

Conferencia Interamericana de Seguridad Social



**Centro Interamericano de
Estudios de Seguridad Social**

Este documento forma parte de la producción editorial del Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), órgano de docencia, capacitación e investigación de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS)

Se permite su reproducción total o parcial, en copia digital o impresa; siempre y cuando se cite la fuente y se reconozca la autoría.

Subsidio familiar y servicios sociales en Colombia

Régimen actual y perspectivas

Juan Carlos Cortés González

Subsidio familiar y servicios
sociales en Colombia

Régimen actual y perspectivas

Juan Carlos Cortés González



CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO
DE LA SEGURIDAD SOCIAL



INFORMACIÓN & SOLUCIONES





Juan Carlos Cortés González

Es abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, donde fue distinguido como monitor académico y con tesis laureada. Es especialista en Derecho Administrativo de la misma universidad y en Justicia y Procesos Constitucionales de la Universidad Castilla La Mancha (España); cuenta con Maestría en Administración de la Seguridad Social por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Por ocho años ejerció cargos de dirección en entidades del Estado, entre ellas el Ministerio de Justicia, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Fiscalía General de la Nación. Por siete años estuvo vinculado como asesor y directivo en Compensar, en donde desarrolló su conocimiento y experiencia en el campo del sistema de subsidio familiar y de salud.

Subsidio Familiar y Servicios Sociales en Colombia: Régimen Actual y Perspectivas

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ



LEGIS

BOGOTÁ • MÉXICO D.F. • BUENOS AIRES • CARACAS • LIMA • SANTIAGO

PRIMERA EDICIÓN 2011

© Juan Carlos Cortés González

© Legis Editores S.A., 2011

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo, sin previa autorización del editor.

LEGIS

Presidente: *Alfredo Motta Venegas*

Gerente Editorial: *Édgar Humberto Gómez Quiñones*

Directora Editorial: *Martha Penen Lastra*

Diseño de Carátula: *Juan Felipe Ulloa*

Diagramación: *Preprensa Editorial*

Impresión: LEGIS S.A.

ISBN: 978-958-653-939-5

Impreso en Colombia / Printed in Colombia

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN DE MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ PASTOR	xv
INTRODUCCIÓN	xxi

CAPÍTULO I

El subsidio familiar y su naturaleza

1. PRESTACIÓN SOCIAL	1
2. SUBSIDIO FAMILIAR COMO PRESTACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	7
3. SUBSIDIO FAMILIAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL	11
4. SUBSIDIO FAMILIAR Y TRABAJO DECENTE	15
5. SUBSIDIO FAMILIAR Y DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	16
6. SUBSIDIO FAMILIAR COMO MECANISMO DE REDISTRIBUCIÓN DEL INGRESO.....	17
7. MANIFESTACIONES DEL CONCEPTO DE SUBSIDIO FAMILIAR	19

CAPÍTULO II

Sistema de subsidio familiar en Colombia

1. CONSIDERACIONES PREVIAS	23
2. CARACTERÍSTICAS	25

CAPÍTULO III

Antecedentes históricos del subsidio familiar

1. CONSIDERACIONES GENERALES	37
2. LAS ASIGNACIONES FAMILIARES Y SUS ANTECEDENTES.....	39
2.1. Origen laboral/gremial del subsidio familiar.....	41
2.2. Noción del salario familiar	42

2.3. Aplicación de la solidaridad.....	42
2.4. Antecedentes inmediatos	43
2.5. Orígenes de las cajas de compensación en Francia	44

CAPÍTULO IV

Antecedentes del subsidio familiar en Colombia

1. REFERENCIAS HISTÓRICAS, IDEOLÓGICAS Y JURÍDICAS.....	47
2. TENDENCIAS EN LA EVOLUCIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN COLOMBIA.....	64
2.1. Sistema voluntario.....	64
2.2. Sistema de reparto institucionalizado	64
2.3. Capitalización de las cajas y surgimiento de los servicios sociales.....	65
2.4. El marco legal y el reparto obligatorio	65
2.5. La solidaridad y la extensión en la cobertura de las cajas.....	66
2.6. El sistema de protección social.....	66
2.7. El nuevo modelo.....	67
3. SÍNTESIS SOBRE LA HISTORIA DEL RÉGIMEN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN COLOMBIA.....	68
3.1. Década de los cincuenta: compensación para alivio de las cargas familiares	69
3.2. Década de los sesenta: prestación de servicios sociales	69
3.3. Década de los setenta: ampliación de servicios.....	69
3.4. Década de los ochenta: refundación moderna	70
3.5. Década de los noventa: programas sociales del Estado con recursos del 4% por extensión de la solidaridad.....	70
3.6. Año 2002: participación en el eje de la protección social.....	71
3.7. Año 2011: las cajas como gestoras de los determinantes de la salud y administradoras de servicios de la protección social (reforma a la salud y Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014)	72

CAPÍTULO V

Modelos generales de operación de las asignaciones familiares

1. PATRONAL	73
2. DE SEGURO SOCIAL	75

3. ESPECIALIZADO O DE CAJAS DE ASIGNACIONES FAMILIARES	76
4. UNIVERSALISTA	77
5. CONSIDERACIONES SOBRE LAS FUNCIONES DE LOS SISTEMAS DE ASIGNACIONES FAMILIARES	78

CAPÍTULO VI

Referentes internacionales en asignaciones familiares

1. COSTA RICA	81
2. MÉXICO.....	82
3. BRASIL	83
4. URUGUAY	85
5. ARGENTINA	89
6. CHILE	93

CAPÍTULO VII

Modelo de operación del sistema de subsidio familiar en Colombia

1. PRESENTACIÓN.....	99
2. PARTICULARIDADES DEL MODELO DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DENTRO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.....	100
3. CONDICIONES DEL RÉGIMEN GENERAL DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN COLOMBIA	108
4. CLASIFICACIÓN DE LAS PRESTACIONES A CARGO DEL SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR	111
5. FINANCIACIÓN DEL SISTEMA Y APORTES PARAFISCALES.....	116
6. APORTES A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMO CONTRIBUCIONES DE CARÁCTER ESPECIAL.....	123
7. CONSIDERACIONES SOBRE ALTERNATIVAS DE FINANCIACIÓN PARA EL SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR	127
8. CAPITALIZACIÓN SOCIAL: PATRIMONIO DEL SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR	138
9. OPERADORAS DEL SISTEMA: CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR	139
10. SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y PROTECCIÓN SOCIAL	148

11. PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SUBSIDIO Y COMPENSACIÓN FAMILIAR: DIVERSIDAD PARA EL BIENESTAR INTEGRAL DE LA PERSONA.....	154
12. SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR Y SERVICIOS SOCIALES.....	155
13. CONSIDERACIONES SOBRE LOS SERVICIOS SOCIALES A CARGO DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR	164
14. SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR Y VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL	184
15. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y PARTICIPACIÓN EN EL SECTOR FINANCIERO.....	188
16. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMO EJECUTORAS DE ACTIVIDADES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA.....	192
16.1. Antecedentes de la nueva funcionalidad	194
16.2. Alcance material de la actividad autorizada	196
16.3. Alcance personal de la actividad autorizada	197
17. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y OTRAS FUNCIONES.....	198
18. SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR Y PROTECCIÓN A LOS DESEMPLEADOS	202
19. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y REFORMA AL SISTEMA DE SALUD: DETERMINANTES SOCIALES Y ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN.....	213
20. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y RÉGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD	226
21. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2010-2014	228
22. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y SECTOR SOLIDARIO.....	234

CAPÍTULO VIII

Sistema de compensación familiar en cifras

1. CIFRAS RELEVANTES SOBRE LA ECONOMÍA COLOMBIANA Y LOS PRINCIPALES INDICADORES SOCIALES.....	237
2. CIFRAS DE GASTO PÚBLICO SOCIAL, CON REFERENCIA A LOS TEMAS DEL SUBSIDIO FAMILIAR.....	241
3. CONTRASTE DEL IMPACTO DEL SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CON OTROS PROGRAMAS	243
4. CIFRAS RELEVANTES SOBRE EL SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR	245
5. CIFRAS RELEVANTES EN CUANTO A LA EJECUCIÓN DE LAS POLÍTICAS DE PROMOCIÓN SOCIAL	251

CAPÍTULO IX
Consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable
al sistema de subsidio familiar en Colombia

1. AFILIACIÓN	255
2. RESPONSABLES DEL SUBSIDIO FAMILIAR	255
3. OBLIGACIONES DE LOS RESPONSABLES DEL SUBSIDIO FAMILIAR	270
3.1. Afiliación	270
3.2. Información	281
3.3. Pago del aporte	283
3.3.1. Régimen de mora en el pago de aportes	290
3.3.2. Regímenes especiales de aportes	293
3.4. Cumplimiento de los estatutos de la caja de compensación familiar	313
4. POBLACIÓN CUBIERTA POR EL SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR	314
4.1. Afiliados obligatorios	314
4.2. Afiliados voluntarios	318
5. SITUACIONES EN EL RELACIONAMIENTO DE LOS RESPONSABLES Y LA POBLACIÓN CUBIERTA CON LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR	329
5.1. Afiliación	331
5.2. Suspensión	332
5.3. Retiro	333
6. PRESTACIONES DEL SUBSIDIO FAMILIAR CUBIERTAS POR EL SISTEMA DE COMPENSACIÓN ...	339
6.1. Generalidades	339
6.1.1. Prestaciones económicas	339
6.1.2. Prestaciones asistenciales	340
6.2. Requisitos para acceder al subsidio familiar	340
6.3. Requisitos para acceder al subsidio por desempleo	352
6.4. Requisitos para acceder al subsidio familiar de vivienda de interés social	354
6.5. Contenido de las prestaciones	360
6.5.1. Cuota monetaria de subsidio familiar de carácter ordinario	360
6.5.2. Subsidio extraordinario por muerte de persona a cargo	378
6.5.3. Subsidio extraordinario por muerte del trabajador beneficiario	379
6.5.4. Subsidio familiar de vivienda de interés social	380

6.5.5.	Servicios sociales subsidiados	382
6.5.6.	Servicios sociales no subsidiados.....	386
6.5.7.	Subsidio por pago de cotización al sistema de seguridad social en salud	386
6.5.8.	Subsidios en especie para desempleados	386
6.5.9.	Subsidios de capacitación para la reinserción laboral.....	387
6.5.10.	Servicios financieros.....	387
7.	RÉGIMEN DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR	387
7.1.	Generalidades	387
7.2.	Creación.....	391
7.3.	Funciones	392
7.3.1.	Recaudo de aportes y pago de las cuotas monetarias de subsidio familiar	392
7.3.2.	Organización y administración de las obras y programas sociales: prestación de los servicios sociales a su cargo, en forma directa o asociada	396
7.3.3.	Ejecución de programas en forma compartida	397
7.4.	Organización	397
7.5.	Régimen de transparencia aplicable a las cajas de compensación familiar	418
7.6.	Conflictos de interés.....	427
7.7.	Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el sistema de compensación familiar	428
7.8.	Inhabilidad política para directores y subdirectores de cajas de compensación familiar	432
7.9.	Régimen especial para la Caja de Compensación Familiar Campesina (Comcaja)	434
7.10.	Régimen de control, inspección y vigilancia sobre las cajas de compensación familiar	437
7.11.	Régimen tributario nacional aplicable a las cajas de compensación familiar.....	447
7.12.	Liquidación de las cajas de compensación familiar.....	453
8.	RÉGIMEN DE LA SUPERINTENDENCIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR.....	454
9.	POLÍTICA Y DIRECCIÓN DEL SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR.....	464
10.	GESTIÓN FISCAL Y CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR	467
11.	APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO AL SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR.....	473

12. CAJAS DE COMPENSACIÓN Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	479
13. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR	480

CAPÍTULO X

Comentarios y críticas al sistema de compensación familiar

1. INEFICIENCIA.....	484
2. INEQUIDAD.....	486
3. FINANCIACIÓN DE LA COMPENSACIÓN FAMILIAR COMO CAUSA DE DESEMPLEO E INFORMALIDAD LABORAL	486
3.1. Análisis sobre algunos estudios y proyecciones en cuanto a la incidencia del aporte parafiscal del 4% en desempleo e informalidad	489
3.2. Análisis teórico sobre los efectos de los parafiscales sobre el empleo.....	490
3.3. Estudios empíricos que analizan una modificación hipotética sobre los parafiscales.....	491
3.4. Experiencias internacionales	492
4. EXCLUSIÓN	493
5. COMERCIALIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES EN EL SISTEMA; DE LO SOCIAL A LO COMERCIAL	494
6. DISPERSIÓN DE ROLES.....	495
7. INSUFICIENCIA EN LAS MEDICIONES DE IMPACTO	496
8. OTRAS CONSIDERACIONES	496

CAPÍTULO XI

Propuestas para la consolidación del sistema de compensación familiar: retos y perspectivas

1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	499
2. APRECIACIONES PARA REPENSAR Y FORTALECER EL SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR EN COLOMBIA.....	502
2.1. Cobertura del sistema de subsidio familiar y servicios sociales	502
2.2. Prestaciones del sistema de subsidio familiar y servicios sociales	504

2.2.1.	Acumulación de capital familiar.....	506
2.2.2.	Acumulación de capital empresarial.....	506
2.2.3.	Acumulación de capital social.....	507
2.2.4.	Acumulación de capital privado.....	507
2.3.	Organización del sistema de subsidio familiar y servicios sociales	508
2.4.	Sostenibilidad del sistema de subsidio familiar y servicios sociales	510
2.5.	Otras consideraciones	512
2.5.1.	Repensamiento integral sobre el sistema de subsidio familiar.....	513
2.5.2.	Rediseño del paradigma de los afiliados "trabajadores"	514
2.5.3.	Revaloración de los aportes sobre la nómina.....	515
2.5.4.	Unidad en el sistema de subsidio familiar	516
2.5.5.	Nuevo esquema de operación para las cajas de compensación familiar.....	516
2.5.6.	Internacionalización.....	517
3.	CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMO EMPRESAS SOCIALES	517

CAPÍTULO XII

Servicios sociales

1.	PRESENTACIÓN.....	527
2.	ANTECEDENTES Y UBICACIÓN CONCEPTUAL.....	530
3.	FUNDAMENTO INTERNACIONAL	532
4.	DEFINICIÓN DE SERVICIOS SOCIALES.....	535
5.	NATURALEZA DE LOS SERVICIOS SOCIALES	539
6.	CONTENIDO DE LOS SERVICIOS SOCIALES	540
7.	EXPERIENCIAS INTERNACIONALES.....	541
8.	SERVICIOS SOCIALES EN COLOMBIA: EVOLUCIÓN	543
8.1.	Noción amplia.....	543
8.2.	Noción restringida.....	546
8.3.	Noción expansiva.....	549
9.	RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS SERVICIOS SOCIALES COMPLEMENTARIOS	550

10. SERVICIOS SOCIALES COMPLEMENTARIOS Y AHORRO DE LARGO PLAZO.....	552
11. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN A ADULTOS MAYORES EN COLOMBIA.....	553
11.1. Ley 1091 de 2006: colombianos de oro	553
11.2. Ley 1171 de 2007: beneficios para adultos mayores	554
11.3. Ley 1251 de 2008: protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores	555
11.4. Ley 1276 de 2009: criterios para la atención integral del adulto mayor en los centros vida.....	558
12. SERVICIOS SOCIALES Y SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR	559
13. SERVICIOS SOCIALES Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL	561

CAPÍTULO XIII

Promoción social y lucha contra la pobreza

1. PROGRAMAS DE SUBSIDIOS	563
2. MONTO DE LOS SUBSIDIOS	565
3. PROGRAMAS.....	568
4. PRINCIPALES CONDICIONES ACTUALES DE OPERACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE LUCHA CONTRA LA POBREZA, PERSPECTIVAS	575
5. PROGRAMAS DE LUCHA CONTRA LA POBREZA Y SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR.....	582

ANEXO NORMATIVO

LEY 21 DE 1982	585
LEY 789 DE 2002	602
DECRETO 1769 DE 2003	634
LEY 920 DE 2004.....	638
BIBLIOGRAFÍA	645

PRESENTACIÓN

Escribir sobre los temas de la seguridad social constituye un aporte de especial valor para la consolidación de los sistemas políticos y la mejora de la equidad y la inclusión en las sociedades.

En efecto, cuando el mundo se debate por las crisis ocurridas en el sistema económico preponderante y, a su turno, se acrecientan las agitaciones sociales y políticas, la reflexión sobre la realidad y el porvenir de los sistemas de aseguramiento social y protección del riesgo es tan oportuna como necesaria, pues precisamente los esquemas de seguridad social tienen por finalidad contribuir al bienestar individual, al desarrollo social y a la legitimidad de los Estados.

No se olvide que el Plan Beveridge se escribió en medio de las explosiones de la guerra y que la política social precisamente representa el compromiso de las comunidades por enfrentar las contingencias que las afectan y por mejorar las condiciones de vida de los asociados, en procura de garantizar su dignidad.

Sin seguridad social fortalecida y, en especial, aprehendida por los ciudadanos como propia bajo el contexto de una conciencia cívica adecuada, seguramente la paz social y el desarrollo se verán fuertemente comprometidos.

Por todo ello, para el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS) resulta estimulante apoyar los esfuerzos que desde diferentes latitudes del Continente se despliegan en orden a estudiar, presentar y exponer propuestas en cuanto al desarrollo de los sistemas de seguridad social y de sus componentes.

Dentro de la colección bibliográfica del Centro se cuentan textos de consulta, revistas, publicaciones electrónicas y la serie de breviaros de la seguridad social, con los cuales se promueve el debate sobre materias de cotidiano interés en nuestras sociedades.

Ahora se vincula el CIESS a la publicación de la segunda presentación del texto que sobre el sistema de subsidio familiar realiza el estudioso Juan Carlos Cortés González. Recordamos con entusiasmo que fue por el año 2004 en el que como primer texto de la colección Editorial CIESS, el autor escribió la obra *El sistema de subsidio familiar en Colombia: Hacia la protección social*.

Por primera vez se intentaba realizar un análisis sobre el concepto de la protección social aplicado al funcionamiento del sistema de compensación familiar, anticipándose a desarrollos conceptuales posteriores.

Luego de incursionar en otros frentes de la literatura jurídica de la seguridad social relacionados con el campo de las prestaciones de salud, Cortés González desarrolló en el libro *Derecho de la protección social* los conceptos que estimó más relevantes sobre los antecedentes, características y proyecciones de esta nueva rama de la ciencia jurídica que reclama autonomía.

A partir de análisis sobre los desarrollos del sistema colombiano, el autor ha pretendido señalar los primeros trazos para una revisión más omnicompreensiva en torno a la seguridad social y sus componentes. Por ello el mérito de sus escritos se concreta a nuestro juicio, en actualizar con profundidad el conocimiento conceptual del modelo de Colombia en los diversos campos de la protección social y en anticipar deliberaciones de carácter general sobre las nuevas definiciones en torno a las prestaciones, los alcances, los métodos de financiación y las estructuras orgánicas que han de servir a la realización del derecho humano de la seguridad social, especialmente en los países de América, responsables de enormes retos en el campo de la universalización, la efectividad y la calidad de los beneficios en protección.

En este texto, Cortés González asume la revisión de una materia de particular impacto para la consolidación de la seguridad social y tradicionalmente olvidada por los esfuerzos académicos y editoriales.

Se trata, en efecto, del ámbito de los servicios sociales y de las asignaciones familiares que en muchas ocasiones pasan desapercibidos cuando de analizar los desarrollos de los sistemas se trata.

Compartimos sus apreciaciones en cuanto resaltar la importancia y oportunidad del subsidio familiar y los servicios sociales como mecanismos esenciales para combatir la pobreza, consolidar la seguridad social y apalancar el desarrollo.

Puede sostenerse que estos sistemas nacieron en el mundo un poco antes que las coberturas clásicas en los campos pensionales, de salud y de riesgos del trabajo, si se tiene en cuenta que las primeras aproximaciones modernas a esquemas previos de subsidio familiar se dieron en Francia a mediados del siglo XIX.

Tuvieron así mismo desarrollos paralelos con los seguros sociales y complementaron las coberturas tradicionales, en procura de mejorar la renta y asegurar condiciones familiares adecuadas, con lo que contribuyeron al mejoramiento de la equidad, pues fueron concebidos desde entonces como mecanismos esencialmente redistributivos.

A América la aplicación de estos modelos de subsidio familiar entró por el sur del Continente, por lo cual los primeros desarrollos en la materia se dieron en Argentina, Chile y Uruguay.

Posteriormente países como Colombia asumieron la misma dinámica y consolidaron tanto la prestación del subsidio como una institucionalidad fuerte referida a las cajas de compensación familiar, como operadoras de aquella. Con el transcurrir del tiempo, el campo de acción de estas instituciones se orientó hacia los servicios sociales en provecho de la clase trabajadora, para finalmente entroncarse con la ejecución de la política social y con acciones orientadas a población pobre y excluida.

Las particularidades prestacionales e institucionales de la compensación familiar se preservan en toda su dimensión en Colombia, pues es en ese país en donde aún se mantiene una contribución especial para financiar el sistema y en donde se asigna su operación a entidades privadas sin ánimo de lucro, como son las mencionadas cajas.

Pero no quiere decir que solamente en Colombia se mantenga la cobertura de asignaciones familiares. En otras latitudes, la misma corresponde al quehacer de los organismos de seguro social y recientemente se han adoptado importantes ajustes a la institucionalidad, como en el caso de Argentina, país en el que se decidió universalizar la cobertura garantizando una prestación de asignación familiar por hijo a todas las familias en condición de necesidad.

De otro lado, el desarrollo de los servicios sociales ha sido variado a lo largo del Continente. En ocasiones se les ha integrado a la asistencia en salud, en otras su fortalecimiento se ha dado en razón de las coberturas para adultos mayores, mientras que en otros casos su relacionamiento principal se ha venido a dar con la protección a discapacitados.

Sin considerar estos diferentes enfoques, estimamos que el campo de los servicios sociales está llamado a crecer progresivamente, pues su complementariedad necesaria frente a las coberturas de la seguridad social clásica se torna indispensable.

Basta apreciar solamente lo que representan aquellos en el control de los determinantes sociales de la salud, bajo el entendimiento de aquella como el bienestar físico, psíquico y fisiológico y no meramente como la ausencia de enfermedad, tal como nos lo enseña la Organización Mundial de la Salud. Desde la perspectiva de la estrategia de atención primaria en salud por ejemplo, los países tendrán que recorrer un importante camino en la consolidación intrasectorial de los servicios sociales, como vías esenciales para asegurar las condiciones adecuadas de salud y desarrollo.

Igualmente la cobertura a adultos mayores nos enseña que a más de las tasas de reemplazo se demandan prestaciones adicionales referidas al cuidado y al

acompañamiento de quienes se encuentran en esta etapa del ciclo vital, lo cual provoca así mismo la reacción desde el rubro de los servicios sociales. Y lo mismo puede decirse en relación con la salud ocupacional y el ámbito de protección por riesgos laborales.

El nexo entre dichos servicios y las demás áreas de la seguridad social, así como el que debe coordinarse entre las diferentes políticas sociales y de asistencia con aquella, constituye un espacio de reflexión y actuación que habrá de comprometer el mejor esfuerzo de los Estados, pues si dichas intervenciones no avanzan en forma sistémica y coordinada, los resultados no serán los mejores.

Por otra parte, pertinente es recordar algunas de las particularidades propias a los sistemas de subsidio familiar y servicios sociales que les dan un espacio peculiar dentro de la protección social.

Entre ellas debemos mencionar que se trata de coberturas que surgen por circunstancias deseadas en la vida humana, como el matrimonio o el nacimiento de los hijos. Igualmente su prestación se da a través de esquemas dotados de mayor flexibilidad y amplitud, permitiendo recoger distintos mecanismos de provisión tanto en metálico, como en servicios y en este último evento, a través de opciones diversas que atienden áreas como la recreación, el deporte, la educación, la cultura y el crédito.

Los problemas de financiación no han tocado a estos sectores de la protección, quizá por cuanto el compromiso por la disponibilidad de fondos ha sido menor, no obstante en países como Colombia es permanente el debate sobre la procedencia de mantener la financiación parafiscal para el cubrimiento de las prestaciones del subsidio familiar.

En fin, una visión integral de la protección social solamente será posible cuando ahondemos en el estudio de las áreas de los servicios sociales y de las asignaciones familiares.

A ese propósito queremos contribuir desde el CIESS y con el apoyo de la Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social (CODESS), con quien este Centro ha tejido importantes lazos de interacción para el desarrollo de proyectos institucionales de especial calado como la Estrategia Regional Seguridad Social para Todos, con la cual se persigue contribuir al surgimiento de una cultura cívica de la seguridad social, desde la apropiación por niños y jóvenes de los valores y principios de aquella.

Ahora con el reconocido sello editorial de Legis Editores, las entidades mencionadas se unen para dar vida a una nueva publicación de Cortés González.

A través de ella podremos conocer los antecedentes y el estado actual del sistema de subsidio familiar en Colombia; repasaremos su régimen jurídico, pero

también abordaremos la reflexión integral sobre sus logros y sobre los aspectos que mayor controversia generan en torno a la operación del sistema.

Se nos permitirá igualmente dar un repaso a algunos modelos de intervención en subsidio familiar en América, así como se abrirá la discusión en torno a las propuestas de ajuste y a los llamados de atención del autor sobre el futuro de la institucionalidad analizada, especialmente en cuanto a su consideración sobre el papel de aquella y a la naturaleza de empresas sociales que le reconoce a las cajas de compensación.

Pero igualmente el esfuerzo de la pluma que ahora nos convoca, posibilitará una revisión doctrinal sobre los servicios sociales, aportará ideas para la precisión de conceptos y desde la experiencia de Colombia nos permitirá apreciar los desarrollos que los mismos han tenido en un país de singular importancia para el seguimiento de los modelos de la seguridad social en América.

Al reconocer y agradecer el esfuerzo del autor, le hacemos un llamado para que persevere en su propósito académico e investigativo, a la vez que convocamos a estudiosos e interesados a que por la misma vía plasmen sus conocimientos y propuestas para dejarlas a disposición de las autoridades, de los centros de decisión y de las sociedades, pues la construcción de la seguridad social es eminentemente un empeño democrático, que se constituye en uno de los mecanismos por excelencia para lograr la paz y el progreso.

*Por: Miguel Ángel Fernández Pastor
Director CIESS*

INTRODUCCIÓN

Grandes son las expectativas que se dan en las sociedades por los alcances y posibilidades de sus sistemas de protección social.

La persistencia de la pobreza y, en el caso de algunos países, la recurrencia de factores que generan inequidad, ponen en entredicho el papel de dichos sistemas en cuanto a su efectividad para lograr condiciones de justicia e inclusión.

De hecho se debate sobre los alcances conceptuales de la seguridad social con respecto a la protección social, en tanto se diseñan con esta nuevos mecanismos de cobertura colectiva frente a riesgos sociales.

Y lo anterior se desarrolla en un ámbito de competencia global, búsqueda de la productividad, crisis de las estructuras institucionales, cambios sociológicos, renovación tecnológica a ritmos inusitados y cambiantes fenómenos en el mercado laboral.

Es entonces cuando se requiere mirar al interior de los esquemas tradicionales de protección, frentes relativamente olvidados que constituyen, por su tradición y posibilidades, alternativas para fortalecer la protección social y la realización de condiciones de trabajo decente, como acontece con el caso de las asignaciones familiares (subsidio familiar) y de los servicios sociales.

En efecto, estas ramas clásicas de la seguridad social pasan en ocasiones desapercibidas y muchos desconocen su presencia y alcances, así como el papel que están llamadas a jugar en las sociedades contemporáneas.

Precisamente la crisis de las coberturas tradicionales, por ejemplo en pensiones, y las necesidades actuales en salud, particularmente en cuanto se refiere al control de sus determinantes sociales, reclaman una relación más estrecha entre aquellas y los servicios sociales.

El ramo de subsidios familiares cada vez más se desarrolla al amparo de políticas sociales de promoción social, en ocasiones en forma dispersa y desarticulada, pudiéndose estructurar en una política nacional integradora a través de

la cual desplegar enormes potencialidades de intervención para proteger la familia, los niños y a las poblaciones beneficiarias de especial cuidado.

La creatividad de los tradicionales sistemas de seguridad social y la innovación que ha de caracterizar a los de protección social deben desarrollarse precisamente en estos campos, a través de acciones complementarias inicialmente a las prestaciones clásicas (pensiones, atenciones sanitarias) y, en ciertos casos, como mecanismos sustitutos que permitan asegurar condiciones de inclusión para quienes requieran intervenciones especiales (personas con especiales condiciones o con protección constitucional) o no puedan acceder a las coberturas tradicionales contributivas (pensiones asistenciales o beneficios económicos periódicos). Pero, así mismo, en estos campos, la protección social debe llegar a todos con nuevos derechos. Es el caso de la atención a adultos mayores frente a los denominados cuidados de largo plazo; en efecto la mayor prolongación del ciclo vital, genera la necesidad para los sistemas de protección social de aplicar nuevos esquemas de cobertura en procura de alcanzar el bienestar de la población envejecida, más allá de las prestaciones asistenciales y sanitarias tradicionales.

Otro tanto ocurre con el aseguramiento a niños, bien a través de transferencias condicionales universales como de servicios esenciales (tales como alimentación, aprestamiento escolar, cuidado y afecto) con los que se aseguren condiciones equitativas e incluyentes para su desarrollo.

Es clave comprender que todo cuanto se intervenga en los niños constituye el factor determinante para la construcción de sociedades más igualitarias, desarrolladas y con conciencia de protección. Sin temor puede afirmarse que la atención de los menores es la puerta de entrada necesaria a la seguridad social y al desarrollo.

Con esta perspectiva, nos parece pertinente abordar el estudio del sistema de subsidio y compensación familiar en Colombia, sus antecedentes y proyecciones, así como su ubicación en el contexto internacional; entendemos a dicho sistema como singular en el ámbito americano y referente para la realización, a través de la protección laboral y la seguridad social, de intervenciones sociales para promover la equidad y la inclusión.

Una mirada integral a dicho sistema implica profundizar en su régimen jurídico de organización y operación, así como detallar sus retos y analizar las críticas que se le formulan y las dificultades que debe encarar.

El análisis sobre su ubicación en el contexto de la protección social también resulta de interés, para articular la reflexión con un análisis sobre el concepto de servicios sociales, desde lo general hasta lo particular, y sus desarrollos en el caso de Colombia.

