

Al contestar este Oficio, por favor cite este número: 2-2020-215801

Bogotá D.C., 3 de marzo de 2020 09:48

Ref. 1-2020-002745 29/2020/CJUR

Asunto: Concepto Jurídico – No afiliación a caja de compensación familiar por parte del empleador.

Cordial saludo.

Hemos recibido comunicación radicada No. 1-2020-002745 del 19 de febrero de 2020, del Subdirector de Formalización y Protección del Empleo del Ministerio del Trabajo donde traslada por competencia, la solicitud radicada por usted en dicha entidad, en la cual manifiesta lo siguiente:

1. PROBLEMA JURÍDICO:

“Buenas tardes, laboré con una empresa 10 meses y ahora que voy a pedir el auxilio de desempleo me dicen que esa empresa NUNCA me afilió a la caja de compensación aunque SI realizó los aportes, mi petición es sobre información al respecto, si esa empresa puede ser sancionada o algo por estilo y cómo puedo solucionar mi problema, muchas gracias.”

2. MARCO NORMATIVO:

Para dar respuesta a su consulta es importante mencionar que las Cajas de Compensación Familiar, de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 21 de 1982, son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del estado en la forma prevista por la Ley.

Las Cajas de Compensación Familiar son entes de naturaleza especialísima y en cumplimiento de su objeto social recaudan y pagan una prestación social denominada Subsidio Familiar en dinero, especie y servicios a los trabajadores afiliados al Sistema del Subsidio Familiar que por reunir los requisitos legales tienen derecho a la misma, con el objetivo fundamental de aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad y en beneficio de los trabajadores de medianos y escasos recursos de nuestro país.



C71g 5tFs nDTC 3akQ WcPE 1D6C BTA=

Copia en papel auténtica de documento electrónico. La validez de este documento puede verificarse ingresando en <http://sw2k8rzesigna-e.8080/SedeElectronica/>

Las funciones de las Cajas de Compensación Familiar, se encuentran enmarcadas en la Ley 21 de 1982, donde se establece lo siguiente:

*“**Artículo 41.** Las Cajas de Compensación Familiar tendrán entre otras, las siguientes funciones:*

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

Esta disposición fue modificada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002, sin que cambiara su primera y principal función, por tanto, actualmente son las Cajas de Compensación Familiar las que en cumplimiento de su objeto social recaudan y pagan el Subsidio Familiar bien sea en dinero, especie y servicios, a los trabajadores afiliados a su corporación, quienes, previo cumplimiento de los requisitos legales tienen derecho a esta prestación social.

En este orden de ideas, los aportes con destino al Subsidio Familiar son de naturaleza pública y le pertenecen al Sistema de la Protección Social, por tanto gozan de protección especial por parte del Estado y son las Cajas de Compensación Familiar las que deben adelantar las acciones de cobro pertinentes sin importar el monto de dichas acciones.

Ahora bien, la Ley 21 de 1982 instaura:

*“**Artículo 1.** El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios 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.*

(...)

***Artículo 7:** Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA):*

1º. La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias.



C71g 5tFs nDTc 3akQ WcPE 1D6C BTA= Copia en papel auténtica de documento electrónico. La validez de este documento puede verificarse ingresando en <http://sw218r2esigna-e.8080/SedeElectronica/>

2°. Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios.

3°. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de las órdenes nacional, departamental, Intendencias, distrital y municipal.

4°. Los empleados que ocupen uno o más trabajadores permanentes

(...)

Artículo 15°. Los empleadores obligados al pago de aportes para el subsidio familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y los demás con destinación especial, según los artículos 7° y 8°, deberán hacerlo por conducto de una Caja de Compensación Familiar que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios [...]

(...)” (Negrilla y Subraya fuera de texto)

Por otra parte, el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015, establece lo siguiente:

[...]

ARTÍCULO 2.2.7.2.1.1. Afiliados al régimen del subsidio familiar. Son afiliados al régimen del Subsidio Familiar:

1. Los trabajadores de carácter permanente al servicio de los empleadores previstos en los artículos 7 y 72 de la Ley 21 de 1982, **desde el momento de su vinculación y hasta la terminación de la misma.** [...]

