



ACCIÓN DE TUTELA

68001-40-88-016-2021-00039-00

Bucaramanga, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 1 del Decreto 1382 del 2000, compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

ASUNTO A DECIDIR

Dentro del término legal, el Despacho entra a resolver la acción de tutela promovida por ERIBERTO BARRERA DÍAZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.784.413, actuando por intermedio de apoderado judicial, en contra de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER, para la protección de su derecho fundamental constitucional presuntamente vulnerado a la seguridad social, dignidad y mínimo vital.

Se vinculó de oficio a la entidad ASOPAGOS, a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD y a la empresa CORPORACIÓN DE SERVICIOS JUDICIALES – CORJUDICIAL, AGENCIA NO LUCRATIVA DE COLOCACIÓN DE EMPLEO.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

ERIBERTO BARRERA DÍAZ registra la calidad de trabajador de la CORPORACIÓN DE SERVICIOS JUDICIALES – CORJUDICIAL, AGENCIA NO LUCRATIVA DE COLOCACIÓN DE EMPLEO y a través de la misma, se efectuó su vinculación a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER desde el día 29 de febrero de 2020.

En el formulario de afiliación, se registró como personas a cargo al menor Carlos Eduardo Barrera Rincón, por lo cual recibía el pago de la cuota monetaria correspondiente, no obstante, la misma se efectuó hasta el mes de julio de 2020, siendo materializado dicho desembolso al mes siguiente. Lo anterior, como consecuencia de proceso sancionatorio adelantado por la CAJA DE COMPENSACION contra el empleador, que generó medida de suspensión de la empresa CORJUDICIAL el 25 de septiembre de 2020, siendo posteriormente retirado el trabajador, desde el 28 de diciembre de 2020, debido a la expulsión de la empresa empleadora.

En efecto, el 25 de septiembre de 2020, la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Santander, comunicó a la empresa empleadora el inicio del proceso de expulsión y pérdida de calidad de afiliado y la suspensión de los servicios de los trabajadores y sus familias, dado que no se atendió el requerimiento realizado en el mes de junio de 2020, encaminado a obtener la aclaración de una serie de inconsistencias advertidas en torno al IBC de liquidación reportado.

Dicho proceso culminó con la expulsión de la empresa CORJUDICIAL y sus afiliados, dentro de los cuales se encuentra el accionante, decisión adoptada por el Consejo Directivo de la Caja de Compensación mediante resolución 0432 del 23 de diciembre de 2020.

Refiere el actor que dicho proceso se inició injustamente, pues se fundamentó en presunta mora en el pago de aportes a seguridad social, empero, su



empleador realizó los pagos en forma oportuna, además, resulta procedente aplicar la figura de allanamiento a la mora.

Consecuencia de lo anterior, invoca la accionante la protección de sus derechos fundamentales, como quiera que la decisión adoptada por Comfenalco Santander Caja de Compensación, desconoce su situación particular, pues devenga un (1) salario mínimo legal mensual vigente con el cual debe solventar todos los gastos de su hogar, contando con el valor del subsidio para ayudar a cubrir los mismos.

PRETENSIÓN

Solicitó el accionante que se protejan los derechos fundamentales vulnerados a la igualdad y mínimo vital, y en consecuencia se resuelva:

1. Ordenar a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER, se garantice el pago de subsidio familiar.
2. Ordenar a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER restablecer los derechos suspendidos a LA CORPORACION DE SERVICIOS JUDICIALES – CORJUDICIAL- AGENCIA NO LUCRATIVA DE COLOCACION DE EMPLEO, pues de la existencia de esa empresa devenga el justo salario y el sustento para su familia desde hace varios años.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del pasado cinco (5) de febrero del corriente, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, dentro del cual corrió el respectivo traslado a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

Se vinculó de oficio a la entidad ADRES, ASOPAGOS y a la empresa CORPORACIÓN DE SERVICIOS JUDICIALES – CORJUDICIAL, AGENCIA NO LUCRATIVA DE COLOCACIÓN DE EMPLEO.

Respuestas obtenidas:

1. CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER, explica que las Cajas de Compensación Familiar de conformidad con lo establecido en la ley 21 de 1982 artículo 36, son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como Corporaciones las cuales cumplen funciones de seguridad social y son las encargadas de administrar el subsidio familiar, el que se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios.

Indica que la señora ERIBERTO BARRERA DÍAZ, ingresó a Comfenalco Santander a través de la empresa CORPORACIÓN SERVICIOS JUDICIALES AGENCIA PRIVADA NO LUCRATIVA DE COLOCACIÓN DE EMPLEO, el día 29/02/2020.

Explica que el formulario de afiliación fue radicado el 29/02/2020, quien tenía registrados como personas a cargo al menor Carlos Eduardo Barrera Rincón. El pago de la cuota monetaria por las personas a cargo se efectuó hasta julio de 2020, materializado en el mes de agosto de 2020, debido a la medida de suspensión de la empresa CORJUDICIAL notificada el 25 de septiembre de 2020, siendo retirado el accionante el 28 de diciembre de 2020 debido a la expulsión de la empresa en mención.



En lo que respecta al proceso de expulsión de la empresa CORPORACIÓN DE SERVICIOS JUDICIALES - AGENCIA PRIVADA NO LUCRATIVA DE COLOCACIÓN DE EMPLEO SAS, relaciona que en proceso de revisión de las planillas PILA de liquidación y pago de aportes encontró indicios de inexactitudes por parte de la empresa ya que ésta, de forma sistemática marcó novedades de retiro de sus trabajadores afiliados, pero no se evidenciaba el respectivo incremento en el Ingreso Base de Cotización (IBC) correspondiente a las vacaciones que debían ser pagadas en la liquidación de los trabajadores, tal y como lo establece el artículo 17 de la ley 21 de 1982, inconsistencias en el índice base de cotización, que trae como consecuencia que el pago de aportes de esas personas con las que supuestamente finalizó el vínculo laboral, sea inferior al real.

