

ANCCF – No. 0136

Bogotá D.C., 05 MAY 2022

Honorables Representantes
Henry Fernando Correal
Jorge Alberto Gómez Gallego
COMISIÓN SÉPTIMA
CÁMARA DE REPRESENTANTES
E.S.M.

Asunto: Observaciones al proyecto de ley 349C/2021 –
Cámara “*Por medio del cual se modifica la Ley 21 de 1982, la
Ley 789 de 2002 y se dictan otras disposiciones*”

Honorables Representantes:

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO, actuando en mi condición de Presidente Ejecutiva de la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar – **ASOCAJAS**, con el debido respeto, me permito presentar las observaciones al proyecto de ley mencionado en el asunto, que se encuentra iniciando su trámite en la Comisión Séptima de la H. Cámara de Representantes.

Ante todo, celebramos la iniciativa del Congreso de la República de abrir una discusión profunda, de alcance nacional, frente a ciertos aspectos fundamentales sobre las cuales se estructura el Sistema del Subsidio Familiar, parte integrante del Sistema de Protección Social de los colombianos. Su surgimiento se remonta a los años cuarenta y ha servido a los fines de la sociedad en épocas de informalidad, crisis económicas y restricciones en las finanzas públicas, como la que atravesamos.

El Sistema de Subsidio Familiar surgió a iniciativa de los trabajadores y la empresa en Antioquia, con el objetivo de generar un equilibrio en los gastos de manutención de la familia, beneficio que posteriormente fue incluido en la legislación nacional a través del



Tel. +57 1 323 27 65
Fax 340 59 54



Calle 94 No. 11 - 30 Piso 6
Bogotá . Colombia



www.asocajas.org.co

Decreto 118 de 1957 para *conjurar las graves alteraciones de la normalidad económica, hacer frente al elevado costo de vida y ser respuesta a las clases menos favorecidas*. No sorprende, pues, que sean la fortaleza de las instituciones de la Protección Social (tanto del Sistema de Subsidio Familiar como del sistema de Salud y Pensión) y el esfuerzo de sus trabajadores lo que ha permitido sortear con menor impacto las consecuencias nefastas de la pandemia de la Covid-19.

Por lo anterior, y por los beneficios que las instituciones del Sistema de Subsidio Familiar generan para una población de más de 21 millones de colombianos (incluidos 4,6 millones de niños, personas de la tercera edad y personas en situación de discapacidad o capacidades diferentes destinatarios de la cuota monetaria, que tienen 11% menos probabilidad de caer en la pobreza según los estudios revelados por la SSF), que vale la pena analizar medidas para robustecer las instituciones del Sistema de Subsidio Familiar para no retroceder en los indicadores de disminución de pobreza, consolidación de la clase media y sostenibilidad del país.

Con esto en mente, y con el ánimo de aportar ideas y perspectivas en dicho debate, y servir como canal de comunicación de las Cajas de Compensación Familiar con los H. Representantes, me permito colocar en su consideración algunas reflexiones con respecto al articulado del Proyecto de Ley 349C/2021, con fundamento en el régimen legal, la estructura y el funcionamiento del Sistema de Subsidio Familiar.

1) EN RELACION CON LA RESTRUCTURACION DE LA SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR

En primer lugar, la iniciativa alude a supuestos problemas de los cuales adolece el Sistema del Subsidio Familiar, sin especificar cuáles, y plantea como solución un cambio en la naturaleza jurídica de la Superintendencia del Subsidio Familiar (en adelante “SSF”), que actualmente constituye una entidad sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Trabajo e integrante del Sector Administrativo del Trabajo. Pues bien, el artículo 1º del Proyecto de Ley plantea su transformación en una superintendencia con personería jurídica descentralizada, con autonomía administrativa y patrimonial.

En relación con esta transformación sustancial, encontramos que:

- (i) Ante todo, no existe una clara justificación en la Exposición de Motivos para el cambio. Por el contrario, salta a la vista como **una modificación innecesaria**, ya

que en la SSF se ha visto una superintendencia robusta, activa y consciente de las necesidades de los trabajadores, que ha ejercido con lujo de competencias la supervisión de las Cajas de Compensación Familiar, organizaciones y entidades recaudadoras y pagadoras del subsidio familiar.

- (ii) Además de innecesaria, la transformación tendría el efecto de desmembrar el Sector de Protección Social, convirtiendo a la SSF en una entidad independiente de su sector natural, lo cual sería **contraproducente**. Ha sido precisamente la **adscripción** al Sector Administrativo del Trabajo uno de los principales motivos que han mantenido la Superintendencia sintonizada con las políticas nacionales frente a las necesidades de los trabajadores y comprometida con el cierre de brechas sociales entre los colombianos, una finalidad que deriva de la naturaleza eminentemente redistributiva del Sistema de Subsidio Familiar.
- (iii) Otro **motivo de inconveniencia** se relaciona con la necesidad de una partida presupuestal en el Presupuesto General de la Nación para financiar el funcionamiento de la SSF, en lugar de la manera en que funciona hoy, cuyo presupuesto es financiado cien por ciento por el aporte del 4%. En consideración a la actual coyuntura de crisis económica por la que atraviesa el país, que ha rechazado con vehemencia la posibilidad de una Reforma Tributaria en estos tiempos, quizás no sea este el mejor momento para iniciativas que riñan con una política de austeridad y control del gasto público.
- (iv) Y, a más de inconveniente, me temo que esta transformación podría incluso implicar **cuestionamientos desde el punto de vista constitucional**, en la medida en que la estructura actual permite a la Superintendencia cumplir una función de “*inspección y vigilancia*” atribuida por la ley o por delegación del Presidente, lo cual coincide perfectamente con la organización y funcionamiento que dicta el artículo 66 de la Ley 489 para las superintendencias sin personería jurídica.

