



Concepto Sala de Consulta C.E. 1704 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil seis (2006)

Radicación No. 1704

Referencia: Subsidio Familiar. Cuota Monetaria Subsidio de Escolaridad. Parágrafo 2° del artículo 65 de la Ley 633 de 2000. Alcance. Ley 789 de 2002.

El señor Ministro de la Protección Social solicita a la Sala conceptuar acerca de la aplicación del parágrafo 2° del artículo 65 de la Ley 633 de 2000 por el cual se creó el subsidio de escolaridad y la forma de cálculo dentro de la cuota monetaria prevista en la Ley 789 de 2000 y el decreto Ley 1769 de 2003.¹ Al efecto formuló las siguientes preguntas:

"1. Cual es la interpretación jurídica que debe darse al parágrafo 2° del artículo 65 de la Ley 633 de 2000, a la luz de lo establecido en la Ley 789 de 2002 y el Decreto Ley 1769 de 2003.

2. Si se considera que el parágrafo 2° del artículo 65 de la Ley 633 de 2000 se encuentra derogado, de donde se obtendrían los recursos para educación de que trata la Ley 115 de 1994".

Como antecedente de su consulta señala que al aplicar el decreto Ley 1769 de 2003, por el cual se establecieron los términos y las condiciones a que debe sujetarse la cuota monetaria en el sistema de subsidio familiar, han surgido dos interpretaciones acerca de la vigencia y aplicación del parágrafo 2° del artículo 65 de la Ley 633 de 2000.

Primera Posición. El subsidio de escolaridad no es computable como subsidio monetario.

El parágrafo 2° del artículo 65 de la Ley 633 de 2000 fue derogado por el parágrafo 3° del artículo 4° de la Ley 789 de 2002 y el decreto Ley 1769 de 2003, al disponer que existirá una cuota de referencia con base en la cual las cajas de compensación deben pagar la cuota monetaria y en caso de existir remanentes del 55% destinado para dicho efecto, estos se deben girar a las cajas de compensación familiar que resulten descompensadas. Permitir que de ese porcentaje se obtenga el 10% para subsidios de escolaridad en dinero, podría dejar sin efectos la referida compensación. La Ley 789 de 2002 y el decreto Ley 1769 de 2003 al regular íntegramente la materia, derogaron las normas que no quedaron allí contenidas. El procedimiento para fijar la cuota monetaria no contempla que lo pagado por concepto de subsidio en educación puedan ser descontadas o deducidas del 55% para pagos en subsidios en dinero.

En consecuencia, el subsidio de escolaridad por alumnos personas a cargo de determinados grados de escolaridad no entran para el cálculo del subsidio monetario efectivamente pagado.

Segunda Posición. El subsidio de escolaridad es computable como subsidio monetario.

El parágrafo 2° del artículo 65 de la Ley 633 de 2000 se encuentra vigente. En consecuencia, del 55% del subsidio familiar destinado al pago de cuotas monetarias se debe restar el 10% para cubrir el subsidio de escolaridad.

La Sala considera

Para resolver la Sala avocará el estudio a partir de la evolución de las normas que regulan el subsidio familiar en Colombia en dos etapas, antes y después de la Ley 789 de 2002.

1. MARCO LEGAL DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN DINERO ANTES DE LA LEY 789 DE 2002

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

La Ley 21 de 1982 define el subsidio familiar como una prestación social pagada en dinero, especie y servicios a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, con el objeto fundamental de "aliviar las cargas económicas que representa el

sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad."²

El pago del mismo, en los términos del artículo 5°, se concibió a través de tres mecanismos, a saber:

"Artículo 5°. El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios del dinero, especie o servicios de conformidad con la presente ley.

Subsidio en dinero es la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la prestación.

Subsidio en especie es el reconocido en alimentos, vestidos, becas de estudio, texto escolares, y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación de la ley.

Subsidio en servicios es aquel que se reconoce a través de la utilización de las obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades prescrito por la Ley". (Negrilla fuera de texto).

El subsidio en dinero como modalidad de pago del subsidio familiar tiene una gran relevancia para el trabajador, pues no sólo es una prestación legal de carácter laboral, sino un mecanismo de redistribución del ingreso.³

El legislador distribuyó el 4% de los recursos del subsidio familiar que administran las Cajas de Compensación familiar, en los siguientes términos:

"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.