ARTICULO 2.2.7.2.3.4. Pago de aportes adeudados. Cuando el empleador incurso en suspensión o pérdida de la calidad de afiliado a una caja por no pago de aportes, **cancela lo debido a la caja, esta pagará a los trabajadores beneficiarios de aquel tantas cuotas de subsidio cuantas mensualidades haya satisfecho.**

En igual obligación estará la caja cuando **afilie empleadores que paguen aportes retroactivos.**” (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Con fundamento en lo antes expuesto, se encuentra que los trabajadores deben ser afiliados al sistema del subsidio familiar desde el momento de su vinculación laboral y hasta el término de esta, ante una Caja de Compensación Familiar donde al respectivo empleador le haya sido aceptada su solicitud de afiliación y ésta permanezca vigente ante la respectiva Corporación, momento a partir del cual nace para el empleador la obligación de pagar de manera oportuna y en forma mensual un aporte del 4% y para la Caja de Compensación Familiar el pago de la prestación social subsidio familiar en dinero a las personas a cargo del trabajador beneficiario.



C71g 5tfs nDTc 3akQ WcPE 1D6C BTA= Copiar en papel auténtica de documento electrónico. La validez de este documento puede verificarse ingresando en <http://sw2k8rzesigna-e8080/SedeElectronica/>

Ahora respecto de la oportunidad y pertinencia de la reclamación en materia de subsidio familiar, es importante hablar de la prescripción y caducidad de las acciones, debemos hacer claridad en los dos términos y en qué situaciones se aplica cada uno de ellos, es así que el **artículo 6 de la Ley 21 de 1982** establece:

«Artículo 6º. Las acciones correspondientes al subsidio familiar prescriben en los términos del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, el derecho a la cuota correspondiente a un mes determinado, caduca al vencimiento del mes subsiguiente, en relación con los trabajadores beneficiarios que no hayan aportado las pruebas del caso, cuando el respectivo empleador haya pagado oportunamente los aportes de ley por intermedio de una Caja de compensación familiar o de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.» (Las subrayas fuera de texto).

Norma según la cual es claro que la **caducidad** únicamente se aplica al trabajador cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- a) Que el empleador respectivo haya pagado oportunamente los aportes correspondientes a esa cuota, por conducto de una caja de compensación familiar.
- b) Que el trabajador beneficiario no haya aportado las pruebas del caso antes del vencimiento del mes subsiguiente a aquél en que se cause el derecho.

A manera de ejemplo, se puede indicar que si el trabajador causó su derecho a la cuota del mes de enero, por haber reunido los requisitos, tiene plazo hasta el mes de marzo para allegar las pruebas, pues el derecho a una cuota determinada de subsidio caduca al mes subsiguiente como lo indica la precitada disposición, siempre y cuando el empleador haya cancelado oportunamente los aportes respectivos.

Lo anterior es en el caso en que el empleador haya pagado oportunamente los aportes de ley por intermedio de una Caja de Compensación Familiar, pero si el trabajador no ha aportado las pruebas necesarias para acreditar que tiene el derecho al subsidio familiar, caduca la cuota correspondiente, mes a mes.

Ahora, en cuanto al término de prescripción, por remisión expresa del artículo 6 de la Ley 21 de 1982 transcrito, debemos acudir al Código Sustantivo del Trabajo, que respecto de la prescripción dispone:

Código Sustantivo del Trabajo

«Artículo 488. Regla General. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.



Artículo 489. Interrupción de la Prescripción. *El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.» (Subrayado fuera de texto).*

Es decir, que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo establece, como regla general, que las acciones encaminadas a reclamar los derechos laborales prescriben en 3 años contados desde la fecha en que tales derechos se hicieron exigibles, pero dicho término puede ser interrumpido de dos formas: judicial y extrajudicial.

La forma extrajudicial de interrumpir la prescripción de los derechos laborales está prevista en el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, transcrito, según el cual para este efecto basta con que el trabajador reclame por escrito un derecho determinado al empleador, acción que hará que el término de prescripción inicie a correr de nuevo, pero por una sola vez y por un lapso de tiempo igual.

Para la forma judicial de interrupción de la prescripción judicial debemos acogernos a las reglas del Código General del Proceso.

