

ANCCF – No.

Bogotá D.C.,

Doctora
Jennifer Kristin Arias Falla
Presidenta
Cámara de Representantes

Asunto: Observaciones al proyecto de ley 543 de 2021 Cámara “Por medio del cual se establecen incentivos económicos para fortalecer el acceso y las oportunidades en empleo y formación para la población pospenada- Ley Johana Bahamón.”

Señora Presidenta:

La Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar – **ASOCAJAS**, con el acostumbrado respeto, se permite presentar las observaciones al proyecto sustentados en la estructura y funcionamiento del Sistema del Subsidio Familiar.

1. El proyecto de ley

Celebramos que el proyecto de ley busca la creación de mayores oportunidades para la población pospenada, en la búsqueda de lograr la inserción laboral como parte de la resocialización de estos colombianos y colombiana que requieren que de la mano del Estado les sea concedida una segunda oportunidad.

En este entorno es necesario reconocer que el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia Pacto por la Equidad”, busca la transformación productiva del país y la formalización laboral y empresarial que, también desde el Congreso de la República en buena hora, ha recibido el respaldo constante como reconocimiento al aporte tanto desde la óptica de crecimiento económico como también en términos de generación de empleo formal a Colombia.

Y dentro del ámbito de la formalidad es que el Sistema del Subsidio Familiar tiene su génesis, como prestación social derivada del contrato de trabajo, puesto que la conjunción del trabajo asalariado a cambio de un salario social -como se concibe la compensación familiar- genera el acceso a condiciones de bienestar para el trabajador y sus familias y el cierre de brechas sociales entre los colombianos, dada la esencia redistributiva por excelencia y esencia del Sistema.



También, el empleador es beneficiado, pues como contraprestación a su aporte, contribuye al bienestar de sus trabajadores lo que redundará en términos de mayor y mejor producción.

Es así como antes y durante este periodo de aislamiento derivado de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica decretada por el Gobierno Nacional con ocasión de la pandemia, el Sistema del Subsidio Familiar se hizo presente llevando a los trabajadores y a sus familias, los beneficios derivados de su vinculación al mismo con ocasión del aporte realizado por sus empleadores.

A partir de lo expuesto, me refiero a continuación al contenido del **CAPÍTULO 3 INCENTIVOS TRIBUTARIOS Y ECONOMICOS PARA LA EMPLEABILIDAD DE POBLACIÓN POSPENADA**, y especial, a sus artículos:

Artículo 6°. Progresividad en el pago de parafiscales asociado al pago de nómina.
Las empresas que empleen a trabajadores provenientes de población pospenada mediante contrato a término indefinido o fijo a partir de la promulgación de esta ley, realizarán de la siguiente manera el pago de los aportes correspondientes al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, de acuerdo con lo siguiente: Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada represente el 1% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el ochenta por ciento (80%) del valor total de los aportes mencionados en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el noventa por ciento (90%) del total de los aportes mencionados del segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado. Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada represente el 5% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el sesenta por ciento (60%) del valor total de los aportes mencionados en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el ochenta por ciento (80%) del total de los aportes mencionados en el segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado. Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada represente el 10% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el cuarenta por ciento (40%) del total de los aportes mencionados en el en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el setenta por ciento (70%) del total de los aportes mencionados en el segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado. Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada representa el 15% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el veinte por ciento (20%) del total de los aportes mencionados en el en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el sesenta por ciento (60%) del total de los aportes mencionados en el segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado.

Parágrafo 1: El presente beneficio regirá para las empresas que puedan certificar una planta de 100 empleados o más. **Parágrafo 2:** Para contabilizar los descuentos del presente artículo, se tendrá en cuenta únicamente la unidad entera de trabajadores del porcentaje de nómina calculado.

Parágrafo 2: Para contabilizar los descuentos del presente artículo, se tendrá en cuenta únicamente la unidad entera de trabajadores del porcentaje de nómina calculado.

Artículo 7°. Progresividad en el pago de parafiscales asociado al pago de nómina con enfoque de género. Las empresas que empleen a trabajadores provenientes de población pospenada mediante contrato a término indefinido o fijo y su nueva contratación se componga al menos de un 60% de mujeres y/o mujeres y hombres transgénero, a partir de la promulgación de esta ley, realizarán de la siguiente manera el pago de los aportes correspondientes al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, de acuerdo con lo siguiente: Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada represente el 5% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el cincuenta por ciento (50%) del valor total de los aportes mencionados en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el setenta por ciento (70%) del total de los aportes mencionados en el segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado. Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada represente el 10% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el treinta por ciento (30%) del total de los aportes mencionados en el en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el sesenta por ciento (60%) del total de los aportes mencionados en el segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado. Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada representa el 15% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el diez por ciento (10%) del total de los aportes mencionados en el en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el cincuenta por ciento (50%) del total de los aportes mencionados en el segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado.

Parágrafo 1: El presente beneficio regirá para las empresas que puedan certificar una planta de 100 empleados o más.

Parágrafo 2: Para contabilizar los descuentos del presente artículo, se tendrá en cuenta únicamente la unidad entera de trabajadores del porcentaje de nómina calculado.