"Parágrafo. 1°. Los rendimientos y productos líquidos de las operaciones que efectúen las Cajas de Compensación Familiar, así como los remanentes presupuestales de cada 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 en estricta sujeción a lo establecido en el artículo 62 (¿)".

En relación con la anterior distribución, es pertinente advertir, que las modificaciones legales realizadas con posterioridad a la expedición de la Ley 21 de 1982, han afectado la base para el cálculo del porcentaje mínimo y obligatorio del 55% destinado al pago del subsidio en dinero, ya que a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, dicho cálculo se realiza sobre el saldo que resulte de descontar las obligaciones impuestas en la Ley a las Cajas.

Sobre la filosofía compensatoria y redistributiva del subsidio en dinero como ingresos pecuniarios adicional del trabajador, en la exposición de motivos de la ley 21 de 1982 se señaló:

"Si bien es cierto que el subsidio puede pagarse en especie, en servicios o en dinero, se estima que la fijación del tope indicado constituye un sano punto de equilibrio que garantiza un suplemento monetario en manos del trabajador sin perjuicios de la capacidad de inversión que las cajas deben conservar." (Negrilla fuera del texto original).⁵

1.2 Ley 49 de 1990. Subsidio a la vivienda de interés social por parte de las cajas de compensación familiar.

Esta ley le atribuyó a las cajas de compensación la obligación de constituir los fondos para el subsidio familiar de vivienda cuya fuente de recursos proviene del 4% de los recursos del subsidio familiar, cuyo desarrollo se encuentra en el artículo 63 de la Ley 633 de 2000 y demás normas expedidas para regular la vivienda social en Colombia.⁶

1.3 Ley 100 de 1993. Régimen de subsidios en salud impacto sobre el subsidio en dinero.

El artículo 217 de la Ley 100 de 1993 dispone que las Cajas de Compensación Familiar deberán destinar el 5% o el 10% de los recaudos del subsidio familiar, según su cociente particular, para financiar el Régimen del Subsidio en Salud.

A partir de esta ley, el 55% que las Cajas debían destinar al subsidio en dinero se calculaba sobre el saldo después de deducir el 10% de gastos de administración, instalación y funcionamiento, la transferencia respectiva del fondo de subsidio familiar de vivienda, la reserva legal, el aporte a la Superintendencia del Subsidio Familiar y la contribución para financiar el régimen de subsidios en salud que se estableció en el mismo precepto.

1.4 Programa de educación a cargo de las Cajas de Compensación Familiar, Ley 115 de 1994.

La Ley 115 de 1994 o ley general de educación impuso a las cajas de compensación familiar la obligación de contar con programas de educación básica y media, en los siguientes términos:

"Artículo 190. Las cajas de compensación familiar tendrá la obligación de contar con programas de educación básica y educación media en forma directa o contratada. En estos programas participarán prioritariamente los hijos de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar".

En desarrollo de esta ley, se expidió el decreto 1902 de 1994 a través del cual se señaló lo siguiente:

"Artículo 4°. A partir de la vigencia del presente decreto, las cajas de compensación familiar deben ofrecer a las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios programas de educación básica y media, administrados en forma directa o contratados con una institución educativa legalmente reconocida por el Estado, de acuerdo con su proyecto educativo institucional.

En los programas respectivos se indicarán los criterios de selección de los alumnos admitidos, de tal manera que se dé preferencia a los hijos de los trabajadores beneficiarios de la caja.

Parágrafo. Las cajas de compensación familiar que actualmente viene presentando el servicio de educación básica y media a través de establecimientos educativos de su propiedad, deberán garantizar que éste se brinde en forma prioritaria a los hijos de sus trabajadores beneficiarios.

"Artículo 5°. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, las cajas de compensación familiar destinarán con el carácter de subsidio en especie o en servicios, al menos el 10% del saldo previsto en el numeral 4° del artículo 43 de la Ley 21 de 1982 y demás normas legales vigentes.