Se persigue con la obra motivar el conocimiento y la reflexión sobre estos componentes de la política social y procurar que su mejora y desarrollo contribuyan al bienestar de las familias, a la equidad, a la protección laboral y al desarrollo empresarial y social, según criterios modernos que actualicen el aseguramiento social frente a las realidades de hoy.

Igualmente se busca con el texto que los operadores de la protección social cuenten con una herramienta básica de análisis conceptual y seguimiento y que la misma sirva de referencia para estudiosos e interesados de otros contextos nacionales, a fin de generar una comunidad de reflexión y aporte para la construcción de renovados esquemas en la seguridad social dinámica que demandan las sociedades como mecanismo esencial para asegurar su legitimidad, la paz social y el desarrollo global.

Se da continuidad así mismo al esfuerzo de publicar libros relativos a estos temas, entre ellos: *El sistema de subsidio familiar: hacia la protección social* (2004), patrocinado por el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), en el que se analizaban las principales reformas introducidas al sistema por la Ley 789 de 2002 y se reflexionaba por primera vez sobre el rol de aquel en el contexto de la protección social; y el *Derecho de la protección social*, en el que se aborda con mayor extensión los efectos de la configuración en Colombia y en el mundo de esquemas de aseguramiento con el concepto genérico de la protección social.

De la misma manera se pretende contribuir al esfuerzo analítico que desde la Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social (CODESS) se realiza, a fin de que se conozca mejor el sistema de protección social, para promover su apropiación y su fortalecimiento.

CAPÍTULO I

El subsidio familiar y su naturaleza

1. PRESTACIÓN SOCIAL

El subsidio familiar, pagadero en dinero, especie o servicios, es una prestación social de los trabajadores, a cargo del empleador y cubierta a través de entidades especializadas privadas, las cajas de compensación familiar.

En efecto, el artículo 21 de la Ley 21 de 1982 señala la naturaleza jurídica del subsidio familiar, identificándolo como una prestación social de los trabajadores.

Los beneficiarios de tal prestación son los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo; la misma tiene por propósito lograr el alivio de las cargas económicas, con miras a preservar la familia, núcleo básico de la sociedad.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-508 de 1997, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Villegas, ha señalado las principales características del subsidio familiar, a saber:

- a) Es una prestación social de carácter legal para los trabajadores.
- b) Constituye su cubrimiento una obligación legal que surge del contrato de trabajo para todos los empleadores.
- c) Es una prestación propia del régimen de la seguridad social.
- d) La prestación del servicio de subsidio familiar constituye una función pública que compromete el interés general.
- e) La prestación está a cargo del Estado pero se realiza a través de entidades particulares por mandato de la ley.
- f) Tiene por objetivo el logro de la equidad social.

El artículo 2º de la Ley 21 de 1982 reafirma dicho carácter al negar la condición salarial del subsidio, tal como desde el Decreto 180 de 1956 y a lo largo

de nuestra historia en la materia se ha establecido, pues aquel no se toma como porción adicional del salario o prima laboral, sino como una prestación de origen laboral, pero independiente: “El subsidio familiar no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso”.

La Corte Constitucional ha reiterado que el subsidio familiar constituye una prestación social a cargo de los empleadores, que no es pagada directamente a los trabajadores sino por medio de las cajas de compensación familiar. Así se expresó:

“Dentro de los variados servicios que las Cajas de Compensación prestan a sus afiliados [se] deben mencionar los programas y servicios de salud, nutrición, vivienda, crédito de fomento, recreación y mercadeo (L. 21 de 1982, art. 62). De otra parte, el subsidio familiar es una prestación social a cargo de los empleadores que se paga a los trabajadores de menores y medianos ingresos, en dinero, especie y servicios (L. 21 de 1988, art. 1º), por conducto de las Cajas de Compensación Familiar, con arreglo a lo ordenado por la ley (L. 21 de 1982, art. 15). Es claro que unos son los servicios que prestan las Cajas de Compensación Familiar en calidad de entidades que desarrollan diversos programas para la prestación de la seguridad social y otra la actividad que cumplen en calidad de entidades pagadoras del subsidio dinerario. Este auxilio especial es una obligación impuesta por la ley a los empleadores, que no debe ser cancelada en forma directa por el patrono sino mediante la destinación de parte del valor de la nómina a las Cajas de Compensación Familiar para que estas realicen el desembolso respectivo⁽¹⁾.”

A partir de la Ley 789 de 2002, se ha de reconocer la existencia adicional de subsidios originados por la condición de desempleo de los beneficiarios.

Y a lo anterior debe sumarse la consideración sobre la naturaleza del derecho al subsidio familiar de vivienda de interés social, que si bien nace por un régimen jurídico diferente (a partir de la Ley 49 de 1990), se entrega en su administración al sistema de compensación familiar a través de las cajas y se reconoce a los trabajadores, del sector formal e informal, por lo que a nuestro juicio, esencialmente debe ser considerado como una prestación económica del sistema de subsidio familiar integral en Colombia y estar amparado por tanto por los principios que rigen aquel, en su condición de derecho prestacional y de la seguridad social.

Adicionalmente vale la pena señalar que por su origen histórico el subsidio familiar se genera a favor del trabajador beneficiario, no en estricto sentido de las personas a su cargo; es decir el subsidio se causa para el trabajador, por las

(1) Sentencia C-149 de 1994, Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

personas bajo su cuidado y cumplidos los requisitos de ley. Su origen es laboral, se reitera (incluido su surgimiento por efectos del paro forzoso), como prestación legal.

Sobre esta reflexión hemos de volver pues se abre camino la idea de tutelar el otorgamiento de cuotas monetarias de subsidio, aun sin el lleno de requisitos de ley o con incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador, esto es, el pago cabal y oportuno de los aportes. Tal planteamiento entraña sostener que el beneficiario último de la prestación es la familia o son las personas cubiertas en ella, lo que abriría una nueva interpretación de la prestación más desde la perspectiva de la seguridad social y con visión universalista.

Sobre la naturaleza del subsidio familiar como prestación social, es preciso tener en cuenta que la misma fue ratificada en Colombia por el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 Ley 1450 de 2011, en cuyo artículo 151 se dispone claramente que el sistema de compensación familiar se fundamenta en el reconocimiento del subsidio familiar como prestación social, disponiéndose que el mismo continúe rigiéndose por las normas hasta la fecha vigentes. La norma prescribe:

ART. 151.—Cajas de Compensación Familiar. *Las Cajas de Compensación Familiar (CCF) harán parte del Sistema de Protección Social del país, de acuerdo a los lineamientos definidos en las Bases del Plan Nacional de Desarrollo que hacen parte integral de esta ley. Se integrarán al conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de sus afiliados, y armonizarán sus acciones con los lineamientos estipulados para el Sistema. En todo caso el **Sistema de Compensación Familiar como prestación social** seguirá rigiéndose por las normas que lo regulan (resaltado fuera del texto).*

En cuanto al régimen de las prestaciones sociales es preciso tener en cuenta que la naturaleza de aquellas se concreta en ser pagos o reconocimientos que como el salario se originan en los servicios subordinados prestados, pero que a diferencia de aquel y sus factores no retribuyen la actividad personal desplegada sino que cubren riesgos o contingencias propias o derivadas de la labor, entre ellos el desempleo, la enfermedad y la pérdida de la capacidad laboral.

Sobre la naturaleza de las prestaciones sociales, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Prestación social: Entiéndase por tal el mecanismo de seguridad social ideado por el legislador nacional para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador”⁽²⁾.

(2) Sentencia C.S.J., Sala de Casación Laboral, 12 de febrero de 1993.

“Es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios y otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, o por pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con ocasión de la misma. Se diferencia del salario en que no es retributiva de los servicios prestados y de las indemnizaciones laborales en que no repara perjuicios causados por el patrono”⁽³⁾.

El Código Sustantivo del Trabajo, en el capítulo de las prestaciones patronales comunes, regula lo concerniente a aquellos beneficios que, aun cuando se originan de la relación de trabajo, no tienen por finalidad remunerar los servicios personales prestados por el trabajador. No obstante esa condición jurídica, no sobra señalar que en la práctica y para el análisis económico, las cesantías por ejemplo, han terminado por convertirse en ingresos salariales anualizados, en la medida que el trabajador las asume con conciencia de ser ingreso ordinario, de la misma manera como puede terminar ocurriendo con el subsidio familiar.

Es claro que tales cesantías no se pagan como el salario ni en forma periódica, sino que se causan a medida que se desenvuelve la relación laboral y se hace efectivo, bien con la acreditación ante el fondo de cesantías correspondiente o, en todo caso, al momento de terminarse el contrato o la vinculación laboral (precisamente por cuanto no es remuneración ni ingreso laboral en sentido estricto, sino ahorro para el retiro en condición de prestación social).

En el régimen privado son los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo las normas que orientan la interpretación sobre los pagos que constituyen salario, y los que no.

El segundo de ellos, en la forma en que fue subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, además de considerar como no salariales las sumas pactadas por mera liberalidad y lo que recibe el trabajador no para su beneficio, señala que tampoco serán considerados factores de salario “las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX” de dicho Código.

Esto es, quedan por fuera de ser considerados como factores salariales prestaciones tales como los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (capítulo II, título VIII), el auxilio monetario por enfermedad no profesional (capítulo III, título VIII), la protección a la maternidad (capítulo V, título VIII), el auxilio por enfermedad no profesional (capítulo III, título IX) y el auxilio de cesantía (capítulo VII, título VIII). En su gran mayoría se trata de prestaciones que han sido asumidas de manera progresiva por el sistema de seguridad social.

(3) Sentencia C.S.J., Sala de Casación Laboral, 18 de julio de 1995.

Para el sector público, la Ley 4 de 1992 fijó los criterios respecto al régimen salarial para los empleados públicos.

En la interpretación de los pagos que constituyen salario para dichos servidores deben considerarse los fundamentos normativos directamente aplicables por norma especial. Uno de los criterios que principalmente pesa en esta determinación es el de la habitualidad.

Así se expresa por ejemplo en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 27 de noviembre de 1996, radicado con el número 923, en el que se indicó:

“1.2. La noción de salario en el régimen de los empleados públicos. De manera general se puede afirmar que el criterio adoptado por la legislación referente a los empleados públicos, fue el de que los pagos retributivos del salario tuvieren el carácter habitual, para que constituyeran salario.

“Así lo consagró el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, en el cual dispone, luego de que el 41 ha determinado la noción de salario en especie: De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios...”.

Son reconocidos entonces como factores de salario para los empleados públicos elementos tales como los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados, los incrementos por antigüedad y los viáticos por los funcionarios en comisión, sin que se incluya en estos conceptos el auxilio de cesantía.

Lo anterior teniendo en cuenta además lo dispuesto por los artículos 42 y 5° de los decretos 1042 y 1045 de 1978, referentes al factor salarial y a las prestaciones sociales para el sector público.

Las prestaciones sociales, si bien no son salario, son derechos ciertos e intangibles de los trabajadores en Colombia, amparados por el principio de no regresividad, que integran su patrimonio y que no pueden ser desconocidos ni menoscabados, cuya regulación además demanda trámite previo ante la Comisión de Concertación Laboral.

Caben justamente al subsidio familiar las consideraciones que la Corte Constitucional ha expresado en relación con la prestación social auxilio de cesantía, respecto de la cual ha afirmado:

“Bajo esta concepción el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno

de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada.

“Entendido así, el auxilio de cesantía, como un patrimonio que se va forjando día a día por el asalariado, y que permanece en poder de los empleadores mientras subsista el contrato de trabajo, la ley (art. 1º Ley 52 de 1975) estableció a favor de los trabajadores particulares el reconocimiento de intereses anuales sobre las cesantías de los trabajadores del sector privado”⁽⁴⁾.

Lo que ha venido pasando con prestaciones tales como el auxilio de cesantía y de subsidio familiar es que, como dicen los economistas, se han vuelto salario, esto es, se les percibe por los beneficiarios y por quienes las pagan como una forma periódica o diversa de retribuir los servicios personales prestados, lo que por ende desdibuja su verdadera esencia.

Esta argumentación explica que los trabajadores colombianos hoy aprecian dichas prestaciones como parte de su salario o, en todo caso, como ingresos de similar condición, lo que hace que pierdan de vista que se trata de institutos de diferente orden.

En el caso específico del subsidio familiar, tal reflexión debería hacer pensar en la conveniencia de clarificar su verdadera esencia prestacional, a efecto que los beneficiarios la apropiaran, así como los servicios que brindan las cajas de compensación familiar, de tal forma que se entendiera en su verdadera esencia y no como un recurso más de orden salarial, lo que ayudaría enormemente a su defensa y promoción. Quizá la circunstancia relacionada con el bajo nivel del importe del subsidio por persona a cargo (en promedio no más de US\$10) ayuda en el sentido de no sentirse su existencia ni la estructura que le sirve.

La comprensión acerca del carácter no salarial del subsidio familiar como prestación social también debería analizarse desde la perspectiva de la definición de la política pública de empleo y salarios. En efecto, sería posible aprovechar dicho mecanismo como herramienta contracíclica, con la cual promover, en períodos determinados o en ciertas regiones o para ciertos empleos, el suministro de recursos adicionales que, sin constituir salario, sí beneficiarían la economía de las familias (por ejemplo en casos de desastres naturales o para promover el desarrollo de determinadas industrias).

La utilización tal del subsidio familiar permitiría que sin necesidad de emplear esquemas de subsidios directos por el Estado y mediante opciones de reconocimiento diferentes que, por ejemplo, se aplicaran a través de un pago tempo-

(4) Sentencia C-823 de 2006, Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

ral superior de cuota de subsidio por parte de las cajas financiado con recursos de origen fiscal o con aportes adicionales de los empleadores que luego descontaran en el pago de los impuestos a su cargo, se diera un uso más flexible y dinámico a la institucionalidad existente.

2. SUBSIDIO FAMILIAR COMO PRESTACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No obstante lo anteriormente expuesto en cuanto a su origen histórico y a su reafirmación como prestación social, el subsidio familiar constituye así mismo un beneficio o prestación del sistema de seguridad social, en la medida en que el ramo de las asignaciones familiares hace parte de las prestaciones clásicas de un sistema tal, conforme lo prevenido por la OIT (Convenio 102 o de norma mínima) y por el Código Iberoamericano de Seguridad Social, incorporado a la legislación nacional por la Ley 516 de 1999⁽⁵⁾.

Su razón de ser: cubrir la contingencia relacionada con las cargas familiares que surgen en razón de hijos o personas a cargo del amparado, que desequilibran la utilización de las fuentes tradicionales de ingreso. En cuanto al desempleo, su objeto se concreta en la sustitución de rentas o la provisión de ingresos esenciales y temporales, para el caso del cese involuntario de trabajo por parte del asegurado.

La circunstancia relacionada con el surgimiento espontáneo del sistema de subsidio familiar en Colombia, aparte de la normatividad que a mediados del siglo pasado dio lugar al seguro social, da cuenta histórica de una equivocada percepción en cuanto a que las prestaciones del subsidio familiar y por desempleo son de naturaleza diferente a las propias del sistema de seguridad social.

A pesar de que la Ley 90 de 1946 (estructuradora de los seguros sociales en Colombia) instaba el establecimiento del ramo de las asignaciones familiares, fue

(5) Conviene tener en cuenta que en la sección séptima, a partir del artículo 70, el Código Iberoamericano de Seguridad Social se refiere al ámbito de las denominadas "prestaciones familiares", y señala que es obligación de los Estados que aceptan la aludida sección "garantizar a las personas protegidas el otorgamiento de prestaciones familiares...". La contingencia cubierta es la de tener hijos a cargo (art. 80), entendiéndose que como mínimo los sistemas de subsidio familiar se establecen para cubrir las necesidades familiares generadas por los hijos. En cuanto a las prestaciones, el Código en su artículo 82 señala que podrán ser a) un pago periódico, b) el suministro de alimentos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o asistencia doméstica, c) beneficios o reducciones fiscales y d) una combinación de las aludidas prestaciones. Se recomienda en el artículo 83, respecto a los sistemas de asignaciones familiares, que se establezcan períodos de cotización o carencia de máximo un año o dos cuando se exige la residencia para el acceso a las prestaciones. Por el artículo 84 se posibilita la alternativa para que los Estados definan como requisitos de acceso a las prestaciones de asignaciones familiares el nivel o la cuantía de los ingresos de las personas protegidas.

años más adelante que por iniciativa particular se instauraron los primeros pagos por hijos y, posteriormente, se dio surgimiento a las primeras cajas de compensación familiar en el país.

Ello ha hecho olvidar la naturaleza del sistema como componente de la seguridad social, al punto que no en pocas normas se alude al sistema de seguridad social y a sus instituciones, sin considerar o tomar en cuenta las cajas de compensación familiar.

Comparte entonces el subsidio familiar una doble connotación. De un lado, se refiere a la descripción legal e histórica, por la cual se trata de un pago originado en la relación laboral, cuyo responsable es el empleador, y, de otro, implica la atención de un beneficio del sistema de seguridad social.

La incorporación de las cajas de compensación familiar y del sistema al espectro de la seguridad social ha quedado clara tanto a nivel legal (véase Ley 1151 de 2007, capítulo II, artículo 6º, numeral 3, final), como de doctrina (ver Sentencia C-341 de 2007, Corte Constitucional, M.P. Humberto Sierra).

Dicho subsidio se reconoce como especie o instrumento de la seguridad social, por lo cual es no solamente viable sino deseable que las cajas de compensación familiar extiendan sus servicios y coberturas, más aún cuando, como en la actualidad, la pretensión de universalización se expresa mediante la instauración de un sistema de protección social.

En otro pronunciamiento⁽⁶⁾, la Corte manifestó lo siguiente en relación con la naturaleza del subsidio familiar:

“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” (resaltado fuera del texto).

De lo anterior se desprende que la prestación subsidio familiar (otorgada en dinero, especie y servicios) a cargo de las cajas tiene un origen laboral, asumiéndose como una prestación social a cargo del empleador. Pero adicionalmente, y en razón de la estructuración del sistema de seguridad social, la misma es entendida como emanación de esta, por lo que los servicios que la ley le ha asignado al sistema de subsidio familiar por conducto de las cajas como operadoras, revisten el carácter de servicios de la seguridad social, que hoy denominaríamos de bienestar dentro del sistema de protección social.

(6) Sentencia C-508 de 1997, Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Como prestación social, el subsidio familiar halla su sustento en lo previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, en materia de garantías mínimas para el trabajador; como manifestación de la seguridad social, dicha institución se sustenta adicionalmente en las previsiones del artículo 48.

Tampoco hay que perder de vista que las prestaciones que el sistema brinda a los desempleados se ubican en el ámbito de la seguridad social.

Esta argumentación cabría también, aplicando un criterio amplio de interpretación, al régimen de subsidio familiar de vivienda de interés social, que si bien no se cataloga legalmente como prestación del sistema de seguridad social clásico, sí constituye un elemento de especial relevancia en la generación de capital humano y, a juicio de la propia Corte Constitucional, representa una de aquellas prestaciones que en sentido lato hacen parte de la noción de aseguramiento social.

A partir de estas precisiones, es necesario considerar que las funciones que corresponden a las cajas de compensación familiar, en cuanto a reconocimiento de los subsidios familiares por personas a cargo y por desempleo, corresponden al cumplimiento de prestaciones de la seguridad social.

Las demás funciones y actividades desempeñadas por las cajas como operadoras del sistema de subsidio familiar se regirán por las normas propias de cada actividad y corresponderán a la provisión de servicios de interés general que les asigna la ley (otorgamiento de subsidios familiares de vivienda, atención a niños y jóvenes pobres, destinación de recursos para educación y cubrimiento del aseguramiento para población sin capacidad de pago⁽⁷⁾), a la prestación de servicios sociales para los afiliados y sus familias (cultura, educación, bibliotecas, recreación, turismo, crédito, vivienda, deporte, atención a niños, a madres y a adultos mayores) o a la provisión de servicios de bienestar para particulares (prestación de los mencionados servicios en condiciones de mercado).

En lo que respecta a servicios de bienestar para trabajadores no beneficiarios y actividades abiertas al público, se trata de la expresión de roles más allá del campo de la seguridad social, que no obstante atienden necesidades de interés general y satisfacen derechos sociales, económicos y culturales de las personas en Colombia, tales como el crédito social, la recreación, el deporte y el uso del tiempo libre.

Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido que hay actividades y funciones de las cajas de compensación familiar con las que se ejecutan pres-

(7) En este evento, nótese que actúan dentro del ámbito del sistema de seguridad social en salud.

taciones de la seguridad social, en tanto que otras corresponden a desarrollos adicionales, más allá de dicho sistema, admitiendo la imposición fiscal frente a estas⁽⁸⁾.

En decisión de trascendencia especial a nuestro juicio, la Corte Constitucional ha reconocido que el tratamiento legislativo que se dispense a las instituciones de la seguridad social clásica (pensiones, salud y riesgos profesionales) debe extenderse para cobijar al sistema de compensación familiar, pues lo contrario entrañaría una omisión legislativa relativa y, por ende, la inexequibilidad o el ajuste condicionado de las disposiciones que de esa manera se adoptaren.

El pronunciamiento se produjo al considerar el literal c) del numeral 6, del artículo 6º de la Ley 1221 de 2008 en materia de teletrabajo; en dicha norma se consagra la obligación de los empleadores que contraten teletrabajadores de afiliarlos y cumplir sus obligaciones respecto a los subsistemas de pensiones, salud y riesgos del trabajo, sin que se hubiera hecho expresa mención al sistema de subsidio familiar.

La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma, pero la ajustó condicionadamente a que la cobertura habrá de extenderse en iguales términos a las prestaciones de seguridad social del sistema de compensación familiar.

“En el presente caso, el literal c) del numeral 6, del artículo 6º de la Ley 1221 de 2008, al regular las garantías de seguridad social a favor de los teletrabajadores, los excluye del subsidio familiar. Lo anterior se traduce en una protección incompleta en materia de seguridad social en un texto normativo preciso, existente y determinado. En efecto, en la Ley del teletrabajo también debió incluirse el sistema del subsidio familiar, prestación que tanto la jurisprudencia como los instrumentos internacionales han declarado parte del sistema de seguridad social.

“Para la Corte, en el literal c) del numeral 6, del artículo 6º de la Ley 1221 de 2008, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa sin que exista razón suficiente que la justifique frente a los demás trabajadores y pese a que existe un deber impuesto del Constituyente referido a la universalidad de las garantías de la seguridad social, consagradas en los artículos 48 y 53 superiores. En consecuencia, procedió a dictar una sentencia condicionada del literal acusado, de manera que se entienda que la garantía de la seguridad social integral del teletrabajador incluye el sistema del subsidio familiar, naturalmente, de conformidad con la ley⁽⁹⁾.

(8) Sentencia C-341 de 2007, Corte Constitucional, M.P. Humberto Sierra Porto.

(9) Sentencia C-337 de 2011, Corte Constitucional, M.P. Jorge Pretelt Chaljub.

Los anteriores pronunciamientos reafirman la condición del subsidio familiar como componente de la seguridad social, entendiéndose que aquella se predica no solamente del reconocimiento de la prestación clásica, sino de los servicios sociales a su cargo (los cuales, valga anotarlos además, están regulados genéricamente a partir de su identificación en el libro IV de la propia Ley 100 de 1993 y por tanto topológicamente han quedado registrados por el legislador dentro del ámbito de la seguridad social) y de los derechos que se derivan en beneficio de los desempleados conforme las regulaciones de la Ley 789 de 2002, modificadas por la Ley 1438 de 2011.

3. SUBSIDIO FAMILIAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Conviene tener presente en este punto el criterio desarrollado por la Corte Constitucional en virtud del cual, si bien el subsidio familiar es una prestación social, pagada exclusivamente por entidades especializadas denominadas cajas de compensación familiar, este subsidio adquiere la condición de derecho fundamental siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- a) Comprometa la situación el derecho al mínimo vital de las personas.
- b) Se halle en peligro o afectado el derecho a vivir en condiciones dignas y justas.
- c) Se reclame por menores de edad o personas de la tercera edad como beneficiarios.
- d) Se den los presupuestos de la inmediatez y oportunidad en la presentación de las acciones de tutela, para justificar la existencia posible o real de un perjuicio irremediable.

En esos casos, la Corte ha ordenado al empleador moroso o renuente el giro de los aportes a la caja y el pago inmediato del subsidio por parte de esta, sin consideración alguna diferente que se pacte en los acuerdos de pago que celebre la corporación de que se trate y el empleador. Nótese que en todo caso la obligación causal deviene del empleador, quien la debe cumplir a través de la caja, por lo cual no se ha producido orden de tutela por la Corte Constitucional en la que se disponga aún el pago del subsidio o cuota monetaria, pese a no haberse dado el aporte por el empleador. El tema, sin embargo, se ventilará en el futuro, considerando el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a dicha prestación social y de la seguridad social.

Una de las sentencias más ilustrativas a este respecto es la Sentencia T-097 del 9 de febrero de 2004, proferida por la Sala Primera de Revisión, con ponencia del magistrado Jaime Araujo Rentería, en el caso de tutelas instauradas contra un empleador, en las que se vinculó en la decisión a una caja de compensación familiar, con la cual aquel celebró un acuerdo de pago.

En esa oportunidad la Corte concluyó sobre el tema analizado:

“Ha sido reiterada la posición de esta Corporación en señalar, a través de su jurisprudencia, que la acción de tutela no es el mecanismo judicial apropiado para exigir la efectiva cancelación de acreencias laborales, máxime cuando para ello existen los medios judiciales ordinarios de defensa. No obstante, este amparo constitucional será viable en aquellos casos en los cuales se halle comprometido el derecho al mínimo vital de las personas y se encuentre igualmente en peligro el derecho a vivir en condiciones dignas y justas.

“Por lo anterior, la reclamación que por vía de tutela se hace para exigir el pago del subsidio familiar, entendido este como una especie dentro del género de la seguridad social, no resultaría viable por este mecanismo excepcional. Sin embargo, en aquellos casos en los cuales el subsidio familiar es reclamado por personas de la tercera edad o por menores de edad, adquiere la condición de derecho fundamental y por ende la acción de tutela surge como la vía judicial apropiada para exigir su pago”.

Más adelante la Corte afirma que, por catalogarse el subsidio familiar como uno de los derechos fundamentales de los niños, este es susceptible de protección por vía de tutela, considerando la especial protección constitucional consagrada en el artículo 44 de la Carta Política⁽¹⁰⁾.

En efecto, en pronunciamiento contenido en la Sentencia T-356 de 2002, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, se señaló:

“El subsidio familiar que se entrega a las personas pertenecientes a los sectores más pobres de la población, en la medida que busca dar ayuda a los niños cuyos padres no cuentan con los medios económicos suficientes para satisfacer todas sus necesidades, se conecta con el derecho al mínimo vital que es protegido tuteladamente. Además, al tenor del artículo 44 de la Constitución, los niños gozan de protección especial y entre sus derechos fundamentales se encuentran: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social y la alimentación equilibrada. Los niños beneficiarios del subsidio merecen especial protección por el sólo hecho de ser niños. El subsidio familiar, prestación social del régimen de la seguridad social, adquiere el carácter de fundamental tratándose de menores de edad.

“En Sentencia T-223 de 1998, la Corte dispuso que el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacio-

(10) En este punto, considérense las sentencias, de la misma Corporación, T-223 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-287 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-686 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-356 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-712 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-764 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

nal 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'. Se reconoce así la adscripción del subsidio familiar y, por ende, de la actividad realizada por las Cajas en el preciso ámbito de la seguridad social, bajo los preceptos del artículo 48 de la Constitución Política".

Pero, además, se establece la condición de derecho fundamental tutelable que adquiere el subsidio familiar, cuando se den los supuestos de afectación al mínimo vital, peligro en las condiciones dignas y justas de vida del protegido, oportunidad de la reclamación y protección especial constitucional para menores de edad y adultos mayores (personas de la tercera edad). Eso sí, habrá que reconocerse que la obligación inicial y causal para el pago de la cuota monetaria de subsidio en todos los casos corresponde al empleador, así como a la Caja proceder a su pago una vez aquel cumpla con su obligación, dada la orden de tutela correspondiente.

No pueden oponerse, además, en estos casos estipulaciones particulares en contrario, contenidas por ejemplo en acuerdos de pago, pues ello riñe con la protección constitucional que a la materia le reconoce la Corte.

"No obstante las gestiones de pago hechas por la entidad demandada, la Sala le ordenará a la [...] que le pague a [...], para que esta a su vez entregue a las demandantes los valores correspondientes al año 2003 sin condicionamiento alguno, esto es, independientemente de la existencia del acuerdo de pago celebrado con la Caja de Compensación Familiar [...]. Y si en este acuerdo hay estipulaciones en contrario de lo que ordene esta Corporación, esta orden prevalece ya que el derecho constitucional fundamental debe primar sobre otra norma jurídica de inferior jerarquía, así esté contenida en cualquier contrato o convención"⁽¹¹⁾.

Asimismo, mediante Sentencia T-588 del 10 de junio de 2004, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional reitera la línea jurisprudencial que se vislumbra desde la Sentencia T-223 de 1998 en relación con el reconocimiento de subsidio familiar a personal vinculado con la Policía Nacional, por hijos concebidos mientras el servidor se encontraba en servicio activo.

La Corte, entre otros puntos, manifestó:

"Por tratarse de una prestación social para que sea reconocido por vía de tutela, se requiere que el subsidio familiar esté en conexidad con un derecho fundamental que imponga al juez constitucional el deber de proceder a su reconocimiento a través de este mecanismo, con la clara finalidad de

(11) Sentencia T-097 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

proteger los derechos reconocidos por la Constitución Política. Con todo, cuando los beneficiarios del subsidio familiar son niños por ese solo hecho, pues, como lo ha sentado la jurisprudencia de esta Corte 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 fundamental¹².

Sobre el caso concreto, la Corte reconoció que se causa el derecho al subsidio familiar por considerar que este surge desde el instante en que fue engendrado el menor –a pesar de que solo se pudo hacer efectivo después de nacer– y pese a haber cesado en el ejercicio activo el servidor¹³.

A más de lo expuesto, conviene tener en cuenta que ha tutelado además la jurisprudencia el ejercicio del derecho constitucional de petición respecto a solicitudes hechas a las cajas de compensación familiar.