Parágrafo 3: *Para recibir todos los beneficios económicos del presente artículo, el tiempo de contratación realizada por el empleador deberá ser igual al tiempo de duración de los beneficios aquí contenidos”*

Como está plasmado en el texto en comento, si bien el fin es loable, lo cierto es que, en lo atinente al aporte “a cajas de compensación familiar” que no es otro que el aporte al Sistema de Subsidio Familiar debe exponerse que los ingresos de recursos para el financiamiento de esta prestación social, se verían gravemente afectados pues, contrario a los aportes al SENA e ICBF, en el Sistema de Subsidio Familiar **NO** existe fuente alguna, fondo de respaldo o aporte gubernamental para cubrir la disminución propuesta en el proyecto, lo cual iría en detrimento de los beneficios que reciben los trabajadores y los fondos y proyectos sociales que desde este Sistema contribuyen a la redistribución del ingreso.

De nuevo, reiterando el reconocimiento a la importante iniciativa aquí estudiada y que busca con las medidas incorporadas al proyecto ofrecer estos incentivos con miras a beneficiar a una población específica, como surgen de manera subyacente dos interrogantes acerca de la conveniencia y pertinencia de este tipo de medidas como las introducidas en los artículos 6º y 7º en comento, sumado al impacto directo que las mismas tendrían de manera específica, sobre el Sistema de Subsidio Familiar.

En este sentido: ¿Son efectivas y pertinentes medidas como la disminución de costos laborales para incentivar la vinculación de estos colombianos y colombianas? Y, segundo: ¿disminuir el pago del aporte al Subsidio Familiar por parte de los empleadores, contribuye al objetivo de los procesos efectivos de reinserción, resocialización e inclusión de un sector poblacional, en detrimento de los beneficios que pueden recibir los todos trabajadores que ya son beneficiarios del aporte íntegro de los empleadores?

Pues bien, el objetivo de este documento es dar respuesta a los anteriores interrogantes, al tiempo que se indicarán, de manera adicional, la razones por las cuales consideramos que medidas como la que se consignan, tratándose del Subsidio Familiar como Subsistema de la Seguridad Social, podrían vulnerar la Constitución Política.

1. Disminuir los costos laborales no es una medida eficaz y pertinente para incentivar la formalización.

El Gobierno Nacional expidió el documento Conpes 3956 de 2019 en el cual se consignó la política pública de formalización empresarial y en el que se identificaron los antecedentes de políticas anteriores, la importancia y beneficios de la formalidad, un diagnóstico de la problemática y las acciones a implementar en el próximo cuatrienio.

Como uno de los principales beneficios o justificaciones de implementar políticas que tiendan a la formalidad es la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, en la medida en que según estudios de la OCDE los empleados formales ganan más del triple del salario que empleados informales con niveles educativos similares. Además, *“la contratación formal de trabajadores disminuye su riesgo ante situaciones adversas tales como la pérdida de empleo, accidentes laborales, muerte o invalidez, además de dar una condición estable durante su vejez, aumentando así la calidad de vida de las personas”*¹.

En la misma línea la OIT ha conceptuado:

“La seguridad social está constituida por el conjunto de programas de protección social de un país, establecidos por ley o por un acuerdo obligatorio, que permite a las personas cierta seguridad de ingresos en situaciones de riesgo. La inexistencia de protección social en el empleo de los trabajadores y empleadores es uno de los aspectos más importantes del empleo informal. La baja cobertura de seguridad social en las micro y pequeñas empresas trae graves consecuencias para el conjunto de ocupados en estas entidades, entre ellas la exclusión de los sistemas de salud y pensiones y la mayor exposición a los riesgos de seguridad y salud en el trabajo.

*Los ámbitos habituales de los regímenes generales de seguridad social abarcan, entre otras contingencias, pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, salud, maternidad, accidentes de trabajo, **desempleo y asignaciones familiares**”*². (Se resalta)

En consecuencia, pueden afirmarse, sin duda alguna, que la formalidad permite el acceso de los trabajadores y de la población en general a condiciones de bienestar.

De igual forma, dentro de los beneficios asociados a las empresas formales, se encuentra, según el referido Conpes, el aumento de la productividad promedio y de la actividad económica no solo de la empresa sino de la economía en general, debido al traslado de factores de producción (tierra y trabajo) de empresas informales poco productivas a empresas formales más productivas, al tiempo que permite mejorar los índices de acceso al crédito, lograr una mano de obra calificada y aumentar los incentivos a la adopción de tecnología e innovación.

Ahora bien, para que la empresa crezca no es suficiente que sea formal, en tanto, en la práctica, son los aumentos de la productividad los que tienden a llevar a las empresas a mayores niveles de formalidad, no al revés. Por lo anterior, se ha concluido *“que para empresas de bajo desarrollo empresarial, los programas que informan sobre el proceso de*

¹ Documento Conpes 3956. Política de Formalización Empresarial. 8 de enero de 2019.

² Organización Internacional del Trabajo -OIT-. Políticas para la formalización de las micro y pequeñas empresas en América Latina. Experiencia, avances y desafíos. Linda Deelen Editora. Primera Edición 2015.

registro y los **beneficios potenciales** de la formalización o **que reducen los costos y simplifican los procesos de entrada a la formalidad, tienen poco impacto perdurable sobre la formalización**³

Por consiguiente, se concluye en el documento: *“la capacidad de las empresas para materializar los beneficios de ser formal depende de su nivel de desarrollo empresarial. Una empresa que no es lo suficientemente desarrollada o productiva, no podrá acceder al financiamiento formal y a una mayor y más variada clientela y aún si es formal. De tal suerte, los beneficios de la formalidad serán pocos para empresas de bajo desarrollo y baja productividad”*⁴.

