



Cajas de compensación familiar y función administrativa

César Augusto Montoya Castrillón

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

Tutor

Luz Astrid Álvarez Patiño, Magíster (MSc) en Derecho

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Administrativo
Medellín, Antioquia, Colombia
2024

Cita	(Montoya, 2024)
Referencia	Montoya, C. (2024). <i>Cajas de compensación familiar y función administrativa</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Administrativo, Cohorte XX



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

El propósito de este artículo es determinar desde el ámbito doctrinal y jurisprudencial cuándo las Cajas de Compensación Familiar cumplen una función administrativa. Para ello, se realiza un rastreo de doctrina y jurisprudencia, en especial de la Corte Constitucional. Se concluye la existencia de doctrina que considera que las Cajas de Compensación Familiar cumplen una función administrativa porque administran recursos parafiscales, y otra posición doctrinaria que entiende no cumple dicha función en tanto el subsidio familiar es una prestación laboral, por tanto, no tiene carácter parafiscal. La jurisprudencia de la Corte Constitucional no es clara, ya que en algunas decisiones plantea que las Cajas cumplen función administrativa y en otras señala que no, en tanto considera su actividad como propia de la seguridad social. Esto permite entender que su función escapa al concepto de función administrativa con sus respectivas implicaciones.

Palabras clave: Función administrativa, naturaleza de las Cajas de Compensación Familiar, parafiscalidad, seguridad social, subsidio familiar.

Sumario

Introducción. 1. Concepto de función administrativa. 2. Función administrativa por particulares. 3. Seguridad social. 4. Naturaleza de las Cajas de Compensación Familiar. 5. Naturaleza del subsidio familiar y su carácter parafiscal. Conclusión. Referencias.

Introducción

Para abordar el tema de estudio y comprender su alcance, es pertinente tener en cuenta el origen, desarrollo y propósito de las Cajas de Compensación Familiar en Colombia (en adelante Cajas). Las Cajas tienen su antecedente en la Ley 90 de 1946, sin que fuera obligatoria su existencia. Tal organización tenía como fin el pago del subsidio, en caso de que los patronos decidieran hacerlo por mutuo propio, acuerdo convencional o en atención a alguna ley especial. La primera Caja fue creada por la ANDI (Asociación Nacional de Industriales) en 1954, en el Departamento de Antioquia. La primera regulación, el Decreto 1521 de 1957, dispuso que

tendrían autonomía administrativa, se crearían a través de corporaciones y con personería jurídica. (Corte Constitucional, Sentencia C-429, 219).

En cuanto al pago del subsidio familiar, este se dio por primera vez en el año 1949 de parte del Ferrocarril de Antioquia a los hijos de sus trabajadores. En efecto, a través de una convención colectiva, las referidas partes acordaron como valor de subsidio tres pesos por cada hijo menor de quince años. Luego, a través del Decreto 118 de 1957, el Gobierno nacional dispuso el subsidio familiar como una prestación económica obligatoria.

Ahora, la Ley 21 de 1982, en el artículo 39 definió las Cajas como personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones conforme al Código Civil. Asimismo, dispuso esa ley que las Cajas cumplen funciones de seguridad social, estando sometidas al control y vigilancia del Estado. Dispuso la ley como función principal de las Cajas, el recaudo a los empleadores y el pago del subsidio familiar ya fuera en dinero, servicios o especie a los trabajadores que cumplieran determinadas condiciones definidas en la ley. El subsidio en servicios y especie se desarrolla a través de obras y programas tales como salud, educación, vivienda, crédito, recreación, turismo. En la Ley 789 de 2002, se crea el Fondo para la Atención Integral de la Niñez y jornada escolar complementaria (numeral 8). De otro lado, a través de la Ley 1636 de 2013 se creó el mecanismo de protección al cesante con el fin de brindar protección a los trabajadores cesantes más vulnerables.

En este ámbito normativo, se ha establecido por parte de la jurisprudencia constitucional que las Cajas en la prestación de los servicios relacionados con el subsidio familiar ejercen una función pública (Corte Constitucional, Sentencia T-586, 1999. C-1173, 2001. C-401, 2006.) o administrativa (Corte Constitucional, Sentencia T-160, 2015). En otras decisiones el Tribunal Constitucional señala que las Cajas desarrollan funciones de seguridad social (Corte Constitucional, Sentencia C-575, 1992); incluso, ha definido que las Cajas no cumplen función pública (Corte Constitucional, Sentencia C-429, 2019). De otro lado, ha establecido de manera reiterada que los recursos recaudados por las Cajas para el pago del subsidio familiar son recursos parafiscales atípicos (Corte Constitucional, Sentencia C-575, 1992). Esta última aseveración ha llevado a un sector de la doctrina a concluir que las Cajas cumplen función administrativa con todas las implicaciones legales que ello conlleva (Suárez *et al.*, 2010). También hay quienes proponen que el subsidio familiar al ser una prestación social no corresponde a un recurso parafiscal y en esa medida no están adelantado función administrativa.

El hecho de que se deje sentado en el sistema jurídico que las Cajas ejercen función pública, también puede llevar a entender que ejercen función administrativa, en tanto, los términos función pública y función administrativa suelen tratarse de manera indistinta. Incluso, las expresiones servicios público y función administrativa suelen confundirse, lo cual se amplía más cuando el subsidio familiar ha sido catalogado como un recurso parafiscal atípico (Corte Constitucional, Sentencia C-393, 2007), sobre los cuales ejerce control fiscal la Contraloría General de la República, inciso 2o artículo 20 Ley 789 de 2002 (Corte Constitucional, Sentencia C-655, 2003). En efecto, su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 150 numeral 12 y en el 338 de la Constitución Política.

Definir que las Cajas ejercen función administrativa conlleva efectos tales como que tendrían la facultad de emitir actos administrativos, en lo referido a los recursos del subsidio familiar, lo cual conlleva aplicar el procedimiento administrativo conforme a la Ley 1437 de 2011. Verificar si su contratación se rige por el Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus normas reglamentarias). De igual manera, si los administradores de las Cajas quedan inmersos en las conductas punibles de la celebración indebida de contratos. Por el contrario, si cuando las Cajas administran los aportes para el pago de subsidio familiar, realizan un servicio de interés general propio de la seguridad social que no puede clasificarse como función administrativa.

Bajo el anterior contexto, se debe identificar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional si efectivamente se puede concluir que a la luz de sus decisiones se puede predicar que las Cajas cumplen función administrativa. Para ello, bajo una estructura lógica, es necesario abordar, en primer lugar, no solo la naturaleza de las Cajas, el alcance de los recursos parafiscales atípicos, sino también otros conceptos como función pública, función administrativa, cuándo los particulares ejercen función administrativa. En segundo lugar, establecer el alcance de la seguridad social, sus implicaciones en la actividad de las Cajas y si esta implica función administrativa. Por último, concluir si de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional se puede afirmar que las Cajas de Compensación ejercen función administrativa.

1. Concepto de función administrativa

Hablar de la función administrativa es hacer referencia al poder público, en tanto, aquella es una de las formas como se ejerce dicho poder. En efecto, el artículo 113 de la

Constitución Política dispone lo siguiente. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. (Colombia. Presidencia de la República, 1991).

