



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Bogotá D.C., dos (02) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación Interna: 1100103060002012500144 00

Número Único: 2267

Referencia: Cajas de compensación. Aportes.

El Ministerio de Trabajo consulta a la Sala acerca del pago de los aportes parafiscales realizados a las Cajas de Compensación Familiar en su calidad de administradores de estos recursos.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta, el Ministerio de Trabajo presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. En virtud de lo dispuesto por los artículos 7º y 15 de la Ley 21 de 1982, los empleadores que tienen la obligación de pagar los aportes relativos al subsidio familiar y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, deben hacerlo por intermedio de una Caja de Compensación Familiar.
2. La mora en el pago de los aportes genera como sanción la suspensión o la expulsión del afiliado a la respectiva Caja, según lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 21 de 1982.
3. Si se produce la expulsión del empleador por mora, los trabajadores pueden efectuar el cobro judicial por los subsidios adeudados. Asimismo, el empleador expulsado no puede ser aceptado por otra Caja de Compensación hasta que pague la suma adeudada o haya suscrito un acuerdo de pago sobre esta.
4. Atendiendo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los aportes realizados por los empleadores a las Cajas de Compensación son de naturaleza parafiscal y de seguridad social.
5. No existe norma expresa en materia de prescripción aplicable en materia de aportes parafiscales.

6. Actualmente algunas empresas no han pagado los aportes al sistema de subsidio familiar, encontrándose por tanto en mora, en algunos casos inclusive por periodos superiores a 5 años. Frente a estos aportes, existe la duda de si son susceptibles de recobro.

7. A partir de la implementación de la Planilla Integrada para la Liquidación de Aportes (PILA), varias Cajas de Compensación Familiar, están recibiendo aportes de empresas que no se encuentran afiliadas, no ha sido posible ubicarlas y no han presentado ninguna reclamación por los dineros cancelados, dineros estos que se encuentran depositados en las cuentas bancarias de las Cajas y son identificados como “partidas pendientes de identificar”. De esta suerte es necesario establecer el tratamiento que deben recibir estos recursos.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Trabajo formula las siguientes **PREGUNTAS**:

- 1. ¿Respecto a los aportes parafiscales adeudados por las empresas y con destino a las Cajas de Compensación Familiar, se puede señalar la existencia de un término de prescripción para ejercer las acciones de cobro?*
- 2. Teniendo en cuenta que nuestra legislación no establece término alguno, y de ser afirmativa la respuesta anterior ¿Qué clase de prescripción se aplica para ejercer las acciones de cobro respecto de estos aportes?, el de tres años propios de la prescripción laboral por ser una prestación social o el de cinco años del estatuto tributario?*
- 3. ¿Qué término deben esperar las Cajas de Compensación Familiar para que los aportes de las empresas que no se encuentran afiliadas y no han hecho reclamación de éstos recursos, se constituyan para la Corporación y sean registrados contablemente como un ingreso no operacional?*

II. CONSIDERACIONES

a. Las Cajas de Compensación y el subsidio familiar

Las Cajas de Compensación, son personas jurídicas sin ánimo de lucro y de derecho privado¹, que cumplen importantes funciones en materia de seguridad social. De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 21 de 1982:

¹ “Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil; cumplen funciones de seguridad social y están sometidas al control y vigilancia del Estado, en la forma establecida por

"Las Cajas de Compensación Familiar tendrán entre otras, las siguientes funciones:

- 1. Recaudar, distribuir y pagar los aportes, destinados al subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), las escuelas industriales y los institutos técnicos en los términos y con las modalidades de la Ley.*
- 2. Organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar en especie de servicios de acuerdo con lo prescrito en el artículo 62 de la presente Ley.*
- 3. Ejecutar, con otras Cajas, o mediante la vinculación con organismos y entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios, dentro del orden de prioridades señalado por la Ley².*

Respecto de los aportes administrados por las mencionadas Cajas, la jurisprudencia nacional ha identificado las siguientes características:

i) Están destinados a pagar una prestación social³.

la Ley 21 de 1982, en su artículo 39; son entidades de origen legal y de naturaleza especial, que pueden crear los particulares con fines sociales y sin ánimo de lucro". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 15 de noviembre de 2012, Radicación número: 63001-23-31-000-2008-00074-01(18584).

² El artículo 16 de la Ley 789 de 2002 adicionó otras funciones entre las que se encuentran: "1. Ejecutar actividades relacionadas con sus servicios, la protección y la seguridad social directamente, o mediante alianzas estratégicas con otras Cajas de Compensación o a través de entidades especializadas públicas o privadas, conforme las disposiciones que regulen la materia.
2. Invertir en los regímenes de salud, riesgos profesionales y pensiones, conforme las reglas y términos del Estatuto Orgánico del Sector Financiero y demás disposiciones que regulen las materias.

(...)

3. Participar, asociarse e invertir en el sistema financiero a través de bancos, cooperativas financieras, compañías de financiamiento comercial y organizaciones no gubernamentales cuya actividad principal de la respectiva institución sea la operación de microcrédito, conforme las normas del Estatuto Orgánico del Sector Financiero y demás normas especiales conforme la clase de entidad.

(...)

5. Administrar, a través de los programas que a ellas corresponda, las actividades de subsidio en dinero; recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales; cultura, museos, bibliotecas y teatros; vivienda de interés social; créditos, jardines sociales o programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años; programas de jornada escolar complementaria; educación y capacitación; atención de la tercera edad y programas de nutrición materno-infantil y, en general, los programas que estén autorizados a la expedición de la presente ley, para lo cual podrán continuar operando con el sistema de subsidio a la oferta.

6. Administrar jardines sociales de atención integral a niños y niñas de 0 a 6 años a que se refiere el numeral anterior, propiedad de entidades territoriales públicas o privadas. En la destinación de estos recursos las cajas podrán atender niños cuyas familias no estén afiliadas a la Caja respectiva. (...)"

ii) Tienen la calidad de recursos públicos⁴.

iii) Buscan proteger integralmente a la familia.

iv) Constituyen una herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del gobierno⁵.

v) Tienen la triple condición de prestación legal de carácter laboral, mecanismo de redistribución del ingreso y función pública desde la óptica de la prestación del servicio⁶.

³ "El subsidio familiar ha sido reconocido por la Corte Constitucional como una prestación derivada del derecho a la seguridad social". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de marzo de 2010, Radicación número: 11001-03-06-000-2009-00001-00(1935). "Es claro entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 3 de diciembre de 2009, Radicación número: 08001-23-31-000-2005-01032-01(0468-09). "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". Corte Constitucional. Sentencia del 8 de noviembre de 2001, C-1173/01.