La Corte Constitucional, en relación con peticiones formuladas ante organizaciones privadas, ha contemplado tres hipótesis: a) la petición debe tramitarse como si se dirigiera a la administración, cuando se trata de actuación de particulares que prestan un servicio público o realizan funciones de autoridad; b) puede protegerse también tutelarmente el derecho de petición, cuando esta se constituye en medio para preservar otro derecho fundamental, y c) si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad o no está de por medio otro derecho fundamental, la petición se protegerá por esta vía excepcional solamente cuando el legislador la reglamente.

La argumentación de la Corte respecto del derecho de petición ante cajas puede sintetizarse en el siguiente pronunciamiento:

“En relación con el caso bajo estudio, la Corte ha considerado que las Cajas de Compensación Familiar, al prestar un servicio dentro del ámbito de la se-

(12) Ver Sentencia T-223 de 1998, Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

(13) “... el eje de la negativa en reconocer el subsidio familiar reclamado por el accionante a nombre de su hija es el siguiente; el artículo 150 del Decreto 1212 de 1990 impone la restricción de modificar la partida de subsidio familiar incluida en la liquidación de la pensión, por hechos ocurridos después del retiro o muerte del agente [...]

“Para esta Sala de Revisión, al igual de lo que sucediera en el precedente comentado, la interpretación de la norma citada en el sentido de que el nacimiento es un hecho posterior a la fecha de retiro del accionante que impide la modificación de la partida de subsidio familiar no es un argumento de recibo, pues ‘el hecho genitivo de esa prestación no es el alumbramiento sino la concepción’. Además de lo anterior, tal como lo expone el accionante, el procedimiento hermenéutico adelantado por la Policía conlleva una vulneración del derecho a la igualdad de la menor pues le impide disfrutar el beneficio que legítimamente le asiste de recibir un porcentaje correspondiente al subsidio familiar, tal como lo hacen sus hermanas mayores” (Sentencia T-588 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

guridad social, están obligadas a responder las peticiones de acuerdo a los criterios expuestos en esta sentencia, cuando tales peticiones hayan sido presentadas por particulares beneficiados por los servicios de la Caja de Compensación Familiar y versen sobre el acceso a una prestación social o a un servicio público...”.

Vale la pena finalmente recordar los criterios que la propia Corte ha señalado en materia de atención justa de peticiones formuladas al amparo de las garantías constitucionales:

- a) Oportunidad en la respuesta.
- b) Resolución de fondo, clara, precisa y congruente con lo pedido.
- c) Divulgación de la respuesta, la cual debe ponerse en conocimiento del petitionario.

4. SUBSIDIO FAMILIAR Y TRABAJO DECENTE

La incorporación de los trabajadores al sistema de subsidio familiar garantiza su acceso a condiciones de trabajo digno, en la medida en que a través del reconocimiento de tal prestación social acceden a beneficios económicos y de servicios que los ubican en condiciones de bienestar e inclusión, a partir del estándar ético mínimo que la sociedad reconoce para el desempeño de la actividad laboral.

En la definición de 1999 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se entiende el trabajo decente como “aquel trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, donde los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social, en un marco de diálogo social”.

Las dimensiones del trabajo decente se concretan en adecuadas condiciones de empleo (niveles de remuneración, oportunidad y condiciones de trabajo), protección social (aseguramiento ante enfermedad, discapacidad, seguridad social en salud, pensión, riesgos profesionales, prestaciones sociales), derechos laborales (lucha contra el trabajo infantil, protección laboral de los jóvenes trabajadores, garantía de igualdad del trabajo para las mujeres, reconocimiento de los derechos de los trabajadores rurales, desarrollo de modelos de productividad alternativos para emprendimientos, libertad de asociación) y diálogo social (negociación colectiva, participación ciudadana).

A través del subsidio familiar, se han hecho efectivas las garantías del trabajo digno, entre otras razones, por la generación de oportunidades de promoción e inclusión para los afiliados y sus familias, el acceso a los servicios en condiciones de igualdad para los trabajadores, la garantía de prestaciones de la seguri-

dad social (subsidio familiar, subsidio de vivienda, subsidio por desempleo, servicios sociales) y la coparticipación y el diálogo permanente entre empleadores y trabajadores en la dirección y gestión del sistema.

5. SUBSIDIO FAMILIAR Y DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

La Corte Constitucional ha señalado con acierto que el fundamento de la prestación social subsidio familiar se encuentra en el postulado esencial de la democracia participativa que informa nuestro Estado social de derecho. Es una manifestación del vínculo político Estado-sociedad, pues además con su realización se persigue, a través de la solidaridad, alcanzar la justicia, particularmente en su acepción concreta de la equidad (a cada quien según sus necesidades).

Con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte expresó tal orientación en la Sentencia C-575 de 1992.

Desde el ámbito privado, las cajas de compensación familiar colaboran con el Estado para la realización de fines de interés público, a partir del principio de la participación, por lo que su régimen se funda constitucionalmente en la noción misma de Estado social de derecho y en lo prescrito por el artículo 103 de la Constitución Política. Al respecto ha sostenido la Corte Constitucional:

“El fundamento del subsidio familiar no es otro que el de la democracia participativa que informa el Estado social de derecho. En este sentido se destaca la estrecha vinculación de doble vía entre el Estado y la sociedad, materializada en este caso en el inciso segundo del artículo 103 de la Constitución, que dice:

‘El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan’”.

Precisamente por entenderse el subsidio familiar como emanación del principio de la democracia participativa, la organización de las cajas de compensación familiar habrá de ajustarse al desarrollo concreto de tal postulado.

Ello significa que en las mismas y en sus relaciones deben primar las formas y procedimientos que garanticen el postulado de la participación que dicta la Carta Política.

La Superintendencia del Subsidio Familiar mediante Circular Externa 09 de 2004, al amparo de la aplicación del referido postulado que informa al sistema,

señaló que en los estatutos de las corporaciones que administran el subsidio familiar no pueden consagrarse mecanismos de ponderación de voto para los afiliados en las asambleas generales que afecten el principio de la democracia participativa, pues las restricciones o valoraciones calificadas de los votos que se emitan deben ser razonables y proporcionadas al fin de la participación.

Ello se concreta en señalar que no es posible ponderar el voto de los empleadores afiliados a partir de criterios que tengan en cuenta el monto de los aportes de cada uno de ellos, pues tal concepto no se aviene con el mandato constitucional referido. Otros criterios de ponderación sí resultan admisibles, por ejemplo aquel que tiene que ver con el número de trabajadores beneficiarios del subsidio adscritos a cada empleador.

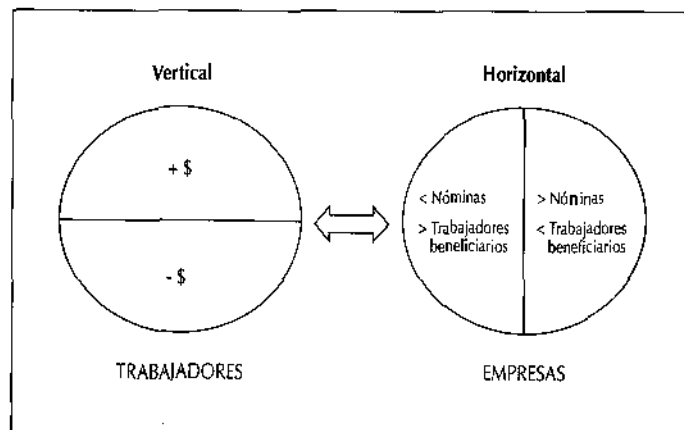
6. SUBSIDIO FAMILIAR COMO MECANISMO DE REDISTRIBUCIÓN DEL INGRESO

Debe resaltarse así mismo que una de las condiciones propias de la prestación subsidio familiar es la de ser un mecanismo de redistribución del ingreso.

La aplicación del modelo de subsidio familiar permite a través de una operación de compensación a partir de los aportes de los empleadores, tanto de carácter vertical –entre trabajadores de distintos niveles salariales– como horizontal –entre diferentes empleadores–, generar un resultado de redistribución de riqueza que en últimas contribuye al logro de los principios de justicia e igualdad ordenados por la Constitución Política, a partir del valor de la solidaridad.

Gráfico 1

El subsidio familiar en Colombia: compensación al interior del sistema

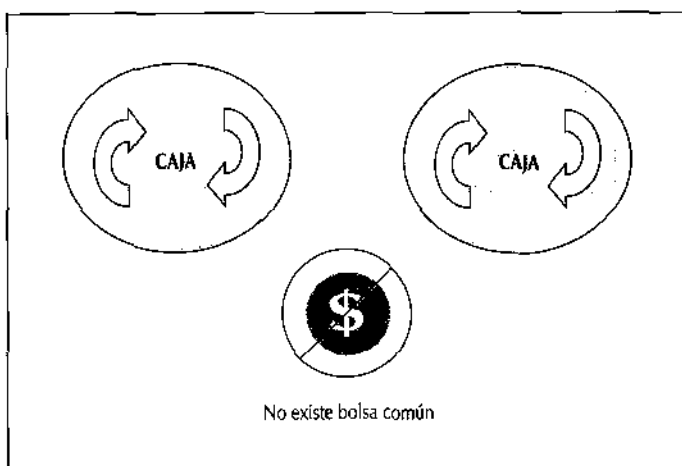


Con el reconocimiento del subsidio familiar se genera redistribución del ingreso, lo que beneficia a las familias que, con menores ingresos, deben atender mayores responsabilidades, a partir de la aplicación de recursos que provienen de un pago sobre las nóminas.

La redistribución en el modelo operante se da por conducto de una caja de compensación familiar.

Gráfico 2

El subsidio familiar en Colombia: la compensación opera al interior de cada caja de compensación familiar



Tal interpretación ha sido acogida jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, órgano que reafirmó el carácter redistributivo del subsidio familiar, a través de la Sentencia C-508 de 1997.

El subsidio familiar se presta por medio de un sistema de compensación, esto es, mediante mecanismos de redistribución que aplican el principio de la solidaridad y contribuyen a la realización del Estado social de derecho.

A este respecto, y en relación con la naturaleza del subsidio familiar, también ha señalado la Corte Constitucional:

“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 ne-

cesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento⁽¹⁴⁾.

También ha evidenciado la Corte el carácter con el que cuenta el sistema de subsidio familiar como herramienta de la política social del Gobierno. Tal nota característica del sistema se ilustra en forma evidente al consultar la evolución de los últimos años, en los cuales, por mandato del legislador, el sistema de subsidio familiar y bajo la operación de las cajas de compensación ha sido empleado para la ejecución de políticas públicas en los campos de salud, educación, vivienda, infancia y bienestar.

7. MANIFESTACIONES DEL CONCEPTO DE SUBSIDIO FAMILIAR

Puede apreciarse entonces que el subsidio familiar presenta diferentes facetas, apreciables además desde la perspectiva de la cual se mire.

En efecto, para los trabajadores (dependientes y cooperados) el subsidio familiar es un derecho, derivado de la relación laboral o de trabajo, de contenido prestacional y por ende irrenunciable, amparado por las garantías constitucionales mínimas y exigible por los mecanismos establecidos en la ley.

Para los responsables del subsidio familiar (empleadores y cooperativas de trabajo asociado), aquel es una obligación a su cargo, la cual debe atenderse mediante la afiliación y pago de aportes a una caja de compensación familiar. Para el Estado, valga anotar lo adicionalmente y en la medida en que dicha prestación constituye un beneficio de la seguridad social, el subsidio familiar se integra como obligación pública dentro del contexto del servicio público de seguridad social, bajo lo preceptuado por el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con disposiciones tales como los artículos 44 y 46 de la Carta. Por esto el cubrimiento de dicha prestación se erige en función de interés general o colectivo (lo que no implica que en todos los casos se opere en ejercicio de función pública administrativa en la ejecución del servicio) y es al legislador al que compete definir la forma y condiciones de su ejercicio, como acontece en general con los servicios públicos, al amparo del principio de libre configuración legislativa que sobre ellos recae.

Desde la óptica de las cajas de compensación familiar, el subsidio familiar es una prestación o beneficio que depende de su administración; ellas actúan a nombre de los responsables del subsidio y cubren el beneficio de asignaciones familiares dentro de la seguridad social, además de los servicios sociales que de

(14) Sentencia C-1173 de 2001, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas.

él se originan, sin perjuicio de atender otras actividades de interés general por prescripción legislativa.

No se pierda de vista en todo caso que el subsidio familiar no es equivalente a sus operadoras, las cajas de compensación familiar, las cuales son ejecutoras de la prestación y mecanismos para el ejercicio redistributivo de la compensación, sin que su operación pueda confundirse con aquel. Esta precisión es bueno realizarla por cuanto con frecuencia tienden a confundirse los términos, en especial cuando se trata de arbitrar recursos del sistema, los cuales pareciesen considerarse propiedad de las cajas sin que ello sea así. Es claro que la gestión y el protagonismo público de dichas corporaciones en ocasiones tiendan a identificar como equivalentes sistema de subsidio familiar y sistema de cajas de compensación familiar, siendo conveniente desde la perspectiva académica diferenciarlos, pues las cajas, por importantes que resulten en el esquema institucional colombiano, son los canales de expresión de la prestación social subsidio familiar, sin que esta se agote en aquellas.

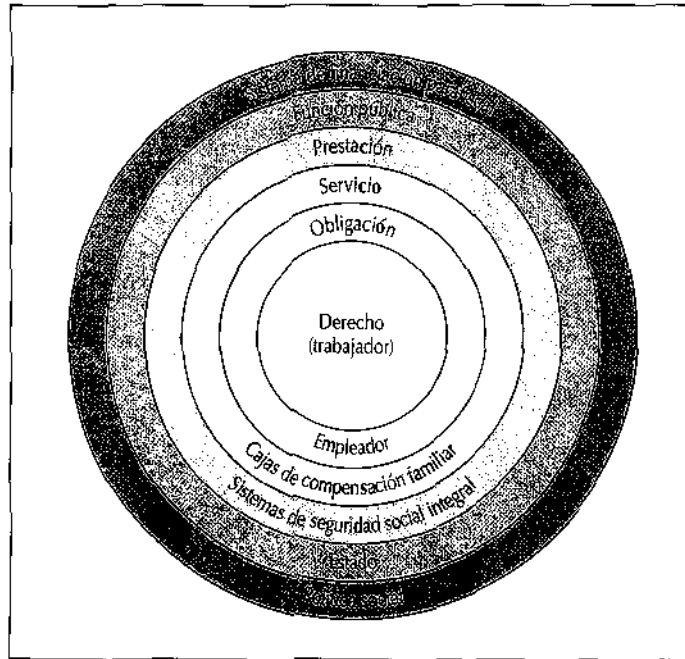
Como ejemplo de la terminología inadecuada al efecto, basta traer a colación lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011, para el cual:

“Recursos de las Cajas de Compensación Familiar. Sin perjuicio de los recursos de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, se destinará un cuarto (1/4) de punto porcentual de la contribución parafiscal, establecida en la Ley 21 de 1982 en los artículos 11, numeral 1, y 12, numeral 1, a favor de las cajas de compensación familiar, a atender acciones de promoción y prevención dentro del marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud y/o en la unificación de los Planes de Beneficios, de forma concertada entre el Gobierno Nacional y las cajas de compensación familiar, conforme al reglamento” (resaltado fuera del texto).

Una interpretación estricta señala que los recursos no son de las cajas sino del sistema y provienen de los aportes de los empleadores, por lo cual es preciso defender una visión integral y sistémica para la consideración del subsidio familiar desde las diferentes facetas que le son propias.

En el mismo sentido y con demasiada frecuencia se asume como equivalente subsidio familiar a la fuente de financiación de la que se nutre la prestación, esto es, la contribución parafiscal atípica a cargo de los responsables del subsidio en Colombia. No en pocas ocasiones la perspectiva predominante del sistema es la que lo asume como un fondo de recursos disponibles para la ejecución de tareas de interés general, consideración peligrosa por cuanto con dicha visión se pierde la perspectiva integral y se interpreta al sistema con una óptica meramente hacendística.

Gráfico 3
Facetas del subsidio familiar



CAPÍTULO II

Sistema de subsidio familiar en Colombia

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de abordar el análisis sobre las características y condiciones del sistema de subsidio familiar, es preciso puntualizar dos elementos esenciales en torno al mismo. De un lado la materia que cubre y, de otro, su organización sistémica.

En efecto, ya se ha señalado que el subsidio familiar –materia de este sistema– es tanto una prestación social de los trabajadores como una prestación de la seguridad social, por lo que habrá que entender que la institucionalidad que sirve a su provisión responde por un beneficio que cuenta con esa doble naturaleza.

Vale la pena referir que tal particularidad es exclusiva de la prestación del subsidio familiar, por cuanto el proceso de extensión de la seguridad social se dio, las prestaciones que otrora estaban a cargo de los empleadores, como en el caso colombiano lo establecía la Ley 6ª de 1945 en armonía con las previsiones del Código Sustantivo del Trabajo, pasaron a ser cubiertas por los seguros sociales. Y en referencia con otras prestaciones, las mismas permanecieron en cabeza del empleador sin pretender una condición dual; es lo que sucedió, por ejemplo, con las cesantías, que, con independencia del régimen que se aplique, el propio de la Ley 50 de 1990 o el anterior, son responsabilidad del contratante laboral, están a su cargo y se entienden como prestaciones sociales a favor de los trabajadores, así su administración financiera esté en cabeza de entidades especializadas.

El subsidio familiar conserva esa doble condición, lo que jurídicamente plantea inquietudes no de poca monta.

¿Qué ocurre si el empleador responsable no paga el aporte en relación con la prestación? Bajo la consideración de prestación social, no se generaría el pago del subsidio, pues el incumplimiento del empleador no puede ser cubierto por la caja de compensación familiar; desde una mirada de la seguridad social como

se ha anticipado, el beneficio se causaría y debería cubrirse, sin perjuicio de las acciones contra el moroso.

Pero a esta apreciación conceptual introductoria se suma otra relacionada con la existencia misma del sistema de subsidio familiar.

Si se consideran los antecedentes históricos, es preciso concluir que no surgió en Colombia un sistema tal, sino un conjunto de instituciones especializadas en la atención de la aludida prestación social que fueron adquiriendo una textura propia, bajo un régimen normativo que vino a consolidarse a través de la Ley 21 de 1982.

Esto implica que por sus inicios no sea posible hablar de un "sistema" de subsidio familiar como tal, sino de cajas de compensación familiar que a nombre de los empleadores respondían por la correspondiente prestación social.

De hecho una denominación tal no se emplea en la Ley 21 de 1982 ni en disposición anterior. La Ley 100 de 1993, como es sabido, no reguló la compensación familiar, sino que se limitó a hacer referencia en algunas de sus disposiciones a la participación de las cajas de compensación familiar dentro del sistema integral de seguridad social. Vale la pena señalar que tampoco los servicios sociales mencionados en el libro IV de dicha ley se consolidan como sistema, lo que permite concluir que por los mandatos de aquella no se reconoce un carácter sistémico al subsidio familiar ni se le adscribe nominalmente al sistema integral de seguridad social.

Más que un sistema, se trata de un conjunto de políticas, normas, recursos y actores que tiene por finalidad satisfacer la prestación social del subsidio familiar, hoy las prestaciones de vivienda, por desempleo y otros servicios sociales y de intervención social.

Aparte de las denominaciones nominales, las cajas de compensación familiar se han venido integrando en un sistema de compensación familiar —al que sí se refieren explícitamente ordenamientos como la Ley del Plan 2010-2014—, por lo que acogeremos en términos amplios la terminología correspondiente, sin dejar de advertir que estas razones históricas y formales marcan de manera particular el ser de esta institucionalidad social, nacida antes de la ley y en paralelo al seguro social, en la que prevalecen particularidades además por su operación territorial y por el esquema de competencia entre sus operadoras en las regiones del país en las que aún funcionan varias de ellas.

Es por ello que, para los efectos del presente texto, nos referiremos al sistema de subsidio familiar y al sistema de compensación familiar en forma indistinta, no obstante que este entraña una conceptualización genérica superior que comprende a aquel, pues por la compensación familiar se cubre el subsidio familiar como prestación social.

2. CARACTERÍSTICAS

El sistema de subsidio familiar surge en Colombia como anticipo visionario del modelo que adoptaría el país a partir de la Constitución Política de 1991.

En efecto, la noción de Estado social de derecho –que a nuestro juicio más corresponde hoy a lo que podríamos denominar Estado Constitucional de Justicia– y el piso axiológico al que alude la doctrina constitucional en la identificación del ser de la Nación se identifican con un modelo económico que, a partir del tríptico *trabajo/propiedad/empresa*, persigue la realización de un capitalismo social, con una intervención razonada del Estado y la concurrencia del sector privado.

En este modelo, la participación del tercer sector es fundamental.

Por su parte, y como bien lo expresa la Corte Constitucional, el deber de la solidaridad tiene un correlato en el derecho a la seguridad social.

Esto implica que el servicio público de seguridad social, materializado a través del sistema tal, se identifica como el camino más expedito para la realización del compromiso estatal por la justicia y el desarrollo.

Desde esta perspectiva, el sistema de subsidio familiar, creado en la década de los años cincuenta del siglo pasado, se constituye en un referente histórico con plena vigencia contemporánea. Más aún, se aprecia su visión de modernidad, cuando se consideran particularmente las siguientes características que le son propias:

a) Es producto de un pacto social y tuvo origen voluntario

La génesis del sistema de subsidio familiar implica que fue un acuerdo entre empleadores y trabajadores el que posibilitó que de manera voluntaria se reconociera una prestación adicional para quienes devengaban los menores salarios y tenían personas a cargo.

Antes de su incorporación institucional, el subsidio familiar fue una prestación extralegal. Las cajas de compensación familiar aparecieron así mismo, en forma espontánea, como producto de la interacción entre empresas.

La sociedad acogió este esquema de intervención, lo que conllevó su generalización y, posteriormente, su formalización y obligatoriedad.

El sistema de subsidio familiar representa el único modelo institucional de prestaciones de la seguridad social acogido voluntariamente por los actores que de él participan.

En efecto, la operación del subsidio familiar tuvo origen voluntario.

De manera mancomunada, empleadores y trabajadores colocaron sus intereses sobre la mesa para poner a andar un esquema de apoyo en beneficio de empleados de menores y medianos ingresos, con el aporte económico de aquellos y la participación de estos.

Como emanación anticipada de lo que hoy se consideraría una expresión de responsabilidad social, los empleadores fueron más allá de la ley y posibilitaron el reconocimiento de prestaciones que tendían a aliviar las cargas familiares y generar condiciones de bienestar para la comunidad trabajadora.

Antes que la norma fijara el régimen del subsidio familiar, como ocurrió en otras latitudes en el mundo, los mismos actores de la prestación social le dieron vida y, adicionalmente, diseñaron y pusieron en marcha la operación de entidades especializadas que la administraran, por lo que, sin regla jurídica, nace a la vida la primera caja de compensación familiar en el país.

Será tiempo después que el derecho entra a regular la prestación y la operación misma del sistema, lo cual constituye un antecedente único de generación social autónoma para una institucionalidad de alto impacto, marcada por su nacimiento a través de un esfuerzo de interacción social y gremial, pues no se olvide que implicaba un desarrollo a partir de la acción de las organizaciones sindicales y una respuesta desde las comunidades gremiales.

Esta condición determina, en el ADN del sistema, un fuerte componente colectivo, en la medida en que desde su origen obedeció a un esfuerzo de tal naturaleza, antes que a una imposición o a la definición individual de un sector o actor determinado.

Pero esta expresión de la voluntariedad no solamente se aprecia en el origen institucional del sistema de subsidio familiar, sino que se muestra a lo largo de su historia.

En efecto, las cajas de compensación familiar han sido por esencia innovadoras en el diseño de servicios y, desde esa perspectiva, han provocado procesos de ajuste institucional, a partir de su propia experiencia.

La propia dinámica que les corresponde en la actualización de los servicios sociales a su cargo las ha llevado a ejecutar programas desarrollados con un relativo margen de independencia y con los cuales se ha motivado, en ocasiones, la actualización de la propia política pública, expresada en la norma.

Por ejemplo, el desarrollo en el campo de los servicios de educación superior por parte de las cajas generó el reconocimiento jurídico de la posibilidad para aquellas, de participar o intervenir en instituciones de tal carácter.

b) *Es operado por entidades privadas con compromiso público mediante un esquema de colaboración desde el tercer sector*

Desde sus orígenes, se quiso que la administración de la prestación social subsidio familiar estuviera a cargo de entidades especializadas de carácter privado.

La conformación de aquellas, y posteriormente la regulación que sobre su naturaleza se hiciera, implicó que su naturaleza fuera la de corporaciones sin ánimo de lucro.

Se trata de organizaciones privadas, sin ánimo de lucro, que por mandato de ley ostentan la condición de corporaciones a las que se afilian los empleadores y, por ellos, los trabajadores y sus familias.

Se les entiende como organizaciones no gubernamentales⁽¹⁾ encargadas de realizar funciones a nombre de los empleadores (pagar la prestación social subsidio familiar) y del Estado (en la ejecución del sistema de protección social y de la política social), por lo cual su actividad se concreta en colaborar en el desempeño de roles de interés público, mediante un esquema particular de descentralización.

Las cajas de compensación familiar son pues empresas sociales y representan una alternativa vigente y en crecimiento de lo que tendencias actuales de la economía definen como tales, esto es, organizaciones que, guiadas no por el interés de repartir remanentes, favorecen el desarrollo social y económico a través de la provisión de servicios –en este caso de bienes colectivos y meritorios– a poblaciones con menores ingresos y para cubrir necesidades de bienestar⁽²⁾.

La ley dispone la naturaleza y estructura organizacional de las cajas y les asigna la ejecución de las referidas funciones, así como las somete a la inspección y vigilancia estatal.

Con ello la sociedad logra contar con una red de prestatarias especializadas en todo el país que, sin cargar la estructura oficial, sirven a propósitos generales, vinculando lo privado y lo público, en una amalgama de especial connotación.

Bien ha sostenido la Corte Constitucional que el fundamento del sistema de subsidio familiar y de las cajas de compensación familiar es el principio de la

(1) Ver Sentencia C-508 de 1997, Corte Constitucional.

(2) Ver Yunus, Muhammad. *Un mundo sin pobreza. Las empresas sociales y el futuro del capitalismo*, Barcelona, Editorial Paidós, 2008.

participación, esto es, la democracia participativa que informa el Estado social de derecho. Desde esa perspectiva, el sistema y las cajas que lo operan se constituyen en un vínculo entre el Estado y la sociedad⁽³⁾.

Tales condiciones determinaron que el sistema se estructurara sobre la operación de entes especiales, en los cuales se mezclaron las condiciones propias de la empresa privada, con finalidades sociales y una vocación de servicio público, concretada en la operación de gestoras sin ánimo de lucro.

Cincuenta años atrás se expresaba en Colombia un modelo de capitalismo social, con actuación de particulares que operaban como mandatarios de los empleadores –responsables del subsidio familiar–, cuya gestión comprometía la realización de funciones de interés público.

c) Realiza un modelo de capitalización social

El esquema de operación y financiación del sistema permitió que su gestión derivara en un modelo de capitalización social.

Los recursos aportados por los empleadores ni le pertenecen a estos, ni a los trabajadores particularmente considerados, ni a las cajas de compensación familiar, que son sus administradoras. Con dichos recursos se alimenta un fondo para cubrir una prestación social y de la seguridad social, una vez se cumplan los requisitos de ley por parte de los beneficiarios.

No se trata de ingresos que se incorporen al fisco, sino de recursos con afectación social y legal a finalidades de provisión social, que ahora están amparados por el artículo 48 de la Constitución Política.

En efecto, los recursos aportados por los empleadores para la financiación del sistema por mandato de ley, así como aquellos que son producidos por la propia operación de servicios a cargo de las cajas de compensación familiar, no acrecen patrimonios particulares ni se reparten entre determinadas personas o instituciones, sino que capitalizan socialmente y se encuentran afectados al fin colectivo a cargo del sistema.

“Para la Corte el señalamiento de los objetivos y prioridades en los que deben ser aplicados los recursos que administran las Cajas de Compensación constituye una expresión de la competencia interventora del Estado en la economía destinada a mejorar la calidad de vida de la población trabajadora (artículo 334 de la C.P.), puesto que pretende asegurar que los recursos de

(3) Ver Sentencia C-575 de 1992, Corte Constitucional.

los empleadores con destino al subsidio familiar sean invertidos en obras y programas de interés general⁽⁴⁾.

De otro lado, la inversión de los recursos aportados por los empleadores con destino a la financiación del sistema de subsidio familiar capitaliza para el sector de los trabajadores, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, por lo que constituye un patrimonio colectivo de interés general, bajo administración de las cajas de compensación familiar.

“Los recursos de las Cajas no son propiedad privada del empleador ni de los trabajadores en particular, sino del sector de los trabajadores remunerados [...] La propiedad de estos recursos, así como su administración, a diferencia de lo que sucede con el Fondo Nacional del Café, no pertenece al Estado y en consecuencia no media al respecto un contrato entre la Nación y la entidad...”⁽⁵⁾.

En ese orden de ideas, constituye este esquema un referente único en lo que respecta a participación del tercer sector de la economía, el cual asume la gestión de servicios de la protección social en beneficio de la población trabajadora del país, dependiente e independiente, y de los desempleados, a más de otras poblaciones sujetas de especial protección del Estado. Se trata de un patrimonio no privado en sentido estricto pero tampoco público, sino de carácter social, cuya titularidad ostenta el sector trabajo y que tiene afectación especial y control estatal, independiente de su gestión bajo reglas de orden privado.

La especial naturaleza de los ingresos del sistema, que son propios del sector de los trabajadores y que por el principio de solidaridad se extienden a fines de utilidad pública frente a sectores diferentes, como los del trabajo independiente e informal, los desempleados y las poblaciones vulnerables, permite que mantengan autonomía respecto a pretensiones públicas o privadas, y que a la vez se afecten a funciones de interés general.

La gestión privada sobre dichos ingresos ha permitido así mismo su capitalización, mediante la activación materializada en una infraestructura que es propia del sector de los trabajadores y que no acrece el patrimonio del Estado, al no ser bienes fiscales, ni de los empleadores o de grupos empresariales, ni tampoco de trabajadores individualmente considerados.