Conforme al precitado artículo, se debe tener en cuenta que en el inciso 2 establece la existencia de otros órganos para el cumplimiento de otras funciones, las cuales se han denominado función de control (fiscal y disciplinaria) y función electoral. La función de control se divide en dos. La primera, a cargo de la Contraloría General de la República, regulado en el artículo 267 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 4 de 2019, artículo 1 que le atribuye la función de vigilancia y control de la gestión fiscal de la administración, de todo tipo de recursos públicos y de los particulares o entidades que administren dichos recursos. La función administrativa que ejerce es en lo propio de su organización y para cumplir su fin constitucional de vigilancia y control de la gestión fiscal.

En cuanto a la función disciplinaria, encuentra su fundamento en el artículo 277 numeral 6 de la Constitución Política, en tanto, atribuye al procurador (a) general de la nación la vigilancia de la conducta de quienes desempeñen funciones públicas. Además, es una función independiente y autónoma, en tanto, su titularidad está en cabeza principal del Ministerio Público, que no hace parte de la Rama Ejecutiva, sus principios y regulación específica no está en la Ley 489 de 1998 que regula la función administrativa, sino en la Ley 1952 de 2019 Código Disciplinario. Ahora el hecho de que se le apliquen elementos de la función administrativa, ello no obedece a que esa sea su función principal, sino que por factor residual se le aplica normas de la función administrativa.

La función electoral tiene como fines constitucionales garantizar el derecho fundamental de las personas en la conformación del poder público y en la participación en las elecciones. La función electoral tiene independencia y autonomía frente a las demás autoridades y ramas del poder público, en tanto tiene un contenido propio y muy concreto. (Álvarez, 2019, p. 61-62).

De otro lado, en relación con la expresión función administrativa, es importante tener en cuenta que en algunas ocasiones la doctrina y la jurisprudencia aluden a esta bajo la expresión función pública. Al respecto, “*El concepto de función administrativa se halla vinculado a la idea de función estatal o función pública*”. Marín Cortés (2010, p. 21-22). Ahora, la función

pública dentro del ordenamiento jurídico colombiano tiene una connotación específica, en tanto, la Constitución Política entre los artículos 122 a 131, usa este término para referirse a todos los aspectos fundamentales de los cargos públicos y vínculo de los servidores públicos del Estado. Por tanto, cuando se utiliza el término función pública se debe identificar si se hace alusión al servidor público y todo lo concierne a este asunto o a la especie función administrativa.

Para Atehortua y Jaramillo, cuando se hace referencia a función pública corresponde a las funciones propias del Estado, las cuales en el ordenamiento jurídico colombiano son la legislativa, ejecutiva, judicial, la de control y electoral, fundamentalmente. Ahora, la función administrativa, consideran es una modalidad de función pública, y “corresponde al ejercicio de todas las funciones diferentes a las de legislar y juzgar, de allí que su ámbito de aplicación no se limita a la función ejecutiva” (p. 158 y 159).

Al respecto, Vergara (2019) sobre función pública indica que es un término con varios significados. Uno de ellos corresponde a la “totalidad de las funciones que se encuentran a cargo del Estado o solo a alguno de sus sectores específicos” (p. 3). Indica el autor que cuando se alude a todas las funciones a cargo del Estado, la función pública se utiliza en un sentido general y alude “al conjunto de actividades asignadas a las distintas autoridades, organismos y entidades estatales” (Vergara 2019, p. 3). Ahora, cuando la expresión función pública se usa en el sentido restringido, se centra en un sector concreto de la actividad estatal, esto es, en todo lo relativo a quienes dispensan servicios al Estado. Aquí se hace alusión a los términos empleado, funcionario, agente, trabajador o servidor público. (Vergara, 2019, p. 4).

Existe otro aspecto relevante en lo referido a la función administrativa y es si corresponde a servicio público, esto es, si son lo mismo o diferente. Dentro del título XII de la Constitución Política referente al régimen económico y de la hacienda pública, en el artículo 365 a 370 se regula y establecen los principios, así como los fines de los servicios públicos. Esto se desarrolla en el marco del Estado social de derecho, artículo 1 de la Constitución Política. Por ello, deben tener como propósito cumplir los fines en cabeza de la organización estatal, tales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, artículo 2. “Tales propósitos conllevan a que las actuaciones del Estado estén enderezados a cubrir necesidades básicas insatisfechas y a garantizar las mínimas condiciones para que la

existencia del hombre sea acorde con la dignidad humana” (Atehortúa & Jaramillo, 2023, p. 434).

Se hace alusión especial a los servicios de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, así como a los servicios públicos domiciliarios, sin señalar a estos como los únicos servicios públicos. Indica el artículo 365 constitucional que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. El Estado deberá asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. La prestación de los servicios públicos estará sometidos a un régimen legal, al control y vigilancia por parte del Estado. Por servicio público, Marín (2010) entiende:

Las actividades desarrolladas por el Estado, directa o indirectamente –por medio de concesionarios–, o prestadas por los particulares, dirigidas a satisfacer necesidades de interés general, así declarado por el legislador o por el constituyente, y sometidas a los principios del derecho público, pero también en régimen de derecho privado. (p. 41).

Este doctrinante se plantea si toda función administrativa es servicios públicos. Al respecto señala que, si bien todo servicio público está encaminado a cubrir necesidades o intereses generales, no siempre la función administrativa se ejerce en consideración de las necesidades de la comunidad, como propósito de sus actos, sino que ejecuta las normas en otros ámbitos, por ejemplo, actividades diplomáticas o cuando lleva a cabo actividades estrictamente de administración. De otro lado, no todo servicio público podría ser función administrativa, ya que algunos servicios del Estado no están a cargo de la rama ejecutiva, tal como la administración de justicia, quiere esto decir que el servicio público no es exclusivo de la rama administrativa. (Marín, 2010, p. 45-46),

En Colombia, se ha planteado si la prestación de servicios públicos implica función pública. Se encuentra la tesis negativa, salvo si el prestador actúa con poderes y prerrogativas públicas. Un caso podría ser en materia de servicios públicos domiciliarios, cuando la empresa privada de servicios públicos domiciliarios resuelve recursos frente a decisiones adoptadas en relación con la prestación del servicio o la ejecución del contrato (Ley 142, artículo 154). Se encuentra la postura de que el servicio público constituye función administrativa porque, conforme a lo establecido en Sentencia C-815 de 2001, el servicio público hace realidad los fines propios de la función administrativa.

En lo referido a un concepto o definición de función administrativa, indicamos lo siguiente. De acuerdo con el texto constitucional, el poder público es uno solo y se divide en ramas con unas funciones denominadas legislativa, ejecutiva, judicial; además de los órganos independientes y autónomos más relevantes como son el de control y electoral. Ahora, en la modernidad se consideró necesario que dicho poder no recayera en una sola institución con el fin de evitar el abuso del poder y garantizar la libertad (Montesquieu, 2005, p. 182), por ello, se propuso atribuir las funciones en diferentes órganos públicos por ello “habría un órgano especialmente habilitado para legislar, otro para ejecutar la ley y otro para juzgar” (Chinchilla, 2020, p. 246).

Conforme a este contexto jurídico, viene la pregunta sobre cuál es el alcance de la función administrativa. Al respecto no hay un concepto unívoco, tanto la doctrina como la jurisprudencia, más que un concepto, hace una descripción sobre este tema. En la doctrina jurídica encontramos definiciones como las siguientes. La función administrativa se ha entendido como función que ejecuta la ley bajo los parámetros definidos por esta (Carré de Malberg, 2001, p. 462). Bajo el entendido de ser la “administración como una de las tres funciones del Estado, se ha señalado que la administración resuelve problemas concretos de acuerdo con las normas jurídicas, o dentro de los límites de ésta” (Jellinek, 2002, p. 540). “La administración es la libre realización de los fines del Estado, dentro de los límites del Derecho” (Kelsen, 2002, p. 404).