⁴ "Por lo tanto, lo esencial no es que el beneficiario del subsidio familiar individualmente considerado reciba una retribución directa y proporcional al monto de su contribución, como lo plantea equívocamente el actor, sino que los recursos captados de los empleadores, dada su naturaleza pública, sean reinvertidos en beneficio de todos los trabajadores, entendidos éstos como una sola colectividad". Ibídem. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 5 de agosto de 2003, C-655/03. Frente a la naturaleza pública de las contribuciones parafiscales la jurisprudencia ha indicado: "Ahora bien, la norma acusada está referida a la gestión de las contribuciones parafiscales que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, son de naturaleza esencialmente pública, pues son fruto de la soberanía fiscal del Estado, aun cuando puedan ser administrados por entidades privadas. Además, esos recursos parafiscales pueden servir para financiar servicios o inversiones en determinados espacios, pues ellos son una contribución obligatoria para cierto sector de la sociedad, cuya finalidad es la reversión de tales recursos en ese mismo sector. Por ende, es perfectamente natural que se incluyan dentro de la ley del plan disposiciones sobre la forma como deben ser gestionados y ejecutados estos recursos parafiscales pues ellos sirven para financiar, en forma permanente, servicios e inversiones en determinados sectores sociales". Corte Constitucional. Sentencia del 8 de mayo de 1996, C-191/96.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia del 8 de noviembre de 2001, C-1173/01.

⁶ "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.

vi) El subsidio familiar no constituye salario⁷, y

vii) Pretenden aliviar las cargas económicas del trabajador⁸.

En lo que respecta a la naturaleza de los aportes que reciben las Cajas de Compensación en su calidad de administradores del subsidio familiar, la legislación colombiana y la jurisprudencia le han otorgado la calidad de recursos parafiscales. Así, el Decreto 1072 de 2015⁹, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo¹⁰, señaló en su artículo 2.2.7.5.3.2:

"Los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar están destinados a la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social y demás finalidades que prevea la ley y no podrán comprometerse para fines diferentes.

Los que provengan de los aportes obligatorios pagados por los empleadores y por las cooperativas de trabajo asociado tienen la condición de recursos parafiscales y como tales, su administración se rige por las disposiciones legales correspondientes¹¹.

Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue". Corte Constitucional. Sentencia del 9 de octubre de 1997, C-508/97.

⁷ "Los artículos 2 y 3 de la Ley 21 de 1982 señalan que el subsidio familiar no constituye salario, ni es gravable fiscalmente". Corte Constitucional. Sentencia del 24 de agosto de 2011, C-629/11.

⁸ "Tanto la Ley 21 de 1982 como la Ley 789 de 2002 regulan el alcance del subsidio familiar, así como sus beneficiarios y obligados a su prestación. En primer lugar, el artículo 1 dispone que el subsidio familiar es una (i) prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, (ii) en proporción al número de personas a cargo y (iii) su objetivo fundamental consiste en aliviar las cargas económicas del trabajador". Corte Constitucional. Sentencia del 4 de mayo de 2011, C-337/11.

⁹ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo".

¹⁰ "Ámbito de Aplicación. El presente decreto aplica a las entidades del sector Trabajo, así como a las relaciones jurídicas derivadas de los vínculos laborales, y a las personas naturaleza o jurídicas que en ellas intervienen". Artículo 2.1.1.2.

¹¹ Igualmente, el carácter parafiscal de los recursos se reconoce también del artículo 2.2.7.5.3.1: "El objeto de la presente sección es establecer el régimen de autorización para los planes, programas y proyectos de inversión en obras o servicios sociales que desarrollen las Cajas de Compensación Familiar, fijar condiciones sobre la utilización de los recursos parafiscales bajo su administración y sobre aquellos de otra naturaleza, y dictar normas para asegurar el adecuado uso de los recursos destinados por estas corporaciones a la ejecución de los servicios sociales a su cargo, con prioridad para la atención de los trabajadores afiliados beneficiarios y sus familias".

En la misma dirección se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, la cual ha indicado que los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar son resultado de la potestad tributaria del Estado. Así, se ha señalado:

"Siendo los recursos de seguridad social que manejan las Cajas de Compensación Familiar, el resultado de la potestad tributaria del Estado ejercida a través del Congreso de la República (Artículos 150-12 y 338 Superiores), es importante traer a colación, lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en cuanto a las contribuciones de carácter parafiscal:

(...)

*En este orden de ideas, resulta claro que los recursos de carácter parafiscal que administran las Cajas de Compensación Familiar son de naturaleza pública, en tanto constituyen una fuente de financiación que el Estado consagra en beneficio de un sector, aunque desde la perspectiva presupuestal no entren a engrosar las arcas del Presupuesto General de la Nación, no sean ingresos corrientes y no tengan que reflejarse para ningún propósito en dicho presupuesto"*¹².

Igualmente, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-337 de 2011 calificó los mencionados aportes como recursos parafiscales atípicos indicando:

*"En lo que respecta a la financiación del subsidio, éste ha sido clasificado por la jurisprudencia como una contribución parafiscal atípica. En efecto, al mismo tiempo que la Corte ha puesto de presente el carácter de prestación social que tiene el subsidio familiar, ha indicado también que la manera como han sido regulados los recursos que manejan las cajas de compensación familiar permite concluir que son recursos provenientes de una exacción parafiscal de naturaleza atípica. Ello significa que la administración y destinación de esos recursos debe ceñirse exclusivamente a lo determinado en la ley"*¹³.

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00073-00(1763).

¹³ Corte Constitucional. Sentencia del 4 de mayo de 2011, C-337/11. "Reitera la Corte que los recursos del subsidio familiar no son contribuciones parafiscales típicas puesto que no reúnen, en sentido estricto, el requisito del origen y destinación sectoriales, lo cual no obsta para que sean una especie de parafiscalidad, como lo ha señalado la Corte". Corte Constitucional. Sentencia del 20 de enero de 2004, C-015/04. "De otro lado, y como ya lo precisara la Corte Constitucional en éste pronunciamiento, las Cajas de Compensación Familiar se ocupan de la administración de contribuciones parafiscales, ya que según las funciones que les fueron encomendadas con los artículos 41 de la Ley 21 de 1982 y 16 de la Ley 789 de 2002, están dados los supuestos consagrados en el artículo 29 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto), para asignarle ese carácter, ya que la exacción fiscal opera frente a un determinado grupo social, quien desde luego recibe, en dinero o en especie, los beneficios de lo recaudado". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 27 de marzo de 2009, Radicación número: 47001-23-31-000-2007-00523-01. Por su parte la doctrina ha indicado: "El sistema de subsidio familiar se financia con un régimen de aportes de naturaleza parafiscal".