Por lo anterior, en uso de sus atribuciones legales, solicitó a la empresa CORPORACIÓN DE SERVICIOS JUDICIALES - AGENCIA PRIVADA NO LUCRATIVA DE COLOCACIÓN DE EMPLEO, mediante comunicación FA062020_713, del día 05 de junio de 2020, corregir y/o aclarar las inexactitudes encontradas, así como también la remisión de la documentación que acreditara el vínculo laboral de los supuestos trabajadores de la empresa (tales como contratos laborales, desprendibles de pago de nómina, liquidaciones laborales, planillas pila de pago de aportes a seguridad social y parafiscales, etc), con el objetivo de realizar la revisión de la liquidación y pago de aportes a Comfenalco Santander, concediéndole un plazo de 30 días para remitir los documentos y presentar explicaciones, lo anterior en virtud de lo establecido en el artículo 8º de la Ley 828 de 2003, que establece la facultad que le asiste para solicitar esa información.

Indica que la comunicación a través de la cual se requería la información fue enviada al correo electrónico reportado por la empresa al momento de su afiliación y registrado en el sistema de información de Afiliación y Subsidio, esto es, blankita2557@hotmail.com, documento visualizado el 06/06/2020, según consta en el certificado de comunicación electrónica emitido por el servicio de mensajería 472, requerimiento frente al cual la empresa guardó silencio.

El 25 de septiembre de 2020, mediante escrito PE092020_0428 comunicó el inicio del proceso de expulsión y pérdida de calidad de afiliado y la suspensión de servicios a las personas afiliadas por esa empresa, concediendo el término de un mes para presentar recurso de apelación ante el Director Administrativo, junto con las pruebas que desvirtuaran las inconsistencias e inexactitudes relacionadas, que terminaron siendo irregularidades y falsedades, con el pago de aportes parafiscales y la vinculación de los supuestos trabajadores de esa empresa, por incurrir en las siguientes causales:

"1. Suministro de datos falsos u omisión de datos por parte del afiliado que den lugar a un menor pago de aportes y/o que induzcan o lleven a error a COMFENALCO SANTANDER, en el reconocimiento y entrega de subsidios.", esto es, el realizar la planilla de autoliquidación y pago de aportes PILA con datos inconsistentes e inexactos y aportar esa información a la Caja de Compensación Familiar, induciendo a ésta Corporación a reconocer servicios y subsidios que no corresponde entregar.

8. No suministrar o impedir la revisión de la información que le sea solicitada para la verificación de la correcta y oportuna afiliación de los trabajadores, como también las bases de liquidación y el pago oportuno de los aportes, conforme a las normas legales vigentes.", toda vez, que es obligación legal de la empresa, suministrar documentación e información que permita identificar la veracidad de la afiliación de los trabajadores, la correcta liquidación de pago de aportes, y así mismo constatar la autenticidad de la información reportada a través de las planillas PILA, cuando existan inconsistencias que den lugar a identificar posible elusión en el pago de aportes."



Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

La notificación de la comunicación de inicio del proceso de expulsión, fue enviada al correo electrónico registrado en el sistema de información blankita2557@hotmail.com, documento visualizado el 25/09/2020, según fue certificado por la empresa 472.

El 02 de octubre de 2020, la representante legal de la empresa CORPORACIÓN DE SERVICIOS JUDICIALES - AGENCIA PRIVADA NO LUCRATIVA DE COLOCACIÓN DE EMPLEO, interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto de manera desfavorable para, por medio de la Resolución N°0053 del 13 de noviembre de 2020, conforme al Reglamento de Expulsión de afiliados, debido a que la aportante afiliada no desvirtuó ni subsanó las inexactitudes e inconsistencias en el pago de aportes con destino al subsidio familiar, así como tampoco aportó la documentación solicitada, sustentando el motivo de la decisión en la referida resolución.

Dicho proceso culminó con la expulsión de la empresa y sus afiliados, decisión adoptada por el Consejo Directivo de la Caja de Compensación mediante resolución 0432 del 23 de diciembre de 2020, la que fue notificada debidamente a la empresa afectada.

Explica que la medida de suspensión en la entrega de los subsidios de las personas afiliadas por la empresa CORJUDICIAL, dentro del proceso surtido, fue una medida legal, que permitió que estos recursos no fueran entregados a quienes no les asiste el derecho a recibirlos, puesto insiste en que para el reconocimiento y pago de la cuota monetaria, es indispensable tener la condición de trabajador dependiente y realizar el pago de aportes parafiscales conforme lo señala la ley, la cual no se cumple para la totalidad de personas que fueron afiliadas por ese accionante.

Enfatiza que el proceso de expulsión se inició no por mora en el pago de aportes si no por graves inconsistencias en el pago de los mismos, que generan dudas sobre la existencia del vínculo laboral entre la empresa en mención y los afiliados a través de la misma.

Indica que no es cierto que la Caja de Compensación Familiar le traslade al accionante cargas administrativas, puesto que el proceso de fiscalización y posterior proceso expulsión de la empresa CORJUDICIAL, fue adelantado contra dicha empresa, siendo responsabilidad exclusiva de la misma el suministrar la información y documentos solicitados por Comfenalco Santander, atribución legal que se encuentra contemplada en el artículo 8° de la ley 828 de 2003, que establece a: "Las Entidades Promotoras de Salud, Administradoras de riesgos Profesionales, las Administradoras de Fondos de Pensiones, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje y las Cajas de Compensación Familiar podrán solicitar conforme lo determine el Gobierno Nacional, tanto a los afiliados cotizantes y beneficiarios, como a los empleadores, la documentación que requieran para verificar la veracidad de sus aportes o la acreditación de la calidad de beneficiarios, sin perjuicio de la reserva que por ley tengan algunos documentos.", a lo que hizo caso omiso la empresa.

Explica que conforme a las facultades otorgadas por la Ley, el Consejo Directivo de su entidad procedió a establecer el reglamento para expulsión de afiliados a la Caja de Compensación Familiar, normatividad en la que justifica la legalidad de las actuaciones adelantadas en contra de la empresa Corjudicial, con la finalidad de salvaguardar los recursos parafiscales administrados y velar porque los mismos no terminen beneficiando a quienes no les asiste el derecho para su reconocimiento.