Vale precisar que según la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 15 de mayo de 2012, radicación 38504, los dos mecanismos para interrumpir la prescripción (judicial y extrajudicial), no son excluyentes, de suerte que se pueden aplicar los dos, esto es que primero se puede establecer la interrupción mediante el proceso extrajudicial (que solo opera una vez), y luego con la presentación de la demanda.

Conforme al contenido de esta disposición, la prescripción señalada en el artículo 6 de la Ley 21 de 1982, con remisión al Código Sustantivo del Trabajo, opera cuando el empleador no esté afiliado a una Caja de Compensación Familiar, pues se trata de la regulación propia de la relación laboral existente entre el trabajador y su respectivo empleador.

De acuerdo con los argumentos expuestos en su escrito, se puede deducir que existe no afiliación y pago de aportes mediante una Caja de Compensación Familiar por parte del empleador, por lo tanto es procedente informar a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, dado que la competencia asignada a la UGPP, en virtud de lo establecido en la Ley 1607 de 2012, establece otra clase de sanciones para los empleadores que incurrieran en conductas de evasión y elusión denominadas por los artículos 178 y 179, como la omisión e inexactitud en el pago de los aportes, para las cuales estableció una gradualidad de sanción de



C71g 5fS nDTc 3akQ WcPE 1D6C BTA= Copiar en papel auténtica de documento electrónico. La validez de este documento puede verificarse ingresando en <http://sw2k8rzesigna-e8080/SedeElectronica/>

acuerdo con la conducta y las etapas de desarrollo de la infracción y el procedimiento sancionatorio.

De igual forma se debe remitir al Ministerio de Trabajo, dado que de conformidad con la reseña normativa del Código Sustantivo del Trabajo y del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015 (Decreto 4108 de 2011), esa cartera es competente para adelantar las investigaciones sobre el cumplimiento de las empresas o empleadores en relación con la afiliación y pago de aportes a los sistemas de seguridad social en pensiones y riesgos laborales y aportes parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, SENA, ICBF).

Por otra parte, tenemos que la Ley 1636 de 2013, creó el mecanismo de protección al cesante estableciendo su campo de aplicación, así:

“Artículo 3. Campo de Aplicación. *Todos los trabajadores del sector público y privado dependientes o independientes, que realicen aportes a las cajas de compensación familiar, por lo menos por un año continuo o discontinuo en los últimos tres (3) años si se es dependiente, y por lo menos dos años continuos o discontinuos en los últimos tres (3) años si es independiente, accederán al Mecanismo de Protección al Cesante, sin importar la forma de su vinculación laboral, y de conformidad con lo establecido por la reglamentación que determine el gobierno nacional.*

[...]

Dicho mecanismo otorga beneficios por un periodo establecido en el artículo 12 ibídem, que reza lo siguiente: “Los trabajadores dependientes o independientes que cumplan con el requisito de aportes a Cajas de Compensación Familiar recibirán un beneficio, con cargo al Fosfec, que consistirá en aportes al sistema de salud y pensiones, calculado sobre un (1) smlmv.”, y establece los requisitos legales así:

“Artículo 13. Requisitos para acceder a los beneficios. *Podrán acceder a los Beneficios del Mecanismo de Protección al Cesante, los desempleados que cumplan las siguientes condiciones:*

- 1. Que su situación laboral haya terminado por cualquier causa o, en el caso de ser independiente su contrato haya cumplido con el plazo de duración pactado y no cuente con ningún otro, o no cuente con ninguna fuente de ingresos.*
- 2. Que hayan realizado aportes un año continuo o discontinuo a una Caja de Compensación Familiar durante los últimos tres (3) años para dependientes y dos años continuos o discontinuos en los últimos tres (3) años para independientes.*
- 3. Inscribirse en cualquiera de los servicios de empleo autorizados, pertenecientes a la Red de Servicios de Empleo y desarrollar la ruta hacia la búsqueda de empleo.*
- 4. Estar inscrito en programas de capacitación en los términos dispuestos por la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.*



C7/g 5tFS nDTC 3akQ WcPE 1D6C BTA= Copiar en papel auténtica de documento electrónico. La validez de este documento puede verificarse ingresando en <http://sw2k8rzesigna-e8080/SedeElectronica/>

5. Adicionalmente, si ha realizado un ahorro al mecanismo de protección al cesante por un mínimo del 10% del promedio del salario mensual durante el último año para todos los trabajadores que devengan hasta dos (2) smmlv, y mínimo del 25% del promedio del salario mensual durante el último año, si el trabajador devenga más de 2 smmlv podrá acceder al beneficio monetario de que trata el artículo 12 de la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. No podrán recibir beneficios con cargo al Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante los trabajadores cesantes que, habiendo terminado una relación laboral, mantengan otra(s) vigente(s) o haya(n) percibido beneficios del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante, durante seis (6) meses continuos o discontinuos en los últimos tres años.