Lo anterior, ha permitido concluir a la jurisprudencia nacional que los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar corresponden a un asunto de naturaleza tributaria¹⁴.

b. Las acciones de cobro

El ordenamiento jurídico colombiano reconoce la posibilidad de reclamar a través de la vía judicial el pago de los aportes derivados del subsidio familiar. Así, el artículo 113 de la Ley 6ª de 1992 reconoció a las Cajas de Compensación Familiar la competencia para adelantar los procesos de cobro de los aportes que deben realizarse a ellas. Así, estableció la norma:

“Los procesos de fiscalización y cobro sobre el cumplimiento correcto y oportuno de los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, al Instituto de Seguros Sociales, ISS, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, deberán ser adelantados por cada una de estas entidades”.

Igualmente, el artículo 2.2.7.2.5.6 del Decreto 1072 de 2015 dispuso:

“Trámite judicial para el cumplimiento de las obligaciones. Las cajas de compensación, el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), la Escuela Superior de Administración Pública y los trabajadores beneficiarios del empleador desafiado por mora en el pago de sus aportes, podrán exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación”.

Gerardo Arenas Monsalve, El Derecho colombiano de la seguridad social, Legis Editores S.A., tercera edición, 2011, p. 751.

¹⁴ “La Corte ha indicado que la Constitución no es unívoca en la designación de los asuntos que forman parte de la materia tributaria, y ha sentado ciertos parámetros generales para la interpretación de las normas pertinentes. Ha dicho que los “asuntos relativos a los tributos” a los que se refiere el artículo 154 de la Carta, cobijan, no sólo los impuestos, sino cualquier ejercicio del poder impositivo estatal tendente a establecer cargas económicas sobre los ciudadanos... Teniendo en cuenta este criterio, la Corte ha encontrado como perteneciente a la materia tributaria, por ejemplo, lo siguiente: Los impuestos, las tasas, las sobretasas, la materia aduanera, las contribuciones parafiscales, la inversión forzosa en títulos emitidos por el gobierno, y el sobre costo en los servicios públicos domiciliarios”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de julio de 2001, C-708/01. “De acuerdo con lo anterior esta Corporación establece que la materia objeto de conciliación entre las entidades antes señaladas hace referencia a un asunto de naturaleza tributaria como son las contribuciones parafiscales, lo cual de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 70 de la Ley 446 de 1998 antes transcrito, no puede ser sometido a conciliación. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 19 de julio de 2006, Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02054-01(16014). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 2 de agosto de 2012, Radicación número: 25000-23-27-000-2011-00082-01(19147). Corte Constitucional. Sentencia del 4 de septiembre de 2013, C-615/13.

Asimismo, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, cuenta también con facultades de cobro respecto al pago de las contribuciones parafiscales de la protección social, entre las cuales se encuentran los aportes que reciben las Cajas de Compensación¹⁵. Lo anterior, en atención a lo dispuesto por las leyes 1151 de 2007 y 1607 de 2012. Así, respecto a la primera norma, el artículo 156 determina:

“Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo:

(...)

ii) Las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social. Para este efecto, la UGPP recibirá los hallazgos que le deberán enviar las entidades que administran sistemas de información de contribuciones parafiscales de la Protección Social y podrá solicitar de los empleadores, afiliados, beneficiarios y demás actores administradores de estos recursos parafiscales, la información que estime conveniente para establecer la ocurrencia de los hechos generadores de las obligaciones definidas por la ley, respecto de tales recursos. Esta misma función tendrán las administraciones públicas. Igualmente, la UGPP podrá ejercer funciones de cobro coactivo en armonía con las demás entidades administradoras de estos recursos.

(...)

En lo previsto en este artículo, los procedimientos de liquidación oficial se ajustarán a lo establecido en el Estatuto Tributario, Libro V, Títulos I, IV, V y VI. Igualmente, adelantará el cobro coactivo de acuerdo con lo previsto en la Ley 1066 de 2006.”

Por su parte, el artículo 178 de la Ley 1607 de 2012 estableció las reglas atinentes a la competencia de la UGPP para el cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social, sin que en todo caso las administradoras del Sistema de Protección Social perdieran la potestad de seguir adelantando las acciones de cobro de la mora de los afiliados. En esta dirección la señalada disposición indicó:

“La UGPP será la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, respecto de los

¹⁵ “1. Contribuciones Parafiscales del Sistema de la Protección Social: Se refieren a los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social Integral conformado por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, y a los establecidos con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y al Régimen de Subsidio Familiar”. Decreto 3033 de 2013, artículo 1°.

omisos e inexactos, sin que se requieran actuaciones persuasivas previas por parte de las administradoras.

Parágrafo 1°. Las administradoras del Sistema de la Protección Social continuarán adelantando las acciones de cobro de la mora registrada de sus afiliados, para tal efecto las administradoras estarán obligadas a aplicar los estándares de procesos que fije la UGPP. La UGPP conserva la facultad de adelantar el cobro sobre aquellos casos que considere conveniente adelantarlos directamente y de forma preferente, sin que esto implique que las administradoras se eximan de las responsabilidades fijadas legalmente por la omisión en el cobro de los aportes.

Parágrafo 2°. La UGPP podrá iniciar las acciones sancionatorias y de determinación de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, con la notificación del Requerimiento de Información o del pliego de cargos, dentro de los cinco (5) años siguientes contados a partir de la fecha en que el aportante debió declarar y no declaró, declaró por valores inferiores a los legalmente establecidos o se configuró el hecho sancionable. En los casos en que se presente la declaración de manera extemporánea o se corrija la declaración inicialmente presentada, el término de caducidad se contará desde el momento de la presentación de la declaración extemporánea o corregida¹⁶.

Igualmente, en relación al cobro de los aportes parafiscales la Superintendencia del Subsidio Familiar y la UGPP prohirieron la Circular Conjunta del 23 de abril de 2015, la cual fijó las instrucciones para el ejercicio de la facultad de verificación y

¹⁶ "Control a la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social por parte de la UGPP. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) efectuará las labores de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social, en los casos de omisión, inexactitud y mora por acción preferente.