En efecto, la Constitución Política le atribuye al Presidente de la República la función de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común (Art. 189-26 CP¹), como son las Cajas de Compensación Familiar. Así mismo, el Presidente mediante Decreto 2150 de 1992 reestructuró la SSF y le asignó la

¹ Art. 189 (...)

26. Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores (...)

función de ejercer la inspección y vigilancia de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar, entre las cuales están las Cajas de Compensación Familiar, las demás entidades recaudadoras y pagadoras del subsidio en lo atinente al cumplimiento de este servicio, y las entidades que constituyan o administren entidades sometidas a su vigilancia (Arts. 2 y 3 del Decreto). Al ser las Cajas de Compensación Familiar entidades de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas bajo las normas del Código Civil según el art. 39 de la Ley 21 de 1982, estamos ante instituciones de utilidad común de las mencionadas en el numeral 26 del art. 189 CP. Todo ello justifica que la SSF sea una superintendencia sin personería jurídica, para poder realizar la inspección y vigilancia de estas instituciones privadas de utilidad común, por decisión del Presidente de la República y en cumplimiento del mandato constitucional.

En cambio, las superintendencias con personería jurídica tienen por objeto principal *“el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales...”* (Art. 68 de la Ley 489). Además de no ser estas las funciones a cargo de la SSF, la transformación planteada dejaría sin competencia a la SSF para ejercer tal inspección y vigilancia sobre las entidades de derecho privado que pertenecen al Sistema de Subsidio Familiar.

Ahora bien, si (en contra de las recomendaciones aquí contenidas) se decide hacer de la SSF una entidad descentralizada del orden nacional, el proyecto de ley respectivo tendría que *“acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Pública”*, en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 69 de la Ley 489. Adicionalmente, el órgano tendría que ser una sección en el Presupuesto General de la Nación para financiar sus gastos de funcionamiento e inversión, en los términos del Artículo 110 del Decreto 111 de 1996, y por tanto la posibilidad de ordenar el gasto tendría que tener *“plena correspondencia con las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección del presupuesto y la finalidad dispuesta para ellas.”*² Adicionalmente, se vería obligada a comparecer directamente ante la justicia en los procesos iniciados en su contra, con las consecuentes obligaciones en materia de contingencias judiciales, gastos de defensa judicial, todo lo cual supone la necesidad de realizar las correspondientes apropiaciones en el Presupuesto General de la Nación.

² Sentencia C-652 del 14 de octubre de 20151, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez

Por lo demás, en los términos del artículo 154 y el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política, dado que se trata de la restructuración de una entidad que hace parte de la Administración Nacional, **el presente proyecto de ley deben ser de iniciativa del Gobierno Nacional**, lo cual no ocurrió en tanto fue presentado por varios parlamentarios, vulnerándose de esta forma la Carta Superior.

2) EN RELACION CON LAS FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR

Con preocupación observamos que el Proyecto de Ley pretende investir al Superintendente, sus delegados, jefes de oficina o cargos equivalentes como **“Jefes de Policía”** en lo relacionado con el Subsidio Familiar. Creemos que se trata de una alusión impropia e inconstitucional; que excedería los límites que tiene el Congreso en su facultad de configuración legislativa en materia de inspección, vigilancia y control; y que no se compadece con la naturaleza de las funciones a cargo de estos funcionarios, quienes ni siquiera tienen poder de policía (el cual se encuentra sometido a reserva legal).

La Corte Constitucional en sentencia C-492 de 2002 explicó la diferencia entre el poder de policía y la función de policía, así:

El ejercicio del **poder de policía** se realiza a través de la **expedición de la ley** para delimitar derechos constitucionales de manera general y abstracta, y establecer las reglas que permiten su específica y concreta limitación para garantizar el control del orden público; mientras que con la **función de policía** se hace cumplir la ley por medio de actos administrativos y de acciones policivas.

En la misma línea, en la sentencia C-117 de 2006 indicó:

El ejercicio del **poder de policía, a través de la ley**, delimita derechos constitucionales de manera general y abstracta y establece las reglas legales que permiten su específica y concreta limitación para garantizar los elementos que componen la noción de orden público policivo, mientras que a través de la **función de policía se hacen cumplir jurídicamente y a través de actos administrativos concretos**, las disposiciones establecidas en las hipótesis legales, en virtud del ejercicio del poder de policía. Finalmente, la **actividad de policía** es la ejecución del poder y la función de policía en un marco estrictamente material y no jurídico, corresponde a la competencia del uso

reglado de la fuerza, y se encuentra necesariamente subordinada al poder y a la función de policía.