Por lo anterior, concluye que los procesos de expulsión y pérdida de la calidad de afiliado, que apertura Comfenalco Santander, se encuentran soportados y fundamentados en el proceso de fiscalización adelantado y en la normatividad



aplicable, es decir no se trata de una decisión caprichosa ni sin fundamento, y en todos los casos existe un requerimiento inicial por medio del cual se insta al aportante para que subsane la situación evidenciada, con lo que se buscó garantizar el derecho al debido proceso.

Informa que las inconsistencias detectadas de la entidad sin ánimo de lucro CORPORACIÓN DE SERVICIOS JUDICIALES - AGENCIA PRIVADA NO LUCRATIVA DE COLOCACIÓN DE EMPLEO fueron de conformidad con lo establecido en la Ley 21 de 1982 y el Decreto 1072 de 2015, fueron puestas en conocimiento del Ministerio del Trabajo y de la Superintendencia del Subsidio Familiar, mediante escrito del 22 de enero de 2021, y, efectuó el reporte a la Unidad de Pensiones y Parafiscales – UGPP, desde el 30 de junio, debido a que la entidad sin ánimo de lucro CORJUDICIAL no corrigió las inconsistencias detectadas frente al pago de aportes.

Se opone a las pretensiones del accionante, pues insiste en que no pueden tutelarse y ampararse derechos fundamentales de personas que no reúnen los requisitos para ser acreedores de beneficios que la ley ha destinado para determinada población, como son los definidos para el sistema del subsidio familiar, los cuales están destinados única y exclusivamente a la población trabajadora vinculada laboralmente a un empleador afiliado a una Caja de Compensación Familiar, que adicional a ello cumpla con el pago de aportes equivalente al 4% de su nómina mensual.

En consecuencia, estima que no es jurídicamente viable, el pago de cuota monetaria al accionante, en razón a que los subsidios no fueron causados, y la supuesta empresa empleadora fue expulsada como afiliada de Comfenalco Santander, precisamente por haber efectuado de manera irregular la afiliación a la Caja de Compensación con el fin de obtener servicios y beneficios para personas que no ostentaban la condición de trabajadores dependientes, requisito indispensable para ser beneficiarios de las Cajas de Compensación Familiar, lo que tampoco acreditó con la acción de tutela.

De lo expuesto invoca se declare la improcedencia de la acción de tutela, pues no ha desconocido los derechos fundamentales del accionante, además, la acción de tutela no es el mecanismo judicial procedente para el reclamo del pago de un subsidio familiar.

2. CORPORACIÓN DE SERVICIOS JUDICIALES –CORJUDICIAL-, AGENCIA NO LUCRATIVA DE COLOCACIÓN DE EMPLEO, indica que en efecto la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Santander, le comunicó el 25 de septiembre de 2020, el inicio del proceso de expulsión y pérdida de la calidad de afiliado de su entidad, con fundamento en lo consagrado en el artículo 45 de la Ley 21 de 1982, la que hace alusión a la mora en el pago de los aportes.

Por lo anterior, mediante escrito del 2 de octubre de 2020 remitió escrito a la caja de Compensación, enfatizando que su entidad se encuentra al día en el pago de aportes, además, invocó la figura de allanamiento a la mora e invocó el pago de subsidios a los 118 trabajadores que se encuentran vinculados a su empresa, solicitud de la que no ha resuelto nada de fondo, pues estima que el proceso administrativo adelantado en contra de su empresa, es independiente del pago de subsidios, máxime cuando la caja de compensación ha continuado recibiendo el dinero correspondiente al pago de aportes durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2020.

Refiere haber acreditado a la caja de compensación estar al día en el pago de aportes, además, la exigencia de aportar documentos como contratos laborales y demás, desconoce el rol de las Empresas de Colocación de Empleo no lucrativas, reglada por el artículo 35 del Código de Procedimiento Laboral.



Señala que contra la Resolución de expulsión adoptada en el mes de diciembre de 2020, no procede recurso alguno, por lo que la empresa está impedida para actuar legalmente en contra de la caja de compensación, pues al ser una entidad de carácter privado, no puede acudir a la vía contencioso administrativa.

Indica que antes de conocer la resolución que determinó la expulsión de la Caja de Compensación Familiar, en su calidad de representante legal de la empresa, acudió a acción de tutela invocando el pago de los subsidios de los 118 trabajadores vinculados a su empresa, no obstante, la misma fue declarada improcedente dado que no podía reclamar los derechos de los trabajadores, además, aún se encontraba en término para acudir a la vía administrativa, empero, insiste en que no cuenta con mecanismo legal para proteger sus derechos.

Indica que Comfenalco Santander ha trasladado a su empresa una carga que no le corresponde asumir, como quiera que bien puede verificar en Asopagos que se encuentra al día en el pago de aportes, en consecuencia, coadyuva la solicitud de amparo de derechos fundamentales elevada por el accionante.

3. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, vinculada al trámite, no emitió pronunciamiento puntual sobre los hechos objeto de tutela.

Luego de hacer alusión amplia a la normatividad que la rige, indicó que no es competencia de la ADRES reconocer y pagar los subsidios que ofrece la caja de compensación familiar COMFENALCO, ni tampoco posee competencias de vigilancia y control para verificar el desembolso del reconocimiento prestacional que se reclama, lo que permite evidenciar que la ADRES no tiene injerencia alguna en el presente asunto.

4. ASOPAGOS S.A., luego de hacer alusión a la opción de pago de aportes a seguridad social, indicó desconocer todo lo relacionado con el pago de subsidios por parte de la caja de compensación familiar.

Sobre el pago de aportes a seguridad social del accionante, indicó que los pagos efectuados a través de ese Operador de Información ASOPAGOS S.A, pudo advertir que CORJUDICIAL identificada con Nit 900.340.975, realizó los aportes al Sistema de Seguridad Social a favor del empleado ERIBERTO BARRERA DÍAZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.784.413, desde el período de cotización febrero de 2020 hasta el período de cotización diciembre de 2020, siendo el último período pagado por parte del aportante, según lo encontrado en su base de datos, siendo dispersados los pagos realizados entre Eps, AFP, ARL y Comfenalco Santander.

Señala que el aportante es responsable de suministrar la información de manera clara, veraz, completa y oportuna al Operador de Información Asopagos, ello con el fin de que la liquidación de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) se realizara de manera coherente y unificada, de acuerdo con el pronunciamiento emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS).