En doctrina más reciente, sobre la función de administrativa se ha indicado que una de sus características fundamentales es estar encaminada a materializar los fines del Estado que comprenden no solo el logro de las libertades, los derechos y deberes de los ciudadanos, sino también, la satisfacción las necesidades públicas insatisfechas y la prosperidad general (Molano, 2005, p. 30). En sentido similar, Marín (2010, p. 33-34) ha considerado la función administrativa como el medio a través del cual el Estado satisface el interés general, para lo cual las autoridades emiten actos unilaterales que modifican la situación jurídica del administrado, en tanto, ello no lo puede hacer la ley al tener un carácter general e impersonal y tampoco la jurisdicción al tener como finalidad aplicar la ley para resolver conflictos. (Álvarez, 2019, p. 67) define la función administrativa como aquella lleva a cabo la misión estatal a través de varias tareas que conllevan la ejecución de la ley en sentido amplio.

La Corte Constitucional sobre la función administrativa en su jurisprudencia ha entendido que esta “tiene por objeto el servicio de los intereses generales” (Corte Constitucional, Sentencia, C-816, 2011). Reitera esta concepción cuando indicó que “la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado” (Corte Constitucional, C-561, 1999). En otra decisión (Corte Constitucional, C-306, 2019), al analizar la constitucionalidad del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, bajo los parámetros de los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, concluye que dicha función impone a las entidades del Estado y a sus agentes encaminar sus actuaciones al logro del interés general así como alcanzar los fines del Estado social de derecho, con el propósito de materializar los derechos y garantías constitucionales.

A su vez, el Consejo de Estado ha señalado que la función administrativa es “aquella actividad ejercida por los órganos del Estado para realización de sus fines, misión y funciones” (Consejo de Estado, Sentencia 11001-03-15-000-2020-01716-00(CA)). La misma corporación judicial indicó al respecto que la “función administrativa es la acción desarrollada por las entidades y autoridades competentes para materializar los fines del Estado y servir al bien común” (Consejo de Estado, Sentencia 11001-03-15-000-2020-01742-00(CA)). La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó que “la función administrativa es siempre actividad del poder estatal, sea que se realice por órganos o autoridades públicas o por particulares, con la finalidad de materializar los derechos y principios consignados en la parte dogmática de la Constitución” (Consejo de Estado, concepto, sala de consulta y servicio civil, 11001-03-06-000-2019-00051-00(2416)).

En el artículo 209 de la Constitución Política se regula de manera precisa la función administrativa y señala, dentro de los aspectos que regula, dos puntos relevantes. Ahora, la función administrativa cuenta con regulación legal a través de la Ley 489 de 1998. Dispone la ley que tiene como objetivos regular el ejercicio de la función administrativa, determinar la estructura, organización, funcionamiento y principios de la administración pública (Ley 489, 1998, art.1).

La ley en cita define que aplica a las entidades que conforman la Rama Ejecutiva del poder público y de la administración pública, a los servidores públicos competentes por disposición constitucional o legal para ejercer funciones administrativas, dispensar servicios públicos o suministrar bienes y servicios públicos. Asimismo, incluye en el ámbito de aplicación

de la ley a los particulares cuando cumplan funciones administrativas (Ley 489, 1998, art.2). La ley a los principios que rige la función administrativa adiciona los principios de buena fe, eficiencia, responsabilidad y transparencia. (Ley 489, 1998, art. 3). Además, manda la ley que, la función administrativa tiene como finalidad satisfacer las necesidades de los habitantes según los fines y cometidos establecidos en la Constitución Política y de otro lado, dispone que dicha función se ejerce consultando el interés general. (Ley 489, 1998, art. 4).

Estas disposiciones legales permiten identificar que la función administrativa no solo está, de forma principal, en cabeza de la rama ejecutiva del poder público, sino que también la llevan a cabo otras entidades públicas cuando al establecer el ámbito de aplicación de la ley 489 refiere a la Administración Pública, concepto más amplio que rama ejecutiva (Vidal & Molina, 2019, p. 97). La administración pública abarca los entes de control tales como la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación. También comprende las entidades territoriales. De igual manera, incluye las empresas industriales y comerciales, así como sociedades de economía mixta del Estado las cuales no ejercen funciones de poder del Estado y, por ello, no es propio incluirlas en la rama ejecutiva. (Vidal & Molina, 2019, p. 97). Por lo anterior, es razonable afirmar que la “función administrativa se presenta en las tres ramas del poder público, aunque hay una de ellas que está especialmente consagrada a dicho menester”, esto es, la Rama Ejecutiva. (Vidal & Molina, 2019, p. 98).

Podría entonces, conforme a lo definido en la doctrina, la jurisprudencia y los criterios citados, entenderse por función administrativa la siguiente definición:

Es la expresión del poder público que no constituye ninguna de las otras funciones estatales –legislativa, jurisdiccional, de control, electoral– y que a través de sus titulares –el Estado o de los particulares– tienen la tarea de realizar los cometidos estatales, por medio de múltiples y diversas actividades que implican la ejecución de la ley en sentido amplio. (Álvarez, 2019, p. 67).

2. **Función administrativa por particulares**

Dispone el artículo 210 de la Constitución Política que los particulares podrán llevar a cabo funciones administrativas conforme a las condiciones que señale la ley. Esta permisión constitucional se da en atención a factores como que a partir de la Constitución de 1991 Colombia es un Estado social de derecho, lo cual implica que Estado y sociedad no son dos

actores opuestos, sino que se complementan, se apoyan. En el Estado social de derecho no solo se garantiza la libertad, la convivencia pacífica, la seguridad y la propiedad, sino que también es un Estado gestor, que satisface necesidades sociales. (García-Pelayo, 1996, p. 26-27). Conforme a ese marco de Estado social de derecho, lo público tiene una nueva dimensión donde “los particulares, antaño ajenos a la gestión pública, se convierten en protagonistas y titulares de la función pública” (Álvarez, 2019, p. 71).

También encuentra fundamento el ejercicio de funciones administrativas por los particulares en el principio de participación, propio del Estado social de derecho. Al efecto señala. La posibilidad de ejercicio de funciones públicas por parte de los particulares encontraba sustento en esta perspectiva de democracia participativa que inspira nuestra Carta. En ese sentido, expresó:

Al respecto debe puntualizarse que el acrecentamiento de las tareas que el estado moderno debe asumir, y en particular de aquellas que el poder ejecutivo desempeña, condujo al afianzamiento progresivo de una tendencia, que tuvo sus manifestaciones iniciales en el derecho público francés, y que justamente estriba en autorizar el ejercicio de funciones administrativas a particulares más allá del marco de la concesión, pues, rebasando ese ámbito limitado y tradicional, se buscó el concurso de sectores no estatales mediante modalidades novedosas de acción que en algunos eventos pretenden la integración de personas particulares en las estructuras administrativas, y en otros, favorecen la existencia de entidades pertenecientes al sector privado a las que el Estado les asigna determinadas funciones públicas, con el objeto de satisfacer, por ese medio, intereses de carácter general (Corte Constitucional, Sentencias C-166, 1995 y C-866, 1999).