Cuando la UGPP adelante un proceso de determinación de obligaciones parafiscales y detecte omisión, inexactitud y mora en el pago de los aportes al Sistema de la Protección Social, la Unidad asumirá la gestión integral de determinación y cobro de los valores adeudados al sistema". Decreto 3033 de 2013, artículo 2°. Por omisión, inexactitud y mora el artículo 1° del Decreto 3033 de 2013 señala: "3. Omisión en la afiliación: Es el incumplimiento de la obligación de afiliar o afiliarse a alguno o algunos de los subsistemas que integran el Sistema de la Protección Social y como consecuencia de ello, no haber declarado ni pagado las respectivas contribuciones parafiscales, cuando surja la obligación conforme con las disposiciones legales vigentes.

4. Omisión en la vinculación: Es el no reporte de la novedad de ingreso a una administradora del Sistema de la Protección Social cuando surja la obligación conforme con las disposiciones legales vigentes y como consecuencia de ello no se efectúa el pago de los aportes a su cargo a alguno o algunos de los subsistemas que integran el Sistema de la Protección Social.

5. Inexactitud: Es cuando se presenta un menor valor declarado y pagado en la autoliquidación de aportes frente a los aportes que efectivamente el aportante estaba obligado a declarar y pagar, según lo ordenado por la ley.

6. Mora: Es el incumplimiento que se genera cuando existiendo afiliación no se genera la autoliquidación acompañada del respectivo pago de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social en los plazos establecidos en las disposiciones legales vigentes".

cobro de las contribuciones parafiscales con destino al subsistema de subsidio familiar. Allí se reafirmó la competencia de la UGPP para adelantar acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social en el caso de omisos e inexactos y la facultad de las Cajas de Compensación Familiar para proceder con las acciones de cobro de los aportes parafiscales con destino al subsidio familiar en caso de mora, prerrogativa que debe adelantarse siguiendo los estándares de cobro determinados en la Resolución Número 444¹⁷ del 28 de junio de 2013¹⁸.

Respecto al cobro de los aportes parafiscales por parte de las Cajas de Compensación, encuentra la Sala que no existe norma especial o particular que establezca un término de prescripción para adelantar el cobro de los referidos aportes. Sin embargo, lo anterior no significa que este no exista, pues tal como lo ha reconocido la jurisprudencia “no hay derecho sin acción, ni acción sin prescripción o caducidad”¹⁹.

De esta suerte, es necesario determinar cuál sería el término de prescripción. Para responder a este interrogante, vale la pena empezar destacar como antecedente histórico el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, el cual indicaba que las normas relativas al cobro incorporadas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario, eran las disposiciones aplicables en lo referente a la administración y control de las contribuciones y aportes establecidas en la Ley 21 de 1982²⁰. Frente a esta norma la Sección Cuarta del Consejo de Estado tuvo la oportunidad de señalar:

¹⁷ “Por la cual se establecen los estándares de cobro que deben implementar las Administradoras del Sistema de la Protección Social”.

¹⁸ “Por lo anterior la competencia para la VERIFICACIÓN Y COBRO DE LA MORA permanece en cabeza de las Cajas de Compensación Familiar, las cuales deberán atender a los estándares de cobro implementados por la Unidad en la Resolución número 444 de 2013 o las normas que la adicionen, modifiquen o sustituyan, aun cuando el Consejo Directivo haya expulsado al empleador moroso, toda vez que la expulsión del aportante por parte de la Caja de Compensación, no la exime de continuar con el cobro de los aportes adeudados”. Circular Conjunta del 23 de abril de 2015 expedida por la Superintendencia del Subsidio Familiar y UGPP.

¹⁹ “Desde esta perspectiva, teniendo presente el principio según el cual “no hay derecho sin acción, ni acción sin prescripción”, razones de orden público y de seguridad jurídica exigen que estas obligaciones tengan un plazo extintivo o liberatorio. Y así como es facultativo del Legislador señalar los requisitos para la creación de obligaciones, también es potestativo de éste fijar las reglas de extinción de las mismas”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 22 de agosto de 2013, Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00632-01(0349-12). Corte Constitucional, Corte Constitucional. Sentencia del 2 de diciembre de 2009, C-895 de 2009. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 5 de agosto de 1999, Radicación número: AC-7878.

²⁰ “Remisión de normas de administración y control. Las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la

*"En consecuencia, contrario a lo que considera el demandante, estos aportes a la Seguridad Social sí son contribuciones parafiscales, por lo que para su cobro se debe aplicar el Estatuto Tributario, conforme al artículo 54 de la Ley 383 de 1997, según el cual, "las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el libro quinto del estatuto tributario nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993". Como dentro de estas contribuciones se cuentan aquellas en favor del ISS, debe acudirse a las normas que regulan el procedimiento tributario y no a las normas laborales, como lo pretende el actor"*²¹.

El referido artículo 54 fue modificado (artículos 91 de la Ley 488 de 1998²² y 99 de la Ley 633 de 2000²³) y ahora dispone:

"El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje, las Cajas de Compensación Familiar, el Instituto de Seguros Sociales, la Escuela Superior de Administración Pública, la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia Bancaria y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tendrán amplias facultades de fiscalización y control frente a las contribuciones y aportes inherentes a la nómina que les correspondan respectivamente, de acuerdo con sus actuales competencias y conforme con aquellas normas del Libro V del Estatuto Tributario Nacional que sean compatibles con el ejercicio de sus funciones".

Como puede observarse, esta disposición ya no hace referencia al "cobro" de los aportes, sino que se limita a permitir la aplicación del Libro V del Estatuto

nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las Leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993".

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 26 de marzo de 2009, Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00422-01.

²² "El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje, las Cajas de Compensación Familiar, el Instituto de Seguros Sociales, la Escuela Superior de Administración Pública, la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia Bancaria y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tendrán amplias facultades de fiscalización y control frente a las contribuciones y aportes inherentes a la nómina que les correspondan respectivamente, de acuerdo con sus actuales competencias y conforme con aquellas normas del Libro V del Estatuto Tributario Nacional que sean compatibles con el ejercicio de sus funciones.

El Gobierno Nacional, al reglamentar la presente disposición, deberá armonizar las normas del Libro V del Estatuto Tributario Nacional con las particulares características que tienen los distintos subsistemas que integran el Sistema de Seguridad Social Integral; la naturaleza que tienen las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, y la índole y capacidad operativa que tienen las entidades que los administran. Con base en estas consideraciones, el Gobierno Nacional establecerá el marco de las competencias para ejercer las funciones en materia de control al cumplimiento de las obligaciones que la Ley establece en materia de aportes parafiscales. (...)"

²³ Este artículo fue declarado parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-992/01.