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA

Antes de realizar el estudio del caso planteado, considera este Despacho que debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA



El artículo 86 de la Constitución, establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales por sí misma o por quien actúe en su nombre, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que señale la ley, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, dicha normativa «*contiene los elementos de procedencia de la acción de tutela, entre ellos, el relacionado con la legitimación en la causa, la cual se entiende como la potestad que tiene una persona para invocar sus pretensiones o controvertir aquellas que se han aducido en su contra. De esta manera, el primero de los eventos se conoce como legitimación en la causa por activa y el segundo como legitimación en la causa por pasiva*»¹.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

En la presente causa, se advierte que, quien acude a la acción de tutela, es precisamente la persona que se considera directamente afectada por la conducta esgrimida por la parte demandada, para lo cual confirió poder especial a un abogado titulado que ejerce la representación de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, debe el Despacho discriminar la legitimación por activa frente a cada petición del accionante, toda vez que si bien la petición principal está encaminada a obtener el pago del subsidio familiar al que le asistiría derecho por su condición de trabajador, también elevó solicitud en favor de la empresa CORJUDICIAL, que es la registrada como su empleador.

Es así que el accionante elevó las siguientes peticiones:

"1.Ordenar a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER, se garantice el pago de subsidio familiar.

2.Ordenar a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER restablecer los derechos suspendidos a LA CORPORACION DE SERVICIOS JUDICIALES – CORJUDICIAL- AGENCIA NO LUCRATIVA DE COLOCACION DE EMPLEO, pues de la existencia de esa empresa devenga el justo salario y el sustento para su familia desde hace varios años."

Frente a la primera pretensión le asiste plena legitimidad en la causa, como quiera que invoca derechos personales en aras de contar con mejores ingresos para soportar los gastos que demanda su núcleo familiar.

No ocurre lo mismo frente a su segunda solicitud, dado que la medida adoptada por la Caja de Compensación Familiar no ordena la liquidación de la empresa Corjudicial, así como tampoco se dispuso la supresión del cargo del que se derivan sus ingresos salariales.

Ahora, si bien la medida de exclusión adoptada por la Caja de Compensación Familiar, conlleva una afectación a los beneficios de los trabajadores afiliados, ello no otorga legitimidad por activa a los trabajadores para elevar peticiones que estén encaminadas al restablecimiento de los derechos de una persona jurídica, los que únicamente pueden ser ejercidos por su representante legal, condición que no ostenta el hoy accionante.

En esas condiciones, cabe anotar que el interés en el restablecimiento de los derechos que fueron suspendidos a su empleador, puede estar motivada en el

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



ánimo de protección de sus derechos patrimoniales, pues la sanción impuesta a su empleador es el motivo por el cual se le privó del pago del subsidio familiar, ello no tiene ninguna relación de representación judicial ni agenciamiento con la empresa vinculada Corjudicial, conforme se desprende del expediente, por lo que el accionante no está legitimado por activa para hacer peticiones al respecto, las que únicamente le competen al representante legal de la empresa empleadora.

En esa medida, ha de considerarse que, en lo que atañe a la legitimación por activa, la tutela es procedente en lo relacionado a las manifestaciones del accionante sobre los derechos fundamentales a la igualdad y mínimo vital por el no pago del subsidio familiar al que le asistiría derecho por sus hijos menores de edad, pero no respecto de aquella que apunta a advertir sobre la suspensión de una medida adoptada por la Caja de Compensación Familiar contra la empresa empleadora.

Por lo tanto, al tenor de lo explicado en el título anterior, no existe duda acerca del cumplimiento de este requisito únicamente para la primera pretensión del accionante.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimidad en la causa por pasiva es la condición del sujeto contra quien se dirige la acción, de ser el llamado a responder por la presunta vulneración del derecho amenazado.

La Caja de Compensación Familiar Comfenalco Santander es una entidad de derecho privado sin ánimo de lucro, organizada como corporación en la forma prevista por el Código Civil, la cual cumple funciones de seguridad social y se encuentra sometida al control y vigilancia del Estado, por tanto, es un ente que, de conformidad con el artículo 5º y el numeral 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye la vulneración del derecho fundamental en cuestión.

Ahora, la empresa empleadora, CORPORACIÓN DE SERVICIOS JUDICIALES - AGENCIA PRIVADA NO LUCRATIVA DE COLOCACIÓN DE EMPLEO, es la encargada de realizar el pago de aportes a seguridad social de sus trabajadores, en consecuencia, le asiste legitimidad en la causa por pasiva, de acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 5º del Decreto 2591 de 1991.

No ocurre lo mismo frente a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL -ADRES-, teniendo esta entidad es la encargada de administrar los recursos del sistema de salud en el régimen contributivo, más no tiene injerencia en el caso de trato, esto es, en torno al pago de subsidio familiar.

En el mismo sentido, la entidad ASOPAGOS S.A., carece de legitimidad en la causa por pasiva, dado que es un operador de información a través del cual se realiza la cancelación de los valores correspondientes al sistema de seguridad social, destinando el dinero plasmado en la planilla a cada uno de las entidades a las que se encuentre afiliado el trabajador respecto de quien se realiza el reporte.

INMEDIATEZ

Entendiendo que este requisito se refiere a que la interposición de la acción de tutela se dé dentro de un término razonable, contado a partir del momento de ocurrencia del hecho alegado como transgresor de los derechos fundamentales, para este Despacho se encuentra satisfecha esta exigencia, toda vez que, el motivo que da lugar a la pretensión de la acción tiene



fundamento en la suspensión en el pago del subsidio familiar que le venía siendo cancelado con ocasión a la afiliación de sus menores hijos, lo que acaeció en el mes de agosto de 2020, siendo comunicado por su empleador del inicio del proceso sancionatorio finalizando el mes de septiembre de 2020 lo que ocasionó la suspensión de dichos pagos, por lo que dado que el subsidio familiar reclamado es un pago que se causa en forma mensual y la presente acción fue interpuesta el 5 de febrero del corriente, considera este Estrado que ha transcurrido un tiempo razonable, es decir, cinco meses entre la suspensión en el pago del subsidio familiar y la interposición de la acción de tutela, por lo que en ese orden de ideas, encuentra este Estrado la procedencia de la acción como mecanismo para salvaguardar los derechos alegados por el tutelante.