Hoy principios constitucionales como los derechos fundamentales, la participación ciudadana, la igualdad, la dignidad humana en armonía con el interés general por parte de la administración han suprimido los elementos de una radical confrontación entre el ámbito del derecho público y del derecho privado. Ello ha permitido a las entidades públicas cumplir actividades propias y exclusivas por medio de entidades privadas (Molano, 2005, p. 211). Ahora, Molano considera que la atribución de función administrativa a los particulares implica ejercicio de autoridad, por tanto, cuando la persona de derecho privado recibe tal investidura, ello debe estar previamente definida en la ley conforme al principio de legalidad. (2005, p. 321).

Si bien en principio la atribución de funciones públicas a particulares está regulada en la Ley 489 de 1998, esta no abarca todos los eventos, tal como lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, la Corte Constitucional indicó los supuestos a través de los cuales los particulares ejercen función administrativa. El primero de ellos “La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado”; el segundo, “La previsión legal” (primordialmente regulado en la Ley 489 de 1998); la constitución de las llamadas “asociaciones y fundaciones de participación mixta” y la “incorporación de las personas privadas, en su condición de tales, a órganos administrativos” (Corte Constitucional Sentencia, C-482, 2002). Estos criterios también los reitera la doctrina a través de Libardo Rodríguez (2021, p.177-184) y Álvarez (2019, p. 95- 97).

Frente al primer criterio, esto es, atribución directa por la ley, se indica lo siguiente por la doctrina. “Esta técnica se concreta en que la ley atribuye directamente a un particular la posibilidad de que ejerza funciones administrativas” (Rodríguez, 2021, p. 177). Usualmente, se utiliza para vincular a los gremios a la gestión de las cargas económicas creadas para ellos, esto es, contribuciones parafiscales (Álvarez, 2019, p. 95). Dichas atribuciones pueden estar expresamente establecidas en la ley o se deduce de la misma (Álvarez, 2019, p. 5).

Considera Rodríguez (2021), que la ley, además de indicar la organización a la cual se atribuye la función, también habrá de señalar con exactitud las funciones administrativas a ejercer. Asimismo, las condiciones en que lo hará, los controles que se realizará sobre el privado, límites de las actuaciones del particular y, en general, las condiciones para que lleve a cabo la función. En caso de que la ley omita algún detalle sobre la forma en que el particular ejercerá la función administrativa, lo entrará a suplir la Ley 489 de 1998 en lo relativo a la regulación que ésta dispone para el ejercicio de funciones administrativas por particulares. (p. 179-180).

Entidades privadas a las que se les atribuye función administrativa de forma directa por la ley. Las cámaras de comercio en cuanto al registro mercantil, de acuerdo con lo regulado en el Código de Comercio, Decreto-ley 410 de 1971 y lo relacionado con el registro único de proponentes, Ley 1150 de 2007, artículo 6 modificado por el artículo 221 del Decreto-ley 19 de 2012. Los curadores urbanos, en lo referido al estudio, trámite y expedición de licencias urbanísticas, artículo 101 de la Ley 388 de 1997 modificado por el artículo 9 de la Ley 810 de 2003.

El segundo mecanismo para atribuir función administrativa al particular es la forma regulada en el artículo 110 a 114 de la Ley 489 de 1998. Esto conlleva dos actuaciones, la primera es la emisión de un acto administrativo por medio de la cual la autoridad administrativa titular de la función administrativa la atribuye al particular, para lo cual deberá cumplir con las condiciones y requisitos establecidos en el numeral 1 del artículo 111 de la Ley 489 de 1998. La segunda actuación será la realización de un convenio bajo los términos y condiciones del numeral 2 del citado artículo. La entidad pública solo puede otorgar la función administrativa de su competencia y que no esté prohibida delegar por ley.

El particular queda sometido a las prohibiciones e incompatibilidades que se aplican a los servidores públicos en relación con la función conferida. La autoridad administrativa titular de la función administrativa deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para el ejercicio de la función por parte de la persona privada, quien, además, será vigilada y controlada por la entidad pública que la confirió. La entidad pública debe verificar que la persona privada sí está cumpliendo las finalidades, objetivos, políticas y programas que deben ser realizados por el particular. El particular que lleva a cabo la función administrativa conferida, en relación con esta, queda sometido al control de legalidad, fiscal, disciplinario y penal respectivo. (Rodríguez, 2021, p. 182-183).

Los actos unilaterales emitidos en el ejercicio de la función atribuida se regulan por las disposiciones propias de los actos administrativos. Los contratos celebrados para desarrollar la función conferida se regirán por las normas que aplican a la entidad estatal que otorgó la función. Dicha atribución al particular es revocable en cualquier momento por motivos de interés público o social. (Ley 489, 1998, art. 112).

La tercera modalidad de otorgar funciones administrativas a las personas privadas corresponde a las asociaciones y fundaciones de participación mixta denominadas personas jurídicas sin ánimo de lucro. En estas, la entidad pública en asocio con el particular constituye una fundación o asociación para llevar a cabo funciones administrativas. Precisa Rodríguez (2021) que el ejercicio de funciones administrativas se da “no por el hecho de que se considere a la persona jurídica de naturaleza mixta como persona privada, sino porque aquella constituye el medio por el cual el sector privado colabora con el sector público” para llevar a cabo la función administrativa. (p. 183-184).

Existen límites materiales a la atribución de funciones administrativas a las personas privadas. No se pueden atribuir a los particulares las siguientes funciones. 1) las que tengan el carácter político o gubernamental. 2) las funciones legislativas o jurisdiccionales que estén ejerciendo las autoridades administrativas. 3) las que en momento alguno han sido atribuidas a la autoridad administrativa por ello requieren primero de una “norma constitucional o legal expresa y directamente para ser atribuidas”. 4) “vacíen de contenido la competencia de la autoridad que las otorga” (Rodríguez, 2021, p. 184-185).

5) tampoco se pueden atribuir a los particulares funciones administrativas exclusiva y excluyentes. Ellas corresponden a las funciones de la fuerza pública, esto es, el monopolio de la fuerza y de las armas, artículo 216 de la Constitución Política. También son indelegables: “i) La expedición de reglamentos, ii) las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación y iii) las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación”. (Álvarez, 2019, p. 106-107).

Los particulares que ejercen funciones públicas están sometidos al control fiscal conforme lo establece el artículo 2 de la Ley 42 de 1993, ratificado por el artículo 2 del Decreto-ley 203 de 2020. De igual forma, están sometidos a control disciplinario de acuerdo con lo regulado en el artículo 70 de la Ley 1952. En materia penal el artículo 20 de la Ley 599 de 2000 tiene como servidores públicos a las personas que administren recursos de lo que trata el artículo 338 de la Constitución Política, entre otros, los recursos parafiscales. También aplica la Ley 1437 de 2011 (CPACA) en lo referido al procedimiento y al contencioso-administrativo a los particulares que ejercen funciones públicas según lo regulado en los artículos 2 y 104, respectivamente.

3. Seguridad social

Dispone el artículo 48 de la Constitución Política la seguridad como un derecho y un servicio público (Corte Constitucional, Sentencia C-149, 1994), esto es, desde la perspectiva constitucional la seguridad social tiene doble naturaleza. De un lado, lado servicio público para realizar los fines esenciales del Estado. De otro lado, como derecho constitucional para los habitantes. Dicho servicio lo puede prestar el Estado de manera directa o a través de los particulares de conformidad con la ley. La seguridad social es de carácter obligatorio, se prestará

bajo la dirección, coordinación y control del Estado bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

La Corte Constitucional ha definido la seguridad social como “conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna” (Corte Constitucional, T-116, 1993 y C-571, 2017). Este concepto ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional cuando ha definido la seguridad social como una serie de instituciones encaminadas a proporcionar de forma progresiva a “los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano” (Corte Constitucional, T-043, 2019).