Pueden distinguirse, entonces, las siguientes categorías: poder de policía cuyo ejercicio le corresponde al legislador y consiste en dictar leyes generales y abstractas que regulen el ejercicio de libertades; la función de policía, que le corresponde a las autoridades del poder ejecutivo (incluidos alcaldes e inspectores) y consiste en cumplir con los mandatos superiores a partir de una facultad residual de reglamentación y la expedición de actos administrativos de contenido particular; y finalmente, la actividad de policía, que es ejercida por los miembros de la Policía Nacional, quienes aplican diversos medios legítimos para prevenir o conjurar alteraciones del orden público.

En atención a la jurisprudencia citada, y a las definiciones planteadas por la doctrina constitucional, es claro que la alusión a “Jefes de Policía” no puede asimilarse al concepto de *policía administrativa*, que es una *“forma de intervención que ejercen ciertas autoridades administrativas, que consiste en la imposición de límites a la libertad de los individuos, con miras a garantizar el orden público”*. Debido a lo anterior, y a que al margen de la Policía Nacional no tiene contenido normativo propio el término “Jefe de Policía”, lo más cercano en nuestros días es una autoridad administrativa (art. 198 del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana -Ley 1801 de 2016) o el Alcalde, a quien el art. 315 de la Constitución erigió en *“primera autoridad de policía del municipio”*.

En todo caso, ninguna de las figuras mencionadas corresponde a las funciones que se le asignaron a la Superintendencia de Subsidio Familiar o a sus funcionarios, ninguno de los cuales se encuentra habilitado para impartir órdenes a la Policía Nacional, ni para desplazar a los alcaldes en sus funciones de garantizar el orden público, ni siquiera para cumplir ellos mismos actividades de policía de las mencionadas en el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (v.gr. el poder de disolver reuniones o actividades que involucren aglomeraciones, expulsión de domicilio, decomiso, remoción de bienes, destrucción de bienes, demolición de obras, cerramiento de inmuebles entre muchas otras, art. 173 del CNSCC). Se trata, a lo sumo, de **funciones de policía administrativa especial** de inspección, vigilancia y control -que, por cierto, se encuentran estrictamente reguladas, ninguna de las cuales coincide con el concepto de Jefatura de Policía.

De manera que, investir a los funcionarios de la Superintendencia con el carácter de “Jefes de Policía”, que dicho sea de paso **no posee ninguna Superintendencia**, supondría una clara alteración del orden constitucional en lo que se refiere a la asignación de estas

funciones y actividades de policía, al tiempo que dotaría de un poder extraño, ajeno y exorbitante a las funciones propias de estos entes, sin justificación superior alguna.

Finalmente, la asignación del carácter de “Jefes de Policía” podría también dar lugar a su asimilación con funciones de policía judicial, circunstancia que sólo resulta viable en los términos claros y precisos previstos en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, esto es en marco preciso de un proceso penal y en el ámbito de su competencia y no en el ejercicio propio de las funciones administrativas.

Vemos, entonces, que el proyecto presenta un esquema de control y vigilancia por parte de la SSF que se podría asimilar a un cogobierno, lo cual es incompatible con la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro y con la autonomía privada reconocida a los empleadores que conforman estas entidades, en contraposición al deber de generar un control posterior tal como lo preceptúa el artículo 20 de la Ley 789 de 2002 y como lo señaló de manera expresa la Corte Constitucional en Sentencia C-429 de 2019.

3) EN RELACIÓN CON LAS FUNCIONES SANCIONATORIAS DE LA SSF

Las funciones que se propone dotar a la Superintendencia de un conjunto de funciones que **ella ya detenta y que viene ejecutando desde 1981**, circunstancia que devendría en innecesario el estudio de una nueva iniciativa legislativa en este sentido. Me refiero a las funciones sancionatorias y las medidas cautelares a su disposición, así como el procedimiento para otorgar las primeras. No sobra recordar que las medidas introducidas mediante la Ley 789 de 2002 como facultades de la SSF y deberes de las Cajas de Compensación está plenamente vigente, y han sido objeto ya de aplicación durante varios años al punto de generar precedentes administrativos que generan seguridad jurídica y predictibilidad en las decisiones. Así, no solo sería innecesario sino contraproducente incurrir en el alto costo de transacción de socializar e implementar nuevas medidas, sanciones y procedimientos, en un contexto donde lo que se requieren son reglas claras en el sector social, del cual hacen parte el Ministerio de trabajo y las Cajas de Compensación Familiar.

Bajo este escenario, el proyecto de ley ni siquiera expone las razones que fundamentan el aumento de las sanciones, esto es, no muestra la forma en que las actuales sanciones son insuficientes, o lo que es igual, el motivo por el cual, no producen efecto disuasorio alguno, circunstancia que impide hacer un ejercicio de razonabilidad y proporcionalidad de la propuesta.

En cuanto a las medidas cautelares no se exponen los presupuestos fácticos que darían lugar a la imposición de este tipo de medidas, sino que se le otorga una especie de “carta blanca” al Superintendente para que su total discreción adopte este tipo de medidas circunstancia que, por demás, no ocurre en otros ordenamientos, vulnerándose con ello el debido proceso y el principio de reserva de ley. En el mismo sentido, resulta incompatible con el régimen y naturaleza jurídica de las Cajas de Compensación Familiar, el pretender, como lo expone el proyecto, aplicar medidas cautelares previstas en el Decreto Ley 663 de 1993, esto es del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, puesto que, como se indica los destinatarios de estas medidas son las entidades financieras que tienen unas reglas específicas en cuanto a su administración y conformación de su patrimonio, lo cual las hace por entero incongruentes con las Cajas de Compensación Familiar.

La Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que si bien el legislador cuanta con un margen amplio de configuración para establecer los procedimientos mediante los cuales la Administración ejerce sus competencias, entre las que se encuentran las de inspección, vigilancia y control, tal facultad no es absoluta en tanto debe garantizar en todo caso el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de ahí que cualquier actuación administrativa debe atender los criterios de razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad. En este sentido, toda medida de intervención por parte de la administración debe atender los principios de raigambre constitucional de legalidad y proporcionalidad, no siendo posible que tengan un carácter indeterminado³.

En cuanto a las medidas cautelares en particular, en especial, aquellas facultades que le dan a la Superintendencia la potestad de aplicar “*cualquier otra medida que encuentre razonable*” resulta inconstitucional. Al respecto, expuso:

*“Con todo, permitir a la Dirección Nacional de Derecho de Autor imponer cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que le son propias, **tiene tal grado de indeterminación que desconoce el principio de legalidad exigible para este tipo de actuaciones administrativas**, máxime que con ellas se restringe el derecho de asociación de las entidades vigiladas.*”

Tal indeterminación resulta latente al constatar que impide incluso efectuar un adecuado análisis de proporcionalidad de la medida, para efectos de determinar si

³ Corte Constitucional. Sentencia C-853 de 2013.

atiende o no principios y valores constitucionales, al punto que no permite establecer un aspecto tan relevante como si resulta idónea o no para cumplir los fines constitucionales propuestos por el legislador.

*Resulta pertinente recordar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que una regulación de funciones administrativas por parte del legislador resulta “deficiente”, **cuando las autoridades públicas no tienen ningún parámetro de orientación, de modo que los administrados no tienen certeza sobre cuál será la actuación concreta de los servidores públicos**⁴.*

Así, el principio de legalidad consignado en el artículo 29 superior exige que las funciones públicas otorgadas a la administración estén previa y claramente establecidas de modo que se permita conocer los alcances del ejercicio de dichas facultades, sin que ello implique un rigorismo exhaustivo.

(...)

6.5. Acorde con todo lo expuesto, le asiste razón al demandante y a los intervinientes que plantean que la norma impugnada desconoce el debido proceso y el principio de legalidad, como quiera que al permitir a la Dirección Nacional de Derecho de Autor imponer cualquier medida cautelar inmediata que considere razonable para garantizar el adecuado ejercicio de sus funciones, el legislador paso por alto que toda actuación, judicial o en este caso administrativa debe estar clara y expresamente señalada en la ley, sin dar lugar a indeterminaciones que afecten principios o valores superiores que, como en este caso, impide a los administrados conocer de antemano cuáles serán las eventuales actuaciones que desplegara la administración.

De manera que, en el presente caso resulta inconstitucional el artículo 6° puesto que le otorga facultades indeterminadas a la Superintendencia de Subsidio Familiar de adoptar medidas cautelares, sin contar con orientación alguna para su aplicación, generándose con ello una incertidumbre en los administrados puesto que no pueden conocer con anticipación cuales serán las actuaciones que podrá desplegar la Administración, vulnerándose por esta vía el principio de tipicidad, legalidad y debido proceso.

Ahora bien, el proyecto plantea incrementar las multas a las Cajas de Compensación y sus directivos, pasando del tope máximo de 2000 salarios mínimos legales mensuales

⁴ Cfr. C-710 de julio 5 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

vigentes a un rango entre 2000 y 8000 smlmv. Sin embargo, se considera innecesario y desproporcionado el rango mencionado, toda vez que **(i)** como ha sido ampliamente estudiado y documentado en materia penal, la disuasión del infractor no proviene del aumento de las penas sino de la certeza del castigo, **(ii)** desde que la Ley 789 de 2002 fijó los montos actuales, la Superintendencia nunca ha impuesto el monto máximo fijado en la ley, lo cual corrobora la suficiencia de los rangos existentes, y **(iii)** en la práctica, para la mayoría de las Cajas y sus administradores, las sanciones se tornarían en **confiscatorias**, lo cual se encuentra prohibido por la Carta Superior (arts. 34 y 58 de la Constitución Política).

El proyecto plantea, además, no solo como medida cautelar sino como sanción la posibilidad de suspender y/o remover a los representantes legales, miembros de los consejos, entre otros funcionarios del nivel directivo de las Cajas, sin que exista claridad sobre las razones objetivas que pueden llevar a la adopción de estas medidas, incluso se da un margen de poder exorbitante al Superintendente, puesto que el desconocimiento de una “orden” (art. 7) o “instrucción” (art.8) puede llevar al ejercicio de estas potestades, pudiendo vulnerar no solo el debido proceso, sino la posibilidad de controvertir las decisiones administrativas por parte de los sujetos vigilados. Este margen amplio de discrecionalidad puede ser contrario a las normas superiores previstas en la Constitución, en especial al principio de tipicidad. Al respecto la Corte ha mencionado:

“el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). ‘El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto’.