SUBSIDIARIEDAD

Conforme al inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, el requisito de subsidiariedad hace referencia a que la acción de tutela se constituye como un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.

Es preciso establecer que la Honorable corte Constitucional se ha pronunciado sobre la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago del subsidio familiar, es así que en sentencia T-942 de 2014, refirió lo siguiente:

“Ha señalado este Tribunal Constitucional que el subsidio familiar es una prestación económica derivada del derecho a la seguridad social y, está previsto como un “mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento”. Su pago, se encuentra a cargo de la caja de compensación que lo administra, pues al empleador, sólo le corresponde efectuar el aporte respectivo.

Dado que el mismo, como se dijo, deriva del derecho a la seguridad social, por regla general, no es considerado un derecho fundamental. Por esta razón, en principio, el reconocimiento y pago del subsidio familiar no es susceptible de protección por vía de tutela, salvo que se demuestre que el no pago de éste vulnera otros derechos fundamentales que permitan deducir su conexidad con el derecho a la seguridad social.

Sin embargo, la jurisprudencia sentada por la alta Corporación, con fundamento en el mandato previsto en el artículo 44 de la Carta, ha señalado que “el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela **cuando el afectado es un menor de edad**, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental”. Igualmente, el derecho a recibir el pago del subsidio familiar, adquiere el rango de fundamental, cuando sus beneficiarios son ancianos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, puesto que “es obvio que si no se recibe el subsidio familiar, destinado a esos ancianos sin trabajo y sin recursos, ello significa una trasgresión que afecta no solo la dignidad sino el mínimo vital”.

Por lo anterior, la reclamación que por vía de tutela se haga para exigir el pago del subsidio familiar, entendido éste como una especie dentro del género de la seguridad social, en principio, no resultaría viable por este mecanismo excepcional, no obstante, salvo en los casos en que el subsidio familiar es reclamado por menores de edad o por personas de la tercera edad que se



encuentren en estado de debilidad manifiesta, adquiere la condición de derecho fundamental y por ende la acción de tutela surge como la vía judicial apropiada para exigir su pago.”

Así las cosas, visto el precedente judicial que antecede, en el caso bajo estudio, observa el Despacho que el ciudadano ERIBERTO BARRERA DÍAZ, interpone la acción de tutela por intermedio de apoderado judicial, haciendo alusión a sus derechos fundamentales, pero también recalcando que el mismo se requiere para cubrir los gastos del hogar que está constituido además por su menor hijo, quien ostenta la calidad de afiliado.

Entonces, dado que la petición principal de la acción de amparo de la referencia es que la accionada reconozca y pague el subsidio familiar en favor de un menor de edad, la misma, como lo ha establecido la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, se perfila como procedente y el Despacho debe entrar a hacer un estudio de fondo sobre ésta en torno a la primera pretensión –pago del subsidio familiar-, con el fin de establecer si, como lo afirma el actor, la decisión adoptada por Comfenalco Santander viola los derechos de su menor hijo.

PROBLEMA JURÍDICO

En esta ocasión, corresponde al Juez de tutela establecer si (i) ¿Se han vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad y mínimo vital de ERIBERTO BARRERA DÍAZ y su menor hijo por parte de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER al no garantizar el pago del subsidio familiar como consecuencia de la sanción de exclusión impuesta a su empleador? (ii) ¿Vulnera la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Santander el derecho fundamental a la dignidad humana y mínimo vital, cuando se niega a cancelar el valor del subsidio familiar a un trabajador vinculado a través de una empresa que fue objeto de sanción de exclusión, luego de adelantado el trámite previsto para ello?

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se encuentra contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1.991, como el medio más expedito y eficaz para lograr que cesen o se detengan aquellas acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental, no obstante, la misma se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

Esto es, está prevista como un mecanismo procesal, complementario y específico que tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su violación.

El ejercicio de la acción está condicionado a que la parte demuestre la existencia de una amenaza concreta y específica de violación de los derechos fundamentales cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública y en casos definidos por la ley a sujetos particulares.

La tutela es un instrumento de carácter directo porque siempre presupone una actuación preferente y sumaria a la que el afectado puede acudir solo en ausencia de cualquier otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.



LA INSTITUCIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR (Sentencia T-942 de 2014)

La Ley 21 de 1982 "Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones", define el subsidio familiar de la siguiente manera:

"Art. 1º.- El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos 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. (...)"

Dicha ley, en su artículo 2º, señala que el "subsidio familiar no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso".

Por su parte, el artículo 3º de la Ley 789 de 2002 "Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo", estableció de manera taxativa quiénes pueden ser beneficiarios del subsidio familiar, así:

"1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.

2. Los hermanos que no sobrepasen la edad de 18 años, huérfanos de padres, que convivan y dependan económicamente del trabajador y que cumplan con el certificado de escolaridad del numeral 1.

3. Los padres del trabajador beneficiario mayores de 60 años, siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna. No podrán cobrar simultáneamente este subsidio más de uno de los hijos trabajadores y que dependan económicamente del trabajador. (...)"

Sobre la regulación legal del subsidio familiar, este Tribunal Constitucional ha señalado que:

"El subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación.

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social".

De acuerdo con lo dispuesto por la ley y la jurisprudencia, el subsidio familiar tiene como objetivo principal contribuir a la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad. Conforme con ello, es viable afirmar que el subsidio familiar es una forma de ejecución del mandato consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política según el cual, el "Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia".



Dicha figura, busca beneficiar a los sectores más pobres de la población, mediante el pago de un subsidio en dinero y el reconocimiento de un subsidio en servicios, para los trabajadores que devenguen salarios bajos. Sin embargo, el mismo solo se ha fijado para los hijos menores de 18 años, los hermanos que no sobrepasen los 18 años huérfanos de padres y que dependan del trabajador, o sin son mayores, siempre que acrediten que se encuentran estudiando y; los padres del trabajador mayores de 60 años que no reciban pensión, ni salario, ni renta.