Arenas Monsalve (2007), señala que “la seguridad social, es un instrumento de satisfacción de necesidades sociales surgido de la capacidad de previsión del individuo y de la solidaridad como valor social” (p. 3). Expone este autor que las necesidades protegidas por la seguridad social son de tipo individual y colectivas. Las individuales se pueden valorar desde la perspectiva económica, tiene finalidad reparadora. Las colectivas, tienen como propósito prevenir necesidades sanitarias, de la tercera edad, marginados, entre otros. (pp. 40-41). Las prestaciones que cubre el sistema de seguridad social corresponden a la salud, riesgos profesionales, prestaciones de desempleo, pensión de vejez, pensión por invalidez, pensión de sobrevivencia; y subsidio familiar, el cual define Arenas Monsalve como “Asignaciones familiares”. (p. 43). Sobre las asignaciones familiares Arenas Monsalve (2006), considera que son el componente más reciente de la seguridad social. (p. 55).

Sobre la naturaleza jurídica de los recursos de la seguridad social la Corte Constitucional ha indicado, en relación con los de salud y pensiones que son de carácter parafiscal. En efecto, al pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de las cotizaciones en el sistema de seguridad social en salud, señaló que “según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas”. (Corte Constitucional, C-577, 1995). Similar posición dispuso la Corte Constitucional en relación con las cotizaciones para pensión cuando expuso que “los recursos del sistema de seguridad social son de carácter parafiscal y no pueden gravarse... dichos recursos provienen de un gravamen obligatorio que

realizan los trabajadores y los empleadores con la finalidad de beneficiar a los primeros” (Corte Constitucional, C-422, 2016).

El Consejo de Estado a través de Sala de lo contencioso-administrativo, la sección cuarta, se pronunció sobre la naturaleza jurídica de las cotizaciones en salud y pensiones en el sistema de la seguridad social en atención a lo regulado en el artículo 48 de la Constitución Política, reiteró el carácter parafiscal de los mismos, e indicó que “no pueden destinarse a un objeto diferente al sistema de seguridad social... tienen carácter parafiscal y, por tanto, no le pertenecen a la Nación ni a los entes territoriales... el constituyente les asignó destinación específica” (Consejo de Estado, 68001-23-33-000-2013-01210-01(21353), 2019).

4. Naturaleza de las Cajas de Compensación Familiar

Las Cajas de Compensación Familiar tuvieron origen en Francia en 1916, con el fin de conceder a las cabezas de hogar subsidios de acuerdo con el número de personas que componían la familia y repartir la carga entre todos los patronos, conforme al número de trabajadores o el total de salarios pagados. (Cañón, 2022, p. 183). En Colombia, a través del numeral 7 del artículo 9 de la Ley 90 de 1946 se dispuso que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales tendría como una de sus funciones principales en Colombia organizar “las cajas de compensación destinadas a atender a los subsidios familiares que algunos patronos decidan asumir en beneficio de los asegurados obligatorios o que lleguen a establecerse por ley especial o en las convenciones colectivas de trabajo” (Ley 90, 1946, art. 9).

A pesar de lo regulado en la precitada ley, se creó la primera Caja de Compensación Familiar solo hasta el mes de mayo de 1954, a raíz de lo acordado en la Asamblea de la ANDI, en cuanto, establecer y organizar, con aportes voluntarios de las empresas, cajas de compensación autónomas para que concedieran subsidio familiar a los trabajadores de dichas empresas. (Cañón, 2022, p. 185). Como consecuencia de ello, se creó en el año 1954, la primera Caja de Compensación Familiar en Colombia de naturaleza gremial en Medellín con el nombre de Caja de Compensación Familiar de Antioquia - Comfama. De acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 21 de 1982, las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado, organizadas como corporaciones de acuerdo con lo regulado en el Código Civil. Además, son entidades, sin ánimo de lucro, cumplen funciones de seguridad social y están sometidas al control y vigilancia del Estado bajo los términos señalados en la ley.

De lo anterior, se desprende que las Cajas de Compensación Familiar al ser personas jurídicas de derecho privado “su nacimiento, organización, funcionamiento, disolución y extinción se determina, de manera principal, por la autonomía de la voluntad de sus asociados y por las normas imperativas y supletivas especiales previstas en la ley”, por tanto, no son entidades de carácter público ni se regulan por normas de este tipo. (Guillén *et al.*, 2024, p. 207). El ser personas jurídicas sin ánimo de lucro implica que no reparten utilidades, en tanto, no tiene un propósito de lucro personal, sino comunitario, los rendimientos los reinvierten con el fin de seguir con el desarrollo de su objeto social. Su organización como corporación conlleva que su patrimonio es independiente del patrimonio de sus miembros, tienen capacidad para adquirir todo tipo de bienes bajo cualquier título, ello en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Se rigen por estatutos e impera la regla de las mayorías. (Guillén *et al.*, 2024, p. 207-208).

Asimismo, las cajas cumplen funciones de seguridad social, en esa medida prestan un servicio público en colaboración con el Estado. Esto amerita que, si bien las cajas son creadas de manera voluntaria por los particulares, estén sometidas al control y vigilancia del Estado para garantizar que cumplan su objeto social, en especial, las funciones de seguridad social que implican sus actividades. Ahora, ello no implica que las acciones estatales estén encaminadas a desconocer la autonomía privada, limitar o sustituir sus órganos de administración. (Cañón, 2022, p. 194-195).

Conforme a lo regulado en los artículos 41 de la Ley 21 de 1982 y 16 de la Ley 789 de 2002 y conforme lo expuesto por Cañón (2022) el objeto de las cajas de compensación familiar corresponde a la siguiente descripción. A las cajas de compensación familiar les corresponde administrar la prestación social del subsidio familiar según los estatutos y conforme a las disposiciones legales vigentes. En consecuencia, son las encargadas del recaudo de los aportes de los empleadores y del reconocimiento y pago del subsidio familiar, de la organización y administración de los programas de servicios sociales. (Cañón, 2022, p. 186).

La Corte Constitucional en relación con si las Cajas de Compensación Familiar cumplen función pública, administrativa o de seguridad social, no ha sido clara en cuanto a lo relativo a si cumple o no las dos primeras, respecto de la función de seguridad social por parte de las Cajas de Compensación Familiar, ha sido en sentido afirmativo. En efecto, en sentencias tales como T-586, 1999, C-508, 1997, C-1173, 2001, C-041, 2006, señaló que las Cajas de Compensación

Familiar cumplen función pública o función social, lo cual denota falta de claridad de los conceptos. Frente al alcance de la expresión función pública utilizada por la Corte Constitucional en relación con las cajas de compensación familiar, la doctrina ha señalado que “lo ha hecho en alusión a la función social que prestan las CCF por el servicio a su cargo, y por los fines de equidad que este —y las cajas mismas— persiguen” (Guillén *et al.*, 2024, p. 222). Al respecto, reiteran en dicho texto sobre la función social de las Cajas de Compensación Familiar “la función social está directamente relacionada con el interés social inherente a los servicios que prestan las CCF en desarrollo de los programas para la prestación de la seguridad social y en su función de pagadora del subsidio monetario”. (Guillén *et al.*, 2024, p. 224). Valga precisar, que los autores explican en el texto porque el recurso recaudado por las Cajas de Compensación Familiar no es parafiscal.