Lo concluido en el citado documento tiene una importancia superlativa tratándose de las medidas que, como política pública, deben adoptarse para incentivar la formalidad, en el sentido en que el punto determinante no está en la reducción de los costos laborales - mucho menos a costa de los beneficios de los trabajadores- sino en promover instrumentos adecuados y pertinentes que permitan a las empresas mejorar en su productividad y competitividad.

De ahí que, como estrategias a implementar por parte del Gobierno Nacional en el marco de la política pública de promoción de la formalización, se encuentran entre otras: **i)** reducir la carga regulatoria para las empresas formales; **ii)** diseñar e implementar políticas que ayuden a las empresas registradas a materializar los beneficios potenciales de la formalidad; **iii)** aumentar la efectividad de las acciones de inspección, vigilancia y control y **iv)** mejorar la información para la toma de decisiones de política pública.

Como se observa, en plena coherencia con el diagnóstico de las causas de la informalidad y los incentivos para permanecer en este estado, la política del Gobierno Nacional en estos asuntos no promueve ni contempla la implementación de estrategia alguna consistente en disminuir los costos laborales, en especial respecto de aquellos relacionados con las garantías laborales de los trabajadores, para efectos de aumentar la formalidad, sino que el énfasis de la misma radica en mejorar los niveles de productividad y competitividad de las empresas, a través de mecanismos dirigidos a la disminución de la carga regulatoria, la promoción e implementación de mecanismos tendientes a visualizar los beneficios que la formalidad trae consigo y, por supuesto, fortalecer los mecanismos de inspección, vigilancia y control.

A partir de lo antes expuesto, puede concluirse con facilidad que la implementación de medidas como la contemplada en el proyecto de norma en estudio, sin bien está bien intencionada, lo cierto es que no producen el efecto que se busca, esto es no es un instrumento adecuado ni pertinente que garantice el crecimiento y productividad de las

³ Documento Conpes 3956. Pág. 26.

⁴ Ibidem.

empresas tendiente a que el estado de formalidad y sus beneficios permanezcan en el tiempo.

Tan cierto es lo antes aducido, que el mismo Departamento Nacional de Planeación en el concepto emitido sobre el proyecto de ley similar al presente, sostuvo:

“Respecto de los incentivos para la formalización laboral establecidos en los artículos 4° y 5° del proyecto de ley, hay que considerar que la Reforma Tributaria de 2012 (Ley 1607 de 2012) cambió la fuente de financiación de los parafiscales: SENA e ICBF; entendiéndose que la fuente de financiación de estas entidades ya no se encuentra asociada a la nómina, por las exenciones para las empresas en el pago de este concepto por los trabajadores que ganan menos de 10 SMLMV.

En consecuencia, la exención en el pago de parafiscales del presente proyecto, solo se referiría al pago escalonado del aporte al Sistema de Subsidio Familiar que en la actualidad es del 4%. En la Ley 1607 de 2012, se redujeron en 13.5 puntos porcentuales los costos de cargas no salariales, teniendo como efecto entre 1.4 y 2 puntos porcentuales en la formalidad.

*Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que esta medida **no va a lograr tener un efecto apreciable en la disminución de la tasa de informalidad** puesto que la reducción de los costos salariales no alcanza a ser de 2 puntos porcentuales: medidas similares se implementaron mediante la Ley 1429 de 2010 y en la evaluación de los efectos hecha por la firma Econometría en 2013 **no se evidenció un efecto en la disminución de la tasa de informalidad**. (Se resalta).*

*En ese sentido emitimos concepto **no favorable** para el trámite del proyecto normativo en los términos que se encuentra planteado”.*

También desde el Ministerio de Hacienda, en concepto presentado en diferentes iniciativas legislativas que contemplan este tipo de incentivos, beneficios o subsidios a partir de reducción o no pago de aportes parafiscales, se ha manifestado en los siguientes términos:

“Respecto a los aportes a Cajas de Compensación Familiar (CCF), se debe considerar que el Proyecto de Ley no plantea una opción de recursos para financiar la exoneración del aporte por el 4% de las nóminas que corresponde. Si bien esto no genera un impacto fiscal directo en las cuentas del Gobierno nacional, se debe tener en cuenta que dicha exoneración puede afectar los recursos de las CCF destinados al mecanismo de protección al cesante, así como los recursos para recreación, subsidios de vivienda, cuota monetaria para dependientes, la niñez con ICBF, capacitación a familias, entre otras.”

En este orden de ideas, a partir de los estudios técnicos ya referenciados, se pueden concluir que estas medidas no contribuyen al logro de los objetivos propuestos.

A lo anterior se agrega que este tipo de instrumentos, cuando fueron implementados en el pasado, además de que no tuvieron impacto alguno en la formalidad, sí generaron un efecto perverso por los menos en dos sentidos. El primero, referido a la aparición del denominado “carrusel” de empresas, figura a través de la cual algunos empleadores se dedicaron a crear y liquidar empresas con el único objetivo de aprovechar los incentivos, esto es a burlar la norma, sin generar mayor beneficio.