Se trata de activos en cabeza de las cajas con afectación al cumplimiento de fines constitucionales y legales que generan riqueza social pero que no individualizan su propiedad en cabeza de un actor económico –con la salvedad que

(4) Sentencia C-1173 de 2001, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

(5) Sentencia C-575 de 1992, Corte Constitucional.

se integran al patrimonio de sus administradoras con las afectaciones comentadas-, por lo que expresan plenamente las condiciones de una economía de autogestión y solidaria.

Ello se refuerza al considerar que las operadoras del sistema carecen por ley de ánimo de lucro, lo que les obliga a realizar una gestión cuyos resultados redundarán en capitalización social.

d) Aplica un gobierno con dirección cogestionada y autónomo

La presencia de representantes de los empleadores y de los trabajadores en los consejos directivos de las cajas de compensación familiar y la operación misma de sus asambleas constituyen mecanismos participativos que desde décadas atrás dieron vida a la pretensión aún irrealizada por la democracia económica.

Los consejos directivos trazan las políticas de las cajas de compensación familiar y en ellos toman asiento, con plenitud de derechos, voceros del sector empresarial, tanto del capital como del trabajo y en igualdad de proporción, pues se trata de organismos paritarios, acogiendo la doctrina de la OIT.

No tiene asiento en dichas corporaciones el Estado, a través del Gobierno Nacional (excepto el caso de Comcaja), pues no existen aportes de este para la operación del sistema; se respeta así también la autonomía de gestión.

No obstante ello, los últimos años han visto fortalecer la operación conjunta entre Estado y cajas de compensación familiar, lo que evidencia un esquema de participación que, sin afectar el gobierno interno, anuncia posibilidades de gestión que alivia las cargas del sector público.

Lo anterior, sin embargo, deja ver inquietudes respecto al futuro del sistema, en la medida en que la intervención estatal ha crecido, tanto en el ámbito de la regulación, como en el del control y en el de la propia gestión, poniendo en riesgo la definición autonómica que ha caracterizado la forma de operar el sistema. Sin duda la publicación del sistema es uno de los temas que suscita mayores reflexiones, en el ánimo de apreciar bondades y debilidades del esquema actual, y posibilidades de ajuste frente a las expectativas que pretenden cubrirse por el sector público.

e) Realiza un esquema de servicios expansivo e integral

Las funciones asignadas a las cajas de compensación familiar han crecido progresivamente, en la medida en que su misma operación ha generado una base de desarrollo apropiada para la asunción de tareas adicionales, de diferente orden.

De ser administradoras a nombre del empleador de una prestación social, pasaron a ejecutar servicios sociales a la familia de la población trabajadora y luego a desarrollar actividades para el desarrollo de la política social. Recientemente han sido responsabilizadas de la ejecución de la protección social para desempleados y para otras poblaciones sujetas de especial atención por parte del Estado, sin que ello implique desatender las obligaciones primarias que dieron origen al sistema y que ofrezcan así mismo servicios de bienestar a los que puedan acceder las empresas, los trabajadores y sectores no afiliados.

No obstante que la acumulación gradual de roles por parte de las cajas de compensación familiar despierta inquietudes en cuanto a señalar una posible dispersión de su funcionalidad, es menester tener en cuenta que la realización de aquellos cometidos se encuadra y ordena bajo el criterio de integralidad, en la medida en que sus tareas persiguen siempre un mismo y común objetivo: el bienestar del sujeto protegido y su familia.

Y así mismo, el desarrollo expansivo del sistema ha permitido que sean las cajas de compensación familiar las instituciones que con una visión más articuladora puedan apreciar e intervenir en la atención de necesidades de la familia colombiana.

En efecto, nada de lo que hacen las cajas está por fuera del espectro de la generación de capital humano y familiar para la promoción social.

Desde reconocer una asignación familiar por persona a cargo, hasta proveer servicios de recreación y deporte y otorgar créditos o facilitar el acceso a la educación, son servicios de distinta raigambre pero de idéntica finalidad, esto es, posibilitar un mejor vivir en la cotidianidad de la población cubierta.

El conocimiento además con que cuentan las cajas respecto a sus afiliados y beneficiarios es de alto valor social, pues ellas poseen datos personales y familiares que permiten la identificación de las condiciones, necesidades y expectativas socioeconómicas y culturales de quienes hacen parte de la población beneficiaria de sus servicios.

Más allá de las referencias ordinarias en materia de identificación de la población, pueden las cajas profundizar en el análisis del comportamiento y aspiraciones de sus afiliados de tal suerte que sean capaces de identificar sus opciones y preferencias, así como puntualizar intervenciones que sean requeridas para lograr mayores condiciones de bienestar en su caso. Esto en complemento a la acción que al respecto puedan ejercer los empleadores.

La expansividad se ve reflejada, así mismo, en ser las únicas instituciones dentro del sistema de protección social que concurren activamente en la provisión y financiación de otros servicios de aquel, como acontece en el ámbito de

la salud, tanto desde su rol de aseguradoras (individualmente consideradas o en la participación dentro de EPS) como de prestadoras.

f) Gestión privada y flexibilidad en la operación

Por la naturaleza de las cajas y su autonomía al amparo de lo previsto por el artículo 103 de la Constitución Política, la ejecución de los roles a su cargo como operadoras del sistema de subsidio familiar se da mediante un esfuerzo de gestión privada, aplicando en su actividad los principios y esquemas de organización y servicio que corresponden a los particulares.

La participación de particulares en la ejecución de servicios públicos ha sido recogida por el Estado de tiempo atrás y, específicamente, en cuanto atañe al campo de la protección social fue reiterada por el artículo 48 de la Constitución.

En el caso del subsidio familiar, esta participación se había estructurado desde mucho antes, con la implementación del sistema y la creación de las cajas de compensación familiar, y ahora se refuerza a través de la habilitación para que dichas operadoras participen en otros ámbitos de la protección social, como ocurre en el campo de la salud, bien mediante la operación de programas EPS de cajas de compensación o bien a través de la constitución de EPS en las que concurren aquellas.

Los servicios que se asignan a las cajas se operan pues mediante formas privadas de administración y gestión.

Son colaboradores sometidos al régimen laboral ordinario o de servicios quienes prestan su concurso a estas instituciones, así como dichas corporaciones se someten al régimen de contratación entre particulares (excepto los casos, por supuesto, en que como privados concurren en procesos contractuales convocados por entidades públicas).

Por la naturaleza de las funciones a su cargo, no obstante, las cajas se hallan vigiladas por el Estado y se someten a un régimen especial que les es propio, sin que por ello se predique una inclusión o adscripción a la estructura de las entidades públicas, bien nacionales o territoriales.

La gestión particular favorece la aplicación de esquemas de control y medición sobre resultados y compromete el mantenimiento de niveles de eficiencia adecuados, lo que ha posibilitado a las cajas reducir sus propios gastos de administración, no obstante asumir en forma creciente nuevos roles.

De otra parte, la gestión particular de las cajas ha posibilitado un esquema flexible con el cual se asegura la respuesta a necesidades sociales, a la medida de los destinatarios.

Por su origen como corporaciones privadas y por su esquema de organización, las cajas responden con ductilidad a la atención de prestaciones y servicios sociales, y se ajustan a las expectativas de servicio de sus usuarios.

Esto se consolida además a través del esquema territorial de operación que se ha aplicado al interior del sistema, con el que ha sido posible garantizar el reconocimiento de las diferencias regionales en lo que atañe a las condiciones de la población trabajadora y de los beneficiarios de los servicios de las cajas, de tal suerte que las respuestas dadas por el sistema correspondan a esas condiciones y no se apliquen esquemas rígidos o únicos, pero en todo caso a partir de los estándares legales de operación y responsabilidad que son comunes.

Una clara evidencia sobre esta particularidad se refleja en la capacidad de respuesta rápida del sistema en lo que respecta a la asunción de nuevos roles. En esa evolución histórica de progresiva atención de necesidades sociales, las cajas han logrado adaptarse para responder a los requerimientos nuevos que les ha correspondido asumir, por ejemplo, recientemente, en el campo de la atención a desempleados.

Los esquemas de actuación de las cajas pueden así mismo incorporar con flexibilidad componentes particulares, de tal suerte que se trata de organizaciones integradas por diversas unidades de operación y servicios, que en todo caso conservan su integralidad, tanto funcional y organizacional, como de criterio, en la medida en que, como se ha resaltado, orientan sus esfuerzos hacia la consecución del bienestar individual, familiar y social, eje que es transversal a toda su operación.

La no uniformidad en el alcance de prestaciones, sobre los estándares mínimos fijados por las normas, da una riqueza especial al sistema y fomenta en los departamentos en donde operan varias cajas de compensación familiar, la competencia por el servicio, lo que provoca dinámica y mejora constante en últimas a favor de quienes son la razón de ser del sistema y de las cajas, sus afiliados y beneficiarios.

g) Realiza fines de interés público

Los propósitos a los que sirve el sistema de subsidio familiar se concretan en todos los casos a la atención de necesidades de interés colectivo.

De una parte, la satisfacción de la prestación social subsidio familiar para los trabajadores y sus familias, que constituye igualmente una prestación de la seguridad social, dentro del ramo genérico de las asignaciones familiares, es una finalidad pública adscrita en su prestación a las cajas de compensación familiar y de alto impacto en el ámbito laboral y en la justicia de las relaciones empleadores/trabajadores para la realización de las condiciones del trabajo decente.

De la misma manera, los servicios sociales cubiertos por las cajas permiten la realización de derechos sociales, económicos y culturales amparados por la Constitución Política, como las prestaciones de desempleo atienden un claro fin de la seguridad social.

Por su parte, tanto la ejecución de servicios en ejecución de la política social, como la atención de niños y el reconocimiento de subsidios de vivienda de interés social, son manifestaciones de funciones de interés general en cuanto que con ellas se persigue el logro de los fines del Estado social de derecho.

La ejecución de actividades en el ámbito de la seguridad social hace que las cajas desarrollen el servicio público tal y desplieguen, en ese orden de ideas, prestaciones de interés general, con las cuales además se materializan derechos constitucionales.

La operación de las cajas implica pues el desarrollo de roles de interés público que el Estado ha confiado a entidades especializadas de carácter privado, las cuales gestionan tanto recursos públicos, en lo que corresponde a los ingresos por aportes patronales del 4% sobre la nómina, como de índole privada en lo que atañe a los ingresos operacionales que derivan de la gestión de los propios servicios a su cargo.

Lo anterior sin perjuicio de las actividades que en relación con su objeto las cajas pueden ejecutar y que corresponden a roles diferentes de atención de necesidades de la comunidad, las entidades estatales, los empleadores y las personas en general, esto último en el caso de los servicios que ofrecen con la posibilidad de ser abiertos al público en general en mercadeo y recreación, mediante el suministro de bienes que pueden calificarse como privados (acceso a servicios de hotelería o recreación por un particular, por ejemplo).

A nuestro juicio, dos son los valores constitucionales en que se soporta el aludido sistema. De una parte (i) el de la solidaridad⁽⁶⁾, pues es expresión aquel de redistribución e inclusión social, y de otra, (ii) la participación, pues permite la canalización de esfuerzos privados para el logro de cometidos de seguridad social.

La historia del sistema, así mismo, lo ha conducido en la actualidad a ser el titular por excelencia de la protección social en Colombia.

No obstante que aún en nuestro país se carezcan de estudios a profundidad sobre el alcance de este concepto, pese al avance legislativo en la materia, es evidente que las cajas de compensación familiar se han erigido en las institucio-

(6) Sentencia C-508 de 1997, Corte Constitucional.

nes que tienen a su cargo las principales responsabilidades en cuanto atañe al desarrollo del sistema de protección social en el país.

Este es el efecto principal, al respecto, de la reforma introducida por la Ley 789 de 2002 y la creación de las prestaciones por desempleo, a través del subsidio para desempleados con y sin vinculación anterior al sistema de subsidio familiar, de la capacitación para la reinserción laboral y de los microcréditos para el fomento del empleo que beneficie a desempleados.

Si la protección social persigue la cobertura de los residentes frente a contingencias individuales de impacto social que afectan su nivel de ingresos y sus condiciones de bienestar, particularmente frente a épocas de crisis, el sistema de subsidio familiar y de protección al desempleado se constituye en el mecanismo por excelencia para hacer frente de forma integral a dichas situaciones, máxime si se considera el amplio espectro de los servicios sociales a cargo de las cajas de compensación familiar.

El papel pues hacia el futuro del sistema y de estas organizaciones es más amplio que su propia historia, y le corresponde a la sociedad encarar el análisis estructural sobre la forma en que deberán asumir el porvenir, frente a la provisión de servicios meritorios que se demandan con universalidad e integralidad.

CAPÍTULO III

Antecedentes históricos del subsidio familiar

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Una reflexión sobre la naturaleza, alcances y proyecciones acerca de la institución del subsidio familiar debe estar precedida por un repaso sobre sus antecedentes foráneos y nacionales, con el establecimiento de las líneas de contacto esenciales de aquella con instituciones del derecho del trabajo y su ubicación en el contexto del desarrollo histórico entre la sociedad capitalista industrializada y la sociedad poscapitalista o de la tercera ola.

Es imprescindible abordar esa reflexión histórica, por cuanto ella explica en el caso colombiano cómo la figura del subsidio familiar, sus fuentes de ingresos y la destinación de los recursos del sistema están determinados por el aludido avance, simultáneo a la redefinición de la seguridad social, ya no como derecho del trabajador sino atributo de toda persona.

En efecto, como veremos, los derechos sociales o de segunda generación han pasado a convertirse en el nuevo rostro de los derechos humanos. La tensión entre libertad e igualdad, capitalismo y socialismo, pervive y pervivirá. El triunfo esencial y necesario de la libertad—derecho fundamental por excelencia para muchos, pues es a través de su efectividad que se reconoce la dignidad humana y que se predicán las relaciones de alteridad, que constituyen el sustrato de la justicia—, con el simultáneo auge hegemónico de la economía de libre mercado, para nada suple la confrontación dialéctica en cuanto se trata de hacer efectiva la igualdad entre los hombres.

En la era de los derechos humanos, respuesta al auge globalizador de la gestión económica en un sistema preferente de economía de servicios, regida por instituciones financieras transnacionales, y frente a la realidad de la pobreza, persiste la tensión resultante de ejercer la libertad individual pero sin acceso real a los medios que satisfagan las condiciones de seguridad del individuo para su desarrollo, al menos en una amplia proporción de la comunidad mundial.

A su turno nuevas realidades sociológicas se imponen, tales como el crecimiento en el número de las familias monoparentales—redefinición de la familia—,

la injerencia cada vez mayor de la ciencia en el manejo del genoma humano, la trashumancia de vastas poblaciones y el papel de la migración de trabajadores entre Estados, el envejecimiento poblacional y la desproporción de pirámides poblacionales en diferentes contextos nacionales, la pauperización de la fuerza de trabajo, el redescubrimiento del oriente y la persistencia de los conflictos internos e internacionales, con el debilitamiento real de las instancias de decisión multilaterales.

La seguridad social entonces asume el rostro de la igualdad en el siglo XXI.

En un mundo aldea, con claros intereses económico-políticos en conflicto, al individuo no le basta ser libre ni que se le reconozca como tal. Demanda, como frente a la monarquía opresora de los siglos XVII y XVIII, seguridad para vivir dignamente.

La revolución de la razón de entonces por acceso al poder político, hoy es la revolución de una razón evolucionada, bajo el concepto de la información, la tecnología y la creatividad, por el acceso a la economía y por la búsqueda de condiciones de seguridad que posibiliten el despliegue de las potencialidades individuales.

Se impone pues una redefinición sustancial del concepto de seguridad social.

Aquella estaba ligada exclusivamente a las manifestaciones de la relación laboral y su ámbito se circunscribía, en un principio, a la protección a que estaba obligado el empleador respecto a sus trabajadores y sus familias.

Si se le mira con una óptica más integradora, la seguridad social apunta al establecimiento de condiciones propicias para que el individuo se desarrolle en la sociedad de hoy.

Por supuesto que parte de los requerimientos básicos de promoción personal y familiar en cuanto a protección de la salud, atención de riesgos del trabajo y vejez, asignaciones familiares, condiciones mínimos laborales, pero sin agotarse en ese espectro.

La seguridad social hoy reclama ampliar su ámbito de acción a las nuevas relaciones y vínculos entre individuos y servicios, extenderse a las modalidades de empresa contemporáneas. Impone así mismo el reconocimiento de nuevas manifestaciones de producción de riqueza y, además de estas, la existencia del nuevo proletariado en los trabajadores independientes e informales, en cuyo extremo se encuentra el desocupado, que en forma trágica llega a ser parte de círculos intolerables de miseria, ocupados por indigentes, nuevos parias que heredan su condición a futuras generaciones.

Pero la seguridad social lleva implícito además el establecimiento de condiciones tolerables de convivencia y de racionalización de las manifestaciones del

conflicto en el seno de las sociedades. El derecho a la seguridad social está esencialmente ligado al derecho a la paz y el Estado o comunidad de Estados que no amparen su legitimidad en el establecimiento de condiciones que superen la fuerza como método de adopción e imposición de decisiones públicas estarán quebrantando de entrada el derecho a la seguridad social.

Es innegable además que el tránsito por el que atravesamos nos lleva a reconocer el carácter fundamental del aludido derecho a la seguridad social –como la Declaración de Derechos Humanos de 1948 lo expresa–, pues su conexión con la vida y la libertad son innegables, además, según como se concibe la vida en el estado constitucional de hoy, esta debe entenderse como una vida digna y no sólo vegetativa o naturalística.

¿De qué vale predicar la libertad y la vigencia de los derechos humanos, si la fuerza atenta diariamente contra comunidades, familias e individuos en todas las latitudes de la tierra? ¿De qué sirve la libertad –si es que puede predicarse la existencia misma de aquella– cuando millones de personas carecen de posibilidades reales de acceso a la producción y la generación de riqueza?

El conflicto por la igualdad, hoy diríamos por la seguridad social en el contexto universal global, es tan manifiesto como ignorado.

La lucha contra el delito y la guerra contra el terrorismo nos impiden considerar a profundidad los efectos de la discriminación en el mundo.

La seguridad no puede entenderse como el mantenimiento de las condiciones del *statu quo* para la libertad. Aquella debe implicar esencialmente la seguridad social, como reafirmación de la libertad posible en la igualdad efectiva de acceso para asegurar la inclusión mínima necesaria que haga efectiva la dignidad humana. Ante tal panorama, se reclama una presencia muy fuerte de las comunidades políticas, pues, de lo contrario, ¿para qué existirían?

La seguridad social se erige, pues, como la bandera de las nuevas luchas por el reconocimiento de la dignidad del hombre, como ser racional, creativo y con capacidad de amar, libre, diferente y único, pero con derecho a la igualdad por vivir en comunidad y fundar esta en la justicia, en cualquier latitud y sin importar la filosofía o religión que profese.

2. LAS ASIGNACIONES FAMILIARES Y SUS ANTECEDENTES

Como se apreciará, si bien el reconocimiento de asignaciones familiares es común en América, la institucionalidad de la compensación familiar es atípica en el contexto americano y hunde sus raíces en la experiencia europea, en particular si se considera la forma de administración de los recursos que se recaudan con fuente independiente y parafiscal para el cubrimiento de dicha prestación social, a través de corporaciones privadas denominadas cajas de compensación

familiar. Solamente en Chile se preserva una institucionalidad semejante, por lo menos en su origen, si bien con diferencias importantes a la fecha.

La aplicación de una prestación social, denominada subsidio familiar a los trabajadores de menores ingresos y en razón de las personas a su cargo, se ubica dentro del concepto genérico de asignaciones familiares, esto es, de aquellas que se reconocen a los beneficiarios en razón de su núcleo familiar.

En efecto, el género en relación con el subsidio familiar lo representan las asignaciones familiares, prestaciones complementarias a favor de los beneficiarios, con o sin carácter salarial, que persiguen realizar el principio a cada cual según sus necesidades, en orden a fomentar la población, estimular la familia y mejorar las condiciones de los trabajadores.

El surgimiento de las asignaciones familiares se vincula al proceso histórico de consolidación del sistema capitalista y se da en el ámbito de las relaciones de trabajo; el tiempo hará que se extienda su cobertura, como la seguridad social, para atender las necesidades de la población desempleada y de otros sectores.

Al origen de dichas asignaciones se ubican figuras como los subsidios a trabajadores por personas a cargo –hijos, inicialmente– en Francia, las primas de vida cara –para atender las condiciones generadas por la Primera Guerra Mundial– y los estímulos para el incremento poblacional.

Es posible reconocer como causas del surgimiento de las asignaciones familiares, las siguientes:

— *Histórico-económicas*

Se concretan en el proceso de inicio y consolidación del sistema capitalista, entre los siglos XIX y XX en Europa.

Es la etapa de configuración de las nuevas relaciones de venta de servicios personales a los empleadores, propietarios de las fábricas e industrias en crecimiento y del establecimiento de condiciones de pauperización de aquel proletariado.

Entre los principales elementos de aquella etapa histórica, de interés para considerar el surgimiento de las asignaciones familiares, se resaltan los siguientes:

- a) Auge del proceso de industrialización.
- b) Urbanización acelerada y crecimiento de las ciudades.
- c) Desplazamiento del campo a la ciudad.
- d) Generación de un estamento social: el sector de los trabajadores-proletariado.

- e) Redefinición de la familia y su participación en la economía, con la irrupción en el mercado de trabajo de las mujeres y los niños.
- f) Bajos niveles salariales, sometidos al rigor de las reglas del mercado.

—*Ideológicas-religiosas*

Es este un componente fundamental en el surgimiento de las asignaciones familiares, determinado principalmente por:

- a) Las tendencias ideológicas anteriores al socialismo científico, en particular del denominado socialismo utópico.
- b) El surgimiento y consolidación del socialismo científico.
- c) Los planteamientos desarrollados por la Doctrina Social de la Iglesia, a partir de León XIII como respuesta a la cuestión obrera.
- d) Con posterioridad, y ya en el siglo XX, las pretensiones ideológicas de partidos de izquierda y, especialmente, de la revisión al liberalismo clásico, en sus facetas de solidarismo, intervencionismo y socialismo de Estado.

—*Fuentes materiales*

Están representadas, de una parte, en la decisión de empleadores que, basándose en los postulados ideológicos o doctrinarios atrás citados, implementaron medidas de protección laboral en sus empresas y luego fomentaron la creación de entes especializados o corporados, y, de otra, en la participación de organizaciones de trabajadores y sindicatos que promovieron la mejora en las condiciones laborales y en la consolidación de derechos para los trabajadores, entre ellos las prestaciones del subsidio por familia.

El Estado terminó coadyuvando primero y, luego, imponiendo con carácter obligatorio el sistema de asignaciones familiares, de manera similar a como ocurrió en general con las instituciones del derecho laboral, cuya realidad precedió a las formas jurídicas.

2.1. Origen laboral/gremial del subsidio familiar

Es claro que la evolución del sistema de asignaciones familiares, como se ha dicho, se centró en el desarrollo de las relaciones laborales, por lo que inicialmente representó un esfuerzo de un patrono o grupo de patronos en relación con los trabajadores a su servicio, lo que determinó que se consolidaran las asignaciones con un cierto carácter gremial, como paso evolutivo necesario.

En ese sentido, guardan relación aquellas con las modalidades de protección y fomento que durante la Edad Media desarrollaron los grupos de artesanos y los colegios de oficios y, además, los esquemas de cofradías que, bajo la protección tutelar de un santo de devoción, promovían apoyo en situaciones de indigencia, desocupación o enfermedad a los corporados o a ciertos grupos de la población.

2.2. **Noción del salario familiar**

En las postrimerías del siglo XIX, comenzó a hacer carrera el concepto de salario familiar, a partir principalmente de la postura de la Doctrina Social de la Iglesia, en cuanto a que la remuneración por los servicios laborales debería cubrir las necesidades del trabajador y las mínimas de su familia.

En efecto, un incremento de salarios o el otorgamiento de primas, como ocurrirá posteriormente en los albores del siglo XX frente a las contingencias de la guerra, no aseguraba la aplicación de estrategias equitativas, pues el salario, aumentado en forma general, de todas formas quedaría corto frente a las necesidades de los trabajadores con más personas a cargo.

De otra parte, y precisamente frente al rigor de la ideología del liberalismo clásico y bajo el esquema del sistema capitalista, el reconocimiento de salarios familiares a los trabajadores traía consigo un problema de competencia en el ofrecimiento de fuerza laboral, pues los empleadores que no actuaban bajo la égida conceptual o doctrinaria de la justicia social preferían la contratación de trabajadores sin familia o que se sometieran a condiciones laborales menos generosas.

Habrà que esperar los desarrollos en Francia para que el sistema de subsidio familiar adquiera cuerpo, en tanto se organiza bajo el mandato oficial y se crean entidades de reparto con pretensiones de aplicar en forma universal la cobertura.

2.3. **Aplicación de la solidaridad**

Es importante resaltar cómo desde sus orígenes la institución de las asignaciones familiares lleva implícita la pretensión de realizar los valores de la solidaridad y, por ella, la justicia distributiva.

En primeras etapas se manifiesta la solidaridad entre el empleador y su grupo de trabajadores; luego se extiende a un grupo de industrias o a un gremio y, posteriormente, a las industrias asentadas en una región determinada, sin acepción de personas o correspondencia de beneficios para los propios trabajadores; finalmente, es de carácter universal, como en el caso de Colombia, donde todos los empleadores tienen obligación general respecto de todos los trabajadores.

Aplica el principio de solidaridad inicialmente en el ámbito del mercado de trabajo y se manifestará respecto de los trabajadores de menores recursos y con personas a cargo. Al tiempo, con la evolución de las coberturas de la seguridad social y dependiendo de las orientaciones políticas de esta, las asignaciones familiares cobijarán a sectores no pertenecientes al ámbito de las relaciones de trabajo, como mecanismo de protección frente a las contingencias del paro o, ya en tiempos recientes, de la informalidad.

El principio de solidaridad entonces trascenderá de su dimensión vertical e interna hacia una faceta externa y horizontal con respecto a la sociedad en su conjunto, desplazando recursos que aportan los empleadores y que terminarán beneficiando poblaciones diferentes a los trabajadores subordinados.

2.4. Antecedentes inmediatos

Tradicionalmente se cita como sustento ideológico de las cajas de compensación familiar en el mundo la encíclica *Rerum novarum* de León XIII. Sobre su origen histórico se señala el caso de las “cajas de familia” creadas en Francia a partir de 1848 por León Hammel, primeramente para la construcción de viviendas para los obreros afiliados y luego, en 1852, para el pago de asignaciones familiares⁽¹⁾.

En efecto, el papa León XIII convocó en la *Rerum novarum* a los Estados para que no descuidaran las condiciones de los trabajadores, señalando la obligación de buscar la equidad y el papel social en ello de la distribución del capital.

Más tarde, Pío XI en la encíclica *Casti connubi* señalará:

“... a fin de que la sociedad civil, como sabiamente dispuso nuestro predecesor León XIII, establezca un régimen económico y social en el que los padres de familia puedan ganar y proveer lo necesario para alimentarse a sí mismos, a la esposa y a los hijos, según su clase y condición; pues el que trabaja merece su recompensa. Negar esta o disminuirla más de lo debido es grande injusticia y, según las sagradas escrituras, un grandísimo pecado; como tampoco es lícito establecer salarios tan mezquinos que, atendidas las circunstancias, no sean suficientes para alimentar a la familia”⁽²⁾.

(1) Poveda Ramos, Gabriel. *Comfama, precursora y protagonista del subsidio familiar en Colombia*. Medellín, Comfama, 1989 y Correa Ramírez, John Jaime. *Comfenalco Antioquia. Una senda en la historia de la Seguridad Social en Colombia 1957-2000*, Medellín, Comfenalco Antioquia, 2000.

(2) Pío XI, *Casti connubii*, Medellín, Ediciones Paulinas (tomado de “Comfenalco Antioquia. Una senda de la seguridad social en Colombia 1957-2000”).

2.5. Orígenes de las cajas de compensación en Francia

Completo e interesante resulta el recuento que sobre los antecedentes del subsidio familiar recoge Pablo Franky Vásquez en *Textos normativos vigentes del subsidio familiar de Colombia*, publicado por la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar (Asocajas) en 2001.

Entre los antecedentes más destacados se citan la Circular del Ministerio de Marina de Francia del 26 de diciembre de 1860, en la cual se dispone, para los marinos con más de cinco años de antigüedad, el pago de una asignación por día y por hijo.

Continúa el recuento con el señalamiento a la implantación del servicio de indemnizaciones por cargas familiares en 1884 por los Establecimientos Klein, que dará lugar en 1891 a la creación de la Caja de Familia en Valdes-Bois por iniciativa de León Hammel, poco tiempo después de la promulgación de la encíclica *Rerum novarum*.

Tal iniciativa se extiende a diversos gremios y organizaciones, entre ellos la administración central de colonias, el Ministerio de Hacienda, la industria minera y otros.

Cita Franky Vásquez que, entre 1900 y 1916, cerca de cuarenta establecimientos pagaban subsidio familiar.

Los efectos nocivos de la Primera Guerra Mundial determinan así mismo la adopción de primas de vida cara, teniendo por base la composición del núcleo familiar.

Posteriormente, el 1º de mayo de 1918 Romanet crea una nueva institución denominada Caja de Compensación de Indemnizaciones y Asociaciones Familiares, con el apoyo del Sindicato Patronal de Mecánicos, Calderos y Fundidores de L'isère.

Se inaugura así en sus contornos esenciales el sistema de subsidio familiar, pues surge la figura de las cajas como entidades sin ánimo de lucro, de reparto, que tienen por propósito el reconocimiento de subsidios o asignaciones a los trabajadores, en nombre de los empleadores.

“La fórmula de Romanet comenzó a tener aplicación y así en mayo de 1918 el Sindicato de Metalurgia de la región de Grenoble decidió conceder una asignación mensual de 12,50 francos para los trabajadores cuyas esposas no laboraran por estar ocupadas en tareas del hogar y 25 francos para aquellos cuyas esposas no pudieran laborar por motivos de enfermedad [...]”

“En el año de 1919 fueron constituidas cuatro Cajas y al año siguiente las seis que existían en funcionamiento ya cubrían 50.000 trabajadores a quienes se pagaba una cantidad aproximada de cuatro millones de francos.