En las Sentencias T-675 de 2011 y T-160 de 2015, la Corte Constitucional considera que las Cajas de Compensación Familiar en materia del subsidio familiar de vivienda por tratarse de un recurso parafiscal ejercen funciones administrativas encaminadas a la ejecución de políticas públicas con el objetivo de procurar el acceso de los ciudadanos de cortos recursos a una vivienda digna. Sobre el carácter parafiscal de los recursos del subsidio familiar, se abordará en el siguiente apartado de este escrito sobre la naturaleza del subsidio familiar y su carácter parafiscal.

Ahora, evidencia la falta de claridad de la misma Corte Constitucional si las cajas de compensación familiar cumplen o no función pública o administrativa, cuando dentro de la Sentencia C-1173 de 2001, cita la Sentencia C-508 de 1997 en la cual se indica, al final del apartado 3.2 de las consideraciones, sobre la naturaleza del subsidio familiar que tienen el carácter de función pública. Ahora, en la Sentencia C-1173 de 2001, en el apartado 4 de los considerando, al referirse a la naturaleza de las Cajas de Compensación Familiar señala de forma expresa que “se trata, pues, de entidades que no ejercen funciones públicas, sino que desarrollan una función social”. En la Sentencia C-429 de 2019 la Corte Constitucional reitera en el apartado 65 de las consideraciones lo expuesto en la C-1173 de 2001, esto es, las cajas de compensación familiar cumplen función social y no función pública.

El Consejo de Estado ha considerado que las cajas de compensación familiar cumplen función social. En efecto, así lo señaló en concepto emitido a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil en el año de 2006. En dicho concepto resolvió el interrogante presentado por el

Gobierno nacional a través del Ministerio de Protección Social, sobre cuál era el órgano competente para ejercer el control fiscal sobre los recursos parafiscales que administran las Cajas de Compensación Familiar. En la decisión, al realizar el análisis para emitir el concepto, manifestó que las Cajas de Compensación Familiar, reiterando sentencia de la Corte Constitucional, cumplían función social. Esta postura es reiterada en decisión de 2024 al resolver acción de nulidad (artículo 137 del CPACA) contra el Decreto 3035 de 2013 emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La Sala de lo contencioso administrativo sección primera señaló que las Cajas de Compensación Familiar cumplen funciones de seguridad social conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 21 de 1982.

Por último, doctrina reciente considera que las cajas de compensación familiar no cumplen funciones pública o administrativas por las siguientes razones:

No cumplen funciones públicas, puesto que no desempeñan funciones típicas que la Constitución y la ley les ha asignado directamente al Estado a través de los “órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”. Tampoco ejercen funciones administrativas, entendidas como aquella sub-especie de las funciones públicas que hace referencia a aquellas actividades encomendadas al ejecutivo y dirigidas “a la aplicación de la Constitución, de la ley, y de los ordenamientos inferiores”, comoquiera que las CCF no tienen poderes de instrucción, esto es no ejercen “potestades públicas que significan, en general, el ejercicio de la autoridad inherente del Estado”, como por ejemplo, “el señalamiento de conductas, el ejercicio de coerción o la expedición de actos unilaterales” (Guillén *et al.*, 2024, p. 225).

5. Naturaleza del subsidio familiar y su carácter parafiscal

El subsidio familiar fue mencionado en la Ley 90 de 1946, que creó el régimen de los seguros sociales, habiendo dispuesto su administración en las Cajas de Compensación familiar, sin embargo, no era de carácter obligatorio, sin un desarrollo legal y tenía más un carácter de un aporte voluntario de los empleadores o producto de convenciones colectivas de trabajo. En efecto, producto una convención colectiva de trabajo llevada a cabo el 22 de marzo de 1949, entre la Empresa Ferrocarril de Antioquia y sus trabajadores, se dio el real origen del subsidio familiar en Colombia. Se acordó en la convención colectiva el reconocimiento y pago de un subsidio familiar en dinero a cargo del empleador y en favor de los trabajadores de menores

salarios el cual consistió en tres pesos de más al salario por cada hijo hasta los 15 años de edad. (Cañón, 2022, p. 25-26).

El subsidio familiar se impulsó por iniciativa privada, cuando al llevarse a cabo en Medellín en marzo de 1954 el Quinto Plenum de la Unión de Trabajadores de Colombia –UTC, recomendaron constituir de Cajas de Compensación que percibieran un 5 % de los salarios, para distribuirlo a través de un subsidio familiar. En el mes de mayo de 1954, el Departamento Técnico de la Asociación Nacional de Industriales –ANDI– presentó un memorando dentro del cual expuso la conveniencia y eficacia de establecer el subsidio familiar. Producto de dicho memorando, en mayo de 1954 durante la XI Asamblea Ordinaria de la Asociación Nacional de Industriales (ANDI) fue aprobado por unanimidad que la junta central de la ANDI creará Cajas de Compensación Familiar, con el aporte de las empresas, para conceder subsidio familiar en favor de los trabajadores. En la junta también se invitó a los asociados a la ANDI para inscribirse en las cajas de compensación familiar que iban a atender a las necesidades del hogar obrero, en proporción al número de hijos a cargo del jefe de la familia. Por último, sugirieron al gobierno nacional la posibilidad de extender esta iniciativa a todo el territorio nacional y a las distintas actividades económicas. Producto de ello se creó en Medellín el 30 de junio de 1954, la primera Caja de Compensación Familiar, Comfama. (Guillén *et al.*, 2024, p. 38).

A través del Decreto 118 de 1957, expedido por la Junta Militar la cual gobernaba a Colombia para esa época, se constituyó como obligatorio el subsidio familiar para los trabajadores de menores recursos a cargo. También dispuso el decreto que el pago del subsidio familiar se llevaría a cabo con aportes del 4 % del valor de la nómina de los empleadores y su administración estaría a cargo de las cajas de compensación familiar. En dicha normatividad se dispuso que el subsidio familiar no era salario, era inembargable y no podía compensarse con otras obligaciones. (Cañón, 2022, p. 29). En la Ley 56 de 1973, se dispuso en el artículo 1 que el subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, en especie o en servicios, cuyo objetivo es favorecer la integración y el fortalecimiento económico, moral y cultural de la familia como núcleo básico de la sociedad. (Ley 56, 1973, art. 1).

En la actualidad, se encuentran vigentes la Ley 21 de 1982 y la 798 de 2002, en las cuales se reitera que el subsidio familiar es una prestación social la cual se paga a los trabajadores de ingresos medios y bajos en proporción al número de personas a cargo. Dicha prestación se paga en dinero, especie y servicios. El objetivo fundamental de la prestación social

subsidio familiar es ayudar en las obligaciones económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Sobre la naturaleza del aporte realizado por los empleadores a las cajas de compensación familiar dispuso la Corte Constitucional que son recursos parafiscales. Al respecto, indicó que “son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Su fundamento constitucional se encuentra hoy en el artículo 150 numeral 12 y en el 338 idem. Todos estos recursos son parafiscales” (Corte Constitucional, Sentencia C-575, 1992). De igual manera, resaltó la Corte en dicha decisión al ser recursos parafiscales solo pueden ser destinados a la finalidad prevista en la ley. En sentencia previa, la Corte Constitucional sobre la parafiscalidad había indicado que “son recursos extraídos en forma obligatoria de un sector económico para ser invertidos en el propio sector, con exclusión del resto de la sociedad”. (Corte Constitucional, Sentencia C-449, 1992).