El segundo efecto perverso que tienen estas medidas, por lo menos en lo que se refiere a aquellas que pretenden disminuir las obligaciones laborales a cargo del empleador, es el mensaje que se promueve en la opinión pública consistente en concluir que, en términos de bienestar social para los trabajadores formales, éste se debe sacrificar para generar más empleo o más formalización. Es decir, el logro laboral adquirido hasta ahora, retrocede a la luz de la política económica en detrimento del bienestar del trabajador, puesto que, al disminuir el aporte, de manera correlativa, disminuye el porcentaje de los beneficios.

Lo expuesto trae consigo, además, una incoherencia intrínseca de la medida prevista en el proyecto de ley: se incentiva la creación de empresa a expensas de la disminución de beneficios generada por el no ingreso de recursos al Sistema de Subsidio Familiar. Es decir, se sacrifican los beneficios sociales que recibe el trabajador derivados de su relación laboral. Debe recordarse que el Subsidio Familiar, es una prestación social que se enmarca dentro de la Seguridad Social y, por tanto, cualquier política pública debe propender por su fortalecimiento y masificación y no por su debilitamiento.

En consecuencia, para ASOCAJAS resultan inconvenientes este tipo de medidas puesto que al tiempo que no son eficaces y pertinentes para el logro del objetivo propuesto, suponen el sacrificio de garantías laborales a favor de los trabajadores.

En otras palabras, sería a costa de los mismos trabajadores que se estaría cubriendo los recursos que dejan de ingresar al sistema por causa de la disminución de aportes, circunstancia que generaría reparos de índole constitucional, comoquiera que se les estaría imponiendo a los beneficiarios de la prestación una carga que no deben soportar, puesto que, se reitera, la obligación recae en el empleador, como a continuación se pasa a exponer.

2. El subsidio familiar como prestación social de origen laboral.

Debe aclararse en primer lugar que el Subsidio Familiar no puede considerarse como un “impuesto a la nómina” ni puede englobarse en la categoría de “parafiscales” al igual que los aportes que se hacen o en su momento se hacían al SENA o al ICBF. Si bien la Corte Constitucional ha indicado que estos recursos tienen esta naturaleza, lo cierto es que tal

categoría resulta insuficiente al momento de dimensionar la real dimensión de estos recursos, los cuales, en relación con los beneficios que otorgan se encuentran dentro de la categoría de prestación social, al igual que lo son, por ejemplo, las cesantías, las vacaciones o la prima, con la particularidad adicional que está enmarcada dentro de la seguridad social, al igual que la salud o las pensiones.

De manera que el Subsidio Familiar se debe entender en su real dimensión, a partir de la cual se desprende una protección constitucional rigurosa que, como consecuencia, impone límites al legislador y a la Administración frente a cualquier iniciativa que pretenda eliminarlo, incluso modificarlo.

2.1. Generalidades del Subsidio Familiar

2.1.1. Breve referencia del origen del Subsidio Familiar

Se puede afirmar, sin asomo de duda, que en el origen del Sistema de Subsidio Familiar se encuentra una doble necesidad de proteger al trabajador, mejorando su calidad de vida, sin que por ello se incrementaran de manera desmedida las cargas prestacionales para el empleador. En su contexto, respondían, como todavía lo hacen, a un concepto de economía del trabajo, en la cual el mejoramiento de las condiciones de vida del trabajador tendía a incrementar las condiciones de productividad de la empresa, pero sin ánimo de generar recursos que ingresaran al Presupuesto Nacional. Por ello, el nacimiento de estos beneficios de carácter social se encuentra ligado de las estructuras que se encargarían de administrarlos: las Cajas de Compensación Familiar.

Así, el nacimiento, en 1954, de la primera Caja de Compensación Familiar, respondió a la necesidad de garantizar la prestación de estos beneficios, no con una lógica individual de cada empresa, sino como una política empresarial de distintos sectores de la sociedad, que se basaba en el carácter voluntario de la afiliación a dichos órganos. Por otra parte, era claro que no se pretendía crear un sistema de financiación pública, sino garantizar que los trabajadores pudieran acceder a determinados servicios, sin que tales gastos incrementaran los costos laborales para la empresa. Por ello, no es de sorprender el extraordinario éxito del Sistema, pues desde que se estableció, en 1957, la obligatoriedad de los aportes, se pasó de 17.000 trabajadores afiliados a 21 millones de beneficiarios actualmente, entre trabajadores y sus familias.

El concepto de prestación social debe, entonces, integrar dos elementos: uno sustancial, que corresponde a la naturaleza misma de los recursos del Sistema de Subsidio Familiar y otro, de carácter estructural, que corresponde a los mecanismos creados para garantizar su adecuada administración y el cumplimiento de las finalidades del Sistema.

Independientemente de los referentes constitucionales que se puedan encontrar al respecto, el concepto de Prestación Social, primer elemento para entender el Sistema de

Subsidio Familiar, se fundamenta en el concepto de “salario social”, como mecanismo de carácter redistributivo, que se puede expresar en beneficios en dinero, especie o servicios. Desde el punto de vista del trabajador, su objetivo consiste en aligerar algunas de las cargas familiares, a través de la posibilidad de acceder a subsidios y prestaciones de distinta naturaleza, encaminadas a promover la mejoría en sus condiciones de vida.