"Los programas de educación básica y media serán ejecutados con los recursos previstos en este artículo en forma directa por la respectiva caja, mediante convenio con instituciones especializadas o establecimientos educativos con reconocimiento oficial.

"Pueden estar representados por otorgamiento de becas, cupos gratuitos en establecimientos educativos y programas de educación básica y media para adultos". (Negrilla fuera del texto original).

En relación con las normas citadas, vale la pena llamar la atención sobre los siguientes aspectos:

*La Ley 115 de 1994 y el decreto reglamentario en cita establecen que la obligación atribuida a las Cajas en materia de educación se computa dentro del porcentaje del subsidio en especie o servicios del numeral 4° del artículo 43 de la Ley 21 de 1982 y demás normas que lo modificaron.

*La norma establece un porcentaje mínimo del 10% a aplicar en materia de educación del saldo destinado al pago de subsidio en especie o en servicios.

*El anterior porcentaje establece un mínimo, lo cual permite que las cajas puedan incrementarlo.

1.5. El subsidio de escolaridad en dinero. Artículo 65 de la Ley 633 de 2000. Alcance.

El parágrafo segundo del artículo 65 de la Ley 633 de 2000 creó el subsidio de escolaridad, en los siguientes términos:

"Artículo 65. Parágrafo. 2°. Los subsidios de escolaridad en dinero pagados por las cajas de compensación a las personas a cargo de trabajadores beneficiarias, matriculadas en los tres (3) últimos grados del ciclo secundario de la educación básica y en el nivel de educación media. Formarán parte del cálculo de subsidio monetario pagado por cada caja de compensación familiar y de la obligación de destinación para educación prevista en el artículo 5° del Decreto 1902 de 1994, siempre que la destinación total para ella no resulte inferior a la obligatoria antes de la vigencia de la presente Ley" (Negrilla fuera del texto original).

A partir de esta norma, el subsidio de escolaridad en dinero podía formar parte del cálculo del subsidio monetario. Así el legislador autorizaba a las Cajas imputar el subsidio de escolaridad dentro del porcentaje obligatorio del 55%.

2. CUOTA MONETARIA. MARCO LEGAL A PARTIR DE LA LEY 789 DE 2002.

2.1 Antecedentes legislativos de la Ley 789 de 2002. Subsidio Familiar en dinero.

La Ley 789 de 2003 modificó la denominación del subsidio en dinero por el de cuota monetaria y estableció los principios en que se debe sustentar el nuevo procedimiento para su cálculo, distinto al contemplado en la Ley 21 de 1982, conservando la filosofía redistributiva de este ingreso y la obligación de asignar un porcentaje del 55% del subsidio familiar para su pago.

Hecha la anterior precisión, procede revisar el modo como el legislador abordó el tema del subsidio en dinero que se venía pagando a los beneficiarios con anterioridad a la expedición de la Ley y determinar si con posterioridad a la expedición de Ley 789 es viable computar el subsidio de escolaridad establecido en la Ley 633 de 2002 para establecer la cuota monetaria que deben pagar las cajas en dinero.

En el primer debate al proyecto de Ley 056 de 2002 Cámara y 057 de Senado, se propuso el siguiente artículo:

"Artículo 5°. Las cajas de compensación no podrán pagar cuotas de subsidio en dinero por fuera de las determinadas en la presente Ley, salvo los subsidios en dinero que se pueden otorgar en los servicios de vivienda y educación directamente a los constructores y establecimientos educativos, los cuales en ningún caso se harán con cargo al porcentaje obligatorio en dinero. Es decir que la cuota monetaria será única, y no se permitirá que haya cuotas superiores a la definida por la Superintendencia de Subsidio Familiar.⁷

Tal como se desprende del aparte transcrito, la intención del legislador era proteger la integridad del subsidio en dinero de manera que no resultara afectado por el cómputo de otros subsidios como el de escolaridad con menoscabo del porcentaje obligatorio mínimo asignado para cubrirlo.

2.2 Cuota Monetaria. Términos y condiciones para su fijación. Ley 789 de 2002 y decreto Ley 1769 de 2003.

La filosofía de la reforma del sistema de cuotas monetarias en la Ley 789 es establecer el equilibrio y solidaridad entre las Cajas de Compensación del país, evitar que el criterio de afiliación esté incentivado únicamente en función de la cuota monetaria y disminuir el impacto de los subsidios sobre el porcentaje obligatorio del 55% en dinero.