RÉGIMEN Y NATURALEZA DEL SUBSIDIO FAMILIAR (Sentencia T-712 de 2003)

El subsidio familiar fue creado por los Decretos Legislativos Nos. 118 y 249 de 1957, como un beneficio de carácter prestacional, selectivo y especial. Posteriormente, mediante la Ley 58 de 1963 se amplió la cobertura de este beneficio a los trabajadores del sector público y a los de las empresas y patronos con patrimonio neto igual o superior a cincuenta mil pesos. Esta ley autorizó la creación de cajas de compensación familiar. La Ley 56 de 1973 consagra la participación de los trabajadores en los consejos directivos de las cajas de compensación familiar.

La Ley 25 de 1981 crea la Superintendencia de Subsidio Familiar para ejercer funciones de inspección y vigilancia de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar.

La Ley 21 de 1982 fija un nuevo marco normativo y establece el subsidio familiar en dinero para los trabajadores con remuneración fija o variable que no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales. Según lo ha señalado esta Corporación, con la Ley 21/82 "se pretendió remediar la situación de marginación en que quedaba un amplio sector de la población laboral bajo la vigencia del régimen anterior, sector que era justamente el más necesitado de esta prestación".

La Ley 71 de 1988 amplía la cobertura a los pensionados, salvo el subsidio en dinero. La Ley 49 de 1990 crea el subsidio a la vivienda de interés social por parte de las cajas de compensación familiar. La Ley 100 de 1993 dispuso que las cajas de compensación familiar destinen el 5% de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en Salud, salvo aquéllas cajas que obtengan un cociente superior al 100% del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10%. La Ley 789 de 2003, entre otras medidas, modifica el régimen del subsidio familiar en dinero, crea el subsidio temporal al desempleo, modifica el régimen de organización y funcionamiento de las cajas de compensación familiar y redefine las funciones y facultades de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

A partir de la legislación vigente, se destacan las siguientes características del subsidio familiar:

- El subsidio familiar es considerado como una especie del género de la seguridad social, regido, por lo tanto, por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad incorporados en el artículo 49 de la Carta Política. Constituye, por ende, una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno.
- Es una prestación social cuya finalidad es la de aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad, de forma que tales condiciones materiales puedan ser satisfechas^[14]. Su objetivo no es entonces retribuir directamente el trabajo, como sí lo hace el salario.



- Se paga en dinero, en servicios y en especie a los trabajadores de menores o medianos ingresos y de los pensionados, en proporción al número de personas a cargo. Según lo dispone el artículo 5º de la Ley 21 de 1982, el "Subsidio en dinero es la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la prestación. El Subsidio en especie es el reconocido en alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación de esta Ley. [Y el] Subsidio en servicios es aquel que se reconoce a través de la utilización de las obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades prescrito en la Ley".
- Su pago está a cargo de los empleadores públicos y de los privados que ocupen uno o más trabajadores permanentes, en suma equivalente al 6% del monto de sus respectivas nóminas.
- Es recaudado, distribuido y pagado por las cajas de compensación familiar, las que además están en la obligación de organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar.
- Los aportes recaudados por las cajas por concepto del subsidio familiar se distribuirán en la siguiente forma: Un cincuenta y cinco por ciento (55%) para el pago del subsidio familiar en dinero; hasta un diez por ciento (10%) para gastos de instalación, administración y funcionamiento; hasta un tres por ciento (3%) para la construcción de la reserva legal de fácil liquidez dentro de los límites de que trata la Ley 21 de 1982, y el saldo se apropiará para las obras y programas sociales que emprendan las Cajas de Compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie, descontados los aportes que señale la Ley para el sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar.
- Las cajas de compensación familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado, a través de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

En concordancia con lo expuesto, esta Corporación ha resaltado la naturaleza del subsidio familiar como función pública y mecanismo de redistribución del ingreso a cargo del Estado, que impone obligaciones al empleador y a las entidades encargadas de su recaudo, administración y pago.

Así mismo, los recursos del subsidio familiar manejados por las cajas de compensación familiar han sido considerados como rentas parafiscales, lo que impone que, por su afectación especial, no puedan ser destinados a finalidades diferentes a las previstas en la ley. En este sentido, como lo ha señalado esta Corporación, "la parafiscalidad hace relación a unos recursos extraídos en forma obligatoria de un sector económico para ser reinvertidos en el propio sector, con exclusión del resto de la sociedad".

El pago del subsidio familiar cuando los beneficiarios son menores de edad y la actitud asumida por la Caja de Compensación.

Los hijos de los trabajadores beneficiarios están incluidos en el primer lugar de quienes dan derecho al subsidio familiar. Adicionalmente, la Constitución Política garantiza una protección especial al niño, dándole a tal garantía el carácter de principio constitucional y derecho fundamental prevalente.

Esta Corporación ha resaltado en diferentes ocasiones la protección especial que la Constitución dispensa a los niños. Por ejemplo, en la sentencia T-283 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expresó:



**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla *pro infans* (CP art. 44)

Así las cosas, el Estado tiene la obligación real, ineludible y vinculante de otorgar una protección especial a los niños, para lo cual desplegará acciones que mitiguen los efectos que les reporte su situación de debilidad, dará prioridad a la atención de sus derechos prestacionales y resolverá toda tensión de derechos dando aplicación al principio de primacía y favorabilidad de los derechos de los niños.

La Corte Constitucional ha señalado que el subsidio familiar hace parte del derecho a la seguridad social. En el caso de los niños, en aplicación de la prevalencia y protección especial a que alude el artículo 44 Superior, el derecho a la seguridad social, incluido el pago del subsidio familiar, adquiere la categoría de derecho fundamental y prevalente, que admite ser amparado a través de la acción de tutela.

Esta posición está respaldada por el derecho internacional, adoptado por la legislación interna, en el que se exige a los Estados lograr la plena realización del derecho a la seguridad social para los niños. Al respecto, en la ya citada sentencia T-223 de 1998 la Corte señaló que:

Es evidente que las obligaciones radicadas en las entidades y organismos, públicos y privados, que tienen a su cargo la seguridad social se intensifican y amplían en la medida en que estén de por medio la salud y la vida de los niños, por lo cual, tratándose de ellos, aumentan de modo considerable las posibilidades de su vulneración por negligencia, descuido o desconocimiento del nivel preferente al que han sido elevados por la propia Constitución.