“Ha considerado esta Corporación que la tipicidad desarrolla el principio fundamental “nullum crimen, nulla poena sine lege” y busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria”⁵.

En el mismo sentido y con aplicación del principio de imparcialidad en el ejercicio del poder sancionatorio, para la Corte si bien es posible tomar como referencia para imponer

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1161 de 2000.

una sanción la vulneración de leyes o reglamentos, no lo es tanto cuando, para el mismo efecto, se tengan en cuenta “instrucciones” Circulares o conceptos emitidos por el mismo ente que va a imponer una sanción, en tanto tal circunstancia vulnera el principio de imparcialidad y convierte a la Superintendencia en “juez y parte”, situación prohibida por la Constitución y por los principios que rigen la función administrativa. Al respecto expuso la Corte:

*¿Significa lo anterior que la expresión “de alguna ley o reglamento” debe ser retirada del ordenamiento, debido a su ambigüedad? La Corte considera que no, pues una interpretación sistemática de ese aparte permite no sólo conferirle un sentido razonable, sino que posibilita superar sus ambigüedades (...) Así, en cuanto a las leyes, deben ser únicamente aquellas que se refieran explícitamente a las labores de esos funcionarios. Y en cuanto a los reglamentos, a fin de respetar el principio de legalidad, para la Corte es claro que debe tratarse de los reglamentos por medio de los cuales el Presidente, en desarrollo de sus facultades constitucionales, y de conformidad con la correspondiente ley marco, regula y ejerce la intervención en ese sector. **Y obviamente no deben entenderse incluidos dentro de esos reglamentos las circulares o conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria.***

Así las cosas, estas normas, al contener un margen amplio de discrecionalidad por parte del ejecutor de las medidas, en este caso de la Superintendencia, se vulnera el principio de tipicidad, el de reserva de ley y el de imparcialidad, puesto que el órgano de control, con solo emitir una instrucción u orden sin fundamento, puede dar lugar al ejercicio de una sanción en claro desmedro del debido proceso de protección constitucional.

De igual forma, tanto el aumento exorbitante de las sanciones, como la facultad de remover a los administradores por el indeterminado incumplimiento de una “instrucción”, vulnera el principio de proporcionalidad el mandato de “prohibición de exceso”⁶ al tiempo que controvierte derechos fundamentales, como el derecho al trabajo, la libertad de escoger profesión y oficio, el derecho de elegir y ser elegido, puesto que, sin fundamento suficiente, se le otorga una potestad desmesurada al Superintendente de poder, prácticamente, a su discreción, definir quien debe estar a cargo de una Caja de Compensación Familiar, pasando incluso por encima de los designios de quien los eligió.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002.

Esta última afirmación resulta especialmente relevante y aplicable en relación con el artículo 7 del proyecto, en el cual, sin formula alguna de debido proceso y con un grado máximo de incertidumbre, vulnerando con ello, nuevamente, la tipicidad y legalidad de la conducta que amerita una sanción, expone que cualquier incumplimiento de una “orden” (sin que se mencione su origen o fundamento) da lugar a una sanción, sin aplicación de procedimiento administrativo alguno para el efecto.

De igual preocupa que los administradores deban responder personalmente con su patrimonio en el evento de la aplicación de sanciones. En el país ha hecho carrera la imputación de responsabilidad a los administradores, aunque no haya culpa grave o dolo, lo cual deviene en un sistema de responsabilidad objetiva que amenaza con privar a los administradores de su patrimonio, riesgo que difícilmente estarían dispuestos a asumir en atención a las remuneraciones que por lo general aparejan estos cargos. En este sentido, incluso, el funcionario público tendría más garantías que un administrador de una Caja, en relación con los presupuestos para responder personalmente con su patrimonio, en claro desmedro, por demás del principio de igualdad.

4) EN RELACIÓN CON EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

En cuarto lugar, encontramos inconveniente la inclusión de limitaciones al funcionamiento de los Consejos Directivos de las Cajas y, en general, en las decisiones fundamentales de su Gobierno Corporativo. Lo anterior, en consideración a la naturaleza privada de las Cajas de Compensación Familiar, *“organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil”* (art. 39 de la Ley 21 de 1982) y definidas como organizaciones no gubernamentales por la Corte Constitucional en la sentencia C-575 de 1992. Es por ello que me permito llamar su atención sobre las siguientes medidas incluidas en el Proyecto de Ley 566 C/2021:

4.1 Eliminación de la exigencia de mayoría calificada para la elección de directores y otras decisiones

El artículo 50 de la Ley 21 de 1982 establece la composición de los Consejos Directivos, aclarando que todos tienen iguales derechos y obligaciones; el 47 de la Ley 21 de 1982 asigna a la Asamblea General de las Cajas la función de elegir a los representantes de los empleadores ante el Consejo Directivo; mientras que, por virtud del artículo 22 de la Ley 789, los representantes de los trabajadores beneficiarios serán escogidos por el Ministerio

del Trabajo de listas que presentarán las centrales obreras con personería jurídica reconocida y de los listados enviados por las Cajas de Compensación de todos los trabajadores sindicalizados.