Las modificaciones introducidas en el sistema de cómputo de la cuota monetaria resultan, como se verá más adelante, incompatibles con la autorización de computar el subsidio de escolaridad dentro del porcentaje obligatorio del 55% destinado a cubrir la cuota monetaria.

En efecto en concordancia con los objetivos trazados durante el trámite legislativo, la Ley 789 de 2002 señaló entre los principios a tener en cuenta por el legislador extraordinario en el "cálculo de la cuota monetaria", los siguientes:

"Artículo 5°. Cálculo de la cuota monetaria. Se conceden precisas facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para que en un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de vigencia de la presente ley, expida las normas frente a los términos y condiciones a que deba sujetarse la cuota monetaria en el sistema de compensación familiar, así como su régimen de organización, funcionamiento y tiempo de implantación, con sujeción a un estudio técnico y a los siguientes principios:

"Sana competencia. La Cuota Monetaria debe buscar una sana competencia en el mercado, con objeto de evitar un exceso en el otorgamiento de Subsidios en dinero, como instrumento prioritario en el proceso de afiliación ajustando al sistema en un sano equilibrio entre servicios y recursos otorgados directamente en dinero a los beneficiarios.

"Solidaridad. En la práctica de la mutua colaboración y apoyo entre las diferentes Cajas de Compensación Familiar, lo cual se concreta en la prohibición de establecer transferencias de recursos por parte de las Cajas de Compensación con ingresos y/o cocientes inferiores al promedio a favor de las Cajas de Compensación con ingresos y/o cocientes superiores al promedio para pago de subsidio en dinero o cualquier otro concepto. Para realizar este principio, se podrán establecer cuotas regionales, departamentales, mínimos, máximos o cualquier otro mecanismo que se considere procedente con este principio.

"Equidad. Se concreta como mecanismos de redistribución y compensación regional o departamental, que se desarrolla en la prohibición de obligar a Cajas ubicadas en regiones de menor desarrollo socioeconómico a girar recursos por cualquier concepto a Cajas que se encuentren operando en regiones con mayores índices de desarrollo socioeconómico, sin perjuicios de establecer, respetando el anterior parámetro, transferencia financiera entre Cajas para lograr una cuota monetaria equitativa al interior de cada Departamento o Región dentro de los principios descritos en el presente artículo. Se concreta igualmente, en la necesidad de evaluar el total de los ingresos disponibles de la Caja, cuando se examinen o determinen transferencias a otras Cajas. Para efecto de la evaluación de las transferencias, se deberá examinar la capacidad de apalancamiento de la Caja en sus propias fuentes de recursos para financiar la cuota monetaria, conforme al monto de los subsidios que hubieren otorgado.

"Gradualidad. Los procesos de cambio a ajuste de la cuota monetaria deberán implantarse en forma progresiva, evitando un deterioro relevante en las condiciones de los trabajadores tanto en forma directa como indirecta con relación a los demás servicios que les corresponde prestar a las Cajas.

"Integralidad. La cuota monetaria debe ser analizada en relación directa con las demás modalidades del subsidio en servicios y especie".

En desarrollo de las facultades extraordinarias de la Ley 789 de 2002 y de los anteriores principios, se expidió el decreto Ley 1769 de 2003, previó concepto técnico de la comisión accidental prevista en el párrafo transitorio del artículo 5° de la misma, el cual estableció un nuevo sistema de cómputo de la cuota monetaria de referencia por departamento, así:

"Artículo 3° Procedimientos para fijar la cuota monetaria. La cuota monetaria será fijada por departamento, por la Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces, en el mes de enero de cada año, aplicando el procedimiento:

- a. Se toman los aportes empresariales al Sistema del Subsidio Familiar del departamento;
- b. Una vez establecidos los aportes señalados en el literal anterior, se descontarán las obligaciones de ley a cargo de las Cajas de Compensación Familiar de la jurisdicción, y se dividirá este resultado por el número promedio de personas a cargo con derechos a recibir subsidio familiar en dinero, de acuerdo con la Ley 789 de 2002 y por los cuales se pagó subsidio familiar en el mismo departamento. Para estos efectos se considera a Bogotá, D.C. como parte del departamento de Cundinamarca".