Tributario para el ejercicio de facultades de fiscalización²⁴ y control²⁵, conceptos dentro de los cuales a juicio de la Sala, no se encuentra incorporada la facultad de cobro.

Bajo este contexto, ante la falta de norma expresa que establezca el término de prescripción, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 817 del Estatuto Tributario, pues tal como ya se ha señalado, los recursos parafiscales corresponden a asuntos de naturaleza tributaria. En consecuencia, el término de prescripción para el ejercicio de las acciones de cobro adelantadas dentro del marco de procesos judiciales es de cinco años²⁶.

²⁴ Dentro del concepto de fiscalización no se incluye el cobro, pues estos pueden entenderse como conceptos diferentes. Así por ejemplo, el artículo 113 de la Ley 6ª de 1992 distingue respecto a las competencias de la Caja de Compensación Familiar entre fiscalización y cobro: "Los procesos de fiscalización y cobro sobre el cumplimiento correcto y oportuno de los aportes...a las Cajas de Compensación Familiar, deberán ser adelantados por cada una de estas entidades".

²⁵ El cobro no se encuentra incorporado dentro del concepto de control a la luz del propio artículo 99 de la Ley 633 de 2000, que dispone: "En todo caso, en ejercicio de las tareas de control, las entidades administradoras podrán verificar la exactitud y consistencia de la información contenida en las declaraciones de autoliquidación de aportes al Sistema que hayan recibido; solicitar de los aportantes, afiliados o beneficiarios la información que estimen conveniente para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones para con el Sistema, al igual que solicitar de aquéllos y éstos las explicaciones sobre las inconsistencias en la información relativa a sus aportes a los distintos riesgos que haya sido detectada a través del Registro Unico de Aportantes a que alude el inciso final del presente artículo. En ningún caso las entidades administradoras podrán modificar unilateralmente tales declaraciones, salvo que se trate de simples errores aritméticos o del período de cotización en salud.

Agotada la etapa persuasiva de control a que alude el inciso anterior sin que el aportante acepte corregir la situación anómala detectada por la administradora, ésta deberá dar traslado de las actuaciones surtidas a la entidad que resulte competente para conocer de las mismas, según el riesgo de que se trate. En el caso del Sistema de Seguridad Social en Salud, dicha competencia recaerá en la Superintendencia Nacional de Salud. En los casos que correspondan al Sistema de Seguridad Social en Pensiones o Riesgos Profesionales, será competente el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

²⁶ Es importante anotar que incluso, el término de prescripción de 5 años aplicaría también si se acudiera directamente al Código Civil, como lo fundamentó en una ocasión la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 22 de agosto de 2013: "Hoy día en este procedimiento no hay termino habilitado para iniciar dicha acción de cobro, quedando el tema de la caducidad regulado en el art 817 de E.T., norma que refiere en particular al término de prescripción de la acción de cobro de las obligaciones fiscales, mas no al de las obligaciones parafiscales.

Es decir, que el Estatuto Tributario a más de señalar la caducidad de la acción bajo la nominación de prescripción, por inactividad del titular en término perentorio de cinco años respecto del cobro de deudas fiscales, no hace alusión respecto de las obligaciones cuyo contenido es un recurso parafiscal. Para estos, se concluye que el proceso de cobro puede ser iniciado dentro del término general de prescripción señalado en el Código Civil y la modificación introducida por la Ley 791 de 2002 que es de cinco años contados a partir de que la obligación se ha hecho exigible". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 22 de agosto de 2013, Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00632-01(0349-12).

Asimismo, este será el término por aplicar en el caso de acciones de cobro bajo el procedimiento de cobro coactivo, al cual puede acudir la UGPP por expreso mandato de los artículos 156 de la Ley 1151 de 2007²⁷ y 5° de la Ley 1066 de 2006. Esta última disposición señala:

“Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario”.

En consecuencia, si en virtud de la Ley 1066 de 2006 debe acudirse al Estatuto Tributario, el término de prescripción de la acción de cobro de recursos parafiscales, cuando esta es adelantada bajo el procedimiento de cobro coactivo, es el dispuesto por el artículo 817 del Estatuto, es decir, de 5 años.

Este término, tanto en el procedimiento judicial como en el de cobro coactivo, debe contarse atendiendo los criterios señalados en el referido artículo 817 que resulten aplicables al caso. En esta dirección, la norma dispone:

“La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:

- 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.*
- 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.*
- 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.*
- 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión”.*

De esta suerte, según corresponda, el término de prescripción de 5 años inicia a partir de: i) la fecha de vencimiento del término en que el aportante debió declarar (autoliquidar) en el caso de declaraciones que sean presentadas oportunamente, ii) la fecha de presentación de la declaración (autoliquidación) cuando se ha hecho una presentación extemporánea, iii) la fecha de presentación de la declaración de

²⁷ “Igualmente, adelantará el cobro coactivo de acuerdo con lo previsto en la Ley 1066 de 2006”. Ley 1151 de 2007, artículo 156.

corrección, y iv) la fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

c. Recursos pagados a las Cajas de Compensación por empresas no afiliadas

La Resolución 537 de 2009, por el cual se unifica el Plan Único de Cuentas para el Sistema de Subsidio Familiar en Colombia", define los conceptos de ingresos operacionales y no operacionales de las Cajas de Compensación. Así, por los primeros entiende:

"[L]os valores recibidos y/o causados como resultado de las actividades desarrolladas en cumplimiento de su objeto social mediante la entrega de bienes y servicios y de las actividades conexas y complementarias".

Asimismo, la Resolución incluye dentro de los ingresos operacionales los aportes recibidos por las empresas afiliadas, al señalar que en la cuenta 4105 se:

"Registra el valor de los aportes recibidos de las empresas afiliadas, de independientes, pensionados para proveer el pago del subsidio familiar en dinero, especie y servicios de conformidad con normas legales vigentes".

Frente a los ingresos no operacionales la mencionada Resolución los describe como:

"[L]os ingresos provenientes de transacciones diferentes a los del objeto social o giro normal de los negocios de la Corporación e incluye entre otros, los conceptos relacionados con operaciones de carácter financiero en moneda nacional o extranjera, arrendamientos, servicios, honorarios, utilidad en venta de propiedades, planta y equipo e inversiones, dividendos y participaciones, indemnizaciones, recuperaciones de deducciones e ingresos de ejercicios anteriores"²⁸.