Y, hasta la fecha, los Consejos Directivos así conformados requieren de una mayoría de 2/3 de sus miembros para tomar ciertas decisiones, incluyendo la elección del Director Administrativo (art. 50 de la Ley 789, parágrafo). Pues bien, con la propuesta de reducir tal decisión al voto de la mayoría simple de los miembros de los Consejos Directivos se propicia una enorme inestabilidad en los gobiernos corporativos (especialmente en las Cajas de Departamentos medianos y pequeños, donde el sector empresarial está concentrado) y, de paso, genera el riesgo de que el Sistema de Subsidio Familiar y las Cajas de Compensación Familiar sean permeados por intereses completamente ajenos a labor social y los fines que se trazaron desde hace más de 67 años. Ello, de paso, pone en peligro la continuidad de los proyectos, y somete las decisiones a una enorme fragilidad por cuenta de la amenaza permanente de una remoción de la dirección cada vez que haya discusiones sobre la conveniencia de determinada decisión.

En el mismo sentido, al eliminar las mayorías calificadas que hoy exige la ley para la toma de las decisiones más importantes al interior de las Cajas de Compensación Familiar, como ocurre con la aprobación de los presupuestos anuales de ingresos y egresos, aprobación de planes y programas de inversión y de los estados financieros de fin de ejercicio, entre otras, NO permite *“asegurar el buen funcionamiento del sistema”*, ni mucho menos impide que *“los órganos de decisión sean cooptados por determinados individuos”*, que son las finalidades expresadas en la exposición de motivos del proyecto de ley. Muy por el contrario, termina facilitando el control de las decisiones por unas escasas mayorías que no necesariamente representan los intereses de los afiliados, comprometiendo así los asuntos más trascendentales de las Cajas de Compensación, impactando a los más de 21 millones de colombianos que se benefician de sus obras y programas sociales. No solo es usual y conveniente contar con quórum especial para deliberar y tomar válidamente determinadas decisiones que se consideran importantes, sino que terminan siendo esta una valiosa instancia de construcción de consensos para poder construir mayorías, lo cual sin duda redundaría en decisiones colaborativas y la inclusión de diversos sectores entre los beneficiarios de tales presupuestos y proyectos.

En línea con lo expuesto, el sistema de mayorías calificadas tal como está previsto actualmente en el ordenamiento, permite garantizar un derecho constitucionalmente

tutelable, como lo es el derecho de las minorías en una organización. Así lo ha expuesto la Corte:

“Históricamente en la democracia, la voluntad general expresada en las urnas, se ha tomado bajo la idea de mayorías. El sistema de mayorías ha sido entendido como la mejor forma de determinar cuál es la decisión que se debe tomar después de que la ciudadanía expresa su voluntad. En ese sentido, se ha afirmado que el criterio mayoritario es “la espina dorsal de cualquier régimen democrático”⁷.

El principio mayoritario, por consiguiente, parte de una legitimidad de las decisiones que se soporta en la idea de que en el proceso de votación, la situación aprobada recibió más apoyo que rechazo. Ello configura, el consenso imperfecto.

(...)

*Con todo, el poder de las mayorías alerta también sobre sus posibles abusos. La facultad de tomar decisiones que puedan afectar a toda la población, incluso a quienes se opusieron originalmente a ella, avizora la posibilidad de adoptar posturas que vulneren los derechos de las minorías. **Por ello, el poder de las mayorías tiene límites que se concretan en las garantías constitucionales y legales que se deben brindar a las minorías**, no sólo para que sean escuchadas en el debate público, sino para que las decisiones de las mayorías no puedan desconocer sus derechos.*

El mismo Benjamin Constant dio cuenta de esta problemática al señalar que las mayorías, al ser expresión de “la voluntad general lo puede todo, los representantes de esta son tanto más temibles, cuanto que no se llaman sino instrumentos dóciles de esta pretendida voluntad, y cuanto que tiene en su mano los medios necesarios”. Por lo tanto, indicó que en “una sociedad fundada en la soberanía del pueblo, ningún individuo o clase puede someter el resto a su voluntad particular; pero tampoco residen facultades en aquella para ejercer un poder sin límites en sus miembros”⁸, por lo que dicha voluntad debería ser limitada.

(...)

19. En consecuencia, dado que la aprobación de las mayorías sigue siendo relevante para la toma de decisiones y que, en gran parte, es a través de este mecanismo que

⁷ Corte Constitucional, sentencia C- 179 de 2002. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸ Constant, Benjamin. *Curso de política constitucional*. Lawalle joven, 1823.

*se les dota de legitimidad, el ordenamiento jurídico acude a un sistema para contabilizar o consolidar las opiniones encontradas en las votaciones, **que tiene diferentes fórmulas para conciliar, de un lado, la voluntad general; y del otro, la eficacia en el procedimiento de toma de decisión, que es, de una u otra forma, también una garantía para las minorías.***

En concreto, el sistema de mayorías lo comprenden diferentes estándares que se pueden usar en escenario de una elección o de una toma de decisión, por más de tres sujetos involucrados”⁹.