Ello se refleja a nivel internacional en la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por Colombia y aprobada mediante la Ley 12 de 1991, y en el orden interno en la clara advertencia del Decreto Ley 1298 de 1994, mediante el cual se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuyo artículo 10 establece:

'Artículo 10. Derecho a la seguridad social para los niños. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 12 de 1991, el Estado reconocerá a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, y adoptará las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con la legislación vigente'. (T-001/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

CASO CONCRETO

En cuanto al caso bajo estudio, se tiene que ERIBERTO BARRERA DÍAZ, se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social, régimen contributivo, en calidad de empleada de la empresa CORPORACIÓN DE SERVICIOS



JUDICIALES – CORJUDICIAL, AGENCIA NO LUCRATIVA DE COLOCACIÓN DE EMPLEO.

Como consecuencia a la medida de suspensión de la empresa CORJUDICIAL notificada el 25 de septiembre de 2020, se suspendió el pago del subsidio familiar al trabajador. En decisión del 23 de diciembre de 2020, el empleador fue sancionado con la expulsión de la Caja de Compensación Familiar, lo que evidentemente afectó a trabajadores vinculados a esta empresa. Dicha sanción fue resultado del proceso iniciado al haberse advertido por la Caja registros que consideró fraudulentos.

Al respecto, en torno al pago de subsidio familiar, tal como se dejó ampliamente decantado en la parte dogmática de esta providencia, la Corte Constitucional ha señalado como característica del subsidio familiar, ser una prestación derivada del derecho a la seguridad social. En la sentencia C-508/97 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se precisó la razón de ser del subsidio:

"El subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento."

El problema que se plantea en el caso sometido a estudio es la protección a dichos menores cuando éstos no reciben el mencionado subsidio. Esto obliga a recordar, inicialmente, el tema de la protección al niño; y ver la manera como la Constitución y la ley garantizan tal protección dándole la característica de derecho fundamental y de principio constitucional, tal como se establece en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991 expresamente.

Ahora bien, indica el empleador que el proceso de exclusión ya se adelantó y actualmente carece de medios legales para debatirlo –afirmación alejada de la realidad jurídica-, empero, la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Santander, ha continuado recibiendo el pago de los aportes, situación que el despacho pudo verificar por medio de ASOPAGOS, se hizo hasta diciembre de 2020.

Sobre el pago de subsidio familiar, se tiene que por disposición legal es la Caja de Compensación Familiar correspondiente quien cancela el mismo, luego está prohibido que persona diferente lo haga. El artículo 15 de la ley 21 de 1982 ordena:

"Artículo 15.- Los empleadores obligados al pago de aporte para el subsidio familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y los demás con destinación especial, según los artículos 7º y 8º, deberán hacerlo por conducto de una caja de compensación familiar que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios o de la caja más próxima dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarías.

Cuando en las entidades territoriales antes mencionadas no exista caja de compensación familiar, los pagos se verificarán por intermedio de una que funcione en la división política territorial más cercana.



Se exceptúan de lo anterior los empleadores correspondientes al sector primario, respecto de los cuales se estará a lo dispuesto en el artículo 70."

Con fundamento en lo anterior, la H. Corte Constitucional modificó algunas providencias que ordenaban directamente al empleador, proceder al pago de los subsidios familiares, cuando el motivo del no pago, era por causa atribuible al patrono, empero, estimó la Corte en providencia T-153 de 1999, que no se puede ordenar al empleador que pague directamente el subsidio familiar, pues existe expresa prohibición legal, aclarando que lo que se puede ordenar al empleador es que cancele los aportes a la Caja correspondiente.

Es así que visto el precedente jurisprudencial referido, para este Despacho no resulta procedente acceder a lo pretendido por la Caja de Compensación Comfenalco Santander, en lo referido a declarar la improcedencia de la solicitud de amparo constitucional frente al pago del subsidio reclamado, advirtiendo que un Juzgado Civil ordenó al empleador efectuar dicho pago, dado que tal como lo indicó la H. Corte Constitucional en el precedente enunciado por este Despacho, existe expresa prohibición legal en ese sentido.

Ahora, se puede evidenciar que: i) el empleador fue desvinculado de la Caja de Compensación Familiar por decisión adoptada el 23 de diciembre de 2020 y materializada el 28 de diciembre de 2020, ii) la desafiliación, o la expulsión del afiliado obedece a circunstancias que fueron debatidas dentro del respectivo proceso, iii) existe imposibilidad de hacer los pagos de subsidios en forma directa por parte del empleador, pues dicha prestación social se hará, única y exclusivamente a través de las cajas de compensación creadas para el efecto, iv) la Caja de Compensación Familiar ha recibido lo correspondiente al pago de aportes del trabajador, hasta el período que comprende el mes de diciembre de 2020, tal como lo señaló la entidad vinculada Asopagos S.A., v) el pago del subsidio familiar se hizo por la caja de compensación COMFENALCO hasta el mes de julio, pagado al mes siguiente, conforme a lo indicado por la misma caja, y, vi) hasta tanto el empleador no adelante el proceso legal pertinente, no podrá ser aceptado en otra caja de compensación.

Vistos los anteriores aspectos que determinan la situación actual de los trabajadores de la empresa CORPORACIÓN DE SERVICIOS JUDICIALES – CORJUDICIAL, AGENCIA NO LUCRATIVA DE COLOCACIÓN DE EMPLEO, respecto de los subsidios familiares dejados de percibir, surge claro que la vulneración de los derechos fundamentales de los niños, aquí afectados, es clara, dadas las pruebas del expediente.

Significa lo anterior que es necesario ordenar a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Santander, que sea ésta quien le pague a los beneficiarios del accionante, lo correspondiente al subsidio familiar, correspondiente a los meses que ya han sido cancelados los aportes por parte del empleador, toda vez que tratándose de hijos menores, sus derechos a la seguridad social son fundamentales y prevalentes sobre los derechos de los demás, por lo cual advirtiendo que la expulsión se dio en el mes de diciembre y el pago de aportes hasta diciembre, inclusive, este término será el amparado por el despacho.