PARÁGRAFO 2o. Quienes no cumplan con la totalidad de los requisitos, pero se encuentren afiliados al Mecanismo de Protección al Cesante siempre podrán acceder a la información de vacantes laborales suministrada por el servicio público de empleo.

PARÁGRAFO 3o. El Ministerio del Trabajo reglamentará la forma como los independientes deben demostrar las condiciones del inciso 1o.

[...]"

Así mismo, el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015 en el título 6, capítulo 1, sección 3, regula lo atinente a las PRESTACIONES ECONÓMICAS DE LA POBLACIÓN CESANTE RECONOCIDAS POR EL FONDO DE SOLIDARIDAD DE FOMENTO AL EMPLEO Y PROTECCIÓN AL CESANTE (FOSFEC), donde en su artículo 2.2.6.1.3.3 insta que:

“Artículo 2.2.6.1.3.3. Acreditación de requisitos de acceso al Mecanismo de Protección al Cesante. Para acceder a los beneficios del Mecanismo de Protección al Cesante, el solicitante cesante deberá:

1. Aportar la certificación sobre la cesación laboral establecida por la Ley 1636 de 2013, en los términos del artículo anterior.

2. Obtener el certificado de inscripción en el Servicio Público de Empleo, para lo cual deberá diligenciar en línea o ante cualquiera de los prestadores autorizados, el formulario de hoja de vida del Sistema Público de Empleo. En caso de encontrarse inscrito, deberá realizar la actualización de la hoja de vida.

3. Con el fin de solicitar las prestaciones económicas y acreditar las condiciones de acceso de que trata este artículo, deberá diligenciar el Formulario Único de Postulación al Mecanismo de Protección al Cesante, el cual será establecido por el Ministerio del Trabajo.

4. Las Cajas de Compensación Familiar deberán realizar la verificación de los requisitos para ser beneficiario del Mecanismo de Protección al Cesante, de que tratan los artículos 10, 11, 13 y 14 de la Ley 1636 de 2013.

[...]" (Subrayado fuera de texto)



Como se puede evidenciar, la Ley 1636 de 2013 establece claramente los requisitos que se deben tener en cuenta para ser beneficiario del Mecanismo de Protección al Cesante y determina para su reconocimiento, que dentro de los 10 días siguientes a la petición del cesante presentada en un formulario, las cajas de compensación familiar como administradoras del FOSFEC, deberán verificar el cumplimiento de la afiliación al Mecanismo de Protección al Cesante, a Cajas de Compensación Familiar y las condiciones de acceso a los beneficios del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante establecidos en la ley, para así determinar la elegibilidad de dicha solicitud.

Adicionalmente establece que previo al cumplimiento de los requisitos legales, un trabajador cesante tendrá derecho a las prestaciones económicas del Mecanismo de Protección al Cesante siempre que no haya percibido ese beneficio en los últimos tres (3) años, durante seis (6) meses continuos o discontinuos.

Esos requisitos legales exigen el diligenciamiento del Formulario Único de Postulación al Mecanismo de Protección al Cesante, en el cual, el postulante hace una declaración bajo la gravedad de juramento que la información suministrada es verídica y que cumple con los requisitos y condiciones para ser beneficiario del programa.

3. CONCLUSIONES.

3.1. Las funciones de la Superintendencia del Subsidio Familiar están definidas en la Ley, estas funciones enmarcan la competencia que le asiste a esta entidad, en donde claramente no es viable la intervención en temas meramente administrativos de la Corporación; es así que nuestro pronunciamiento respecto al objeto de consulta, solo se puede limitar a la interpretación normativa y los elementos que la misma norma nos ofrece.

