

Al contestar este Oficio, por favor cite este número: 2-2021-205769

Bogotá D.C., 22 de diciembre de 2021 09:28

Ref. 1-2021-025857 205/2021/CJUR

Asunto: Solicitud Concepto Jurídico

Apreciada Señora Cruz:

La Oficina Asesora Jurídica ha recibido comunicación de su parte; frente al cual, y de conformidad con las funciones establecidas en el Decreto 2595 de 2012 y la norma concordante establecida en la Ley 1755 de 2015, se examina la consulta jurídica y procede a dar respuesta en los siguientes términos:

1. CONSULTA

Mediante petición recibida de la referencia, la cual señala:

“Muy comedidamente solicito su colaboración con aclaración del tema de custodias ya que la Caja de compensación para realizar la respectiva afiliación de los menores (hijastros, hijos que dependan económicamente del padre). Para que puedan acceder al subsidio familiar requiere custodia de los menores y la mayoría que son aportadas son provisionales y con fechas de dos a tres años atrás, por lo que muy amablemente Solicitamos de su colaboración para que nos informen si este documento que en su mayoría son custodias provisionales, como podemos saber si efectivamente continúan con la custodia del menor de edad o se le puede decir al afiliado que soliciten ante ustedes algún certificado o actualización de la misma. Quedamos atentos a su respuesta ya que esto ha generado conflicto con los afiliados porque manifiestan que el Bienestar Familiar no les expide otro tipo de documento solo ese”.

2. MARCO NORMATIVO

Para satisfacer la consulta elevada, esta entidad procederá en primera media a examinar el contexto normativo que regula la materia, y posteriormente, se pronunciará frente a los interrogantes formulados, teniendo en cuenta a su vez, conceptos previos emitidos por esta entidad.

El artículo 26 de la Ley 21 de 1982 establece: *“ARTICULO 26. El Subsidio Familiar se pagará al cónyuge a cuyo cargo esté la guarda y sostenimiento de los hijos. Si la guarda estuviere a cargo de ambos, se preferirá a la madre.”*

Y el artículo 27 de la mencionada Ley, establece que darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

(...) 1º. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.

(...) Para los efectos del régimen del subsidio familiar se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del trabajador y además se hallen dentro de las condiciones señaladas en los artículos siguientes.

Concordante con lo anterior, el artículo 3 de la Ley 789 de 2002, establece el régimen del subsidio familiar en dinero, estableciendo en su parágrafo que:

Parágrafo 1º. Dará derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

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.

(...) 7. Podrán cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos el padre y la madre, cuyas remuneraciones sumadas no excedan de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.

La ley 1098 de 2006 en su artículo 23 contempla:

ARTÍCULO 23. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

Aunado a lo anterior, la Circular Externa 0002 del 29 de febrero de 2016 expedida por esta Entidad, define que se entiende por custodia, quien la otorga, y los requisitos para la afiliación, en cuanto al caso concreto de consulta, precisa:



CUSTODIA: Se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el hijo, en el educando, en el incapaz de obrar y auto regular en forma independiente su comportamiento.

La custodia debe ser expedida por la correspondiente entidad competente, ICBF, comisarías de familia, juzgado de familia, en ausencia de estas las funciones le corresponden al Inspector de Policía.

Tal como lo establece el artículo 66 de la Ley 446 de 1998, el acta de conciliación que avala la autoridad administrativa en el desarrollo de una audiencia de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (rei iudicata) y presta mérito ejecutivo, sin ser necesario la emisión de resolución para tal efecto.

En caso de custodia compartida, se recuerda que en virtud de lo establecido en el artículo 2.2.7.4.2.3. del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo No. 1072 de 2015, la convivencia se da en relación con ambos progenitores; por lo tanto, el pago simultáneo del subsidio se calcula con base en los ingresos de los padres biológicos y se debe exigir certificación laboral de la madre o padre biológicos, según sea el caso, sobre ingresos y certificación si recibe o no subsidio por el mismo hijo. (negrita fuera de texto).

De otra parte, según consideraciones de la Corte Constitucional en la Sentencia T-065-19 con la custodia, se busca "... como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad".

Lo anterior, para significar conforme a conceptos emitidos con anterioridad por esta entidad, que en el acta en que se define la custodia, se precisa el término en que se encuentra establecida la misma; por tanto, es deber del afiliado aportar la custodia cuantas veces sea necesario, que le permita acreditar la continuidad del cuidado de la persona a cargo, para acceder al beneficio y en cuanto a su pregunta en el caso concreto, se pide que la custodia sea asignada por una autoridad competente por cuanto así lo establecen las normas vigentes, aunado a lo anterior, la circular lo único que hace establecer puntualmente y con claridad los requisitos establecidos en las diferentes normas.

Aunado a lo anterior, se aclara que esta entidad ha emitido conceptos previos que aducen al tema de custodia y los cuales pueden ser consultados en el siguiente link <https://www.ssf.gov.co/transparencia/normatividad/sujetos-obligados-del-orden-nacional/conceptos-juridicos>

3. CONCLUSIONES



De acuerdo con lo anterior, la norma es muy clara al establecer, conforme a las preguntas motivo de esta consulta que:

1. Los hijos menores de 18 años son personas a cargo del trabajador beneficiario, lo cual da derecho a recibir el subsidio en dinero.
2. Con base en el artículo 26 de la Ley 789 de 2002, el subsidio se pagará al **padre que tenga la custodia y el cuidado personal del menor**¹.
Con base en la CE 002 del 29 de febrero de 2016, la custodia debe ser expedida por la correspondiente entidad competente, ICBF, comisarías de familia, juzgado de familia, y en ausencia de estas las funciones le corresponden al Inspector de Policía.
3. Cada caja de compensación familiar debe tener establecidos los procedimientos internos que permitan el debido cumplimiento de su objeto social, entre los cuales, se debe contar con un procedimiento interno de afiliación que permita verificar realmente que los beneficiarios de los trabajadores afiliados sean personas a cargo del mismo, conforme las directrices dadas por la ley y las aclaraciones que esta entidad ha emitido.

Se aclara que el presente concepto se emite de conformidad con lo previsto en el artículo 7° del Decreto 2595 de 2012 y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”, el concepto emitido, constituye sólo un criterio orientador y la interpretación y aplicación de la normatividad relativa al caso objeto de consulta.

En los anteriores términos damos por atendida su solicitud.

Cordial Saludo,



RAÚL FERNANDO NULEZ MARÍN
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Karen Daniela Rosero

¹ Ley 1098 de 2006, artículo 23. Corte Constitucional. Sentencia T-033-20.



JSxp dGB0 flbG l5p0 Qut3 099b B1w=
Copia en papel auténtica de documento electrónico. La validez de este documento puede
verificarse ingresando en <http://sw2k8r2esigna-e:8080/SedeElectronica/>



J5xp dGBO flbG l5pp Qut3 099b B1w=
Copia en papel auténtica de documento electrónico. La validez de este documento puede
verificarse ingresando en <http://sw2k8rzesigna-e-8080/SedeElectronica/>

Documento firmado digitalmente