“El ritmo de crecimiento hizo que estas constituyeran bien pronto un Comité Central en París y celebraran su Primer Congreso el 4 de julio de 1921 en la misma ciudad, fecha en la cual ya había 72 Cajas en actividad. Para el mes de mayo del año siguiente en que se realizó el Segundo Congreso, el número había crecido en 20 y adicionalmente estaban en proceso de formación otras 25. Al finalizar el año de 1922 se habían constituido 120 con 800.000 trabajadores beneficiarios que pagaban subsidios 92 millones de francos anuales⁽³⁾.”

Posteriormente el modelo francés se extiende a países como Bélgica, Italia, Alemania y España.

En Chile se dispuso un régimen de asignaciones para empleados particulares y de ciertas actividades –que luego fueron ampliadas– mediante Ley 7295 del 23 de octubre de 1942, a cargo de la Caja de Previsión de Empleados Particulares.

“Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (C.C.A.F.) se crearon por iniciativa de los empresarios del sector privado, circunscribiendo inicialmente su acción al otorgamiento de acciones en dinero, como complemento del salario del trabajador [...] Es así como en febrero de 1953, la Comisión de Acción Social de la Cámara Chilena de la Construcción organiza la primera de estas entidades, que se denominó Caja de Compensación de la Cámara Chilena de la Construcción, adelantándose con ello a la expedición del decreto con fuerza de Ley 245 de julio de 1953, que instituyó legalmente la asignación familiar y autorizó el funcionamiento de las Cajas de Compensación privadas. De esta forma surgieron las organizadas por la Asociación de Industriales Metalúrgicos (Asimet), la Asociación de Industriales de Valparaíso (ASIVA), la Cámara del Cuero y del Calzado, la Sociedad de Fomento Fabril (Sofofa), la Cámara de Comercio de Santiago y la Sociedad Nacional de Agricultura (SNA)”.

En 1953 se creó legalmente la asignación familiar a favor de los aportantes al servicio del seguro social y se autorizan subsidios por la esposa, los hijos legítimos, naturales y adoptivos, los hijos en gestación, padres dependientes, hijos mayores pero dependientes y que sigan estudios regulares.

La Ley 12462 del 6 de junio de 1957 ordenó que “la imposición establecida en el artículo 28 de la Ley 7295 de 1942 será en todo el territorio de la República, equivalente al veintiuno y medio por ciento de los sueldos, sobresueldos, comisiones y regalías que perciben los empleados particulares, a contar del

(3) Franky Vásquez, Pablo, *Textos normativos vigentes del subsidio familiar en Colombia*, Bogotá, Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar (Asocajas), 2001, Tomo I, p. 95.

1º de junio de 1957", incluyendo los aportes con destino al cubrimiento de las asignaciones familiares.

La evolución por lo demás de las asignaciones familiares habrá de ser vista concurrentemente con la evolución de la seguridad social, derecho que adquiere oficialización universal a través de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948. Luego, la Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Ginebra en 1952 unificó las normas mínimas de seguridad social, buscando entre otros objetivos el apoyo para la manutención de los hijos.

CAPÍTULO IV

Antecedentes del subsidio familiar en Colombia

1. REFERENCIAS HISTÓRICAS, IDEOLÓGICAS Y JURÍDICAS

Los antecedentes del subsidio familiar en Colombia guardan relación con los anteriormente señalados de manera general.

Ideológicamente nuestra evolución histórica se ve influenciada por las tendencias socialistas, así como por la Doctrina Social de la Iglesia, vertientes que nutren conceptualmente tanto al Partido Liberal como al Conservador, particularmente en cuanto atañe a la cuestión obrera, sin dejar de notar, por supuesto, las particularidades y la tardanza con que se vino a instaurar un sistema de producción capitalista en nuestro país.

Como antecedentes remotos del sistema del subsidio, se cita la labor de las cofradías durante tiempos de la Colonia; ya en épocas más recientes se hace referencia al surgimiento de sociedades de mutuo auxilio y de las cooperativas.

Algunos empleadores patrocinaron la construcción de viviendas para sus obreros y fomentaron el manejo cooperativo para aliviar contingencias u otorgar créditos para aquellos.

Se cita a Simón Bolívar en su "Discurso de instalación del Congreso de Angostura", el 15 de febrero de 1819, como precursor de la defensa de la seguridad social como base esencial para un Estado justo: "El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política"⁽¹⁾.

En materia de asistencia social, se lee en Antonio Nariño: "Dar a todos indistintamente sería dotar la profesión de mendigo, dar únicamente al necesitado es pagar una deuda a la humanidad y un derecho a la sociedad. Dar consue-

(1) Tomado de Documentos Universidad Prisma Compensar.

los a las familias y distribuir los socorros de la beneficencia es la perfección de la caridad pública⁽²⁾.

Mariano Ospina Rodríguez se refiere al crecimiento, a la riqueza y a la necesidad de activar a una población aletargada, para superar el pauperismo:

“La población y las ciencias andan en todas partes al compás de la riqueza; porque la primera no crece si no se aumentan los medios de subsistencia, ni las segundas pueden florecer en un país miserable; el poder, la dicha y la prosperidad de las naciones, efectos son inmediatos de la riqueza; en medio de la escasez y del hambre no hay felicidad ni poder.

[...]

“En medio de tanta prosperidad las naciones más ricas sufren la dolorosa llaga del pauperismo, para la cual no ha hallado todavía un remedio eficaz.
[...]

“La prosperidad, la grandeza y la fuerza de una nación proceden del poder productivo y de la moralidad de sus habitantes. Una situación envidiable entre los dos grandes océanos, climas deliciosos, que se prestan a los cultivos más variados, tierras feraces y baratas y mercados seguros para los productos, son ventajas casi inútiles con una población sumida en un letargo de pereza y de inacción, que repugna el trabajo con desdén salvaje, y en medio de la cual los ensayos de cultivo se paralizan, y las cosechas se pierden en parte por falta de brazos. Transformar esta población aletargada en una población activa y laboriosa, es el gran problema social que los poderes públicos y los hombres pensadores están llamados a resolver en este país⁽³⁾.

Miguel Antonio Caro pone el acento en la misión paternal del gobierno y en la caridad que requiere la acción pública:

“Resumiendo: el hombre es un ser social; la asociación le es un deber; la misión se cumple mediante el poder; este poder lo ejercen los favorecidos por la naturaleza; estos tienen el deber de constituirse en auxiliares de Dios y la naturaleza; deben transmitir la enseñanza divina ilustrando a los entendimientos, y reformar y ampliar la de la naturaleza por medio de sensaciones equitativamente distribuidas. Gobernar es educar; educar, perfeccionar. Tal es el deber del hombre, individual y colectivamente.

“El precepto fundamental del cristianismo se reduce a esta palabra caridad. Tal como lo hemos considerado, el ejercicio del poder público no es el ministerio del terror, sino una grande obra de misericordia. Todo pue-

(2) Texto tomado de la *Antología del Pensamiento Conservador en Colombia*, Biblioteca Básica Colombiana, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura, 1982, p. 34.

(3) *Ibidem*, pp. 125, 128 y 129.

blo cristiano así lo ha comprendido más o menos confusamente, y así lo ha practicado⁽⁴⁾.

Abel Carbonell nos habla del papel del conservatismo en la construcción de un Estado social reactio a los fenómenos proclamados por la lucha de clases:

“Cumple también al partido conservador, puesto que tiene la responsabilidad del gobierno, crear, por medio de leyes bien meditadas, un Estado social reactio a los fenómenos que generan las luchas de clases, como son la miseria, el latifundio y las desigualdades injustas. Debe, sin violentar las leyes económicas ni permitir que se relaje el derecho de propiedad, procurar oportunidades al trabajo, de modo que, multiplicándose el número de los poseedores, se multiplique el número de lo que quieran estabilidad y teman los trastornos...”⁽⁵⁾

Félix Restrepo S.J. resalta el papel de la solidaridad y reconoce el fracaso de los sistemas capitalistas y comunistas: “Después del fracaso del capitalismo y del comunismo queda un tercer camino, que es el de la libertad en la solidaridad, para que los pueblos busquen la realización de sus sueños dorados, o sea el bien común, el bienestar y prosperidad de las grandes masas de la población”⁽⁶⁾.

Mientras tanto el liberalismo se nutría de las tendencias socialistas; con respecto a esto, resulta necesario mencionar en los albores del siglo XX el célebre intento de Rafael Uribe Uribe por consolidar un proyecto político de socialismo de Estado, que tendrá luego desarrollos con el proceso reformador que instaura Alfonso López Pumarejo y que culmina con la reforma constitucional de 1936.

Para Ricardo Sierra Caro, el ideólogo y caudillo liberal se convirtió en pionero de la seguridad social al promover el otorgamiento de mejores condiciones para la ejecución de las labores a cargo de los trabajadores: “Conozco la explotación de los cafetales, trapiches, ingenios y demás empresas de tierras templadas o calientes y os digo que sería oportuna y humana la ley que mandara a los patronos suministrar asistencia médica a sus peones y mejorar los alojamientos”.

En Conferencia sobre el Socialismo de Estado, dictada en el Teatro Municipal de Bogotá, en octubre de 1904, Uribe plantea dentro del bloque de algunas aspiraciones socialistas en Colombia:

“Protección racional a las industrias nacionales, de que habla el informe que tendré el honor de presentar a la Cámara, participación de los obreros asalariados en las ganancias de la industria o explotación en que se ocupan; or-

(4) *Ibíd.*, pp. 299 y 300.

(5) *Ibíd.*, p. 433.

(6) *Ibíd.*, p. 475.

ganización oficial de las cajas de ahorros, puestas al alcance de todos los salarios, para libertar a las masas obreras de la esclavitud de la ignorancia, creación de bancos de anticipos que le hagan préstamos al obrero para ayudarle a establecerse [...] desarrollo de los seguros y de todos los sistemas cooperativos [...] combatir el alcoholismo por todos los medios preventivos y represivos posibles [...] Para alejar de la taberna a los obreros el Estado debe procurarles distracciones encaminadas a la educación moral y estética, como teatros populares a bajo precio, museos, bibliotecas, escuelas dominicales y nocturnas, gimnasios públicos, retretas de las bandas oficiales y, sobre todo, cafés baratos donde a tiempo que se busquen mercados inferiores para el consumo del grano [...] Todo lo cual puede resumirse en esta sola aspiración: hacer que el salario del obrero no se limite a lo puramente necesario para asegurar su subsistencia física, o hacer que ese salario y el tiempo que representa correspondan a la adquisición de mayor número de artículos o de servicios, inclusive su mejora moral y su progreso intelectual...⁽⁷⁾

En discurso pronunciado en abril de 1911 después de la derrota del partido liberal en las elecciones presidenciales frente a Carlos E. Restrepo y como visión de la colectividad señala:

"Los liberales creemos que la previsión social, la solidaridad, el mutualismo y las leyes de protección del trabajo deben intervenir para templar el rigor del destino individual [...]; creemos que la benevolencia de los poderes públicos debe mostrarse para con los débiles; creemos en las virtudes del corporativismo, de las cooperativas, de los sindicatos [...]; creemos que es necesario dictar leyes sobre los accidentes del trabajo y protectoras del niño, de la joven y de la mujer, en los talleres y en el trabajo de los campos; creemos que se debe obligar a los patronos a preocuparse de la higiene, del bienestar y de la instrucción personal...⁽⁸⁾

Jorge Eliécer Gaitán desde el Unirismo y el Partido Liberal proclamó la distinción entre el país político y el país nacional y denunció los graves conflictos por la tierra, la participación en la riqueza y las relaciones laborales en el país, a partir del trágico episodio de la masacre de las bananeras en Ciénaga.

En 1924 señala en su texto *Las ideas socialistas en Colombia*: "¿Qué se observa bajo el sistema capitalista actual? ¿No es precisamente lo contrario? ¿A medida que crecen los elementos, que se hace más fácil la producción, no aumentan las dolencias de las clases humildes? ¿Y no es verdad que la desproporción entre lo que gana el propietario y lo que recoge el obrero es cada día más aguda?"⁽⁹⁾

(7) Texto tomado de Uribe Uribe, Rafael, *Escritos políticos*, Bogotá, El Áncora Editores, 1984, pp. 129 y 130.

(8) *Ibíd.*, pp. 172 y 173.

(9) Gaitán, Jorge Eliécer, *Escritos políticos*, Bogotá, El Áncora Editores, 1985, p. 17.

Es importante resaltar que desde la expedición de la Ley 90 de 1946 se le asignaron atribuciones al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales en cuanto a la organización de cajas de compensación para el reconocimiento de subsidios familiares, materia que no fue liderada por ese organismo.

En efecto, el artículo 9° de la Ley 90 de 1946 contemplaba dentro de las funciones del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales la siguiente:

"7. Organizar los seguros facultativos; los adicionales para el reconocimiento a los asegurados obligatorios y a los miembros de sus familias que dependan exclusivamente de ellos, de prestaciones más favorables que las determinadas en la presente ley, y 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 establecer por ley especial o en las convenciones colectivas de trabajo..." (resaltado fuera del texto).

Preciso es que nos detengamos un momento en las reflexiones de Mariano Ospina Pérez, durante cuyo Gobierno se expidió precisamente la Ley 90 y quien sostenía con respecto al tema que nos ocupa:

"Condición indispensable para realizar una democracia dinámica es dar solución práctica a los grandes problemas del trabajo. En nuestro país se enseña a las clases acomodadas a obtener el máximo rendimiento económico en las diversas profesiones [...] Pero a la gran masa de la población, la más necesitada, la que no resuelve sus problemas diarios por el simple sistema de aprender a leer y escribir, en una palabra, la más abandonada, no se le enseña a obtener de su trabajo aquel rendimiento necesario e indispensable para llevar una vida económica de acuerdo con su dignidad personal y la de sus familias [...]"

"Nuestro país tiene que apresurarse a resolver con prontitud esta situación hasta llegar al ideal del salario familiar que permita a la familia obrera atender, sin las exasperaciones injustas del momento actual, a sus necesidades primordiales..."⁽¹⁰⁾.

La idea del salario familiar comenzó a hacer carrera en la década de los cuarenta, con respaldo de la Iglesia, tanto que el presidente de la Asociación Nacional de Industriales (Andi), Juan Guillermo Restrepo Jaramillo, la promovió a partir del programa radial La Hora Católica.

Y para superar las dificultades que la implementación de dicha propuesta generaba, se sugirió la posibilidad de establecer subsidios variables para los trabajadores, en armonía con el número de personas que estuvieran a su cargo.

(10) Texto tomado de *Antología del pensamiento conservador en Colombia*, p. 561.

Prevalcieron entonces los esfuerzos privados y, a partir de 1949, los trabajadores de la Sociedad del Ferrocarril de Antioquia pactaron con la empresa la institucionalización de un pago en dinero por concepto de subsidio familiar, en razón de los hijos a cargo de los trabajadores, efectivo en 1951, como iniciativa particular e interna.

La Andi mantiene el tema dentro de su agenda de trabajo y así las cosas su Seccional Antioquia inició el proceso de formación de cajas de compensación familiar: estableció en 1954 la primera caja del país, antes de que hubiera regulación legal en la materia. Se trataba de la Caja de Compensación Familiar de Antioquia (Comfama), la más antigua existente en Colombia, también denominada Caja de Compensación Familiar de la Andi.

MINISTERIO DE JUSTICIA - DEPARTAMENTO JURIDICO -
RESOLUCION NUMERD 4706 DE 1 954
(13 NOVIEMBRE 1954)

por la cual se reconoce una personería jurídica.
EL MINISTERIO DE JUSTICIA,
en uso de la facultad que le confiere el artículo 1o. del Decreto 105 de 1.947 y

CONSIDERANDO:

Que el Director Administrativo de la entidad denominada "CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA", con domicilio en la ciudad de Medellín, solicita de este Ministerio - por conducto de la Gobernación de Antioquia- se reconozca personería jurídica a la mencionada corporación;

Que el peticionario acompaña a su demanda copias autenticadas del acta de constitución de la entidad, de los estatutos que la rigen -en uno de cuyos capítulos se hace el nombramiento de dignatarios- y un certificado expedido por la secretaría de la asociación en el que se expresa la última elección de Directores Administrativos de la misma;

Que la Gobernación de Antioquia en providencia del 11 de septiembre último, la que obra en autos, da concepto favorable al reconocimiento pedido; Que estudiada la documentación relacionada se llega a lo

Que estudiada la documentación relacionada se llega a la conclusión de que ni los fines ni la organización de la entidad quebrantan los preceptos de la moral ni del orden legal;

Que se han llenado las formalidades prescritas por el artículo 44 de la Constitución Nacional, Título XXXVI del Libro Primero del Código Civil y Decretos 1.326 de 1.922 y 1.510 de 1.944;

Que por las razones expuestas es el caso de habilitar a la prenombrada asociación como persona capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles concediéndole la personería solicitada, y

Que el artículo 1o. del Decreto 105 de 1.947 confirió a este Despacho la facultad de otorgar tales reconocimientos.

RESUELVE:

RECONOCER personería jurídica a la "CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA", con domicilio en la ciudad de Medellín.

El Director Administrativo de la entidad, doctor ALFONSO RESTREPO MDREÑO, que es el representante legal de la misma según los estatutos, queda inscrito en los libros que al efecto se llevan en este Ministerio y se reputará como tal mientras no se solicite y obtenga nueva inscripción.

Esta resolución se publicará en el Diario Oficial y regirá quince (15) días después de llenado este requisito (Art. 4o. del Decreto 1.326 de 1.922).

COPIESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Dada en Bogotá, a 13 NOV 1954
EL MINISTRO DE JUSTICIA.

LUIS CARO ESCALION
HERNANDO PADILLA RUEDA
ABOGADO GENERAL ENCARGADO SRIA. GENERAL.

En la ciudad de Medellín, Departamento de Antioquia, República de Colombia, a quince (15) de junio de mil novecientos sesenta y dos (1.962), ante mí.

NUMERO 1962
 PROTOCOLIZACION DEL RECONOCIMIENTO DE
 LA PERSONERIA JURIDICA DE LA CAJA DE COM-
 PENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA POR EL MI-
 NISTERIO DE JUSTICIA.

CONRADO GIRALDO ZULUAGA, Notario Pri-
 mero del Circuito de Medellín, y ante los testigos
 señores Diodoro Gallego Zapata y Elvira Jiménez
 Henao, mayores de edad, vecinos del mismo
 circuito, de buen crédito y en quienes no concurre
 ninguna causal de impedimento, compareció el
 señor Doctor ALFONSO RESTREPO MORENO,
 varón, mayor de edad, vecino de Medellín, cedu-
 lado con el número 3.303.954 expedida en Me-
 dellín a quien conozco de lo cual doy fe, y quien es Director Administrativo de la Caja de Compensación Familiar
 de Antioquia, y dijo: Que para que surta los efectos legales y en todo tiempo los interesados puedan solicitar y
 obtener las copias que a bien tengan y les sean indispensables, presenta para que sea protocolizada en esta
 Notaría, LA RESOLUCION NUMERO 4706 de 13 de noviembre de 1.954, del MINISTERIO DE JUSTICIA.-
 DEPARTAMENTO JURIDICO, por medio de la cual se reconoce personería jurídica a la "CAJA DE
 COMPENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA", constante de una hoja úbil extendido en papel sellado.En
 atención a la anterior solicitud, protocolizó el mencionado documento, el cual quedará en el lugar y fecha
 correspondiente.

Se pagó el derecho fiscal correspondiente según la boleta que se agrega al protocolo.- El otorgante presentó
 certificado de paz y salvo de hacienda nacional serie 92 número 8342 expedido en Medellín el 15 de junio y
 válido hasta el 5 de septiembre de 1.962.

En la clausura de la XI Asamblea General de la Andi en 1954, José Gutiérrez Gómez, su presidente, daba cuenta de la creación del subsidio al que concebía "como un extraordinario avance en el campo de la justicia social por su vasto alcance en la protección de la familia, célula primordial de la sociedad y luz de esperanza en el porvenir".

Los trabajadores a través de sus organizaciones sindicales, en particular de la UTC, ejercieron presión para el reconocimiento de subsidios familiares generales por hijos; inicialmente se planteaba una contribución tripartita para financiar la asignación que involucraba al empleador, al trabajador y al Gobierno, en un porcentaje total no superior al 1% del salario.

Gustavo Rojas Pinilla impulsó a través del Decreto 180 de 1956, sin hacerlo obligatorio, el subsidio familiar, pero solamente hasta la Junta Militar de Gobierno que siguió al período de aquel y antecedió la instauración del Frente Nacional en Colombia, se dictó en 1957 el Decreto 118 mediante el cual se reconoció la obligatoriedad del subsidio familiar y se facultó a los empleadores para constituir cajas de compensación familiar; quienes no lo hicieran deberían asumir un incremento en los salarios de sus trabajadores del 10% respecto de los pagados con anterioridad, medida que dejaba ver en forma clara el fin redistributivo perseguido con la implementación de la prestación.

DECRETO NUMERO 0180 DE 1956

(FEBRERO 10.)

por el cual se estimula la implantación en el país del subsidio familiar.

El Presidente de la República de Colombia,

En uso de sus facultades legales, y en especial de las que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

CONSIDERANDO:

Que por Decreto número 3518 de 9 de noviembre de 1949, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;

Que la doctrina social católica que inspira al actual Gobierno, propugna el establecimiento de los subsidios familiares como la mejor manera de hacer posible el salario familiar;

Que algunos empresarios del país han establecido el subsidio familiar en forma voluntaria por medio de Cajas de Compensación;

Que diversos patronos y entidades desean establecer el subsidio familiar para sus trabajadores en forma directa, sin necesidad de fundar Cajas de Compensación o de afiliarse a las existentes, pero encuentran diversos tropiezos legales al efecto;

Que al Gobierno debe estimular por cuantos medios estén a su alcance la implantación en el país del subsidio familiar;

DECRETA:

Artículo primero. El subsidio familiar, establecido o que establezcan las entidades, empresas o patronos del país, bien oficiales o particulares, no es salario ni se computará como factor del salario en ningún caso.

Artículo segundo. Las Cajas de Subsidio Familiar, oficiales y privadas, estarán exentas del impuesto de timbre nacional sobre cheques destinados al pago de los subsidios familiares.

Artículo tercero. El subsidio familiar es inembargable, salvo en juicio de alimentos, insufragado por aquellos a quienes se deban por la ley. Tampoco podrá compensarse, deducirse ni retrotraerse en ningún caso.

Artículo cuarto. Este Decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende todas las disposiciones legales que le sean contrarias.

Comuníquese y publíquese. Dado en Bogotá, D.E., a 10. de febrero de 1956

General Jefe Supremo **GUSTAVO RONAS PINILLA**,
Presidente de Colombia

El Ministro de Gobierno,
El Ministro de Relaciones Exteriores,
El Ministro de Justicia,
El Ministro de Hacienda y Crédito Público,
El Ministro de Guerra,

Lucio Pabón Nájera.
Evaristo Sandoz.
Luis Caro Escallón.
Carlos Villaveces.
Brigadier General Gabriel París.

Simultáneamente se creó el Servicio Nacional de Aprendizaje, según la experiencia del Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) en Brasil.

Inicialmente la obligación de atender el subsidio familiar cubría a todos los patronos y establecimientos descentralizados con capital de \$100.000 o superior o que ocuparan un número de trabajadores permanentes no inferior a 20.

Fue muy breve entonces el término de gestación voluntaria de la institución, pues desde 1957 se cuenta en Colombia con instrumentos jurídicos regulatorios de la asignación de subsidio familiar.

Inicia pues una segunda fase de dicha institucionalidad, caracterizada por la progresiva extensión del beneficio, la distribución de recursos en razón de los aportes al Sena y la consolidación de las cajas de compensación familiar.

En 1957 el aporte patronal ascendía al 5% del valor de la nómina mensual y se distribuía en 4% para la caja y en 1% para el Sena; en 1963 se incrementa la contribución patronal al 6%, lo que aumenta un punto la participación del Sena.

Las principales normas de esta etapa son el Decreto 118 de 1957, el Decreto 1521 de 1957, el Decreto 249 de 1957, el Decreto 174 de 1958, el Decreto 875 de 1961, la Ley 58 de 1963, el Decreto 2937 de 1964, la Ley 69 de 1966 y la Ley 56 de 1973.

El Decreto 118 de 1957 constituye el antecedente normativo directo del que proviene la estructuración del sistema de subsidio familiar en Colombia y la creación de las cajas de compensación familiar con estímulo estatal. Su expedición se da por la Junta Militar de Gobierno establecida con posterioridad a la renuncia a la Presidencia de la República del general Gustavo Rojas Pinilla y como mecanismo de transición hacia la recuperación republicana y constitucional en el país que lo conducirá, por el acuerdo entre las élites de los partidos políticos, al Frente Nacional.

Entre los propósitos que dicha junta se había establecido dentro de su plan de gobierno se citan:

“La política de acción social será encomendada para su dirección y orientación a una junta compuesta por tres miembros que representen al gobierno, a la iglesia y a las entidades de beneficencia.

“Será defendida la paz social y conservada la necesaria armonía entre el capital y el trabajo...”⁽¹¹⁾.

La responsabilidad en la cartera de trabajo fue asumida por Raimundo Emiliiana Román, quien jugará un papel fundamental en el desarrollo del sistema de compensación familiar en el país.

El Decreto 118 de 1957 se adoptó el 21 de junio⁽¹²⁾, en uso de las facultades extraordinarias del estado de sitio (artículo 121 de la Constitución de 1886) a par-

(11) Plazas Vega, Mauricio, *El Frente Nacional*, Bogotá, Editorial Temis, 2011, p. 134.

(12) Diario Oficial 29.441 de julio de 1957.

tir del Decreto 3518 de 1949, por el cual se declaró turbado el orden público en todo el territorio de la nación.

Para tener una idea más exacta de la causa y la proyección de dicho decreto conviene transcribir algunos de los considerandos en que se fundamentó:

“Que han sobrevenido graves alteraciones de la normalidad económica;

“Que se ha producido un considerable aumento en el costo de la vida que impone un reajuste general de salarios;

“Que es deber del Gobierno atender las necesidades de las clases menos favorecidas económicamente y fomentar su mejoramiento;

“Que la doctrina social católica recomienda el establecimiento del subsidio familiar como medio de fortalecimiento de la familia...”.

Para mediados del siglo XX el país vivía una situación de violencia y desestabilización social de enormes alcances.

En ese contexto deben reconocerse los avances que se dieron en materia de política social y ajuste a las instituciones laborales, que desde 1936 habían avanzado a través de la reforma constitucional de ese año y, posteriormente, ya para 1945 con el impulso a la creación del sistema del seguro social, con el antecedente inmediato del golpe de Pasto provocado en contra del Presidente de la República, cuya superación demandaría colocar en primera línea la consideración y el otorgamiento de derechos a la clase trabajadora.

Le corresponderá a la Junta Militar de Gobierno adoptar entonces una de las medidas más progresistas en materia de política social, en cuanto al establecimiento del subsidio familiar con carácter general y obligatorio, ejecutado a través de un sistema especializado operado por las cajas de compensación familiar.

La influencia de la doctrina social de la Iglesia católica es evidente además de explícita, lo mismo que el carácter redistributivo de la institución en bien de los trabajadores de menores ingresos. Conviene a este respecto reiterar que si bien el subsidio familiar no ha tenido ni tiene carácter de salario, se estableció precisamente para posibilitar la asignación de recursos a quienes ganaban menos para enfrentar el costo de vida sin necesidad de incrementar en forma general los salarios.

El artículo 15 del mencionado decreto precisamente establecía que los patronos obligados al subsidio familiar que a 1º de diciembre de 1957 no demostra-

ran ante el Ministerio de Trabajo el cumplimiento de su obligación "estarán obligados a aumentar desde esta fecha los salarios de sus trabajadores en un diez por ciento (10%), sin perjuicio de aportar en uno por ciento (1%) de su nómina mensual de salarios para el Servicio Nacional de Aprendizaje, y de las sanciones locales pertinentes".

El mensaje de obligatoriedad era claro. Si no se pagaba el subsidio familiar por conducto de las cajas de compensación familiar o en forma directa en el caso de los patronos que venían reconociéndolo así, los empleadores tenían que asumir un incremento considerable en el salario de sus trabajadores (entiéndase todos); esto es, el subsidio familiar se creó como medida de política pública para la redistribución y la colocación de recursos por la vía de la remuneración de servicios laborales a fin de enfrentar el costo de vida y en sustitución al alza de salarios.

Repasar esta característica histórica conviene en tiempos presentes pues con la misma lógica una institucionalidad como esta puede servir de mecanismo contracíclico para enfrentar situaciones que requieran de colocación de circulante en la economía a favor de quienes menos ingreso poseen o por circunstancias excepcionales tales como la ocurrencia de fenómenos naturales adversos.

Entre las principales regulaciones del Decreto 118 de 1957, se citan las siguientes:

—Eran obligados al pago del subsidio los patronos y establecimientos públicos descentralizados con capital de cien mil pesos (\$100.000) o superior o que ocuparan por lo menos veinte (20) trabajadores permanentes.

—Creó el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena).

—Fijó como fuente de financiación de dichas instituciones un aporte a cargo del empleador consistente en el 4% y el 1% sobre su nómina mensual de salarios, porcentaje que en lo que respecta al subsidio familiar no ha sido objeto de modificación.

—Tenían derecho a subsidio familiar los trabajadores de uno u otro sexo, de carácter permanente, que laboran la jornada máxima legal y que tengan a su cargo hijos legítimos o naturales reconocidos, que dependan económicamente de ellos y sean menores de 18 años o estén incapacitados para trabajar por invalidez.

—Antes del 1° de octubre de 1957, los patronos obligados al subsidio familiar procederán a constituir cajas de compensación familiar o afiliarse a las ya existentes, con lo que se retomó y dio reconocimiento jurídico a la creación voluntaria del sistema.

—Los patronos de empresas mineras, agrícolas y ganaderas, lo mismo que aquellos con más de 1000 trabajadores, podrían asumir directamente el pago del subsidio familiar.

—Los gastos de administración a favor de las cajas de compensación familiar se establecieron en el 3% del recaudo mensual.

—El subsidio familiar no se considera salario ni se computa como factor del mismo.

—Las cajas de compensación familiar no tendrán otro fin que ser instituciones de simple repartición, por lo que se les prohíbe ejercer el comercio y toda actividad distinta a la del pago del subsidio. El sistema nace pues a través de la operación de las cajas como entidades de recaudo y giro de recursos, exentas de todo impuesto.