3.2. Los aportes con destino al Subsidio Familiar son de naturaleza pública y le pertenecen al Sistema de la Protección Social, por tanto gozan de protección especial por parte del Estado y son las Cajas de Compensación Familiar las que deben adelantar las acciones de cobro pertinentes sin importar el monto de dichas acciones.

3.3. Las disposiciones mencionadas nos permiten concluir que para efectos del pago de los aportes con destino al Subsidio Familiar, la ley determina taxativamente que es una **obligación a cargo de los empleadores** tanto del sector público como del privado, quienes deben hacerlo por conducto de una Caja de Compensación Familiar que funcione en la ciudad o localidad donde se causen los salarios.

3.4. Los trabajadores deben ser afiliados al sistema de subsidio familiar desde el momento de su vinculación laboral y hasta el término de esta ante una Caja de Compensación Familiar donde al respectivo empleador le haya sido aceptada su solicitud de afiliación y ésta permanezca vigente ante la respectiva Corporación, momento a partir del cual nace para el empleador la obligación de pagar de manera oportuna y en forma mensual un



aporte del 4% y para la Caja de Compensación Familiar el pago de la prestación social subsidio familiar en dinero a las personas a cargo del trabajador beneficiario.

3.5. Del planteamiento expresado en su solicitud, se puede determinar que el tema a conceptuar es el subsidio familiar de un trabajador que no fue afiliado por su empleador a la Caja de Compensación Familiar, en cuyo caso se evidencia un incumplimiento de las obligaciones que le asisten a ese empleador y que son reguladas por la legislación laboral vigente, en cuyo caso podrá hacer uso de las acciones legales establecidas para reclamar los derechos laborales, ante la jurisdicción ordinaria y dentro de los términos establecidos por la misma.

3.6. La Ley establece claramente los requisitos para que un trabajador cesante tenga derecho a las prestaciones económicas del Mecanismo de Protección al Cesante, siempre que no haya percibido ese beneficio en los últimos tres (3) años, durante seis (6) meses continuos o discontinuos.

3.7. Las Cajas de Compensación Familiar deben contar con procedimientos y mecanismos como el cruce de información con las diferentes bases de datos, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.6.1.3.1.1 del Decreto 1072 de 2015; que les permita determinar los casos en que los trabajadores no tienen derecho a recibir los beneficios del FOSFEC o los pierden por incumplir con las obligaciones y requisitos exigidos.

3.8. Finalmente, debe puntualizarse por parte de la Oficina Asesora Jurídica que de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 2595 de 2012 (Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia del Subsidio Familiar y se determinan las funciones de sus dependencias) y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-, “salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuesta a las peticiones realizadas en el ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”, por lo que el concepto emitido por esta oficina constituye solo un criterio orientador para la interpretación y aplicación de la normatividad relativa al objeto de consulta, conservando la dependencia y autoridad pública, la autonomía en el ejercicio de sus competencias legales y reglamentarias.

Por lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia del Subsidio Familiar, presenta los elementos y argumentos jurídicos que se debe considerar al momento de hacer cumplir las disposiciones que regula la materia y así contar con los elementos necesarios para adoptar las decisiones de forma ajustada a la normatividad vigente con el fin de garantizar en todo momento los derechos que le asisten a los afiliados al Sistema del Subsidio Familiar.



C719 51fs nDTC 3akQ WcPE 1D6C BTA
Copiar en papel auténtica de documento electrónico. La validez de este documento puede verificarse ingresando en <http://sw2k8rize/signa-e-8080/SedeElectronica/>

Adicionalmente, lo invitamos a consultar la página web de la Superintendencia del Subsidio Familiar donde se encuentran publicados todos los conceptos jurídicos emitidos por este órgano de inspección, vigilancia y control, con una búsqueda por palabra clave que facilita el acceso a los mismos en el siguiente link:

<https://www.ssf.gov.co/transparencia/normatividad/sujetos-obligados-del-orden-nacional/conceptos-juridicos>

Atentamente,



AURA ELVIRA GÓMEZ MARTÍNEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Libia Silva

Copia Externa: MINISTERIO DE TRABAJO - CARRERA 14 N° 99-33 de Bogotá.



C7Jg 5tfs nDTC 3akQ WcPE 1D6C BTA
Copiar en papel auténtica de documento electrónico. La validez de este documento puede verificarse ingresando en <http://sw2k8rzesigna-e8080/SedeElectronica/>