Observa la Sala que el procedimiento a cumplirse por la Superintendencia de Subsidio Familiar, o quien haga sus veces, para calcular la cuota monetaria el cual constituye una regulación integral de la misma, no autoriza computar dentro del porcentaje del 55% destinado a cubrir dicha cuota, ningún otro subsidio en dinero, razón por la cual el párrafo segundo del artículo 65 de la Ley 633 de 2000 que permitía computar el de escolaridad en dinero dentro de dicho porcentaje obligatorio, se debe entender derogado.

En efecto, el artículo 3° del decreto 1769 de 2003 solamente autorizó descontar del porcentaje total de los aportes del sector empresarial para

el subsidio familiar, las obligaciones previstas en la Ley, pero no permite afectar el porcentaje del 55% obligatorio para atender el pago de la cuota monetaria.

Las obligaciones legales a que se refiere la norma son las siguientes:

*Los gastos de administración. Ley 21 de 1982 artículo 43. Ley 789 de 2002 artículo 6° literal c).

*La contribución a la Superintendencia de Subsidio Familiar.

*La reserva legal.

*Los recursos destinados al fondo de fomento del empleo y protección al desempleo - FONEDE (Ley 789 de 2002, artículo 6°).

*Los recursos destinados al Fondo para la atención integral de la niñez y jornada escolar complementaria FONIÑEZ. Ley 789 de 2002, artículo 16.8.

*Los recursos destinados al Fondo para vivienda de interés social - FOVIS. Ley 49/90, artículo 68 y Ley 633 de 2000, artículo 63 y demás normas que lo modifican.

*Los recursos destinados al Fondo de solidaridad y garantía - FOSYGA. Ley 100 de 1993, artículo 217.

Conforme a lo anterior, dada la nueva e integral regulación de la cuota monetaria que implicó el retiro del ordenamiento del parágrafo segundo del artículo 65 de la Ley 633 por derogatoria, no es dable que la autoridad administrativa incorpore por vía de interpretación dentro del procedimiento para fijar la cuota monetaria criterios o factores que no sólo están en contravía de los principios de solidaridad, sin que afectan una base distinta a la señalada en la Ley.

En consecuencia, como el subsidio de escolaridad previsto en el artículo 65 de la Ley 633 de 2000 se encuentra derogado, los subsidios que las Cajas están obligadas a otorgar en materia de educación se deben reconocer en los términos previstos en la Ley 115 de 1994 y su decreto reglamentario 1902 de 1994, esto es del saldo previsto en el numeral 4° del artículo 43 de la Ley 21 de 1982 para las obras y programas sociales que emprendan las Cajas de Compensación Familiar.

La Sala responde

1. El parágrafo del artículo 65 de la Ley 633 de 2000, que preveía el subsidio de escolaridad en dinero, fue derogado por lo dispuesto en el artículo 3° del decreto Ley 1769 de 2003, en concordancia con el artículo 5° de la Ley 789 de 2002. En consecuencia dicho subsidio no se podrá computar dentro del cálculo de la cuota monetaria.

2. Los recursos para atender los subsidios en educación se rigen por lo dispuesto en el artículo 190 de la Ley 115 de 1994 y en el artículo 5° del decreto 1902 de 1994 del saldo destinado al subsidio en especie y en servicios.

Transcribese al señor Ministro de la Protección Social. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Secretaria de la Sala

AUTORIZADA LA PUBLICACIÓN CON OFICIO No. 1847 DEL 22 DE JUNIO DE 2006

NOTAS PIE DE PÁGINA

1Ley 633 de 2000. "Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la rama judicial."

2Ley 21 de 1982. Artículo 1°.

3Corte Constitucional. Sentencia C-653/03-C-1173 de 2001.

4Historia de las Leyes. II Época. Tomo I 1982. Exposición de Motivos.

5En el curso del trámite legislativo se ajustó el porcentaje del subsidio en dinero hasta llegar al 55%.

6Leyes 3 de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 812 de 2003.

7Gaceta 444 y 449 de 2002.

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 20:07:42