Sin embargo, para el Consejo Técnico de la Contaduría Pública bajo la vigencia de las nuevas normas de información financiera adoptadas en virtud de lo dispuesto por la Ley 1314 de 2009 y los Decretos 2784 de 2012 (modificado por el Decreto 3024 de 2013) y 3022 de 2013, ya no es posible que las Cajas de Compensación Familiar califiquen como ingresos los aportes recibidos por concepto de subsidio familiar. Así ha señalado:

²⁸ Entre los ingresos no operacionales se encuentra el financiero (4210), el cual "Registra el valor de los ingresos obtenidos por concepto de rendimientos financieros y otros recibidos por actividades diferentes a las de su objeto social".

“Complementario con lo anterior, se hace preciso resaltar que según el literal a) del párrafo 4.25 del Marco Conceptual: “Ingresos son los incrementos en los beneficios económicos, producidos a lo largo del periodo contable, en forma de entradas o incrementos de valor de los activos, o bien como decrementos de los pasivos, quedan como resultado aumentos del patrimonio y no están relacionados con las aportaciones de los propietarios a este patrimonio”

De forma similar, se define el término pasivo en el literal b) del párrafo 4.4. del mismo Marco, en los siguientes términos: “Un pasivo es una obligación presente de la entidad, surgida a raíz de sucesos pasados, al vencimiento de la cual, y para cancelarla, la entidad espera desprenderse de recursos que incorporan beneficios económicos”.

Teniendo en consideración lo indicado en los párrafos predecesores, las Cajas de Compensación familiar, deberán registrar como ingreso tan sólo aquellos rubros que aumentan su patrimonio, por ejemplo, “los gastos de administración y funcionamiento que corresponden al 8% del valor recaudado, de los aportes parafiscales”, así como la remuneración que reciben por concepto de administración de fondos (como el FOVIS). Por su parte, los dineros que se reciben con cargo al fondo, que en esencia corresponden a los fondos y no a las Cajas de Compensación, deben registrarse como un pasivo. Esto es, solo es ingreso el monto cobrado por intermediación, el remanente cumple con la definición de pasivo.

En relación con los recursos recibidos (la contrapartida), se tendrán también dos tratamientos: Corresponderán a activos de las Cajas de Compensación, tanto el 8% como el monto adicional por concepto de administración de fondos. En relación con el valor correspondiente a los pasivos, corresponderán a activos que tienen pasivos correlacionados y para efectos de presentación, deberán ser reflejados en los estados financieros por el neto, de tal manera que refleje la realidad de la Caja de Compensación (NIC 32 Párrafo 42 y siguientes), revelando adicionalmente una nota a los estados financieros que el dinero recibido no puede ser utilizado para destinaciones diferentes de las asignadas (NIIF Párrafo 13B)²⁹.

Igualmente, de forma más reciente indicó:

“Desde el punto de vista técnico una entidad no puede reconocer como ingresos los recursos recibidos de terceros, ya que ellos no generan un incremento patrimonial

²⁹ Consejo Técnico de la Contaduría Pública, Concepto 2013-236. Igualmente, en otra oportunidad el Consejo Técnico señaló: “Tal como se mencionó en el numeral anterior, La (sic) Cajas recaudan unos recursos que de acuerdo con la Ley tienen una destinación específica, sólo por citar un ejemplo: los recursos recibidos por concepto de Subsidio Familiar, las Cajas los recaudan y tiene la obligación de entregarlos a sus beneficiarios en algún momento del tiempo, son dineros que no son de las Cajas, son de los trabajadores y por cuya gestión recibe una retribución (8% de los aportes), por lo que no encontramos sustento para afirmar que son ingresos de las Cajas y que por consiguiente deben registrarlos como tal y concomitantemente contabilizarlos como un egreso”. Consejo Técnico de la Contaduría Pública, Concepto 2015-449.

*salvo que exista evidencia objetiva de que estos recursos fueron transferidos en compensación por los servicios prestados*³⁰.

Una de las preguntas elevadas por el Ministerio consultante se refiere al término que deben esperar las Cajas de Compensación Familiar para que los aportes realizados por empresas no afiliadas y que no han sido reclamados "se constituyan para la Corporación y sean registrados contablemente como un ingreso no operacional"³¹.

Ahora bien, respecto al interrogante planteado a la Sala, debe señalarse que las Cajas no pueden integrar los referidos aportes a su patrimonio particular o propio como un ingreso no operacional, pues estos no pertenecen a las Cajas, toda vez

³⁰ Consejo Técnico de la Contaduría Pública, Concepto 2015-619.

³¹ Frente a la inclusión de recursos pagados por personas no identificadas o no afiliadas a las Cajas de Compensación, la Contraloría General de la República indicó lo siguiente: "Igualmente, se evidenció que el registro contable de intereses moratorios del pago del aporte parafiscales, los rendimientos financieros de las cuentas donde se recauda dicho recurso, y los generados por las inversiones temporales, al igual que los saldos prescritos de los subsidios no cobrados y de los aportes no identificados o no afiliados a las Cajas, se registran en la cuenta 4210 Ingresos no operacionales, tratamiento que no se ajusta a la normatividad ya que la dinámica de la cuenta dice: "Registra el valor de los ingresos obtenidos por concepto de rendimientos financieros y otros recibidos por actividades diferentes a las de su objeto social", y, estos conceptos se derivan directamente del cumplimiento de su objeto que es, la administración del recurso parafiscal.

(...)

En la respuesta a las observaciones remitidas por este ente de control, las CCF Comfenalco Cartagena, Comfenalco Tolima y Comfamiliar Antioquia, informan que han incorporado en la cuenta Ingresos No Operacionales los no identificados o no afiliados y prescritos desde la vigencia 2006 a 2014: en la suma de de \$2.989 millones, como se muestra en el siguiente cuadro; mientras que otras CCF manifiestan que también han incorporado estos recursos: a Ingresos No Operacionales pero no reportaron los valores, así:

(...)

Como se pudo evidenciar por la CGR, las 43 CCF no implementan mecanismos efectivos para que estos recursos cumplan la función social otorgada en la Ley y se incorporen al Sistema de Protección Social, teniendo en cuenta que éstos son recursos parafiscales entregados, en administración.

Aquellas CCF que están incorporando estos recursos como "Ingresos No Operacionales", desconocen el principio de derecho según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

(...)