El concepto de “salario social” es de origen doctrinario, evoca los elementos de la prestación social y sus expresiones normativas. La idea de base es que el salario se compone de dos elementos: unas prestaciones directas, ligadas al tiempo trabajado y otras, indirectas, que corresponden a necesidades que “escapan a la temporalidad del ciclo laboral, como son, por ejemplo, las contingencias que puedan significar gastos súbitos, la pérdida (temporal o permanente) de la capacidad de trabajo o las obligaciones familiares”. Este segundo elemento se enmarca en el concepto de Seguridad Social, el cual a su vez tiene dos grandes componentes: “El primero tiene que ver con la cobertura de los riesgos sociales (enfermedad, invalidez, vejez, muerte y accidentes de trabajo) y el segundo con las asignaciones familiares”. En otras palabras, el Subsidio Familiar corresponde al denominado salario social.

Se puede, entonces, afirmar que el origen de todas las prestaciones se encuentra fincado en el contrato de trabajo, en consecuencia, el objetivo de esta prestación social no es beneficiar a los trabajadores de mayores ingresos, ni sus prestaciones se encuentran encaminadas a favorecerlos principalmente, sino a los trabajadores que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad en el sector del trabajo formal, esto se explica a partir de su lógica redistributiva y de progresividad, lo cual ha llevado su inclusión en el concepto más general de Sistema de Seguridad Social.

De esta manera, los elementos diferenciadores, frente a los distintos componentes del Sistema de Seguridad Social, tienen que ver con el origen de la prestación, el carácter sectorial de los recursos que se gestionan y el concepto de beneficiario. Desde la sentencia C-508 de 1997, la Corte Constitucional admitió que el subsidio familiar es una prestación social; en ese sentido, se señaló que “el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social”.

2.1.2. La consagración legal del Subsidio Familiar.

La Ley 21 de 1982 define el subsidio familiar como una *prestación social* en los siguientes términos:

*“ARTICULO 1o. El subsidio familiar es una **prestación social** pagada en dinero, especie y servicio a los **trabajadores de mediano y menores ingresos**, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad” (Se resalta).*

Ahora, el subsidio familiar no solo es una prestación social en sí misma considerada, sino que tiene origen laboral, esto es se desprende o se causa a partir de la existencia de un contrato de trabajo. Lo anterior se confirma, no solo de la definición ya citada, sino del artículo 5° de la Ley 21 de 1982, según el cual el subsidio familiar “*se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios*”, al tiempo que en los términos del artículo 7°, numeral 4°, se señala que los empleadores que *ocupen* uno o más trabajadores permanentes están obligados a pagar el subsidio familiar.

Cabe entonces recordar que las prestaciones sociales se conciben como aquellos pagos que se encuentran a cargo del empleador y que tienen como finalidad cubrir los riesgos o necesidades del trabajador *que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma*. Se advierte que el pago de las prestaciones sociales al trabajador se podrá hacer en dinero, especie, servicios u otros beneficios.

Con relación a este punto, la Corte Constitucional⁵ ha determinado que esta categoría se conforma por aquellas sumas destinadas a asumir los **riesgos intrínsecos de la actividad laboral**. Adicionalmente, determinó que estas prestaciones se encuentran a cargo del “*empleador o ser responsabilidad de las entidades de los sistemas de seguridad social en salud o en pensiones, o a cargo de las cajas de compensación familiar.*” (Énfasis añadido)

Dada la naturaleza del Subsidio Familiar, la misma Ley 21 de 1982, radica en cabeza del empleador el pago de esta prestación social, al prever que corresponde al 4% de la nómina mensual respectiva.

Hasta este punto puede establecerse entonces que, con ocasión de una actividad derivada de un contrato de trabajo, es decir la formalización laboral plena, todo empleador está en la obligación legal de destinar mensualmente el 4% del total de su nómina dirigido a las Cajas de Compensación Familiar.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2009. M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.



Importancia para el Sistema

Las Cajas de Compensación Familiar ofrecen una serie de servicios hacia las empresas y trabajadores que puede traducirse en mejorar la productividad del país.

Por lo anterior, el Subsidio Familiar tiene su origen y desarrollo -al tiempo que promueve **la formalidad laboral**, en la medida en que todo trabajador vinculado mediante un contrato o relación laboral dependiente tiene el derecho a acceder a los bienes y servicios que entrega la Caja de Compensación Familiar, circunstancia que, por demás, genera bienestar en el trabajador, al tiempo que contribuye de forma decisiva en el desarrollo y productividad de la empresa y de la economía en general, generándose de esta manera un círculo virtuoso entre la empresa-trabajador-crecimiento que merece ser protegido.

Este 4% ha acompañado desde su génesis todo el proceso de formalización laboral en Colombia, es decir su aporte no ha sido obstáculo para la evolución del trabajo formal, pues aún en coyunturas más apremiantes en nuestro país, ha sido a través del Sistema de Subsidio Familiar -con el aporte del 4% que realizan los empleadores, que el trabajador colombiano ha aliviado sus cargas familiares.