En posterior sentencia de la misma corporación, hizo una precisión sobre el carácter parafiscal dado a los recursos del subsidio familiar. Indicó que eran recursos parafiscales atípicos ya que “han sido impuestas directamente por el legislador en cabeza de determinado grupo socio económico —los empleadores—, pero con el objeto de beneficiar a los trabajadores” (Corte Constitucional, Sentencia C-1173, 2001). Esto fue reiterado en sentencia posterior cuando señaló porqué lo siguiente.

La aclaración de la Corte acerca de que los recursos del subsidio familiar eran rentas parafiscales atípicas apunta a destacar las particulares condiciones de esos recursos. Ciertamente, a diferencia de lo que ocurre con las rentas parafiscales ordinarias, el pago del subsidio familiar obliga a todos los empleadores, sin diferenciar si son públicos o privados e independientemente del sector económico en el que se desempeñan. Además, en armonía con lo anterior, los dineros que se recaudan por este concepto no benefician a un sector económico específico, sino a todos los trabajadores de bajos y medianos ingresos en general. Y, finalmente, los beneficiarios del subsidio no son las personas que pagan la contribución, es decir, los empleadores, sino los trabajadores. (Corte Constitucional, Sentencia C-393, 2007)

Un sector de la doctrina considera que los recursos aportados por los empleadores a las Cajas de Compensación Familiar para el pago del subsidio familiar al ser parafiscales, implican ejercicio de función administrativa. Al respecto, señala Álvarez Patiño, sobre las implicaciones de administrar recursos parafiscales por particulares.

El Estado como director general de la economía establece, con carácter impositivo, esas contribuciones en determinados sectores para intervenir en ellos mismos, razón que justifica, por un lado, la categoría de recursos públicos y, por otro, la calificación de la administración de los mismos como una función pública de carácter administrativo. (2019, p. 116). En similar sentido, se pronuncia Suárez *et al.*, cuando señala lo siguiente.

Las actividades de administración y ejecución de recursos parafiscales están a cargo del Estado. Por tanto, cuando dicha función se radica en cabeza de particulares, ello implica que hay un traslado de funciones del ente estatal a personas jurídicas privadas. Máxime, si se tiene en cuenta que dicha administración envuelve, además, la ejecución por el particular de actividades de fomento, defensa y desarrollo del sector al que se le atribuye la contribución; todas ellas, actividades propias del ejecutivo. (2011, p. 54).

Guillén *et al.*, tienen una posición diferente, es decir, consideran que el subsidio familiar no es un recurso parafiscal, muestra de ello es que no cumplen los requisitos de la parafiscalidad esto es, “los relativos al origen de la carga, al beneficio sectorial que generan y al hecho de que se trata de una expresión de la soberanía impositiva del Estado”. (Guillén *et al.*, 2024, p. 139). Consideran dichos autores que, se trata de una prestación social en tanto el “carácter subvencional, bajo la lógica de proteger a la familia como núcleo de la sociedad, originada e íntimamente ligada a la relación de carácter laboral, separa estos recursos del ámbito tributario”. (Guillén *et al.*, 2024, p. 139). Además, el subsidio familiar no tiene los propósitos de la parafiscalidad, esto es, incentivar el fomento “de determinado sector industrial, por una parte, y, por la otra, la titularidad de la prestación de un servicio a través de unos recursos extra-presupuestales, como ocurre con los aportes a la Seguridad Social en Salud y a pensiones”. (2024, p. 139).

En relación con el subsidio familiar los trabajadores no son quienes hacen la contribución que financian las prestaciones que se instituyen a su favor y quienes hacen los aportes no perciben un beneficio. (Guillén *et al.*, 2024, p. 144). De otro lado, la función principal de las cajas no es guardar por el beneficio general del “sector empleador-trabajador”, su propósito es garantizar que los trabajadores beneficiarios de forma exclusiva reciban los beneficios propios del sistema del subsidio familiar regulados en el ordenamiento previa verificación de los requisitos legales. (Guillén *et al.*, 2024, p. 145).

Guillén *et al.*, que la obligación de pagar el subsidio familiar como prestación social a cargo de los empleadores en el marco de las relaciones laborales provenga de la ley, no es razón suficiente para concluir, necesariamente, que se trata de una contribución parafiscal o de un ingreso tributario. Incluso, dado que el objeto de la regulación del subsidio familiar fue la creación de una prestación social a favor de los trabajadores en particular, debe entenderse que la intervención del legislador fue con el fin de mejorar las condiciones de los trabajadores en el marco exclusivo de las relaciones laborales y no, con el fin de percibir recursos (tributarios o no tributarios) para el Estado para realizar una finalidad eminentemente colectiva (2024, p.155).

6. Conclusiones

Este trabajo ha permitido una aproximación al concepto de la función administrativa. Permitiendo identificar que la función administrativa sería toda aquello que no sea función legislativa, judicial, de control fiscal, disciplinario o electoral, sin perder de vista que estas también pueden llevar a cabo la función administrativa, sin ser su actividad principal. Existe una discusión sobre si el servicio público implica función administrativa y existen dos vertientes. Si el particular presta servicios públicos con prerrogativas estatales, se califica como función administrativa, en caso de que el servicio público no implique poder estatal no se está ante función administrativa. En últimas que la prestación de servicios públicos sea o no función administrativa también depende del alcance que se le pretenda dar al carácter de Estado social de derecho en el que se encuadro el Estado colombiano.

El presente estudio ha realizado un rastreo doctrinal y jurisprudencial sobre si las Cajas de Compensación Familiar en Colombia ejercen una función administrativa. Se puede señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado es pacífica en reconocer que las Cajas ejercen una función de seguridad social. De otro lado, la jurisprudencia analizada si bien señala que los recursos aportados por los empleadores para el pago del subsidio familiar a los trabajadores no es en estricto sentido un recurso parafiscal en tanto no beneficia el sector que lo aporta, esto es, a los empleadores, lo califica como atípico en tanto trabajadores y empleadores conforman un sector. A pesar de calificarlo como atípico la Corte Constitucional lo sigue considerando parafiscal.

El estudio permite identificar que la Corte Constitucional no se ha ocupado de analizar si realmente el aporte realizado por los empleadores para el pago del subsidio familiar calificado como una prestación social cuyo propósito es ayudar a los trabajadores de menores ingresos a solventar las cargas familiares, si tiene realmente el carácter de recurso parafiscal. En efecto, el subsidio familiar tiene un origen producto de la relación laboral y por ello beneficia al trabajador y no al empleador quien lo paga a las Cajas de Compensación Familiar. Esa particularidad hace que un sector doctrinario considere que no tiene la índole de parafiscal, con mayor razón cuando la Corte Constitucional lo determinó como parafiscal atípico, lo cual conlleva que no reúne todas las características de la parafiscalidad. Esto implica un contrasentido, esto es, algo es o no es.