—Se estableció la posibilidad de exonerar la aplicación de la norma en circunstancias extraordinarias. En efecto y como antecedente de interés respecto de las variadas exoneraciones que en la actualidad se plantean para el sistema, el artículo 21 del Decreto 118 de 1957 disponía:

“El Ministro de Trabajo podrá exonerar, en todo o en parte, del cumplimiento del presente decreto, a los patronos que comprueben que su aplicación pone en grave peligro su estabilidad económica. Tales exoneraciones se concederán para períodos no mayores de un año, a juicio del Ministerio, y serán revisables en cualquier momento, de oficio o a petición de parte”.

Como se aprecia no es nueva la inquietud sobre el impacto que pudiera tener este aporte sobre la nómina en relación con el desempeño económico de las empresas, no obstante desde entonces se validaba la importancia de los fines perseguidos por la institución y se establecía un régimen controlado de excepción.

La misma Junta Militar de Gobierno reglamentó el aludido decreto a través del Decreto 1521 de 1957, señalando que el objeto del subsidio es la defensa integral de la familia, “desde el punto de vista del cumplimiento de los deberes de sus miembros, de su preparación para la vida y de su protección económica”. Así mismo reguló los requisitos para el establecimiento de cajas de compensación familiar y fijó como condición para acceder al subsidio que la remuneración del trabajador no excediera de \$1.500 mes en ciudades de más de 100.000 habitantes o de \$1.000 en el resto del país (diferencia interesante en cuanto consideraba las diferencias económicas entre las diversas regiones del país).

Más adelante el Decreto 249 de 1957 desarrolló normativamente la materia y modificó el límite de gastos de administración de las cajas fijándolo en el 5% del recaudo.

El artículo 2° del Decreto 3151 de 1962 dispuso la obligación para las cajas de afiliarse a todo empleador que lo solicite, no obstante “cuando las cajas estén organizadas con carácter gremial, esta obligación se extiende solamente a la aceptación de los empleadores de la respectiva actividad”.

Por su parte dicha norma dio los primeros pasos en cuanto a abrir el campo de acción de las cajas para que, de ser corporaciones de reparto, se convirtieran en proveedoras de servicios.

En efecto, a través de su artículo 19 señaló:

Las Cajas de Compensación Familiar podrán invertir en obras de beneficio social, que tiendan a favorecer el núcleo familiar las sumas no empleadas del porcentaje de gastos de administración autorizado.

Y por su artículo 21 se regulaba frente a las cajas que mensualmente pagaran subsidio a más de 3.000 trabajadores que deberían contar por lo menos con “una Asistente Social, encargada de vigilar que el subsidio familiar cumpla las finalidades para las cuales fue instituido”.

La Ley 58 de 1963 constituye por su parte un referente importante en la vía de la universalización del sistema.

En efecto, dispuso la extensión del derecho al subsidio familiar a partir del 1° de enero de 1965 a favor de los empleados civiles y los simples trabajadores oficiales dependientes de la Nación, los departamentos, los municipios, el Distrito Especial de Bogotá, y las intendencias y comisarías. Con ello se cobijó por el sistema al sector público. En principio el reconocimiento de este derecho se dio por medio de resoluciones de los ministerios o departamentos administrativos en el caso de la Nación, y se pagó en forma directa por las entidades públicas (ver Decreto 717 de 1968).

Al mismo tiempo se amplió la base de empleadores obligados al señalar que cabrían en dicha categoría aquellos con capital de \$50.000 o superior o que ocuparan a 10 o más trabajadores permanentes.

A partir de 1964 se facultó a las cajas para que, a más de la distribución de las sumas por concepto de subsidio familiar, puedan en forma conjunta o individual organizar e invertir en obras o servicios que procuren beneficiar al núcleo familiar de los trabajadores vinculados a las empresas afiliadas.

Este ajuste se dio por medio del Decreto 2937 de 1964, norma que estableció la obligación para las cajas de someter a aprobación previa del Ministerio de Trabajo los planes y presupuestos de las obras o servicios sociales que pretendiesen ejecutar.

Más adelante, en 1966⁽¹³⁾, se estableció el principio de la afiliación regional para los empleadores, dependiendo de la ciudad o localidad en la cual se causen los salarios.

Mediante la Ley 56 de 1973 se reafirmó el principio según el cual el subsidio familiar es una prestación social del trabajador, pagadera en dinero, especie o servicios, cuyo objetivo es favorecer la integración y el fortalecimiento económico, moral y cultural de la familia como núcleo básico de la sociedad. Esta norma estableció además la presencia inicialmente de dos representantes de los trabajadores en los consejos directivos de las cajas (artículo 17).

La aludida ley fijó el techo salarial para obtención del subsidio en 6 veces el valor del mayor salario mínimo legal que rija en el lugar en donde se realice el pago. Se fijó así mismo un período de carencia para la prestación de 60 días de servicio continuo para el mismo empleador. A su turno amplió el grupo de beneficiarios del trabajador para cubrir a los hermanos huérfanos de padres convivientes.

Visionariamente la misma Ley 56 de 1973 dispuso la habilitación para las cajas en cuanto a desarrollar planes de construcción y financiación de vivienda individual o multifamiliar, señalando así mismo que podrían constituir asociaciones de ahorro y préstamos para vivienda y cooperativas de vivienda con aportes voluntarios de los trabajadores afiliados, sujetándose al control de la Superintendencia de Cooperativas.

Cabe mencionar que la competencia de inspección y control sobre las cajas estuvo asignada al Ministerio del Trabajo (Decreto 658 de 1974) y, temporalmente, a la Superintendencia Nacional de Cooperativas (Ley 56 de 1973), hasta que se creó un organismo especializado al efecto.

En cuanto a los servicios sociales, conviene reseñar dentro de los antecedentes relevantes la expedición del Decreto 433 de 1971, por el cual se reorganizó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

En él se definió la seguridad social como un servicio público orientado y dirigido por el Estado; el seguro social obligatorio habría de cubrir los siguientes riesgos (artículo 6º del Decreto 433 de 1971):

- a) Enfermedad no profesional y maternidad;

(13) Ley 69 de 1966: Art. 1º—*Los empleadores que por ley están obligados a pagar subsidio familiar a sus trabajadores deberán hacerlo por conducto de una caja de compensación familiar que funcione en la ciudad o localidad donde se causen los salarios, o en la caja más próxima, dentro de los límites de los respectivos departamentos, cualquiera que sea el número de sus trabajadores...* (desarrollado por el artículo 3º del Decreto 245 de 1967).

- b) Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales;
- c) Invalidez, vejez y muerte;
- d) Asignaciones familiares.

Nuevamente, y en la línea de la Ley 90 de 1946, se incluyó al ámbito del subsidio familiar dentro de las coberturas del seguro social.

Específicamente en el campo de los servicios sociales, el artículo 7º del aludido decreto disponía lo siguiente:

Los reglamentos del Instituto determinarán las prestaciones, servicios sociales o medidas de seguridad social para cada uno de los sectores de la población sujetos al Seguro Social Obligatorio, de que trata el artículo 49 del presente decreto.

Las prestaciones, servicios sociales o medidas de seguridad social que se adopten, lo concederá u otorgará el Instituto en forma gradual y escalonada en lo que se refiere a las zonas o regiones geográficas, a los sectores de la población económicamente activa, a las edades de los derechohabientes y en atención a la capacidad de los servicios, a las posibilidades financieras, al grado de las necesidades y al mejor empleo de los elementos humanos, técnicos y materiales, así como en consideración a los programas de desarrollo de servicios de salud, económico y social.

Se reconocen dentro de la seguridad social a los servicios sociales y se dispone su asunción gradual y progresiva conforme las posibilidades y realidades sociales y financieras, bajo la orientación del Instituto.

A partir de 1981 se inauguró una nueva fase en la historia del subsidio familiar en Colombia.

La Ley 25 de ese año estableció la Superintendencia del Subsidio Familiar, como organismo híbrido con naturaleza jurídica propia y adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social⁽¹⁴⁾, al cual se le asignó la función de inspección, vigilancia y control sobre las cajas de compensación familiar.

También en 1981 se expidió el Decreto legislativo 2463 que contiene el régimen aún vigente de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los funcionarios, directores, administradores y revisores de las cajas y sus asociaciones.

(14) Sobre la naturaleza de la Superintendencia, ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, del 27 de mayo de 1982.

Luego del análisis pertinente en el seno del Consejo Superior del Subsidio Familiar y como resultado del proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional en 1979, se expidió la Ley 21 de 1982, "orgánica" del sistema de subsidio familiar y de cajas de compensación familiar.

Téngase en cuenta que en forma paradójica fueron expedidas primeramente en esta etapa refundacional del sistema las normas que regularon a su órgano de control y el régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades aplicable, lo que evidencia una circunstancia histórica relacionada con el interés que despertaba desde entonces la operación de sus operadoras, las que debían ser sometidas a inspección del Estado y a control en su gestión.

La década de los noventa abre una fase diferente en la evolución del sistema, no sólo por la expedición de la nueva Carta Política, cuyos principios y normas reafirman el carácter de la seguridad social y la obligación pública de proteger la familia como núcleo básico de la sociedad, sino porque a partir de entonces se amplía el ámbito de acción de las cajas, en nuevas temáticas y frente a nuevas poblaciones. Es la etapa de la incorporación de las cajas en el sistema de vivienda de interés social y de seguridad social en salud, al igual que el momento en que se determina su participación en el sistema de educación, a partir de las leyes 9 de 1989, 49 de 1990, 100 de 1993 y 115 de 1994, respectivamente; se reafirmará lo anterior por la Ley 633 de 2000.

La más reciente etapa del sistema se inaugura con la expedición el 27 de diciembre de 2002 de la Ley 789, la cual modificó, como se verá, aspectos del sistema sin alterar su esencia, pero abriéndolo claramente hacia ámbitos más amplios relacionados con la protección social.

Debe considerarse que el impacto de la nueva Constitución Nacional en el sistema de subsidio familiar es alto, en cuanto reformula a través de sus normas y principios la fundamentación del mismo, principalmente a partir de las siguientes consideraciones:

1. La consagración del trabajo como fundamento del Estado social de derecho (Preámbulo y artículo 1º de la C.N.)
2. La consagración de la solidaridad entre las personas que integran el Estado como fundamento del mismo. El principio de solidaridad es fundamental dentro de la estructura del sistema de subsidio familiar y, ahora, del sistema de protección social.
3. El reconocimiento del tríptico constitutivo del Estado: *persona-familia-sociedad*.
4. El reconocimiento del tríptico económico en que se funda el Estado: *propiedad-trabajo-libre empresa*.

5. La consagración de la familia como institución básica de la sociedad (art. 5° C.N.), frente a la cual el Estado se encuentra obligado a prestarle amparo (art. 42 C.N.).

6. El reconocimiento del derecho a la seguridad social, como servicio público de carácter obligatorio (art. 48 C.N.).

7. El reconocimiento de los principios mínimos fundamentales del derecho laboral (art. 53 C.N.). Dentro de ellos se reconoce la remuneración mínima vital y móvil, la garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

8. El reconocimiento del derecho a vivienda digna (art. 51 C.N.).

9. El reconocimiento del derecho a la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre (art. 52 C.N.).

10. La tutela de derechos sociales por conexidad con derechos fundamentales y la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional como doctrina que evidencia los principios del derecho aplicables en Colombia (arts. 86 y 241 C.N.).

11. Reconocimiento del bloque de constitucionalidad y carácter no taxativo de los derechos reconocidos por la Constitución Política (arts. 93 y 94 C.N.).

12. Reconocimiento del deber de solidaridad social a cargo de las personas (art. 95 C.N.).

13. Reconocimiento de la autonomía de las organizaciones no gubernamentales (art. 103 C.N.).

Este haz de instituciones constitucionales sustenta plenamente el sistema de subsidio familiar y de cajas de compensación familiar en Colombia, por cuanto su naturaleza como prestación social de los trabajadores realiza el fin estatal de protección de la familia y ejecuta el presupuesto mínimo en cuanto a condiciones del salario vital para el trabajador.

A través del subsidio familiar, se concreta el derecho a la seguridad social y tanto su establecimiento como su forma de operación, a través de las cajas de compensación familiar, permiten ejecutar las funciones públicas relativas al servicio público correspondiente y cuanto hace con el derecho a vivienda digna, recreación, deporte, cultura y aprovechamiento del tiempo libre.

Las cajas de compensación familiar, por su parte, se amparan en su condición de organizaciones no gubernamentales de carácter privado, como ejecutoras del servicio público de seguridad social por mandato de la ley y en armonía con los preceptos constitucionales.

Es decir, independientemente del modelo que se adopte y siempre y cuando este respete los principios constitucionales atrás referidos, la operación del sistema de subsidio familiar se constituye en un mandato constitucional, en una función de interés general que debe ejecutarse.

2. TENDENCIAS EN LA EVOLUCIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN COLOMBIA

La evolución histórica comentada en cuanto hace con el subsidio familiar en Colombia y las corporaciones que lo operan deja ver al menos seis etapas, a saber:

2.1. Sistema voluntario

Se trata del origen de la institución laboral, emanada prioritariamente de la voluntad empresarial y luego impulsada y reclamada por el sector de los trabajadores organizados. Coincide con la década de los años cincuenta y en ella se resalta el carácter prestacional de la figura; en los albores, no se olvide, el reconocimiento de la prestación no era universal ni obligatorio, además de no ser regulado por el Estado.

2.2. Sistema de reparto institucionalizado

Una segunda fase de la evolución del subsidio familiar en Colombia se caracteriza por el surgimiento institucional, a partir de decisiones normativas del Estado, de las cajas de compensación familiar como entidades administradoras encargadas de pagar la prestación social a nombre de los empleadores –no todos ellos–, bajo un esquema de reparto.

La prestación se cubría exclusivamente en dinerario y se atendía gracias al aporte empresarial, bajo un esquema de compensación entre empresas y trabajadores de distintos niveles salariales, por cada caja y no bajo la modalidad de bolsa común, condición que hasta hoy se mantiene.

Lo fundamental entonces era el reconocimiento de una suma de dinero por las personas a cargo de los trabajadores de menores ingresos; inicialmente sólo se generaba por los hijos, sin que procediera el cubrimiento a través de servicios sociales. Es decir, las cajas eran **ventanillas** recaudadoras y pagadoras, bajo cuya administración se amparaba por la compensación, el reparto de las sumas monetarias con destino exclusivo a los trabajadores de menores ingresos y sus familias.

El sistema comienza a ser regulado y a partir de entonces –finales de la década de los cincuenta– será esta una de sus principales características.

2.3. Capitalización de las cajas y surgimiento de los servicios sociales

Los años sesenta y setenta se caracterizan por la tendencia en virtud de la cual la atención del subsidio familiar no solamente se reconocía a través de un sistema de compensación y reparto de dinero o cuotas, sino que procedía a través de acceso a programas y obras sociales desarrollados por las cajas de compensación familiar.

Reduce su importancia entonces la cuota de subsidio en dinero, además con la argumentación según la cual su destino a veces se confundía en la atención de necesidades no prioritarias, bajo la libre voluntad del trabajador, y no terminaba aplicada a la atención de la familia.

Las cuotas de subsidio en dinero tienden a estancarse en su crecimiento y, al sobrar recursos del reparto, las cajas inician un fuerte proceso de capitalización y solidez financiera que les permite incursionar con éxito notable en la generación de infraestructura, programas y servicios.

Es el tránsito entonces hacia los centros educativos, los supermercados y los centros vacacionales, abiertos progresivamente a toda la comunidad y ya no en forma exclusiva a los beneficiarios.

Se replantea entonces de fondo la institución, la cual, sin perder su carácter laboral, ahora se complementa con la prestación de servicios a los trabajadores y sus familias.

A partir de entonces sin embargo se abre un gran debate sobre el papel de las cuotas dinerarias de subsidio y la intromisión de las cajas en sectores reservados a la iniciativa privada y comercial, como lo resalta en su análisis Alberto Donadío hacia 1985⁽¹⁵⁾.

2.4. El marco legal y el reparto obligatorio

Factores como la distorsión en el reconocimiento de cuotas monetarias más altas con respecto a la inversión de las cajas en programas y obras y la atención sobre la necesidad de modernizar el esquema de control a las mismas hacen surgir, luego de un debate parlamentario que inicia en 1979, la Ley 21 de 1982, un nuevo marco integral del subsidio familiar. Igualmente se dicta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable al sistema y se crea la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Esta siguiente fase entonces es propia de los años ochenta y se caracteriza por el establecimiento de un nuevo orden regulatorio.

(15) Donadío, Alberto, *El espejismo del subsidio familiar*, Bogotá, El Áncora Editores, 1985.

Fundamentalmente la ley introduce el concepto relacionado con el nivel obligatorio que deben cumplir las cajas en cuanto al reparto de subsidios en dinero, equivalente al 55% de los aportes realizados por los empleadores. Se aplica entonces el concepto de destinaciones obligatorias, inicialmente orientadas hacia el interior del sistema a cubrir un nivel mínimo de subsidios en dinero, atender la reserva legal de las cajas, contribuir al funcionamiento del órgano administrativo de control y satisfacer los gastos de administración de las corporaciones, con un nivel máximo de rango legal.

Ello se explicó como una respuesta a la preocupación de ver alejarse las cajas de su función fundamental, en cuanto al cubrimiento de la prestación social del subsidio familiar para los trabajadores con mayores cargas familiares y menores ingresos.

2.5. La solidaridad y la extensión en la cobertura de las cajas

Los cambios sociales, políticos y económicos de tanta trascendencia en el rumbo de la historia colombiana acaecidos con el tránsito hacia la década de los años noventa del pasado siglo no estuvieron ajenos en la evolución del sistema de subsidio familiar.

Por aplicación del principio de solidaridad y a través de mandato legal, las cajas entraron a destinar porcentajes de los recursos percibidos por concepto de aportes de los empleadores hacia finalidades orientadas al fortalecimiento de la red de servicios sociales a cargo del Estado en materia de vivienda de interés social (Ley 9 de 1989 y Ley 49 de 1990), salud (Ley 10 de 1990 y Ley 100 de 1993), educación (Ley 115 de 1994) y atención a la niñez (Ley 633 de 2000).

Se trata de una década que reorientó al sistema de cajas de compensación familiar al hacerlas partícipes de la construcción del tejido del bienestar social en el país, aplicando recursos originados en los empleadores con destino al cubrimiento de una prestación social.

La atención en servicios de las cajas se destinó entonces, a más de los trabajadores afiliados y sus familias, a nuevos y crecientes frentes de intervención, cubriendo población no afiliada. El subsidio monetario se siguió aplicando con afectación a una de las partidas obligatorias de ley: el 55% sobre los aportes, pero cada vez dentro de un ámbito de mayor complejidad para la operación de las administradoras.

2.6. El sistema de protección social

Ya el nuevo milenio inauguró una etapa en el sistema de subsidio familiar, cuando por prescripción de la Ley 789 de 2002 y teniendo por antecedente los altos índices de desempleo e informalidad experimentados por la economía en

Colombia, se le incorpora al sistema de protección social, asignándosele a las cajas de compensación familiar la tarea de ser promotoras y ejecutoras de las nuevas prestaciones con destino a una porción de los desempleados, que asumen el carácter de beneficiarios.

Se crea una nueva destinación obligatoria de recursos y se le asignan a las cajas más funciones, reduciéndose el nivel aceptable por ley para gastos de administración.

El esquema de cuota monetaria por su parte experimentó un importante ajuste normativo, luego del debate sobre su vigencia actual y la conveniencia de aplicar una cuota única en todo el país.

Tal reforma se orientó por lograr condiciones homogéneas en las cuotas ofrecidas por las cajas y por equiparar el nivel de crecimiento mismo de las corporaciones, reduciendo las diferencias entre ellas, con el argumento según el cual el nivel de cuota monetaria no es el factor fundamental dentro del sistema, sino que debe verse en forma nivelada con los servicios y programas ofrecidos (algo similar al debate de los años setenta).

Surgió entonces un esquema de cuota monetaria departamental controlada, con la asunción progresiva de mayores tareas por parte de las cajas, sin nuevos o adicionales recursos para su operación.

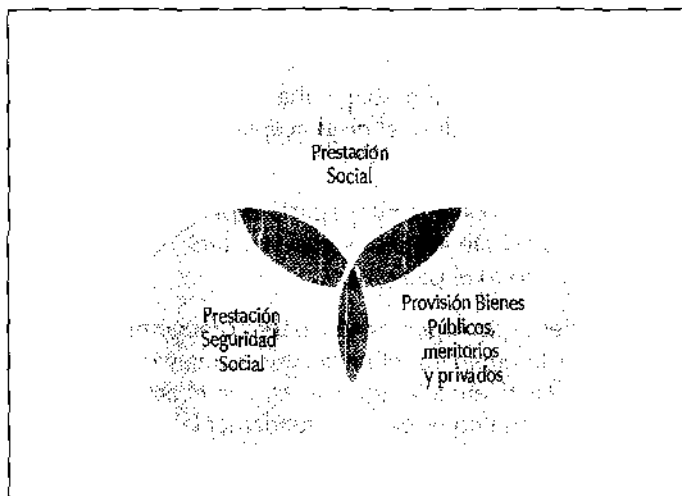
Las más recientes reformas se incluyeron en la Ley 920 de 2004 (que autorizó a las cajas a desarrollar actividades de intermediación financiera y por primera vez desligó su funcionamiento de los aportes), la Ley 1438 de 2011 –la reforma al sistema de salud– y el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.

2.7. El nuevo modelo

La continua asunción de tareas y responsabilidades por parte de las cajas de compensación familiar sin desconocer la prestación social que originó el sistema, la utilización de recursos provenientes de los empleadores para la financiación de cometidos públicos y la creciente gama de requerimientos en cuanto atañe a la ejecución de la política social del Estado, entre otros factores, reclaman repensar el sistema de subsidio familiar y, sin duda, harán consolidar un nuevo modelo de operación para este.

El sistema de compensación familiar en la actualidad atiende el suministro de bienes de diferente naturaleza; en efecto, cubre los que pueden considerarse como bienes privados (por ejemplo, servicios de recreación para particulares o de mercadeo), los típicamente bienes colectivos (prestaciones de seguridad social por asignaciones familiares y desempleo), pasando por aquellos de contenido meritorio según las externalidades que generan (subsidio familiar de vivienda de interés social, por ejemplo).

Gráfico 4



Basta pensar, para proyectar el futuro, un sistema de subsidio familiar que administre recursos de ahorro y se focalice en la colocación de crédito para sectores de menores ingresos, el cual simultáneamente, además de las múltiples tareas ya a su cargo, asuma nuevas responsabilidades en la administración y prestación de servicios de salud para población con derecho a subsidio y que además se enfrente, dentro de la perspectiva de la internacionalización económica, a las propuestas de reducción o reorientación de los aportes patronales.

Esta fase superior del sistema hará necesariamente pensar en las posibilidades de hacer eficiente lo social y generar con creatividad esquemas de sostenibilidad financiera, que permitan el cubrimiento de prestaciones y amparos a partir de los cuales se pueda edificar una política social eficaz, equitativa y dignificante. El papel de las cajas en ese escenario es determinante. No obstante también suscita discusiones en torno a la multifuncionalidad de aquellas y a la dispersión operativa que dificulta la generación y medición de impacto y la focalización en la intervención social.

3. SÍNTESIS SOBRE LA HISTORIA DEL RÉGIMEN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN COLOMBIA

A continuación presentamos algunos esbozos de las principales características y circunstancias acaecidas a lo largo de la historia del subsidio familiar en Colombia:

3.1. **Década de los cincuenta: compensación para alivio de las cargas familiares**

Origen de la institución laboral, emanada prioritariamente de la voluntad empresarial y luego impulsada y reclamada por los trabajadores organizados. El reconocimiento de la prestación no era universal ni obligatorio, además no era regulado por el Estado.

Surgimiento de reparto institucionalizado, a partir de instituciones normativas del Estado, que configuran a las cajas de compensación familiar como entidades administradoras encargadas de pagar la prestación social a nombre de los empleadores, no todos ellos, bajo un esquema de reparto.

Prestación cubierta sólo en dinerario y que se atendía gracias al aporte empresarial, bajo un esquema de compensación entre empleadores y trabajadores de distintos niveles salariales, por cada caja y no bajo la modalidad de bolsa común, como hasta hoy se mantiene. Las cajas eran ventanillas recaudadoras, cuya administración se amparaba por la compensación para el reparto de las sumas monetarias con destino exclusivo a los trabajadores de medianos y bajos ingresos y sus familias.

El sistema comienza a ser regulado.

3.2. **Década de los sesenta: prestación de servicios sociales**

La cuota de subsidio en dinero reduce su importancia, entre otras razones por la argumentación según la cual su destino a veces se confundía con la atención de necesidades no prioritarias, según la libre voluntad del trabajador, y no se aplicaba a la atención de la familia.

Las cuotas de subsidio en dinero, entonces, tendieron a estancarse en su crecimiento y, al sobrar recursos del reparto, el Gobierno permite a las cajas hacer inversiones de beneficio social, no exclusivas a los beneficiarios:

- a) Salud para la población infantil.
- b) Recreación social.
- c) Educación y capacitación.
- d) Mercadeo social (como instrumento regulador de precios en productos básicos de consumo familiar).

3.3. **Década de los setenta: ampliación de servicios**

Se amplían los servicios sociales:

- a) Salud y maternidad.

- b) Vivienda.
- c) Créditos.
- d) Guarderías: se crean los Centros de Atención Integral al Preescolar (CAIPS) en convenio con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

3.4. **Década de los ochenta: refundación moderna**

Subsidio familiar: prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo.

Se crea la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Nuevo orden regulatorio. La Ley 21 de 1982 introduce el concepto relacionado con el nivel obligatorio que deben cumplir las cajas en cuanto al reparto de subsidios en dinero, equivalente al 55% de los aportes realizados por los empleadores. Se aplica, entonces, el concepto de destinaciones obligatorias, inicialmente orientadas hacia el interior del sistema a cubrir un mínimo de subsidios en dinero, atender la reserva legal de las cajas, contribuir al funcionamiento del órgano administrativo de control y satisfacer los gastos de administración de las corporaciones, con un nivel máximo de rango legal.

Se reorganizan los programas, estableciendo las siguientes prioridades:

- a) Salud;
- b) Programas de nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros de la canasta familiar para ingresos bajos;
- c) Educación integral y continuada; capacitación y servicios de biblioteca, vivienda de interés social;
- d) Crédito de fomento para industrias familiares;
- e) Recreación social;
- f) Mercadeo de otros productos (diferentes a los de la década de los sesenta).

Se afilian al sistema pensionados sin los beneficios de subsidios, pero accediendo a los programas sociales.

3.5. **Década de los noventa: programas sociales del Estado con recursos del 4% por extensión de la solidaridad**

Década que reorientó al sistema de cajas de compensación familiar destinando, por mandato de ley, porcentajes de los recursos percibidos por concepto de aportes de los empleadores, con finalidades hacia el fortalecimiento de la red de

servicios sociales a cargo del Estado en materia de vivienda de interés social, salud, educación y atención a la niñez, destinadas más allá de los trabajadores afiliados y sus familias para cubrir también a población no afiliada.

A partir del principio de solidaridad, del mandato legal y de la Constitución Política de 1991, así como de la Ley 9 de 1989, la Ley 49 de 1990, la Ley 10 de 1990, la Ley 100 de 1993, la Ley 3 de 1991 y la Ley 115 de 1994, las cajas forman parte de las estrategias públicas para la atención de necesidades sociales:

Se amplía la cobertura en salud con el régimen subsidiado. Se subsidia la salud con un esquema de cofinanciación entre el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y el Presupuesto General de la Nación, en el que participa el SSF.

Se crea el sistema nacional de vivienda de interés social. Las cajas asumen programas para vivienda de interés social y otorgan subsidios familiares de vivienda para hogares de hasta 4 salarios mínimos.

Se crea el subsidio de escolaridad en dinero.

Las cajas pueden ser inversionistas en las empresas administradoras de fondos de pensiones.

Se les permite también participar en empresas tales como entidades promotoras de salud (EPS), instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), hoteles, agencias de viajes, marcas propias para comercializar con mercadeo etc.

Programas de salud ocupacional orientados a disminuir los accidentes y las enfermedades profesionales.

Canales y ejecutoras de la cooperación internacional.

Se crea, por la Ley 101 de 1993, la Caja de Compensación Familiar Campesina (Comcaja).

3.6. Año 2002: participación en el eje de la protección social

Con la Ley 789 de 2002 y la Ley de ahorro y crédito (Ley 920 de 2004), se reglamentan las siguientes áreas y las cajas de compensación familiar tienen la tarea de ser promotoras y ejecutoras de las nuevas prestaciones con destino a una porción de los desempleados, que asumen carácter de beneficiarios:

- a) Atención integral a la niñez.
- b) Jornada escolar complementaria.
- c) Protección al desempleado.
- d) Promoción al empleo.
- e) Actividad de intermediación financiera especial.

Se crea una nueva destinación obligatoria de los recursos y se le asigna a las cajas más funciones, reduciéndose el nivel aceptable por ley para gastos de administración. El esquema de cuota monetaria, experimentó un ajuste normativo y surgió entonces un esquema de cuota monetaria controlada.

3.7. Año 2011: las cajas como gestoras de los determinantes de la salud y administradoras de servicios de la protección social (reforma a la salud y Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014)

Se dispone, por la Ley 1438 de 2011, la aplicación de recursos por el 6,25% de los aportes percibidos por las cajas en programas de promoción y prevención en salud y/o unificación de planes de beneficios, conforme al reglamento que se adopte en forma concertada con las cajas de compensación familiar por el Gobierno Nacional.

Se ajusta la regulación del Fondo para el Fomento del Empleo y protección al Desempleo (Fonede) para reorientar recursos con destino a la financiación del aseguramiento en salud y disminuir las partidas destinadas a capacitación para la reinserción laboral y otros fines del subsidio como la aplicación en bonos alimenticios.

Se reafirma el carácter de prestación social del subsidio familiar y se dispone la articulación del sistema en el ámbito de la protección social en Colombia, además que se propende por el fortalecimiento del Fonede.

CAPÍTULO V

Modelos generales de operación de las asignaciones familiares

Conforme la evolución histórica y los desarrollos de los esquemas de asignaciones familiares en diferentes contextos sociales, pueden descubrirse al menos cuatro modelos generales de operación, los que pasamos a describir para luego enmarcar la operación del sistema en Colombia.