2.1.3. Funcionamiento del Subsidio Familiar

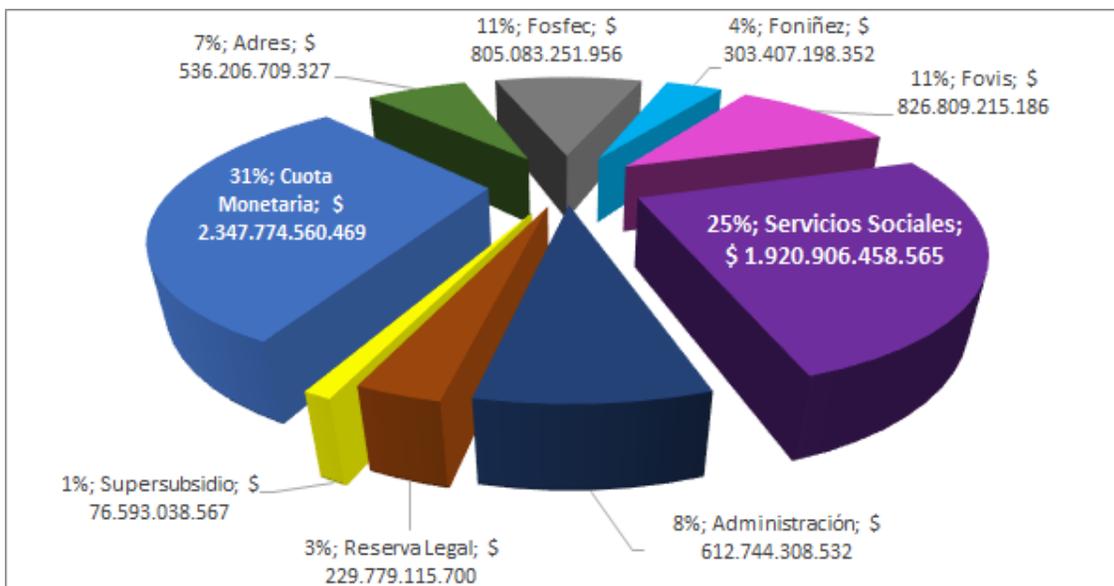
Ahora bien, resulta en extremo importante referirse al funcionamiento o la forma como opera el pago del Subsidio Familiar para efectos de entender, primero, el concepto de autosostenibilidad del Sistema y, segundo, comprender el impacto que tiene en los trabajadores beneficiarios cualquier modificación que mediante ley se pretenda efectuar a la referida prestación social.

En este sentido debe indicarse que el Subsidio Familiar funciona a través de la *solidaridad* entre sus agentes, la cual opera en diferentes vías; por un lado, el componente del 4% que es pagado por el empleador respecto de los trabajadores que devenguen ingresos altos (más de 4 SMLMV) es *redirigido o compensado* a los trabajadores de ingresos inferiores (menos de 4 SMLMV), de manera que, como consecuencia, entre mayor sea el porcentaje de cargos remunerados con más de 4 SMLMV en una empresa, mayor será la compensación que se realice en beneficio de los trabajadores de menores ingresos afiliados a la Caja de Compensación Familiar.

Así mismo, el trabajador de menores ingresos que en un momento determinado no tenga personas beneficiarias según lo dispuesto en la ley, también contribuye a garantizar el pago de la prestación social a más personas que así lo requieran.

Como corolario de lo anterior, debe enfatizarse que uno de los principios del Subsidio Familiar es su *autofinanciamiento o autosostenibilidad*, en la medida en que son los recursos del 4% los que permiten el reconocimiento de la prestación social. **En este sentido, debe aclararse que las Cajas de Compensación Familiar no reciben recurso alguno proveniente del Presupuesto General de la Nación para el financiamiento del Sistema.**

En esta misma línea, la ley define de manera expresa la forma en la cual deben utilizarse los recursos para reconocer el Subsidio Familiar, **de tal forma que en la actualidad cada punto del 4% tiene una destinación específica que las Cajas de Compensación no pueden desconocer y que está encaminado a garantizar una prestación en bienes o servicios a la población beneficiaria.** En la actualidad, la distribución del 4% se presenta de la siguiente forma:



Fuente: ASOCAJAS, Dirección de Estudios Sociales y Económicos, con base a información de la Supersubsidio, datos con corte a diciembre 2020.

Como se observa, los recursos que recibe la Caja de Compensación Familiar por parte de los empleadores deben necesariamente destinarse a los rubros previstos en la ley, los cuales, a su vez, contemplan una población beneficiaria que debe ser atendida y cuya situación no puede desmejorarse, circunstancia de la cual se deriva un *equilibrio* entre lo que se recibe y las prestaciones que se otorgan.

Por lo anterior, cualquier nueva distribución, disminución o destinación de estos recursos que provenga de iniciativa parlamentaria y que no tenga prevista una fuente de financiamiento en los términos antes expuestos, necesariamente derivaría en un desmejoramiento o *desequilibrio* de la situación actual de la población beneficiaria, puesto que exigiría la reducción del financiamiento de un rubro para trasladárselo a otro, circunstancia que, por demás, tendría serios reparos de índole constitucional, en tanto que, por virtud principio de progresividad de los derechos económicos y sociales, estaríamos ante la desmejora las condiciones de los titulares de esos derechos.