Esto lleva a plantearse que no es tan sólida la postura de la Corte Constitucional, en cuanto, que el subsidio familiar es un recurso parafiscal, así le otorgue el carácter de atípico. Incluso tal carácter permite cuestionar que quien lo administre ejerza funciones públicas, cuando el argumento para ello ha sido que el recurso parafiscal es una forma del Estado intervenir en la economía a través del fomento. Ahora, en el caso del subsidio familiar con ello no se pretende por parte del Estado intervenir en la economía y generar fomento, sino que se trata de un aporte de los empleadores para compensar el salario producto de una relación laboral, por ello, se trata una prestación social.

Estos cuestionamientos deben llevar a realizar un análisis desde los fines constitucionales cuál concepción es más próxima a desarrollar los postulados del subsidio familiar que sin duda tiene la finalidad de apoyar al trabajador de menos ingresos para dar una mejor calidad de vida a su familia y en especial a sus integrantes más desprotegidos, es decir, menores de edad, personas en condición de debilidad manifiesta como discapacitados y ancianos. Ahora, es innegable que al tratarse de unos recursos que tiene un interés general deben tener un control que preserve su objetivo constitucional.

El que tengan ese carácter parafiscal y, por ende, concluir que quienes los administran ejercen funciones administrativas, en qué benefician el real fin de proteger, hacer más digna y próspera la familia del trabajador. Es fundamental realizar desde la doctrina más estudios con el fin de dilucidar si efectivamente los recursos del subsidio familiar son parafiscales o no. Además, el estudio debe permitir avanzar si darles ese carácter de parafiscal contribuye a un adecuado control.

Referencias

- Álvarez Patiño, L. (2019). *Función administrativa por particulares. Estudio de sus fundamentos, delimitación y régimen jurídico*. Universidad de Antioquia.
- Arenas Monsalve, G. (2006). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Legis.
- Atehortúa Ríos, C. y Jaramillo Canastero, M. (2023). *Lecciones de servicios públicos domiciliarios en el contexto del precedente constitucional*. Editorial Diké e Instituto Colombiano de Contratación Estatal y Servicios Públicos.
- Carré de Malberg, R. (2001). *Teoría general del estado*. Facultad de Derecho UNAM - Fondo de Cultura Económica.
- Chinchilla, T. (2020). *Crítica a la mitología del discurso constitucional*. Universidad de Antioquia.
- Colombia. Concepto Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil. (15 de agosto de 2006). *11001-03-06-000-2006-00073-00(1763)*. C. P. *Álvarez Jaramillo, L.*
- Colombia. Concepto Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil. (30 de julio de 2019). *11001-03-06-000-2019-00051-00(2416)*. C. P. *Bula Escobar, G.*
- Colombia. Congreso de la República. (26 de diciembre de 1946). *Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales*. 90. Diario Oficial No. 23112, de 7 de enero de 1947. <https://www.suin-juriscol.gov.co>
- Colombia. Congreso de la República. (31 de diciembre de 1973). *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre Subsidio Familiar*. 110. Diario Oficial No. 34052, de 1 de abril de 1947. <https://www.suin-juriscol.gov.co>
- Colombia. Congreso de la República. (29 de diciembre de 1998). *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. 489. Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998. <http://www.secretariasenado.gov.co>
- Colombia. Presidencia de la República. (1991). Constitución Política de Colombia. Presidencia de la República. <http://www.secretariasenado.gov.co>
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (17 de septiembre de 2019). *C-429. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado*.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta. (21 de agosto de 2019). *Sentencia 68001-23-33-000-2013-01210-01(21353)*. C. P. Carvajal Basto, S.

Colombia. Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, sala octava especial de decisión. (15 de diciembre de 2020). *Sentencia 11001-03-15-000-2020-01742-00(CA)*. C. P. Peña Garzón, N.

Colombia. Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, sala veinte especial de decisión. (27 de noviembre de 2020). *Sentencia 11001-03-15-000-2020-01716-00(CA)*. C. P. Serrato Valdés, R.

Colombia. Corte Constitucional. (26 de marzo de 1993). *Sentencia T-116*. M. P. Herrera Vergara, H.

Colombia. Corte Constitucional. (23 de marzo de 1994). *Sentencia C-149*. M. P. Cifuentes Muñoz, E.

Colombia. Corte Constitucional. (20 de abril de 1995). *Sentencia C-166*. M. P. Herrera Vergara, H.

Colombia. Corte Constitucional. (04 de diciembre de 1995). *Sentencia C-577*. M. P. Cifuentes Muñoz, E.

Colombia. Corte Constitucional. (04 de agosto de 1999). *Sentencia C-561*. M. P. Beltrán Sierra, A.

Colombia. Corte Constitucional. (11 de agosto de 1999). *Sentencia T-586*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia. Corte Constitucional. (03 de noviembre de 1999). *Sentencia C-866*. M. P. Naranjo Mesa, V.

Colombia. Corte Constitucional. (25 de junio de 2002). *Sentencia C-482*. M. P. Tafur Galvis, A.

Colombia. Corte Constitucional. (05 de agosto de 2003). *Sentencia C-655*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia. Corte Constitucional. (01 de febrero de 2006). *Sentencia C-041*. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia. Corte Constitucional. (23 de mayo de 2007). *Sentencia C-393*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia. Corte Constitucional. (09 de septiembre de 2011). *Sentencia T-675*. M. P. Calle Correa, M.

-
- Colombia. Corte Constitucional. (01 de noviembre de 2011). *Sentencia C-816*. M. P. González Cuervo, M.
- Colombia. Corte Constitucional. (13 de abril de 2015). *Sentencia T-160*. M. P. Mauricio González Cuervo.
- Colombia. Corte Constitucional. (10 de agosto de 2016). *Sentencia C-422*. M. P. Palacio Palacio, J.
- Colombia. Corte Constitucional. (13 de septiembre de 2017). *Sentencia C-571*. M. P. Linares Cantillo, A.
- Colombia. Corte Constitucional. (05 de febrero de 2019). *Sentencia T-043*. M. P. Rojas Rios, A.
- Colombia. Corte Constitucional. (10 de julio de 2019). *Sentencia C-306*. M. P. Ortiz Delgado, G.
- Colombia. Corte Constitucional. (17 de septiembre de 2019). *Sentencia C-429*. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Colombia. Corte Constitucional. (29 de octubre de 1992). *Sentencia C-575*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. (09 de julio de 1992). *Sentencia C-449*. M. P. Martínez Caballero, A.
- García-Pelayo, M. (1996). *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Universidad.
- Guillén Arango, A., Álvarez Rosales, H., Deik Acostamediedo, C. y Pimiento Echeverri, J. (2024). *El subsidio familiar y las cajas de compensación familiar en Colombia*. Tirant Humanidades - Asocajas. <https://ebooks.tirant.com/cloudLibrary>
- Kelsen, H. (2002). *Teoría general del estado*. Comares.
- Montesquieu. (2005). *El Espíritu de las leyes*. Heliasta.
- Molano López, M. (2005). *Transformación de la función administrativa*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2021). *Derecho administrativo. General y colombiano*. Temis.
- Suárez Tamayo, D., Quintero Salinas, S. & Pulgarín Areiza, D. (2010). Particulares que cumplen funciones administrativas en Colombia. *Letras Jurídicas EPM*, 15 (2), 15-98.
- Vidal Perdomo, J. - Molina Betancur, C. (2019). *Derecho Administrativo*. (15a Ed). Legis Editores S. A. <https://librosdigitales.legis.co>
- Vergara Mesa, H. (2019). *Instituciones del derecho administrativo laboral*. Universidad de Antioquia.