Pues bien, uno de los mecanismos previstos en el ordenamiento para garantizar el principio democrático sin desmedro de las minorías es la adopción de sistemas de aprobación de mayorías más exigentes para decisiones trascendentales, tales como la mayoría calificada, en los cuales, como se expuso se busca la mayor participación y consenso en especiales decisiones que afectan de manera importante una organización o una toma de decisión. En organizaciones privadas como las Cajas de Compensación Familiar, este principio de protección resulta aun más importante, puesto que lo que busca, ante la participación paritaria de empleadores y trabajadores, es que ninguno de estos grupos o cualquiera que se pudiese conformar, desconozca los intereses legítimos de los otros en tratándose de las decisiones que más impactan una Caja.

En consecuencia, la reforma que plantea el proyecto no solo pone en peligro la estabilidad de la Caja y la permea de intereses no acordes con el Sistema, sino que vulnera el derecho de las minorías a participar de manera efectiva en las decisiones que más importantes de la Corporación.

Por lo anterior, la norma en cuestión vulnera de forma clara y evidente la Constitución Política.

4.2 Límite a los períodos de elección de los miembros de Consejos Directivos y Revisores Fiscales

Tampoco se comparte la inclusión de un límite en los períodos de elección de los miembros de los Consejos Directivos y de los revisores fiscales, toda vez que con ello se recorta de manera injustificada y excesiva la facultad de configuración de las Cajas de Compensación, órganos que -como dije- tienen naturaleza privada y se encuentran sujetos

⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-221 de 2015.

por orden legal a las normas del Código Civil, aun cuando siguen las directrices y lineamientos legales y reglamentarios que han dejado muy poco espacio al ejercicio de la libertad de asociación.

Pues bien, la ya limitada libertad de configuración y autonomía de estas Corporaciones de derecho privado no puede verse vaciada de contenido, lo cual ocurriría si se elimina la posibilidad de la Asamblea General de la Caja de Compensación de dictar, en los estatutos (aprobados por la SSF), la existencia o no de límites en los períodos de elección de los miembros de los Consejos Directivos.

Aun cuando el hecho de que recauden recursos de una prestación social (el subsidio familiar) lleva, sin duda, a que los fundamentos de la intervención estatal sean mayores y a que las Cajas tengan algunos límites en su autonomía, ello no puede llevar a la desaparición de la autonomía social de estas organizaciones, puesto que precisamente es esta la garantía del buen manejo de tales recursos por parte de la sociedad civil.

En cuanto a la autonomía de la voluntad, ligado a la libertad de empresa o la iniciativa privada, la Corte ha indicado que esta prerrogativa comprende:

*“la facultad de las personas de “(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o **modelos de organización** típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”.¹⁰ Esta libertad comprende, entre otras garantías, **(i) la libertad contractual**, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica; **(ii) la libre iniciativa privada**.¹¹ (se resalta).*

En cuanto al núcleo esencial de este derecho, esto es los límites que se predicen al legislador frente a la regulación de este derecho, la Corte ha indicado que comprenden:

*“(i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición¹²; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) **la libertad de organización y el derecho a que el Estado***

¹⁰ Cfr. sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹ Ver sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹² Ver sentencias T-291 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión¹³; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable”¹⁴(Se resalta).

En consecuencia, toda persona jurídica de derecho privado, entre las que se encuentran las Cajas de Compensación Familiar, gozan de autonomía para disponer de sus intereses de forma vinculante y, si bien tal garantía o libertad puede restringirse por el Estado, lo cierto es que en todo caso, cualquier regulación que limite ese derecho, deberá respetar como núcleo esencial, la libertad de las personas jurídicas de organizarse y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión.

Se reitera, el legislador puede limitar la autonomía de las organizaciones sociales, pero no puede desconocer su núcleo fundamental. Para ello, la Corte Constitucional, además, ha establecido un test de constitucionalidad que permite distinguir las regulaciones estatales legítimas, es decir, las que tengan modalidad de inspección, de las ilegítimas, es decir las que tengan la modalidad de colonización o intromisión. Una cosa es la inspección, la vigilancia y el control y otra es la intromisión. Este test consta de 3 elementos:

- i) la regulación estatal tiene un fin constitucionalmente protegido, verbigracia, proteger los derechos de los asociados?
- ii) ¿el medio para alcanzar dicho fin es adecuado, es decir, tiene el potencial real de alcanzarlo?; y
- iii) ¿el medio es necesario o existen alternativas igualmente adecuadas pero menos gravosas para el principio de la autonomía?

¹³ Ver la sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. La Corte expresó en esta oportunidad: “[E]l Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., **pero en principio y a título de ejemplo, no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión**, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada (...)” (negrilla fuera de texto).

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2011.

Para el caso que nos ocupa, la iniciativa que busca desde la ley, establecer periodos de 4 años con no reelección de los miembros de los consejos directivos y revisores fiscales de las Cajas, desconoce el núcleo fundamental de estas, al intervenir en el proceso natural de concertación entre empleadores y trabajadores, razón de ser de este sistema. Y limitar el período de los consejeros no sólo se está limitando un derecho fundamental de la organización, sino un derecho fundamental de los individuos a ser elegidos.