1. PATRONAL

Se trata de aquellos regímenes en los cuales se reconocen prestaciones por cargas familiares a cargo de los empleadores, quienes asumen la responsabilidad de pagarlas directamente a sus trabajadores, descontándolas de impuestos o asumiendo plenamente su importe.

En los albores de las prestaciones por asignaciones familiares tal fue el expediente usado en la generalidad de los casos. En efecto, no se olvide que el subsidio familiar surgió de manera voluntaria y que estuvo a cargo del patrono el reconocimiento de la prestación a sus trabajadores, en virtud de pactos o convenciones colectivas de trabajo.

Así aconteció en Francia pero igualmente en Argentina, donde el sistema inicial preveía el descuento tributario a favor del empleador que pagaba las prestaciones. En otros sistemas se reconocen prestaciones semejantes que deben ser pagadas por los empleadores, bien con carácter general o para ciertas actividades, como ocurre en el caso de Bolivia⁽¹⁾.

Lo que caracteriza este modelo en su operación es que corresponde al empleador directamente pagar las prestaciones, generalmente en metálico, aun

(1) Ver como ejemplo el Decreto Ley 16998 de 1979 sobre higiene, seguridad ocupacional y bienestar. A partir de su artículo 43 se establece la obligación para los empleadores de suministrar a sus trabajadores servicios de alimentación, alojamiento, comedores en las empresas, condiciones de vivienda, medios de recreación y guarderías infantiles. Para el suministro de dichos bienes se posibilita a las empresas la contratación en forma común de tales servicios.

cuando pueden reconocerse también en servicios, como ocurre en el caso del cubrimiento de beneficios de recreación, educación o vivienda por medio de pactos colectivos y que implican, por ende, que el patrono preste directamente o contrate con terceros la ejecución de los mismos. No es tan lejano el tiempo en que los empleadores, en grandes empresas o del sector público preferentemente, eran propietarios de centros vacacionales o guarderías, para suministrar especies del género de asignaciones familiares y servicios sociales a sus dependientes.

En países como Argentina, apréciase cómo la provisión de servicios sociales tales fueron asumidos por las organizaciones sindicales y de trabajadores. En la actualidad estos servicios caen en la órbita de instituciones como las cooperativas y los fondos de empleados, las que de alguna manera representan competencia o complementariedad respecto de las funciones cumplidas por instituciones como las cajas de compensación familiar.

Este modelo, al que denominamos patronal por la fuerte participación del empleador, presenta ventajas y desventajas.

Entre aquellas, ofrece un esquema directo de fidelización en la relación laboral, permitiendo que la vinculación de personal tome en cuenta criterios relacionados con el ofrecimiento de mejores condiciones por parte de ciertos empleadores, quienes, a más del estímulo en salario, pueden aplicar beneficios por la vía del subsidio familiar y los servicios sociales a sus trabajadores.

No obstante son muchas las desventajas de su implementación. Entre ellas, la que consideramos esencial en cuanto estimula una discriminación o selección adversa en la contratación laboral, pues en la medida en que el empleador debe pagar directamente la prestación, tenderá a vincular trabajadores que no tengan personas a cargo, a efecto de que no se generen los beneficios.

Es claro que este modelo de provisión del subsidio familiar entraña un régimen de compensación particular, esto es, por principio a cada empleador le corresponde arbitrar los recursos para el pago del subsidio y de los servicios —en caso de reconocerlos—, no obstante cuando se dé la intervención del Estado pueda descontarlos de impuestos o aplicar medidas similares.

Tal circunstancia genera una desviación en el modelo, pues implica que se trate preeminentemente de un modelo privatista de aseguramiento, de carácter previo al que posteriormente se empleará cuando la prestación sea asumida por las instituciones del seguro social.

Con todo se trata de un mecanismo que aún hoy puede ser empleado como complementario a los existentes y que obedece a la lógica propia de la contratación de personal por la cual, a partir del respeto por los límites y las garantías mínimas de orden laboral, es posible para las partes pactar coberturas adicionales que mejoren las condiciones de los trabajadores.

En el evento de regímenes especiales de asignaciones familiares, se tiende a la aplicación de este modelo, por cuanto en ellos las condiciones y el esquema de operación dependen del empleador o se trasladan al modelo de seguro especial aplicable para ellos.

2. DE SEGURO SOCIAL

Se caracteriza este modelo por el traslado de la responsabilidad en el reconocimiento de las asignaciones familiares al seguro social, el cual la asume contra las contribuciones que recauda para el pago de las prestaciones a su cargo.

Acaece con el surgimiento de los sistemas de seguro social y con la aparición de los institutos que asumieron las contingencias que hasta entonces correspondían a los empleadores.

A diferencia del modelo anterior, aplica un esquema de aseguramiento colectivo basado en un régimen de compensación común, en la medida en que, según los conceptos del reparto, las prestaciones se cubren contra el fondo público del seguro.

Se logran evitar así los efectos de la selección adversa en la contratación laboral a la vez que se institucionaliza la prestación y claramente se la identifica como componente del sistema de seguridad social.

Es el caso de lo ocurrido en buena parte de los países de América, con respecto a los cual se resalta lo acontecido en latitudes como México, Costa Rica y Brasil y las reformas de las últimas décadas en Uruguay y Argentina, países que se inauguraron con el modelo especializado de cajas de compensación familiar y que posteriormente pasaron a un sistema centralizado bajo la administración de la seguridad social.

Un aspecto favorable de esta opción institucional es la aplicación integral de las prestaciones del subsidio en relación con los demás subsistemas de la seguridad social. Ello es particularmente apreciable por ejemplo frente al tema de las prestaciones de salud, respecto de las cuales los servicios sociales y el subsidio familiar se observan como complementos de especial impacto en áreas de promoción y prevención bajo el conocido concepto de los determinantes sociales de la salud.

Empero la vigencia de este modelo presenta también dificultades, entre ellas la falta de independencia del subsistema de asignaciones familiares y la consideración marginal de sus alcances. En efecto, la prioridad que se reconoce a las prestaciones y a las formas de financiación relacionadas con el funcionamiento de los subsistemas de pensiones y de salud difícilmente deja campo para que las prestaciones de servicios sociales y subsidio se amplíen o sean consideradas en forma autónoma.

Se escuchan entonces voces críticas referidas al poco margen de gestión y/o de aplicación de recursos con destino directo a las asignaciones, subsidios y servicios sociales, pues las premuras de la financiación previsional y de asistencia sanitaria cierran opciones para aquel campo del aseguramiento social.

3. ESPECIALIZADO O DE CAJAS DE ASIGNACIONES FAMILIARES

Se trata del modelo implementado en Francia que se extendió por Europa y que llegó a América hacia los años cuarenta del siglo XX por conducto primeramente de los países australes: Uruguay, Argentina y Chile. El esquema canadiense conserva en buena medida esa influencia original.

En él la administración y el reconocimiento de las prestaciones monetarias y de servicios del subsidio familiar corresponden a entidades especializadas cuyo objeto social específicamente se concreta en ese propósito, sin que se confunda con la entidad de seguridad social.

Este modelo gana en autonomía operacional y de servicios, pues a la vez se justifica financieramente mediante la aplicación de aportes especialmente enfocados al cubrimiento de las prestaciones correspondientes y, a diferencia del régimen del seguro social, no está atado a las contribuciones de seguridad social ni a la apropiación de recursos por el ente central, sino que se desarrolla mediante recursos propios y a través de una institucionalidad independiente.

Surgen así las cajas de asignaciones o de compensación familiar cuyo objetivo se especializa en proveer beneficios económicos y servicios para sus afiliados; administran recursos directamente aportados por los responsables del subsidio o dineros de origen fiscal, pero su actividad se enfoca particularmente al objetivo reseñado, lo que genera un espacio propio y diferenciado para estas prestaciones, que, en sentido estricto, no entran a competir por recursos con los subsistemas de previsión o de salud.

Tal independencia no obstante presenta dificultades, entre ellas las relacionadas con la falta de integralidad que pueda existir en la cobertura de los servicios, en la medida en que las cajas de asignaciones ejecutan programas no necesariamente armónicos o integrados con los desplegados por el seguro social o por los operadores de salud.

Aplicar de otro lado aportes específicos para la financiación del subsidio familiar genera controversias sobre la eficiencia y conveniencia de incrementar la carga patronal tributaria, en especial por cuanto se entiende aquella como generadora o condicionante de mayores tasas de desempleo y de informalidad laboral. No se discute la pertinencia de los programas sociales desarrollados por los subsistemas de asignaciones familiares, pero sí sobre los efectos económicos ge-

nerados porque los mismos se financien no por impuestos generales sino a través de contribuciones especiales.

Bajo este modelo se consolidan de otro lado institucionalidades fuertes, mixtas o privadas, encargadas de la operación de los servicios del subsidio familiar, a la vez que se descarga al empleador y al Estado de la provisión de dichos beneficios.

Así mismo, como se abren las posibilidades de reconocer prestaciones en servicios, las cajas u operadoras incursionan en frentes diversos que contribuyen al mejoramiento de la calidad de vida de los beneficiarios. Se posibilita de esta manera el acceso a derechos sociales tales como la recreación, el deporte y la cultura.

Como crítica a estas posibilidades se cita la dispersión en que pueden incurrir los sistemas, en tanto asumen diversos frentes de acción pero no focalizan su intervención, a lo cual se responde que la integralidad es el eje rector de los aludidos servicios sociales a cargo de las operadoras.

Sin duda, el modelo de especialización ha representado un avance importante dentro de la consolidación de los sistemas de asignaciones familiares y ha contribuido al mejoramiento de la calidad de vida de los afiliados, enfrentándose no obstante a un reto principal, la universalización de sus coberturas a poblaciones no formales e independientes, pues por su razón histórica aquellos sistemas han estado ligados predominantemente al sector laboral dependiente formal.

4. UNIVERSALISTA

Podemos afirmar el surgimiento de un modelo reciente de asignaciones familiares caracterizado por la extensión de las coberturas con una visión universal, esto es, mediante el reconocimiento de subsidios y/o servicios no solamente a quienes ostentan una relación laboral dependiente y formal sino a desempleados, independientes e informales, como también a la población de sectores vulnerables de la sociedad.

Cabe mencionar que los sistemas clásicos que aplican un modelo especializado han incursionado en la prestación de servicios a poblaciones hasta ahora no cubiertas, lo que los acerca al planteamiento universalista expuesto. Se cita como ejemplo que, en el caso de Francia, cerca del 60% de la intervención de la política social se despliega por conducto de las cajas familiares; igualmente en Colombia es representativo el papel que juega el sistema de compensación familiar en la provisión de servicios a sectores poblacionales clasificados en niveles de bajos ingresos o pobreza.

La aplicación del modelo universalista registra un hito reciente con la adopción de la reforma a las asignaciones familiares en Argentina y la instauración de

un régimen universal de asignación por hijo, por el cual se persigue impactar en redistribución y reducción de la pobreza.

Entre las ventajas de este modelo se cuentan su adecuación a las necesidades de intervenir desde la seguridad social a toda la población, en especial aquella más necesitada, mediante el reconocimiento de prestaciones que se causan en razón de las responsabilidades familiares y, especialmente, de los menores de edad. En efecto, son unívocos los estudios orientados a señalar la pertinencia de enfocar los esfuerzos de intervención social y de la seguridad social en dicha población, como la vía expedita para lograr mayor eficacia en la obtención de resultados sociales.

La propuesta de OIT, en cuanto a enfilarse por parte de la política de protección social hacia el establecimiento de una prestación universal de piso ético mínimo por su parte, va en línea con la implementación de prestaciones de subsidio familiar universales que cubran a toda la población, y no solamente a la dependiente formal, y que se estructuren en razón de los niños mediante prestaciones que aseguren condiciones adecuadas para su desarrollo, tanto en lo económico como en lo afectivo y de promoción en las primeras etapas de vida.

Los retos de este modelo pasan por la definición adecuada de un esquema de financiación sustentable que combine aportes y recursos de origen fiscal y que tenga la capacidad de integrar diferentes esfuerzos públicos dispersos en el contexto de las intervenciones de la política social. También se requerirá un desarrollo adecuado de la infraestructura administrativa con la cual operar prestaciones tales.

La consolidación de un esquema universalista de asignaciones familiares permitirá a nuestro juicio mayores posibilidades en el logro de los objetivos de dicha política social, así como provocará una mejor medición del impacto de la seguridad social en el combate a la pobreza y una mejor distribución de la riqueza.

5. CONSIDERACIONES SOBRE LAS FUNCIONES DE LOS SISTEMAS DE ASIGNACIONES FAMILIARES

Conviene tener presente las funciones que tradicionalmente cumplen los sistemas de asignaciones familiares, las cuales pueden ser predominantes, excluyentes o complementarias, conforme la ideología política imperante y las condiciones de la sociedad en que se apliquen.

Los principales roles que cumplen dichos sistemas son los siguientes:

a) *Redistribución*. En la medida en que apoyan la ejecución de políticas públicas y privadas en el campo de la más equitativa distribución de ingresos y

recursos entre la población, favoreciendo el combate contra la pobreza a través del fortalecimiento del capital familiar.

b) *Manejo demográfico.* Los sistemas de asignaciones familiares están íntimamente ligados con las políticas demográficas que aplica una sociedad, pues el reconocimiento de mayores o menores estímulos o de desincentivos a la progeneración conlleva un marco conductual que impacta en la conformación misma de la sociedad. Cuando los países requieren estimular su tasa de natalidad, fortalecen los esquemas de subsidios por hijos, por ejemplo, o cuando contemplan necesario reducir aquella, reducen los subsidios o solamente aplican tales mecanismos por un número determinado de hijos; igualmente, se reconocen subsidios por adultos mayores, cuando las sociedades perciben como prioritario atender a dicha población.

c) *Garantía de derechos para los trabajadores.* Los sistemas de subsidio familiar responden así mismo a esquemas de protección para los trabajadores, en la medida en que se constituyen en mecanismos idóneos para la mejora de sus ingresos sin impactar necesariamente en los niveles salariales, así como proveen servicios que facilitan el bienestar empresarial y el desarrollo humano y familiar de quienes laboran en las organizaciones.

d) *Prestación de la seguridad social.* Tales sistemas ejecutan un ramo del servicio público de la seguridad social cual es el relacionado con las asignaciones familiares y la protección por desempleo (cuando no se estructuran sistemas autónomos para este fin), por lo cual desarrollan una función de interés colectivo en el campo de la prevención y la cobertura frente a riesgos sociales.

e) *Herramienta de la hacienda pública.* Estos sistemas sirven para aplicar esquemas de financiación a políticas públicas y de ejecución de cometidos de tal carácter, con autonomía o independencia respecto del presupuesto general, lo mismo que para desarrollar intervenciones sociales en procura de reducir la pobreza y atender poblaciones vulnerables.

f) *Protección familiar.* Complementan estas prestaciones las instituciones y políticas que se estructuran en las sociedades para tutelar los núcleos familiares, en especial mediante esquemas de amparo a niños y a personas sujetas de protección preferente.

CAPÍTULO VI

Referentes internacionales en asignaciones familiares

Conviene tener en cuenta algunos referentes en cuanto al manejo de las prestaciones asociadas al subsidio familiar y a los servicios sociales en otras latitudes.

1. COSTA RICA

La Caja Costarricense creada por los años cuarenta asume los riesgos de la seguridad social de pensiones y salud. En 1974 se crea un régimen no contributivo de pensiones (personas adultas mayores sin número de cotizaciones suficientes y con necesidad de amparo) administrado también por la Caja y, adicionalmente, se crea el fondo para prestaciones sociales.

Valga tener en cuenta que el otro fondo de apoyo social de gran magnitud es el relacionado con vivienda.

Los servicios sociales en Costa Rica son mecanismos para concretar los derechos sociales, económicos y culturales de las personas. Se les reconoce como instrumentos de la sociedad y de organizaciones de bien social para lograr el desarrollo pleno de los individuos y grupos sociales y la inclusión social.

Desde 1974 se definieron varios programas sociales para concretar aquellos derechos, que fueron ejecutados progresivamente por la Caja Costarricense del Seguro Social.

Los atuidos programas sociales se definen como "servicios de apoyo, promoción, educación y capacitación para que los asegurados y pensionados disfruten de mayor bienestar integral como complemento a los servicios ofrecidos por los Seguros Sociales" (art. 1º, Reglamento de Prestaciones Sociales, 1997).

Se resalta que en 1997 se estableció el fondo económico para dar mayor autonomía a la ejecución de los servicios sociales.

En el área médica se incluyen tipos de servicios sociales como los de capacitación, así como en el área de gerencia administrativa se incluyen programas

de seguro por el Estado, prestaciones económicas, deporte y recreación, y preparación para la jubilación.

En el reglamento de prestaciones sociales se fijan los programas básicos:

- a) Ciudadano de Oro (65 años): atención preferencial, descuentos comerciales, recreación y uso del tiempo libre, educación permanente, proyección comunitaria.
- b) Preparación para la jubilación.
- c) Educación y capacitación.
- d) Estancias y ayudas sociales (cuidadores a personas con discapacidad o adulto mayor, atención integral de personas en condición de viudez, material de apoyo educativo).

El fondo de servicios sociales inició con un aporte del 5% pagado por el seguro de pensiones; posteriormente entró a aportar también el seguro de salud, contra la cotización general a la Caja.

Los servicios que se prestan son de bajo costo, pues en su ejecución se recurre a modalidades alternativas que incluyen esquemas de voluntariado y alianzas estratégicas con entidades especializadas y privadas.

2. MÉXICO

El espacio de las asignaciones familiares en México se asocia a las coberturas de salud.

Las prestaciones sociales son un ramo de aseguramiento del régimen obligatorio, además de los de enfermedad y maternidad, riesgos del trabajo, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.

Las prestaciones sociales inicialmente no estaban en el régimen del seguro obligatorio; solamente hasta los años sesenta se toma una determinación en ese sentido.

En los años noventa se establece que tales prestaciones deben ser para la población en general y no solamente para los trabajadores formales.

En el IMSS se desarrollan las unidades operativas de prestaciones sociales institucionales que se dividen en centros de seguridad social, unidades deportivas y centros de artesanías. Se ejecutan entonces programas de teatros, tiendas, guarderías, funerarias y centros vacacionales.

Para el desarrollo de sus actividades en la materia, el IMSS cuenta con una red social de voluntarios.

Las prestaciones se expresan en varios frentes, a saber:

- a) Bienestar social (fomento de estilos de vida activa y saludable con énfasis en poblaciones vulnerables y con enfoque de prevención médica).
- b) Desarrollo cultural (promover la salud a través de la convivencia social).
- c) Deporte y cultura física (para modificar estilos de vida).
- d) Capacitación (incorporación y reincorporación vida laboral).

3. BRASIL

La prestación equivalente al subsidio familiar se denomina salario familia, la cual se causa mensualmente al asegurado dentro del régimen general de previsión social, excepto al trabajador de servicio doméstico, en proporción al número de hijos hasta 14 años de edad. El valor de la misma corresponde aproximadamente a US\$12 para el beneficiario con remuneración mensual no superior a R\$500,40 y de US\$9 para el asegurado con remuneración mensual superior a R\$500,40 y hasta un tope máximo de ingresos. Los valores se actualizan anualmente.

El valor del salario familia no se incorpora al salario del trabajador y está condicionado a la presentación anual de constancia sobre la vacunación obligatoria para el menor de hasta 7 años y con el cumplimiento del requisito de escolaridad para los menores a cargo entre 7 y 14 años.

Debe considerarse que desde 1996 se reconoce como prestación de la seguridad social y campo de ampliación del bienestar social el beneficio de la prestación continua con la cual se atiende a las personas de 65 años o más y a las personas con discapacidad que les impida vivir en forma independiente, en incapacidad para el trabajo y en extrema pobreza (medida en ingresos por familia de $\frac{1}{4}$ o menos del salario mínimo). La Ley 10.741 de 2002 (Estatuto de los ancianos) sirve de sustento normativo adicional a dicha prestación, que se basa en la Constitución Federativa de 1988 y que consiste en el pago de un salario mínimo por familia.

El beneficio es administrado por el Ministerio de Desarrollo Social y Combate al Hambre (MDS), el cual es responsable de su gestión, seguimiento y evaluación. Por su parte el Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) es responsable de su funcionamiento y pago. Los recursos para la financiación del beneficio de la prestación continua (BPC) provienen del Fondo Nacional de Asistencia Social (FNAS).

El impacto de este tipo de prestación es relevante en el combate a la pobreza, y se calcula que más del 85% de la población con edad superior a 65 años goza de alguna cobertura del sistema de seguridad social, incluida la BPC.

Debe mencionarse en relación con el caso del Brasil la implementación del Programa Bolsa Familia como mecanismo de ordenación de subsidios y estrategia de lucha contra la pobreza, que afecta a cerca del 30% de la población.

Entre los principales antecedentes de dicho programa pueden citarse a partir de 1995 los siguientes:

- a) Experiencias municipales y subestatales de programas de garantía de renta mínima vinculados a educación de menores.
- b) 1996: Programa de Erradicación del Trabajo Infantil.
- c) 2001: Beca Escuela (promovido por el Gobierno Federal).
- d) 2001: Beca de Alimentación.
- e) 2001: Fondo de Combate y Erradicación de la Pobreza.
- f) 2002: Auxilio Gas.

Entre los años 2002 y 2003 se realizaron evaluaciones de dichos programas y se encontraron, entre los principales hallazgos, dificultades asociadas especialmente a la existencia de múltiples agencias ejecutoras, a la operación de sistemas informáticos de baja calidad y dispersos, la aplicación de variados criterios de elegibilidad y de beneficios diferentes, ausencia de coordinación entre prestadores públicos y baja cobertura agregada.

El gobierno del presidente Lula estableció entonces el Programa Hambre Cero como Programa Nacional de Acceso a la Alimentación (Tarjeta Alimentación) y entre marzo y octubre de 2003 diseñó los mecanismos para integrar y estructurar los esquemas federales de transferencia de renta con destino a población pobre del país, por lo que se procedió a la creación del Programa Bolsa Familia (PBF).

Entre las principales características de este pueden citarse las siguientes⁽¹⁾:

- a) Atención integral a la familia en sustitución de acciones orientadas al cubrimiento de sus miembros aisladamente considerados.
- b) Compromisos de las familias en las áreas de salud y educación en calidad de contrapartidas:
 - En salud: para niños menores de 7 años, seguimiento al calendario de vacunación, de crecimiento y desarrollo de los menores; para el caso de madres gestantes y lactantes, seguimiento prenatal y de lactancia.

(1) Ver <www.mds.gov.br/bolsafamilia>.

- En educación: para niños y adolescentes entre 6 y 15 años, matrícula escolar y garantía de asistencia académica de al menos el 85% del tiempo programado; para el caso de jóvenes entre 16 y 17 años, la frecuencia escolar se admite en un nivel del 75% por período académico.
 - Asistencia social: para menores hasta 15 años de edad, participación en servicios socioeducativos y de convivencia.
- c) Pago directo a la familia, sin intermediación.
 - d) Pago preferencial del beneficio a la mujer.
 - e) Autonomía de la familia en la utilización de los recursos financieros.
 - f) Atención a las familias pobres y extremadamente pobres.
 - g) Gestión compartida entre las distintas esferas estatales de gobierno.
 - h) Participación de la sociedad en la ejecución y seguimiento del programa.
 - i) Cobertura nacional, con base en la estimación de familias pobres.
 - j) Pago variable del beneficio por jóvenes en la familia a partir de 2008.

4. URUGUAY

La historia de la seguridad social en Uruguay presenta varias etapas. A partir de 1943 se procura la universalización; en 1958 se regulan los temas de maternidad. Es Uruguay uno de los países con sistema de seguridad social más antiguo en América.

En 1967 se crean el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Banco de Previsión Social BPS, por la Constitución Política. A partir de 1973 se inicia un proceso de alta intervención del sector público en el sistema. En 1979 se fija por acto "institucional" la edad de pensión en 60 y 55. En 1980 por Decreto Ley 150B4 se fija el régimen de las asignaciones familiares. En 1981 se regula el subsidio por desempleo.

A partir de los ochenta empiezan a aparecer disfuncionalidades del sistema por, entre otras razones, el envejecimiento poblacional y el incremento en los egresos por la actualización de las mesadas pensionales y la búsqueda de la universalización. Con esa perspectiva se adopta la reforma al sistema por Ley 6713 de 1995, con vigencia en 1996.

El sistema se basa en un régimen mixto con dos pilares: el de solidaridad intergeneracional y el de capitalización.

La última etapa se instaura desde 2008; se reduce el tiempo de servicios para pensiones, de 35 a 30; surge la ley de flexibilidad laboral y se actualiza el siste-

ma de jubilación por vejez (edad avanzada, con 70 años de edad y 15 de servicio; 65 años con 25 de servicio por la reforma del año 2000). Se crea el subsidio para personas con 28 años de servicio y 60 años de edad, para que puedan acceder a una pensión posteriormente por su dificultad de entrar al mercado laboral; también se reconoce subsidio para madres cotizantes, equivalente a un año de cotización por hijo, con un máximo de 5 años.

Ley 18.399 reguló por su parte el subsidio por desempleo.

El BPS se rige por la Constitución y una ley de 1986, como organismo autónomo. Por su parte el Banco de Seguros del Estado asumió la cobertura ATEP.

En enero de 2008 entró a regir el sistema integrado de salud y se creó la Junta Nacional de Salud como administradora de aquel, sin perjuicio de la acción del BPS.

Surgen las administradoras de fondos de ahorro previsional (AFAP).

Existe una prevalencia de los actores estatales, con mayor presencia del BPS. El 82% de la cobertura en seguridad social es a cargo del BPS, en tanto el 15% corresponde a las cajas paraestatales.

El BPS atiende prestaciones contributivas y no contributivas; dentro de las económicas contributivas están las de jubilación común, la jubilación por edad avanzada, la jubilación por incapacidad total, el subsidio transitorio de incapacidad parcial (para incapacitados frente a la actividad que desarrolla el trabajador, con cobertura has 3 años) y la pensión de sobrevivencia.

Las prestaciones no contributivas implican la pensión a la vez e invalidez (70 años para residentes), subsidio por expensas funerarias, asignaciones familiares (según la Ley 15.084, frente a trabajadores y pensionistas, se pagan en forma bimensual; reciben los menores beneficios asistenciales: pagos a escuelas y traslados, así como actividades sociales; según la Ley 18.227, a partir de enero de 2008, tales asignaciones se aplican considerando la vulnerabilidad del hogar), subsidio por maternidad, subsidio por desempleo y subsidio por enfermedad.

Entre las prestaciones no contributivas no económicas se citan las prestaciones sociales (fortalecimiento de instituciones sin fines de lucro, el turismo social, actividades culturales, físicas y recreativas, vivienda para jubilados y pensionistas); también se brindan prestaciones de salud (asistencia a la mujer embarazada, ayudas extraordinarias, exámenes y medicamentos).

La historia de las asignaciones familiares en Uruguay es larga y prolífica; la cobertura al efecto inició con el sector formal del trabajo (Ley 10.449 del 12 de noviembre de 1943), siendo uno de los primeros países en América en adoptar

el esquema proveniente de Europa. Luego se dictó la Ley 15.084 del 28 de noviembre de 1980 (decreto de la época dictatorial que reitera los beneficios de asignaciones, recortándolos, para ubicarlos en la prestación monetaria para el sector formal; incluye a los rurales, pensionistas y personas en desocupación; según esta ley la financiación de dichas prestaciones proviene del IVA). Con la Ley 17.139 del 16 de julio de 1999 se reguló la prestación para hogares de menores recursos, financiándose con recursos provenientes de otras cajas (fue derogada el 31 de diciembre de 2007).

La Ley 17.474 de 2002 se enfocó exclusivamente al reconocimiento de beneficios para los gemelares múltiples. La Ley 17.758 de 2004, por su parte, extendió los beneficios a los colectivos de la ley de 1996. La Ley 18.227 de 2007 reguló la materia desde la perspectiva de los hogares en situación de vulnerabilidad.

Mediante la ley de 2004 se sustituyó el salario mínimo legal (SML) como criterio de medida y se adoptó el mecanismo de referencia de la Base de Prestaciones y Contribuciones, BPC (valor vigente a enero de 2011: US\$112.70)

La asignación familiar presenta en Uruguay dos aspectos o componentes: uno económico y uno asistencial. Cubre a empleados de actividad privada y que tengan hijos menores. Los valores mensuales fijos están sujetos a tope de ingresos del grupo de tenencia, mediante pagos bimestrales. Al año 2010 se pagaron 155.018 beneficios (niños), concerniente al régimen para trabajadores formales.

A partir de 1995 se redefinieron los montos de la prestación; en una franja para personas con menores ingresos el valor de asignación es de US\$18; en la segunda franja de ingresos, es del orden de US\$9.

Para ingresos superiores a 3 BPC, no se genera derecho a la prestación económica, aun cuando mantienen derecho a prestación asistencial (servicio materno infantil). A partir de 3 o más BPC, el tope incrementa en 1 BPC por cada beneficiario (3 beneficiarios = 11 BPC, 4 = 12 BPC; 5 = 13 BPC). En todos los casos el monto de la prestación será el 8% BPC.

Término de la prestación: desde el estado de gravidez hasta los 14 años en el régimen común; hasta los 15 años cuando se trate de pensionista por invalidez; hasta los 16 años cuando el menor no ha completado el ciclo de educación primaria a los 14 años por impedimento justificado; se extiende hasta los 18 años cuando el beneficiario curse estudios de nivel superior a primaria o sea discapacitado.

La prestación asistencial sin control de topes implica asistencia integral a toda mujer embarazada, atención preventiva infantil y de primera morbilidad hasta los 6 años; asistencia especial a beneficiarios con malformaciones, asistencia odontológica infantil y ortodoncia hasta los 10 años.

Los cubiertos por el régimen anterior han venido descendiendo porque las asignaciones van reconociéndose progresivamente por la cobertura de la nueva ley (más generosa).

Recordemos que desde 1999 (Ley 17.139) se intentó llegar a la población informal con esta prestación económica; la norma se dirigía a hogares de menores recursos (soporte a hogar monoparental, desempleado con subsidio no reintegrado al mercado laboral y embarazada). El tope de acceso era 3 BPC y no se generaba prestación asistencial.

La Ley 17.474 de 2002 también se refirió exclusivamente a prestación económica para menores y prenatales producto de embarazo gemelar (se triplica el valor en la prestación para menores de 5 años y se duplica para menores entre 6 y 12 años, cubriendo a la población informal).