Los recursos transferidos como Ingresos: No Operacionales caso de: los intereses de mora de aportes; rendimientos financieros del 4% e inversiones temporales; así como los recursos que han sido trasladados producto de los no afiliados y subsidios no cobrados, (Ver anexos) que son recursos propiamente parafiscales, se han constituido en remanentes de libre disposición del Consejo Directivo de las Cajas de Compensación Familiar, y en algunos casos han entrado a cubrir o disminuir los déficits que han presentado algunas CCF (...). Informe actuación especial de fiscalización para la evaluación al proceso de recaudo de los recursos parafiscales en la vigencia 2012 correspondientes al ICBF, SENA, ESAP, MEN y Cajas de Compensación Familiar, así como el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control y seguimiento a estos recursos, de mayo de 2014.

que ellas son simplemente las administradoras de los recursos. Así ha señalado esta Corporación:

*"[M]al se podría siquiera presumir un aprovechamiento económico en beneficio de las Cajas de los bienes o el dinero que pertenecen a la Seguridad Social, por el simple hecho de que dichos activos, como lo afirman los mismos demandantes, no son propiedad privada de estas empresas, sino que constituyen el patrimonio social del sector trabajo y que dichas Cajas solamente lo administran"*³².

Adicionalmente, los aportes que reciben las Cajas de Compensación Familiar constituyen recursos de naturaleza pública³³ que deben invertirse necesariamente en las finalidades dispuestas por la ley³⁴. Así, el artículo 1º de la Ley 789 de 2002

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 28 de julio de 2011, Radicación número: 110010327000200900007-00 (17541). Igualmente, la Corte Constitucional ha indicado: "Adicionalmente, se debe reparar en que la opción que ahora se prefiere corresponde a la prolijada en la jurisprudencia de esta Corporación que, de manera reiterada, ha señalado que los recursos parafiscales manejados por las Cajas de Compensación Familiar "no pertenecen a ellas sino que corresponden a un interés legítimo de los trabajadores", de donde surge "la posición jurisprudencial que en aplicación del artículo 48 de la Constitución Política propugna por negar la posibilidad de gravar los recursos parafiscales de la seguridad social" que, a juicio de la Corte, "es plenamente aplicable para el caso de los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar". Corte Constitucional. Sentencia del 30 de octubre de 2012, C-890/12.

³³ "En este orden de ideas, resulta claro que los recursos de carácter parafiscal que administran las Cajas de Compensación Familiar son de naturaleza pública, en tanto constituyen una fuente de financiación que el Estado consagra en beneficio de un sector, aunque desde la perspectiva presupuestal no entren a engrosar las arcas del Presupuesto General de la Nación, no sean ingresos corrientes y no tengan que reflejarse para ningún propósito en dicho presupuesto". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00073-00(1763).

³⁴ "Entonces, debe resaltarse que los recursos del sistema de seguridad social son recursos parafiscales que no pueden ser utilizados para propósitos diferentes al previsto en el sistema integral de seguridad social". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de agosto de 2003, C-655/03. "En el caso del subsidio familiar, de la manera como han sido regulados los recursos manejados por las Cajas de Compensación Familiar, la Corte ha concluido que se trata de recursos "provenientes de una exacción parafiscal", lo cual significa que "la administración y destinación de esos recursos debe ceñirse exclusivamente a lo determinado en la ley". Corte Constitucional. Sentencia del 30 de octubre de 2012, C-890/12. "Las cotizaciones de los empleadores son aportes de orden parafiscal, que no impuestos ni contraprestación salarial. Las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley." Corte Constitucional. Sentencia del 9 de octubre de 1997, C-508/97. "También el carácter parafiscal del subsidio familiar, es decir, de los recursos que administran las Cajas de Compensación familiar, ha sido analizado in extenso por esta Corporación en distintos pronunciamientos, en los que se ha insistido, además, que los mismos tienen una destinación especial de orden constitucional que impide utilizarlos por fuera de los fines reconocidos en la ley que los crea". Corte Constitucional. Sentencia del 10 de abril de 1997, C-183/97.

dispone que el sistema de protección social está dirigido a reducir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, en especial de aquellos que se encuentran más desprotegidos³⁵. En esta dirección, por expreso mandato legal los dineros administrados por las Cajas de Compensación Familiar están destinados a la atención de prestaciones y servicios de la seguridad social³⁶.

Por lo tanto, al no ser posible que las Cajas de Compensación incorporen para ellas dichos aportes como un ingreso no operacional, fuerza concluir que no existe término legal que permita esa actuación.

De otra parte es importante anotar que los aportes realizados por empresas no afiliadas, pueden ser reclamados por estas hasta cinco años después contados a partir de la fecha de su pago, de conformidad con los artículos 850 del Estatuto Tributario y 11 y 16 del Decreto 2277 de 2012, los cuales resultan aplicables por tratarse de recursos parafiscales cuya naturaleza es tributaria de acuerdo con lo indicado por la jurisprudencia. Así, la primera de las disposiciones señala:

"Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor".

Por su parte, el señalado artículo 11 indica:

³⁵ "El sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo".

³⁶ "Los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar están destinados a la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social y demás finalidades que prevea la ley y no podrán comprometerse para fines diferentes". Decreto 1072 de 2015, artículo 2.2.7.5.3.2. Igualmente, el artículo 2.2.7.5.3.7 del Decreto 1072 de 2015 al referirse al uso que debe darse a los aportes administrados por las Cajas de Compensación luego de que se hayan realizado las destinaciones señaladas por la ley y se haya cancelado la cuota monetaria del subsidio familiar, indica: "Los recursos que provengan de los aportes parafiscales administrados por las Cajas de Compensación Familiar y que quedaren como saldo luego de aplicar las destinaciones específicas de ley y el pago de la cuota monetaria del subsidio familiar, serán administrados por aquellas para la ejecución de obras o servicios sociales con destino a los trabajadores afiliados beneficiarios y no beneficiarios y a sus familias, de preferencia para atender las necesidades de los trabajadores afiliados beneficiarios y de conformidad con el límite máximo anual de inversiones".

"Las solicitudes devolución y/o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil.

Para el trámite de estas solicitudes, en los aspectos no regulados especialmente, se aplicará el mismo procedimiento establecido para la devolución de los saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias. En todo caso, el término para resolver la solicitud, será el establecido en el artículo 855 del Estatuto Tributario".

Finalmente, el artículo 16 establece:

"Término para solicitar y efectuar la devolución por pagos de lo no debido. Habrá lugar a la devolución y/o compensación de los pagos efectuados a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento, para lo cual deberá presentarse solicitud ante la Dirección Seccional de Impuestos o de Impuestos y Aduanas donde se efectuó el pago, dentro del término establecido en el artículo 11 del presente decreto".