El sustento de la anterior afirmación proviene de la Constitución Política que contempla como principio estructural del Estado constitucional, el derecho a la participación democrática, que consiste en la potestad de intervenir en los asuntos que interesan a todos, cuestión que no solo aplica al ámbito electoral (elecciones políticas), sino que *“es un principio que debe estar presente en todas las actividades que se realizan en sociedad, pues se trata de un pilar del estado democrático que es expansivo y cobija a todas las relaciones sociales en general¹⁵”*. Al respecto ha puntualizado la Corte:

“El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades, así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo.

El concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional.

*No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, **sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida.** Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual” (Se resalta).*

La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos;

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 2012.

contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho.¹⁶

En línea con lo expuesto, para la Corte el principio democrático o el derecho a la participación democrática se caracteriza por ser *universal*, en la medida en que abarca varios escenarios, tanto públicos como privados al tiempo que se refiere o implica todo lo que puede interesar a la persona, a la comunidad y al Estado, es decir, todo lo que pueda afectar la distribución, conformación o asignación del poder social¹⁷. Así mismo el principio es *expansivo*, en tanto que, de acuerdo a su esencia *“ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su defensa”*¹⁸

Como manifestación inherente del derecho de participación democrática, se encuentra el derecho de elegir y ser elegido, el cual, de nuevo, no solo se circunscribe al ámbito del poder político, público y electoral sino que irradia todos los sectores sociales, económicos, culturales, entre otros y *“adquiere especial importancia cuando se trata de elegir personas para que representen a una comunidad, ya sea a nivel nacional, departamental, municipal o incluso al interior de entidades, pues se garantiza así una participación por intermedio de aquellos que fueron escogidos en los temas que le incumben a cada colectivo”*¹⁹.

En el presente caso, de nuevo, sin ninguna razón aparente, el proyecto limita de forma inconstitucional el derecho a elegir y ser elegido, puesto que priva a las personas que tienen un interés superior en participar en la administración de una Caja (empleadores y trabajadores), del derecho a postular a quien consideren pertinentes (sin límite de tiempo) y, de manera correlativa impide que quien se ha desempeñado en favor de la Caja, pueda seguir participando válidamente en la misma.

Lo anterior, lejos de *“asegurar el buen funcionamiento del sistema”* como se afirma en la exposición de motivos del PL 349 C/2021, terminaría debilitando los modelos de gobierno corporativo de las Cajas de Compensación y exponiendo a sus representantes legales, miembros del Consejo Directivo y funcionarios del nivel directivos a la zozobra permanente causada por la enorme facilidad de ser removidos y reemplazados por unas estrechas

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 1994.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

mayorías que, en mercados concentrados, podrían hacerse con facilidad al control de las Cajas.

Y, si lo que se pretende con esta iniciativa es fomentar la rotación en las posiciones directivas, debemos resaltar que todos los empleadores afiliados a las Cajas de Compensación gozan de iguales derechos y oportunidades para postularse al vencimiento del período estatutario para ser parte de su Consejo Directivo, sin que en la práctica existan limitaciones o restricción de oportunidades de ningún tipo para este tipo de elecciones. Por lo tanto, dicha disposición carece de fundamento legal y eficacia práctica y, por el contrario, atenta contra el derecho (a elegir y ser elegido) que tenga un actual miembro de Consejo Directivo de continuar participando y aportando al desarrollo y futuro de la Caja de Compensación en cuyo consejo actúa, dando en cambio vía libre a que estas Corporaciones privadas puedan ser objeto de intervenciones según los intereses políticos de cada región.

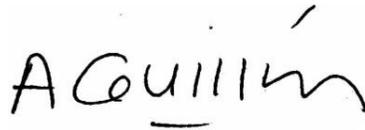
Por los motivos que anteceden, y en atención a la naturaleza del Sistema de Subsidio Familiar y de los recursos que lo componen, como prestación social derivada del contrato de trabajo que permite el acceso a condiciones de bienestar para el trabajador y sus familias, consideramos que algunas de las propuestas de cambio normativo podrían entrar en conflicto con la naturaleza privada de las Cajas de Compensación Familiar y la autonomía que, desde su origen, han tenido estas en el manejo de los recursos a su cargo.

En atención a que las posibilidades del legislador de intervención no pueden ser superiores al grado de confianza que el Estado debe observar bajo el principio de buena fe que se presume de las actuaciones de los particulares, preocupa que el Proyecto de Ley desconozca los beneficios obtenidos con cargo a los recursos del 4%, el ejemplar desempeño en materia de gobierno corporativo y la madurez que han alcanzado las Cajas de Compensación, producto precisamente del ejercicio de la autonomía, de la auto regulación y del auto control. Creemos, además, que no tiene en cuenta la manera en que las Cajas de Compensación han adoptado de manera voluntaria las mejores prácticas de Gobierno Corporativo para asegurar el buen funcionamiento del sistema. Prueba de ello es el proyecto de Gobierno Corporativo adelantado por el Ministerio de Trabajo con la CAF y la firma *Governance Consultants* que dio como resultado la Guía para la adopción de buenas prácticas de Gobierno Corporativo y que ponemos a disposición de los ponentes del proyecto de ley.

Quedamos a su entera disposición para ampliar o complementar cualquiera de los puntos de esta comunicación.

Con el debido respeto, de los H. Representantes,

Cordialmente,



ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO
Presidente Ejecutiva