo había, quedaba como remanente presupuestal de cada ejercicio para la respectiva Caja de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 1° de la Ley 21 de 1982; estos remanentes, como ya se dijo, al tenor de lo dispuesto por la misma disposición debían ser aprobados por el Consejo Directivo el cual debería destinarlos bien al pago del subsidio en dinero, bien a la realización de obras y programas sociales con estricta sujeción a lo establecido en el artículo 62 de la misma ley.

Con las nuevas disposiciones, los remanentes del porcentaje ya no se podrán destinar conforme lo dispone el parágrafo 1° del artículo 43 de la Ley 21 de 1982 sino que tendrán como destino el fondo creado por la Ley 789 de 2002 para “apoyar al empleo y para la protección al desempleado”; la intención entonces del legislador fue darle un destino más restringido a esos remanentes sin alterar la naturaleza y fines de los recursos del subsidio familiar.

Ahora bien, el literal b) del artículo 6° de la Ley 789 de 2002, que el actor considera infringido, señala como una de las fuentes de recursos del “FONEDA”: el porcentaje no ejecutado (no mayor al 1% según Ley 25 de 1981 artículo 19) que le corresponde del cuatro por ciento (4%) de los ingresos de las Cajas al sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar en el período anual siguiente.

El periodo anual siguiente, de la Ley 789 del 27 de diciembre de 2002 es sin duda el año 2003, luego las circulares acusadas al referirse a los remanente o porcentajes no ejecutados del 2002, violaron la norma superior sobre la cual se sustentan.

No es entonces legal afectar con destino al “FONEDA”, remanentes de los recursos del periodo fiscal de 2002, recaudados por la Cajas de Compensación, porque tales ingresos se regían para el pago, por parte de las Cajas, de subsidios en dinero a sus afiliados o para el desarrollo de obras o programas sociales, a voluntad del Consejo directivo de cada caja de Compensación Familiar en los claros y precisos términos del parágrafo 1° del artículo 43 de la Ley 21 de 1982.

Precisamente la Ley 789 de 2002 estableció como fuente de los recursos del Foneda, el porcentaje dentro del 1% no ejecutado en el periodo anual siguiente a su vigencia, en acatamiento a lo señalado en la Constitución Política en el artículo 338 que prescribe, entre otras, que las leyes que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley; y en el caso objeto de examen los hechos se concretan a los ocurridos en el periodo transcurrido del 1° de enero al 31 de diciembre de 2002, de tal manera que el artículo 6° literal b) de la Ley 789 de 2002, sólo tiene aplicación a partir de los recaudos efectuados a partir del 1° de

enero de 2003; el cambio de la destinación del excedente equivale a una regulación de la contribución.

En conclusión, los remanentes de los recursos del periodo fiscal 2002 corresponden a las cajas de compensación para su uso específico, como ya se explicó, y los remanentes de los recursos del periodo fiscal del 2003 en adelante pertenecen al FONEDE por mandato de la ley.

Las anteriores consideraciones llevan a decretar la prosperidad de las pretensiones de la demanda, pero como las frases acusadas "*efectuado por el año 2002*" y "*por el año 2002 que debió girarse en el 2003*" guardan una relación inescindible con el resto de la instrucción que las contiene, la Sala declarará la nulidad del inciso final numeral 1. de la Circular Externa N° 014 de 2003 y la nulidad de la Circular Externa 022 de 2003.

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:

DECLÁRASE la nulidad del inciso final del numeral 1. de la Circular Externa N° 014 del 5 de agosto de 2003 y la Circular Externa N° 022 del 23 de diciembre de 2003, expedidas por la Superintendencia de Subsidio Familiar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
Presidenta

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE MARCO ANTONIO VELILLA MORENO