Igual ocurre cuando se afecta la fuente misma de financiamiento de la prestación social, esto es el aporte de los empleadores (el denominado 4%), comoquiera que cualquier exención o disminución de la misma afecta el proceso de *compensación* de recursos y, por tanto, habría que reconocer la prestación a nuevos trabajadores sin que existan recursos adicionales para ello, circunstancia que implicaría, necesariamente, afectar un rubro específico de destinación para cubrir esas nuevas obligaciones, conduciendo, de manera correlativa, al desmejoramiento de las situaciones existentes de los trabajadores.

De ahí la importancia que, para garantizar el desarrollo óptimo del Sistema de Subsidio Familiar, sea necesario continuar y proteger el funcionamiento mismo de la prestación social, esto es en relación con los trabajadores dependientes, la obligación del empleador de pagar el 4% de su nómina mensual para el reconocimiento del Subsidio Familiar y, para los independientes, el pago voluntario y diferenciado de los aportes al Sistema tal como lo contempla la ley.

2.2. El impacto del proyecto de ley sobre el Sistema de Subsidio Familiar.

Como está planteada la iniciativa, si bien reconocemos las nobles intenciones que se persiguen, la misma afectaría de manera notable el correcto funcionamiento del Sistema de Subsidio Familiar, puesto que se requeriría desfinanciar algún rubro ya previsto y definido por la ley para cumplir con el pago de la prestación social a las nuevas personas que se vinculen.

En consecuencia, si bien existe un beneficio a quien crea empresa, quienes terminarían siendo afectados por esta disminución en el aporte, serían los mismos trabajadores, puesto que habría que desfinanciar beneficios dispuestos a su favor para garantizar el pago de la prestación a los nuevos trabajadores fruto de la exoneración prevista en el artículo en discusión.

Estaríamos entonces, frente a la afectación del Principio de Progresividad en cuanto se atendería contra el postulado de la No Regresividad que acompaña a TODO el Sistema de Seguridad Social del cual hace parte el Subsidio Familiar.

Por lo anterior, consideramos que la exoneración de aportes prevista, generaría un impacto mayor en el Sistema de Subsidio Familiar, pues ante esta acción de reducción del aporte por parte del empresario, se generaría un retroceso en los múltiples beneficios que el Sistema provee a los beneficiarios del Sistema en componentes tan representativos como la cuota monetaria o los subsidios en especie al igual que los fondos y programas previa y gráficamente incluidos en este escrito.

La medida en cuestión tiene un impacto aun mayor, comoquiera que se establece el acceso a TODOS los servicios que ofrecen las Cajas de Compensación Familiar, generando inequidad tanto en los trabajadores independientes que hacen el máximo esfuerzo al realizar su aporte en aras de recibir los beneficios que la ley les ha permitido, como a los empleadores que, comprometidos con el desarrollo del país y en su compromiso de generar trabajo formal, ya se encuentran aportando el 4% sobre el valor total de la nómina al Sistema, en pro de contribuir a la generación de bienestar para sus trabajadores y el de los trabajadores formales en Colombia, en virtud el Principio de Solidaridad, pilar de la Seguridad Social.

Se reitera que el contenido del artículo 9º del proyecto de ley objeto del presente análisis, se encuentra en contravía del estudio técnico que contiene la política pública de formalización elaborada por el Gobierno Nacional, según la cual no se apuesta como estrategia en la exoneración de las obligaciones a las cargas laborales de las empresas, comoquiera que este tipo de medidas NO resultan eficaces en tanto el éxito de cualquier política que se aplique en este sentido debe centrarse en la productividad de las empresas.

Incluso, esta iniciativa llevaría consigo el debilitamiento del potencial que las Cajas de Compensación Familiar ofrecen para mejorar la productividad de las empresas, en tanto no solo ayudan a mejorar las condiciones de bienestar del trabajador a través de los servicios de recreación, educación, turismo, cultura, etc, sino que contribuye, a través de las agencias de empleo y la capacitación para el trabajo, a mejorar la mano de obra calificada en función de lo que requiere el empleador para generar el crecimiento de su empresa.

Finalmente, se recuerda que la política asumida por el Gobierno Nacional está orientada a modificar la carga regulatoria más no a la liberación de obligaciones de tipo laboral y

prestacional -como es el caso del Sistema de Subsidio Familiar-pues precisamente se busca con la formalización que el empleador genere puestos de trabajo con las garantías que el estado colombiano ofrece al trabajador. Por lo anterior, sería desafortunado que el Congreso de la República apruebe una medida para promover la formalización y, con ello, el acceso a los trabajadores a los sistemas de aseguramiento social, a través del debilitamiento de un pilar fundamental de la seguridad y protección social en Colombia, esto es en perjuicio del trabajador más vulnerable.

2.3. Se vulneraría el artículo 48 de la Constitución Política

El artículo 48 de la Constitución Política, dispone que unos de los principios fundamentales de la Seguridad Social (de la cual hace parte el Sistema de Subsidio Familiar) es el de eficiencia, del cual se deriva, a su vez el principio de equilibrio financiero, según el cual:

“Para la prestación eficiente del servicio público, es importante que el sistema de seguridad social en salud cuente con un equilibrio financiero, el cual ha sido considerado por la jurisprudencia como un elemento fundamental para racionalizar el acceso a los servicios establecidos en los planes obligatorios de salud. A fin de preservar dicho equilibrio el Estado debe regular adecuadamente la relación entre los ingresos de recursos al Sistema por un lado, y la prestación de servicios de calidad por el otro. Las regulaciones que no respeten ese equilibrio necesario pueden afectar el goce efectivo de todas las personas al derecho a la salud, en condiciones de universalidad, eficiencia, solidaridad y equidad, resultan inconstitucionales”⁶.