De esta suerte, aplicando las normas anteriores se desprende que los aportes indebidamente pagados se encuentran sujetos a un término de prescripción de 5 años, periodo de tiempo que una vez transcurrido, extingue la posibilidad de reclamar judicialmente la devolución correspondiente. De donde se sigue, que transcurrido el plazo indicado, los recursos reservados o apropiados para ser devueltos, deben destinarse a la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social y demás finalidades que prevea la ley.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si los recursos pagados estaban dirigidos a atender las prestaciones y servicios de la seguridad social en favor del sector de los trabajadores³⁷, lo cual se infiere del hecho de que se hayan entregado a la

³⁷ "Entonces, debe resaltarse que los recursos del sistema de seguridad social son recursos parafiscales que no pueden ser utilizados para propósitos diferentes al previsto en el sistema integral de seguridad social. (...) También el carácter parafiscal del subsidio familiar, es decir, de los recursos que administran las Cajas de Compensación familiar, ha sido analizado in extenso por esta Corporación en distintos pronunciamientos, en los que se ha insistido, además, que los mismos tienen una destinación especial de orden constitucional que impide utilizarlos por fuera de los fines reconocidos en la ley que los crea. (...) Los recursos que administran las cajas de compensación familiar no pertenecen a ellas sino que corresponden a un interés legítimo de los trabajadores (Cfr. Sentencia C-575 del 29 de octubre de 1992. M.P. : Dr. Alejandro Martínez Caballero), lo cual implica que es éste último sector -el del trabajo- el sujeto pasivo de la contribución y, a la vez, el sector beneficiario del producto de la misma, en cuanto son los trabajadores los favorecidos por el régimen de subsidios en salud, bien que los dineros correspondientes se administren directamente por las mismas cajas - como lo autoriza la norma, bajo la modalidad de cuentas independientes de las que corresponden al resto de sus rentas y bienes -, ya sea que se manejen dentro de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y

Caja de Compensación en su calidad de administradora del subsidio familiar, es razonable concluir que estos deben mantener dicha finalidad y en consecuencia no pueden utilizarse con propósitos distintos³⁸ o para la atención de los requerimientos generales del Estado³⁹. En otras palabras, si estos dineros estaban destinados a beneficiar al sector de los trabajadores, deben ser estos los llamados a seguir disfrutando de dichos recursos luego de que haya prescrito la oportunidad de demandar su devolución vía judicial.

La Sala RESPONDE:

1. ¿Respecto a los aportes parafiscales adeudados por las empresas y con destino a las Cajas de Compensación Familiar, se puede señalar la existencia de un término de prescripción para ejercer las acciones de cobro?

El término de prescripción de la acción de cobro de recursos parafiscales adelantado bajo un procedimiento judicial o bajo la figura de cobro coactivo, es el dispuesto por el artículo 817 del Estatuto Tributario, es decir 5 años, los cuales deben contarse según corresponda desde: i) la fecha de vencimiento del término en que el aportante debió declarar (autoliquidar) en el caso de declaraciones que sean presentadas oportunamente, ii) la fecha de presentación de la declaración (autoliquidación) cuando se ha hecho una presentación extemporánea, iii) la fecha de presentación de la declaración de corrección, y iv) la fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

2. Teniendo en cuenta que nuestra legislación no establece término alguno, y de ser afirmativa la respuesta anterior ¿Qué clase de prescripción se aplica para ejercer las acciones de cobro respecto de estos aportes?, el de tres años propios de la prescripción laboral por ser una prestación social o el de cinco años del estatuto tributario?

Garantía creado por la Ley 100 de 1993". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de agosto de 2003, C-655/03.

³⁸ "En efecto, no todos los recursos públicos pertenecen al Estado y, en el caso de los de origen parafiscal -que son públicos mas no ingresan al fisco- tampoco son de libre asignación o disposición por las autoridades. Por su naturaleza y funciones, tales rentas están afectadas a una finalidad, que es la que, según la ley correspondiente, les dio origen, y que justifica su recaudo." Corte Constitucional. Sentencia del 10 de abril de 1997, C-183/97.

³⁹ "Esa pretensión de autonomía, se expresa, como se ha señalado, en el hecho de que los recursos parafiscales, no obstante su carácter de recursos públicos, no entran a formar parte del Presupuesto General de la Nación. Ello implica, por un lado, que se diferencian de los ingresos corrientes de la Nación, en cuanto que están afectos a la finalidad prevista en la ley de su creación, y no pueden destinarse a la atención de los requerimientos generales del Estado, y por otro, que su manejo se realiza de manera autónoma, al margen, en general, de las disposiciones que gobiernan la administración de los recursos que sí hacen parte del presupuesto". Corte Constitucional. Sentencia del 23 de noviembre de 2004, C-1170/04.

Tal como se señaló en la respuesta anterior, el término de prescripción de las acciones de cobro de los aportes será de 5 años en procesos judiciales tanto como en los de cobro coactivo, periodo de tiempo que resulta de la aplicación del artículo 817 del Estatuto Tributario.

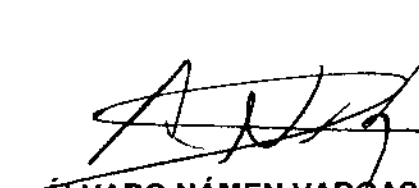
3. *¿Qué término deben esperar las Cajas de Compensación Familiar para que los aportes de las empresas que no se encuentran afiliadas y no han hecho reclamación de éstos recursos, se constituyan para la Corporación y sean registrados contablemente como un ingreso no operacional?*

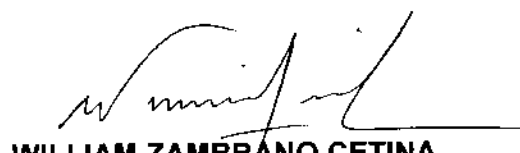
Las Cajas de Compensación Familiar no pueden integrar a su patrimonio particular o propio como un ingreso no operacional los aportes realizados por empresas no afiliadas y que no han sido reclamados, de los cuales las Cajas son meras administradoras, pues estos son recursos del sistema de subsidio familiar, de naturaleza pública, que deben invertirse necesariamente en las finalidades dispuestas por la ley.

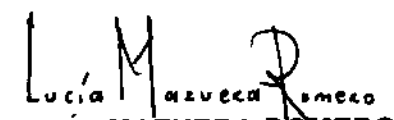
Por lo tanto, fuerza concluir que no existe término legal que permita la apropiación de la naturaleza planteada en la pregunta.

Remítase al Ministerio de Trabajo y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.


GERMÁN BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala


ÁLVARO NÁMEN VARGAS
Consejero de Estado


WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado


LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

22 JUN. 2016

*Levantada la nueva legal mediante
auto de fecha 22 de Junio de 2016.*