Es de precisar que dicha orden no contempla meses futuros, pues dada la orden de expulsión que se encuentra vigente desde el mes de diciembre de 2020, el accionante cuenta con la vía ordinaria para debatir dicha situación frente a su empleador, a quien le asistía la obligación de ejercer su derecho de defensa en el proceso administrativo adelantado por Comfenalco Santander.

De lo anterior se evidencia que la entidad accionada CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER no procuró salvaguardar los derechos fundamentales del accionante, pues a pesar de que la empresa empleadora



realizó el pago correspondiente a aportes, no se cancelaron los beneficios respectivos.

Si bien, la entidad COMFENALCO SANTANDER CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR, señala que el proceso adelantado en contra de la compañía CORJUDICIAL, fue ajustado a las normas vigentes, es de precisar que este Despacho no se pronunció de fondo sobre el mismo, pues claramente se hizo estudio de la primera pretensión elevada por el accionante.

Ahora bien, los fallos judiciales proferidos por el Juzgado Primero Homólogo, Noveno y Décimo Civil Municipal de Bucaramanga, no pueden ser tomadas a consideración por este estrado como un precedente o un elemento con vocación probatoria, dado que el proferimiento de esta decisión tiene carácter reciente, por lo que en el trámite del mismo, no se habría actuado conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo 1834 de 2015² en lo relativo a las reglas de reparto para acciones de tutela masivas, de lo cual se desprende una probable afectación de debido proceso que haría nulatoria la decisión.

No puede dejarse de lado que, frente a una latente interposición de tutelas masivas contra determinada autoridad, la Honorable Corte Constitucional en el auto: A172 del 27 de abril de 2016: con ponencia del Dr. ALBERTO RIOS ROJAS, explicó: **"Por consiguiente, con el fin útil de asegurar la coherencia, igualdad y homogeneidad en la solución judicial de tutelas idénticas, la Sala Plena ordenará la remisión del expediente ICC-2367 a la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que, de manera inmediata, imparta trámite de primera instancia y profiera decisión de fondo dentro de la acción de tutela promovida por Diego Alejandro Gutiérrez Amaya y otros, en contra del Sindicato "Vocero Judicial" y otros".**

Por lo anterior, se ordenará a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER, que proceda a materializar los derechos a la seguridad social y mínimo vital, cancelando al accionante el subsidio familiar dejado de cancelar desde que se inició el proceso seguido en contra de su empleador, dado que los aportes ya le fueron cancelados.

Finalmente, tal como se precisó en el acápite correspondiente, este Despacho no emitirá pronunciamiento de fondo frente a la segunda pretensión –levantar las sanciones impuestas por Comfenalco Santander contra Corjudicial-, pues le asiste falta de legitimación en la causa por activa al accionante.

Con fundamento en las razones fácticas y probatorias, el **JUZGADO DIECISEIS (16) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA (S)**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social,

² "Por el cual se adiciona el Decreto número 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Justicia y del Derecho, y se reglamenta parcialmente el artículo 37 del Decreto número 2591 de 1991, en lo relativo a las reglas de reparto para acciones de tutela masivas." "Artículo 2.2.3.1.3.1. Reparto de acciones de tutela masivas: Las acciones de tutela que persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad o de un particular se asignarán, todas, al despacho judicial que, según las reglas de competencia, hubiese avocado en primer lugar el conocimiento de la primera de ellas.

A dicho Despacho se remitirán las tutelas de iguales características que con posterioridad se presenten, incluso después del fallo de instancia.

Para tal fin, la autoridad o el particular contra quienes se dirija la acción deberán indicar al juez competente, en el informe de contestación, la existencia de acciones de tutela anteriores que se hubiesen presentado en su contra por la misma acción u omisión, en los términos del presente artículo, señalando el despacho que, en primer lugar, avocó conocimiento, sin perjuicio de que el accionante o el juez previamente hayan podido indicar o tener conocimiento de esa situación."



dignidad humana y mínimo vital de los tres menores hijos del señor ERIBERTO BARRERA DÍAZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.784.413, actuando en nombre propio, en contra de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – ORDENAR al representante legal -o quien haga sus veces- de LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO SANTANDER, que en el término de DOS (2) DÍAS, proceda a efectuar el pago del subsidio familiar dejado de cancelar a **ERIBERTO BARRERA DÍAZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.784.413, respecto de los cuales ya recibió los aportes correspondientes por parte del empleador, esto es los subsidios concernientes a los meses de agosto hasta diciembre inclusive, del año 2020. Lo anterior, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO. – DECLARAR IMPROCEDENTE LA PRETENSIÓN DE restablecer los derechos suspendidos a LA CORPORACION DE SERVICIOS JUDICIALES – CORJUDICIAL- AGENCIA NO LUCRATIVA DE COLOCACION DE EMPLEO solicitado por el señor ERIBERTO BARRERA DÍAZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.784.413, por falta de legitimación en la causa por activa, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO. – DESVINCULAR a las demás entidades vinculadas, esto es, ADRES, ASOPAGOS S.A. y CORJUDICIAL, al no encontrar grado de responsabilidad alguna dentro del trámite de la presente acción constitucional.

QUINTO. - COMUNICAR a las partes que contra este fallo procede la impugnación dentro del término de tres (03) días contados a partir de la notificación de la sentencia. De no impugnarse, envíese al día siguiente de su firmeza, ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEXTO.- NOTIFICAR por el medio más idóneo, a las partes el contenido del fallo librando para ello las comunicaciones de ley. Una vez regrese el expediente de la Honorable Corte Constitucional, se ordena el archivo definitivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

ANGELA JOHANNA CASTELLANOS BARAJAS



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura**

**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

JUEZ

**JUZGADO 016 MUNICIPAL PENAL CONTROL DE GARANTIAS DE LA
CIUDAD DE BUCARAMANGA-SANTANDER**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

e8933829fe19302fa5f85925319620c304e51b354a44a78abec57e4bceb19bb2

Documento generado en 16/02/2021 11:56:38 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>