Como consecuencia de este principio, se exige que cualquier nueva destinación o exención en la financiación de los recursos destinados a la Seguridad Social, deba prever *“fuentes sustitutivas de financiación de beneficios que quedarían sin cobertura, en virtud del desplazamiento de recursos”⁷.*

En este sentido, debe llamarse la atención que en la ya citada reforma tributaria del 2012 (Ley 1607 de 2012) en la cual se aprobó una reducción de la cotización parafiscal en salud, ICBF y SENA en 13.5 puntos porcentuales a favor de los empleadores, se previó en el mismo cuerpo normativo, una fuente adicional de recursos para suplir lo que se iba a dejar de captar con el fin de no afectar los servicios correspondientes. De esta manera, como fuente inmediata se creó un impuesto denominado CREE, luego éste fue eliminado y en la actualidad, es a través de recursos del Presupuesto General de la Nación que se financian estos vacíos financieros que se producen como consecuencia de las exenciones.

En el presente caso, dado que no se prevén fuentes adicionales o supletorias para las exenciones propuestas, con el riesgo ya advertido del desfinanciamiento de las prestaciones

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-978 de 2010.

⁷ Ibidem

del Sistema de Subsidio Familiar, se concluye que de aprobarse este artículo generaría una vulneración al artículo 48 de la Constitución Política.

2.4. Se vulneraría el inciso 2° del artículo 154 de la Constitución Política.

Dice el artículo 154 de la Constitución Política:

ARTICULO 154. *Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo [156](#), o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.*

*No obstante, sólo podrán ser dictadas o reformadas por **iniciativa del Gobierno** las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo [150](#); las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales **y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.***

Como se observa, solo por iniciativa del Gobierno se pueden dictar o reformar leyes que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

Ahora bien, de conformidad con el numeral 12 del artículo 150 y el artículo 338 de la Constitución Política, las contribuciones pueden ser fiscales o parafiscales; dentro de estas últimas como lo ha expuesto al Corte Constitucional, se encuentran los aportes que hacen los empleadores para financiar el Subsidio Familiar⁸.

Así las cosas, solo el Gobierno Nacional tiene la competencia para presentar un proyecto de ley que pretenda decretar exoneraciones sobre aportes del Sistema de Subsidio Familiar, comoquiera que se trata de aportes parafiscales.

Por consiguiente, dado que el presente proyecto de ley es de iniciativa parlamentaria y trata sobre modificación de una contribución parafiscal, de aprobarse generaría un vicio de constitucionalidad insaneable por vulneración al artículo 154 de la Carta Política.

4.5. Se vulneraría el artículo 56 de la Constitución Política.

Finalmente, al tratarse el Subsidio Familiar de una prestación social de origen laboral, cualquier política o acción que pretenda su modificación debe ser tratada, previamente, en la Comisión de Concertación Laboral, tal como lo determina el artículo 56 de la Constitución.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-575 de 1992, entre muchas otras.

Téngase en cuenta que la Comisión de Concertación Laboral en su conformación tripartita, tiene dentro de sus funciones la de fijar la política laboral y salarial en el país y es tránsito obligado ante cualquier alteración que se genere en cuanto a productividad y formalización laboral.

Luego del análisis precedente, ASOCAJAS considera que el proyecto -específicamente el artículo 9º, presenta serios reparos de inconstitucionalidad e inconveniencia frente a la prestación social que nos ocupa, pues al reducir el aporte, así sea en lapsos determinados de tiempo, se verían afectados los beneficios para 9.7 millones de trabajadores afiliados al Sistema de Subsidio Familiar, del cual el 90.3% son trabajadores que tienen ingreso entre 1 y 4 salarios mínimos. Pero, adicionalmente sus familias (cónyuges e hijos), arrojando que más de 23 millones de personas que se benefician de los aportes del 4% que realizan los empleadores a través de las cajas de Compensación Familiar, verían disminuidos en los servicios y programas de vivienda, educación, salud, recreación o turismo y cuota monetaria.

Por todo lo previamente expuesto, solicitamos su exclusión del proyecto de ley de la referencia, el contenido de los artículos 6º y 7º, toda vez que con este tipo de medidas se estaría afectando la estabilidad de un Sistema que el mismo legislador estructuró de manera que se generara un equilibrio entre los aportes que realizan los empleadores con destino a sus trabajadores.

Consideraríamos incluso, que es desde el Estado que se debería generar una política que garantice, adicional a lo establecido en la Ley 65 de 1993 -Código Nacional Penitenciario y Carcelario, una ruta de socialización e inclusión de esta población de colombianos y colombianas, con miras a hacer más efectivo el tránsito hacia su reincorporación a la sociedad.

En los anteriores términos dejamos para su consideración las observaciones, con la disponibilidad absoluta de ampliarlas y sustentarlas cuando se requiera.

Atentamente

Equipo Asocajas

Copia a:

Rep. Katherine Miranda Peña

Rep. John Jairo Roldán Avendaño

Rep. Oscar Darío Pérez Pineda

Rep. John Jairo Berrío López

Dr. Jorge Humberto Mantilla Serrano – Secretario General – Cámara de Representantes