La Ley 17.758 de 2004 dio continuidad al régimen anterior.

El tope de acceso al beneficio en la actualidad es del orden de US\$330.

Finalmente se dictó la Ley 18.227 de 2007, la cual aplicó un criterio general de asignación para menores que integren hogares en situación de vulnerabilidad conforme a criterios técnicos, así como cubrió a menores internados en el Instituto del Niño Adolescente (INAU).

La nueva prestación se fue pagando progresivamente por quintiles de la población. A marzo de 2011 se tenían 202.531 solicitudes y 417.880 beneficiarios.

Los principales cambios de la nueva ley se expresan en los siguientes aspectos: concepto de hogar, criterios técnicos de selección, incremento en el monto de la prestación e inclusión del servicio de educación no formal.

Por hogar se entiende dos o más personas, vinculadas o no por lazos de parentesco, que conviven y constituyen una familia o unidad similar.

El INAU administra recursos para menores internados o hijos de reclusas. Los factores para determinar el acceso a la nueva ley son variados, entre ellos, nivel de ingresos, condiciones habitacionales, composición del hogar, condiciones de los integrantes, nivel educativo, situación sanitaria. Esto supone la aplicación de un algoritmo y se caracteriza por la acreditación del estado de necesidad de los beneficiarios.

No se olvide que este nuevo programa surgió por el plan de emergencia social de 2005 de lucha contra pobreza extrema y que luego mutó al Plan de Equidad impulsado por el gobierno del presidente Tabaré Vázquez, dentro del cual una de las herramientas principales fue el esquema renovado de las asignaciones familiares.

En la nueva ley, es de mencionar, se privilegia la titularidad femenina del beneficio.

En 2011 un proyecto de ley busca unificar la prestación de asignaciones familiares, más allá de los topes de ingresos y de la condición de vulnerabilidad para ampliar su cobertura universal.

La nueva prestación tiene montos de US\$43 por beneficiarios menores de 5 años y escolares; US\$18,79 como complemento para beneficiarios que cursan nivel intermedio; US\$62,61 por beneficiarios discapacitados y US\$43,82 por internados en el INAU. Los pagos se realizan mensualmente.

El nuevo régimen incorporó el criterio de permitir la educación no formal para el menor, así como exigió la periodicidad de controles médicos y de revisión cada 3 años en el caso de discapacitados.

Téngase en cuenta que, además de la prestación económica a los beneficiarios del subsidio, el Ministerio de Desarrollo Social (MIDES) les reconoce en razón de aquella una canasta de alimentos.

Por su parte, los programas sociales desde el Banco de Previsión Social del Uruguay (BPS) se orientan a soluciones habitacionales (jubilados de bajos ingresos), fortalecimiento de la sociedad civil organizada (se otorgan recursos a entidades especializadas para la ejecución de proyectos de intervención social), atención integral para adultos mayores en situación de calle, programas de capacitación (voluntarios y empleados de hogares de ancianos), turismo social y actividades culturales.

En Uruguay las asignaciones familiares representan un rol destacado dentro de su completo y estructurado sistema de seguridad social, y se integran en forma paulatina a los programas sociales y de promoción con los cuales se combate la pobreza en el país.

5. ARGENTINA

El subsistema de asignaciones familiares representa en Argentina una política pública de enorme riqueza en cuanto desarrollo social y combate a la pobreza⁽²⁾.

(2) Para profundizar, ver artículo elaborado por Nora Inés Marasco y presentado en el Curso Gerencia de Programas y Prestaciones Sociales para una Sociedad de Bienestar, del Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), México D.F., 2009. Nora Inés Marasco es licenciada en Economía por la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA), Argentina; se ha desempeñado como presidenta de la Comisión de Asignaciones Familiares, Desempleo y otras Prestaciones Sociales de la Asamblea Permanente de la Seguridad

Debe considerarse inicialmente que Argentina es un país con alta influencia gremial; por ejemplo, los servicios de salud son prestados en un 50% por organizaciones gremiales.

En 1957 nace la primera caja, la de los empleados del comercio; luego se funda la caja de industria y posteriormente la caja de los trabajadores rurales. Para finales del siglo XX todas las cajas fueron absorbidas por el Estado.

Se financiaban sobre aportes de los empleadores; 7,5% sobre la nómina se destinaba al sistema y 1,5% al fondo para desempleo. Las prestaciones eran eminentemente dinerarias; la década del setenta fue la época de oro del sistema, pues entonces se aplicaba un gran número de prestaciones (por ejemplo el pago por familia numerosa para estimular la natalidad).

Por el mecanismo de los coeficientes regionales se otorgaron prestaciones diferenciales según las condiciones de las zonas del país (por ejemplo en zonas inhóspitas, lo que implicaba que en algunos casos las asignaciones familiares eran más importantes que el salario). Este sistema diferencial aún perdura.

La Administración Nacional de la Seguridad Social de Argentina (ANSES), dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, absorbe por los años noventa las cajas existentes. Hoy otorga las prestaciones de desempleo, hace el padrón de obras sociales y administra el sistema de jubilaciones y pensiones a nivel nacional.

Por otro lado el Ministerio de Desarrollo Social administra las prestaciones no contributivas. Las obras sociales, entidades privadas gremiales (excepto el PAMI para pensionados), dependen del Ministerio de Salud; el 43% de las atenciones en salud quedan a cargo de las municipales.

La administración federal de ingresos públicos recauda los aportes al sistema al sistema de seguridad social, incluidos los pagos para el sistema de asignaciones familiares.

Existieron a través del tiempo dos esquemas de pago de dichos aportes para asignaciones familiares. El original era un esquema de fondo compensador, por el cual el empleador sumaba las cargas por empleados, pagaba y descontaba lo pagado del aporte que debía hacer; si tenía más carga que aportes, recobraba al Estado.

(Cont. nota 2)

Social de Argentina (APESS) y como vicepresidente de la Comisión de Asignaciones Familiares de la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS). En la Administración Nacional de la Seguridad Social de Argentina (ANSES) fue Gerente de Asignaciones Familiares y de Organización y Métodos.

El nuevo sistema fue el de pago directo, que inició para los trabajadores rurales. La propia caja verificaba los requisitos del trabajador y pagaba las asignaciones en forma directa a los beneficiarios.

Con el tiempo se incluyó un fuerte componente de tecnología, y se creó el sistema único de asignaciones familiares; el trabajador declara en una ficha sus datos y por otro lado, se declaran los aportes de los empleadores; la ANSES construye una base única y al realizar los cruces dispara el pago de asignaciones en forma automática; el cruce, proceso de consistencia, es verificado todos los meses.

Además del régimen contributivo de asignaciones familiares, hay poblaciones que las cobran por diversas causas, financiados con recursos del sistema previsional o poblaciones especiales (por ejemplo los militares de la Guerra de las Malvinas).

Prestaciones: hijo y prenatal (estas son periódicas), adopción (misma de nacimiento por 4), nacimiento, matrimonio, maternidad (45 días), por hijo discapacitado, por ayuda escolar.

Se causan asignaciones para trabajadores que devenguen menos de US\$1.200 dólares mensuales. Los cobros van entre US\$48, US\$35 y US\$22.

Anualmente, en febrero, los trabajadores cobran escolaridad en función del nivel educativo del hijo por alrededor de 2,5 millones de cuotas.

En 2009 Argentina tomó la decisión de universalizar la cobertura por asignaciones familiares con la implantación de una nueva prestación, denominada "Asignación Universal por Hijo para Protección Social", dirigida a aquellas familias cuyos padres se encuentran desempleados o cuentan con trabajos informales. En efecto, a través de decreto presidencial se resolvió la universalización del pago de asignaciones familiares (equivalente a US\$48), cobrando el valor los padres, cuidadores o responsables familiares de los niños. El 80% lo reclama el responsable y el 20% se deposita en una cuenta que se recaudará al final del año si se acredita la escolaridad y la vacunación de los niños (aún no se aplica este régimen a trabajadores domésticos y monotributistas; sí pueden cobrarse por hijos de los migrantes, con documento nacional de identidad).

El marco legal que regula la prestación universal por hijo se encuentra plasmado en el Decreto 1602 del 31 de octubre de 2009, la Resolución de ANSES 393 del 10 de diciembre de 2009, el Decreto 2044 del 16 de diciembre de 2009, la Resolución de ANSES 132 del 4 de marzo de 2010 y la Resolución de ANSES 320 del 30 de abril de 2010.

Se trata de una prestación monetaria, no sujeta a aportes y contribuciones, de carácter mensual, la cual se abona a uno solo de los padres, tutor, curador o

pariente por consanguinidad hasta el tercer grado, por cada menor de dieciocho (18) años de edad que se encuentre a su cargo, o sin límite de edad cuando se trate de un discapacitado; en ambos casos, siempre que no estuviere empleado, emancipado o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en el esquema nacional de asignaciones familiares previsto por la Ley 24.714. La prestación se abona por hasta cinco (5) hijos por familia.

El valor de esta prestación asciende a US\$48 aproximadamente, idéntico valor al correspondiente a la asignación por hijo prevista en el Régimen de Asignaciones Familiares para los trabajadores activos y desempleados. La mecánica de pago contempla que el 80% de esta suma se recibe directamente por el beneficiario a través de una cuenta bancaria o por envío, mientras que el 20% restante se deposita en una cuenta a nombre del titular, cuyo saldo solo podrá ser retirado una vez al año al acreditar que el menor que origina el beneficio concurre a la escuela durante ese ciclo escolar y, además, cumplió con el plan de vacunación. En caso de incumplimiento de estos requisitos, el titular pierde el derecho a la prestación.

Para el control del caso la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) entrega a cada niño y adolescente la Libreta Nacional de Seguridad Social, Salud y Educación a su nombre, por conducto de los padres o de sus responsables. Por su parte, los profesionales de la salud y de educación deben registrar en sus respectivas áreas los controles médicos, los esquemas de vacunación y la asistencia a la escuela, con lo cual se satisfacen los requisitos indispensables para poder percibir la asignación universal. El procedimiento contempla que el responsable del menor deberá tramitar un formulario de Declaración Jurada del Adulto Responsable, en el cual señalará su situación laboral dos veces en el año, haciendo su presentación ante ANSES en el mes de septiembre.

Los requisitos para acceder a dicha prestación universal son:

- a) Contar con Documento Nacional de Identidad;
- b) Residir en el país;
- c) Ser argentino o naturalizado o con residencia legal en el país mínima de tres años;
- d) Completar sus datos y los de su familia en la Base de Personas de ANSES.

Los requisitos para los menores son:

- a) Ser menor de 18 años de edad;
- b) Ser hijo matrimonial, extramatrimonial, adoptado, estar bajo guarda, tutela o encontrarse a cargo de un pariente por consanguinidad de hasta tercer grado (abuelo, tío, hermano) y soltero;

- c) Contar con Documento Nacional de Identidad y residir en el país;
- d) Ser argentino o naturalizado o con residencia legal en el país mínima de tres años.

Se excluyen de la prestación universal las siguientes categorías:

- a) Desocupados: entendiéndose por tales a aquellos que no perciben una suma de dinero en concepto de prestación por desempleo, jubilaciones y pensiones o por contribuciones no contributivas como subsidios, planes sociales como Programa Jefe de Hogar, de Trabajo Comunitario, Talleres protegidos de producción, etc.;
- b) Trabajadores autónomos;
- c) Trabajadores no registrados, que ganen igual o menos del salario mínimo, vital y móvil;
- d) Trabajadores del servicio doméstico y los monotributistas sociales.

El programa ha generado un fuerte impacto en la lucha contra la pobreza (sirve a unos 3,5 millones de beneficiarios) y se financia con los intereses de los fondos de capitalización previsional que volvieron en materia de pensiones a la ANSES, luego de la eliminación del esquema de capitalización.

Un sistema tal sirve para eliminar o reducir las asimetrías sociales existentes y luchar integradamente contra la pobreza.

6. CHILE

La asignación familiar en Chile es entendida como un subsidio estatal que consiste en una suma de dinero por cada carga familiar que un trabajador dependiente, pensionado, o algunos trabajadores independientes, acredite. Es otorgada por el empleador a los trabajadores a través del Instituto de Previsión Social (IPS) o una caja de compensación de asignación familiar, según corresponda⁽³⁾.

(3) Las reflexiones sobre el sistema chileno han sido tomadas de estudios de la Corporación para la Investigación, el Estudio y el Desarrollo de la Seguridad Social (CIEDESS) de Chile que se han integrado al documento de Asocajas de 2009, *Sistema de subsidio familiar: Modelo de intervención social*. La Corporación de Investigación, Estudio y Desarrollo de la Seguridad Social (CIEDESS) es una corporación chilena de derecho privado cuya misión es contribuir al perfeccionamiento y desarrollo de la seguridad social desde el ámbito de las ideas, para lo cual orienta su acción a la capacitación y formación de recursos humanos, la investigación y estudio de nuevos servicios y tecnologías, la difusión e intercambio de conocimiento, la asesoría y consultoría nacional e internacional en estudios y disciplinas relacionadas con la seguridad social. CIEDESS reúne a una amplia gama de colaboradores expertos en el análisis, puesta en marcha, gestión ejecutiva y fiscalización de sistemas de previsión, salud y desarrollo social.

La asignación familiar al obrero nace en 1953, a través del Decreto con Fuerza de Ley 245 del 31 de julio. El Servicio de Seguro Social, dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, asume la distribución, determinación y pago del beneficio, sin perjuicio de permitir la existencia de cajas de compensación particulares, que debían, en aquella época, ser creadas por asociaciones patronales y contar con personalidad jurídica. Además, debían asegurar un pago de asignación igual o superior hasta en un 20% a la que pagaba el Servicio de Seguro Social y que no cobraran cotización obrera.

La asignación familiar, en cuanto a sus requisitos, era similar al concepto moderno hoy aplicado. Se pagaba una asignación a la persona por cada causante existente, y los causantes eran la esposa legítima, los hijos legítimos y naturales menores de 15 años de edad o inválidos de cualquier edad (situación cambiada hoy en día por la igualdad de los hijos ante la ley, y en cuanto a los topes de edad); los hijos mayores de 15 y menores de 18 años que adelantaran estudios en la forma que determinaba la Ley 10.383 (situación también alterada respecto de los topes de edad máxima para cursar estudios superiores; la ley referida es la antigua norma que regulaba el sistema de pensiones, previa a la entrada en vigencia del Decreto Ley 3.500 y sus modificaciones); el padre y madre legítimos o naturales y la madre ilegítima, mayores de 65 años de edad, o inválidos de cualquier edad (resurge en este punto la cuestión de legitimidad, descartada en términos de filiación en la legislación chilena).

El requisito económico para ser beneficiario de asignación familiar en esta normativa consistía en percibir remuneraciones y emolumentos, por cada persona considerada, causante y beneficiario, inferiores al 25% del salario medio de pensiones definido por el artículo 5° de la Ley 10.383.

El monto de la asignación familiar definida en el Decreto con Fuerza de Ley 245 es el equivalente al 0,35% del salario medio de pensiones definido en el artículo 5° de la Ley 10.383, vigente en el año que correspondiera.

Al igual que hoy, la asignación familiar se encontraba exenta de pago de impuestos o tributos de cualquier clase. Dentro de las asignaciones familiares, se puede encontrar la que se denomina maternal, la cual, no obstante, corresponde a la misma suma, por lo que simplemente se le distingue con fines doctrinarios.

Hay que tener presente, a este punto, que los subsidios familiares y cesantía no se encontraban incluidos dentro de esta normativa. El subsidio de cesantía nace sólo en 1974, a través del Decreto Ley 603, como una ayuda económica, que se otorga, durante un lapso máximo de un año, al trabajador que ha perdido su empleo y que cumple los requisitos establecidos por la ley. Este monto mensual es decreciente en el tiempo y se interrumpirá cada vez que se pierda la condición de cesante, sin perjuicio de recuperarlo cuando nuevamente se adquiera tal calidad.

El Sistema Único de Prestaciones Familiares nace en 1974 por medio del Decreto Ley 307 que conforma el régimen de las asignaciones familiares. La Ley 2.761 de 1979 crea la asignación adicional de mano de obra, la cual no prospera en el tiempo; y la Ley 18.020 del 17 de agosto de 1981 crea el subsidio familiar, que incluye el subsidio maternal, el cual tiene como fin colaborar con el presupuesto familiar de aquellos beneficiarios del sistema de escasos recursos.

Finalmente, en 1982, se refunde el sistema de beneficios familiares en el Sistema Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía para los trabajadores de los sectores público y privado, por medio del Decreto con Fuerza de Ley 150. Esta normativa y sus posteriores modificaciones (la última fue la Ley 20.328 de 2009, referida al pago, por medio de las entidades pagadoras del sistema, del seguro de desempleo obligatorio) constituyen el sistema unitario de organización y control de los beneficios familiares.

Las asignaciones y subsidios del sistema legal existentes a la fecha son:

- Asignación Familiar (incluida la maternal);
- Subsidio Familiar (incluido el maternal);
- Subsidio de Cesantía (para quienes permanecieron en el sistema antiguo de protección frente al desempleo).

En principio, las asignaciones familiares se calculaban en Chile sobre un porcentaje fijo sobre la remuneración. En cambio, al día de hoy, los montos a pagar por concepto de asignación familiar (que son los mismos de asignación maternal y subsidios) son los siguientes:

- a) El monto para beneficiarios cuyo ingreso mensual no exceda de US\$276 es de US\$11,03.
- b) El monto para beneficiarios cuyo ingreso mensual supere los US\$276 y no exceda los US\$542 es de US\$8,64.
- c) El monto para beneficiarios cuyo ingreso mensual supere los US\$542 y no exceda los US\$845 es de US\$2,81.
- d) El monto para beneficiarios con ingresos mensuales que superen los US\$845, desde US\$0,00 (no se entrega asignación familiar);
- e) El monto a pagar por concepto de Subsidio Único Familiar es de US\$12,44.
- f) Subsidio de Cesantía: Cuota Valor 1 a 3 US\$33,19; cuarta a sexta cuota: US\$22,13; séptima cuota: US\$16,69.

Las prestaciones adicionales son todos aquellos beneficios que las cajas de compensación de asignación familiar también entregan a sus afiliados, de carác-

ter social y familiar, como préstamos en dinero, hasta por un plazo de 84 meses, definidos como Crédito Social y Prestaciones Adicionales, tales como bonos por fallecimiento, matrimonio, nacimiento o escolaridad. También permite la posibilidad de acceder a becas de estudio, convenios médicos y el uso de centros vacacionales o recreacionales.

En el caso de los trabajadores del sector público y de los pensionados afiliados a cajas, ellos sólo tienen derecho a estas prestaciones de bienestar social.

Las prestaciones complementarias incluyen la administración de fondos proporcionados por el empleador, por los trabajadores o por ambos en conjunto, para otorgar beneficios no contemplados en los regímenes que administran.

En el caso de los pensionados, las cajas pueden suscribir convenios con asociaciones de pensionados u otras entidades relacionadas con estos, para el otorgamiento de prestaciones complementarias.

Son beneficiarios del sistema de asignaciones familiares los trabajadores dependientes de los sectores público y privado, los independientes que a 1974 estuvieren adscritos a un régimen que reconociera las asignaciones, los beneficiarios de pensión de viudez y la madre de los hijos del trabajador o pensionado que goce de pensión especial, así como las entidades que tengan a su cargo la crianza y manutención de niños huérfanos o abandonados y de inválidos y las personas naturales que tengan menores a su cargo en virtud de una medida de protección dispuesta por sentencia judicial.

Causan el subsidio familiar las siguientes categorías de personas:

- a) La cónyuge y el cónyuge inválido;
- b) Los hijos y los adoptados hasta los 18 años, y los mayores de esta edad y hasta los 24 años, solteros, que sigan cursos regulares en el enseñanza media, normal, técnica, especializada o superior, en instituciones del Estado o reconocidos por este;
- c) Los nietos y bisnietos, huérfanos de padre y madre o abandonados por estos;
- d) La madre viuda;
- e) Los ascendientes mayores de 65 años;
- f) Los niños huérfanos o abandonados y los inválidos que estén a cargo de las instituciones, y
- g) Los menores confiados al cuidado de personas naturales en virtud de una medida de protección dispuesta por sentencia judicial.

El requisito genérico, respecto de la cobertura de los beneficios, es que los causantes de asignación familiar o subsidio familiar en su caso, vivan a expensas del imponente o beneficiario, y, en el caso del subsidio familiar, que no tengan una renta igual o superior a la mitad del ingreso mínimo mensual. Los límites de edad no rigen en caso de invalidez.

La afiliación para efectos de asignación familiar se realiza por conducto del Instituto de Previsión Social o de una caja de compensación de asignaciones familiares.

En Chile actúan cinco cajas de compensación de asignaciones familiares, las cuales tienen ámbito de operación nacional.

Para que una empresa o institución, pública o privada, pueda afiliarse a una caja de compensación, se requiere siempre la voluntad del empleador y el acuerdo de los trabajadores. Este acuerdo debe obtenerse en una asamblea especialmente convocada para tal efecto. En ella el empleador propone una caja. Para ser aprobada la propuesta, requiere del voto de la mayoría absoluta de los trabajadores o funcionarios.

En la asamblea debe estar presente un ministro de fe. En el caso de las empresas o instituciones que tengan 25 o más trabajadores, esta autoridad debe ser un inspector del trabajo, un notario público o un funcionario de la administración civil del Estado designado por la Dirección del Trabajo.

En las entidades empleadoras que tengan menos de 25 trabajadores, podrá actuar como ministro de fe el empleador o su representante.

La única finalidad de la asamblea es manifestar la voluntad de los trabajadores de afiliarse y/o desafiarse a una determinada caja de compensación.

Toda la información sobre los beneficios que otorga una determinada caja debe darse a conocer en forma previa a la asamblea.

El ingreso de los pensionados a una caja de compensación se hace en forma individual e implica el descuento mensual de una cuota que puede alcanzar hasta el 2% de su mesada. En el caso de los pensionados, el período mínimo de afiliación es de 12 meses, plazo que rige tanto para cambiarse de caja como para desafiarse del sistema.

El sistema se financia con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía, creado por el Decreto con Fuerza de Ley 150 de 1981 y se paga exclusivamente con cargo a recursos de origen fiscal. Desde los años setenta del siglo anterior en Chile y luego de un breve lapso de transición, se eliminó la contribución parafiscal especial para nutrir al sistema de compensación familiar.

Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (CCAF) administran dos tipos de prestaciones de seguridad social: las prestaciones legales y las prestaciones de bienestar social. El estatuto general de las cajas de compensación está contenido en la Ley 18.833. El reglamento de Crédito Social se aprobó por Decreto Supremo 91 de 1979 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y el reglamento de Prestaciones Adicionales se aprobó por Decreto Supremo 94 de 1979, también del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Las cajas en Chile ejecutan, entre sus principales funciones, las siguientes:

- a) Prestan a nombre del Estado funciones públicas, entre ellas el reconocimiento de las asignaciones familiares para trabajadores de empresas afiliadas a ellas y el pago de las licencias de maternidad. Por esa misión reciben una comisión estatal, cuyo valor tiende a ser nominal, pues no se ha incrementado a la fecha;
- b) Prestan el servicio de crédito social a su población afiliada, tarea que representa en la actualidad el principal rubro de ingresos operacionales;
- c) Atienden servicios sociales a los afiliados;
- d) Proveen prestaciones adicionales o complementarias que les son contratadas por los empleadores o por organizaciones de trabajadores y por los beneficiarios directamente.

CAPÍTULO VII

Modelo de operación del sistema de subsidio familiar en Colombia

1. PRESENTACIÓN

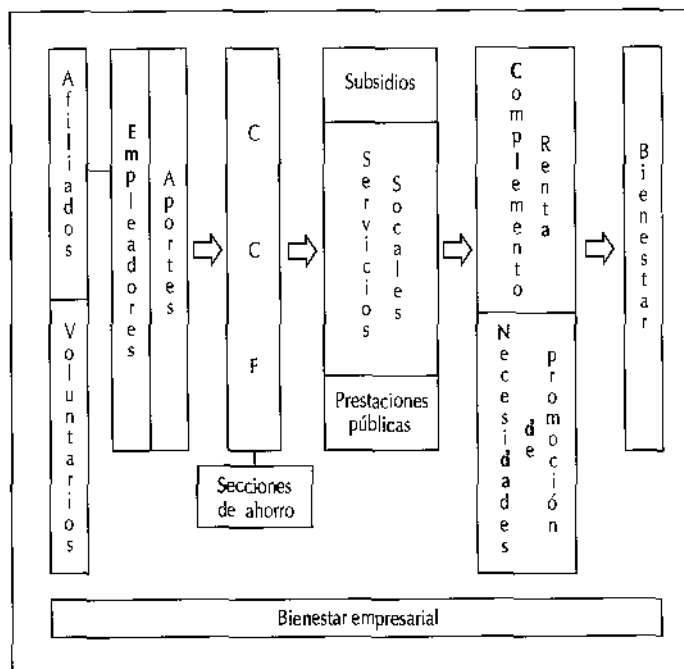
Corresponde a un esquema de administración de recursos por parte de operadoras especializadas e implica la concurrencia del sector privado en la gestión del servicio, con la dirección y regulación del Estado. Se trata de un modelo especializado con visos de universalización, de carácter contributivo, financiado con un aporte obligatorio especial cubierto por todos los empleadores formales.

Dichos aportes son de carácter parafiscal atípico y con ellos se ejecutan las prestaciones dinerarias, en bienes y servicios, a partir del cumplimiento de una prestación social a cargo de los empleadores y cuyos destinatarios son los trabajadores de medianos y bajos ingresos. Además, dichos aportes permiten la prestación de servicios sociales para los trabajadores afiliados a las cajas –con aplicación de subsidios para los beneficiarios– y la ejecución de acciones de protección social a poblaciones vulnerables, conforme la política pública adoptada al respecto por el Estado.

El modelo permite así mismo una afiliación con aportación voluntaria a las cajas de compensación familiar.

Por otra parte, estimula la participación de las operadoras en el desarrollo de funciones de la seguridad social y del sistema de protección social, así como en la gestión de servicios sociales tales como la vivienda, la educación y la recreación.

Gráfico 5
Esquema orgánico del sistema de subsidio familiar en Colombia



2. PARTICULARIDADES DEL MODELO DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DENTRO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

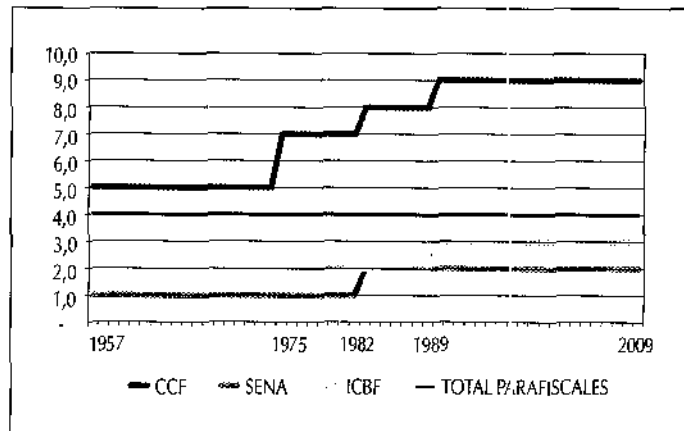
Es preciso considerar de manera particular algunas de las diferencias y especificidades que caracterizan la operación de la compensación familiar en Colombia respecto de otros subsistemas de la seguridad social.

Se trata en efecto del antecedente más claro de participación de los particulares en la ejecución de fines de interés colectivo dentro de la seguridad social. En efecto, no es exacto afirmar que la tendencia de posibilitar la presencia de actores privados dentro de la seguridad social en Colombia se inició con la adopción de la Ley 100 de 1993, por cuanto desde los años cincuenta del siglo pasado se instauró en el país un esquema tal, cuando para el cubrimiento de la prestación social subsidio familiar se prescribió la adscripción de los empleadores a cajas de compensación familiar de naturaleza privada, que desde entonces y con el mismo carácter prestan un servicio de la seguridad social. Son las cajas de compensación familiar las operadoras privadas más antiguas de la seguridad social en el país.

La operación del sistema de compensación familiar registra algunas particularidades a saber:

1. Se financia mediante contribuciones exclusivamente a cargo de los empleadores —al igual que ocurre en el subsistema de riesgos profesionales—, cuyo importe no ha sido objeto de reajuste desde su establecimiento. En efecto, el aporte del 4% sobre la nómina con el que se financia la compensación familiar no ha sufrido incremento desde su adopción en 1957, a diferencia de lo ocurrido con los aportes a seguridad social en los ámbitos previsionales y de salud, que tanto por la necesidad actuarial prevista desde 1946 pero inejecutada por decisión política, como a partir de la reforma de 1993 han visto incrementado su valor.

Gráfico 6
Evolución de los aportes particulares:



Por el contrario, con los mismos recursos del 4% el Estado por decisiones legislativas ha arbitrado la ejecución de finalidades complementarias o diversas de las que constituirían el objeto inicial del sistema, incorporándolo a la ejecución de tareas de la promoción social y de la política pública social en general.

A diferencia de lo acontecido en otros frentes de la seguridad social, los recursos destinados al sistema de compensación familiar han sido empleados en otras finalidades sociales, sin llevar a cabo un proceso de actualización.

2. La compensación del sistema se ejecuta al interior de cada operadora sin que exista un esquema unificador o un mecanismo de reparto unificado o bolsa común. En efecto, la situación de sustentabilidad de caja de compensación familiar depende de las condiciones de la región en la que opere, sin que se apliquen mecanismos de soporte en un fondo público u otros mecanismos. En todo

caso conviene tener en cuenta que a partir de la adopción de la Ley 789 de 2002 se han venido implementado mecanismos de traslado de recursos entre cajas de compensación familiar, bien en su operación del subsidio familiar por el nuevo régimen de cuota monetaria a partir del Decreto 1769 de 2003, o en lo que se refiere a la operación del subsidio por desempleo.

3. No se aplica a su funcionamiento subsidio alguno por parte del Estado ni para el desarrollo de su objeto se incorporan recursos de origen fiscal. A similitud de lo ocurrido con el subsistema de riesgos profesionales, no hay aplicación de recursos adicionales para atender las prestaciones del subsidio familiar, no obstante que, a diferencia de aquel, la compensación familiar se estructura en un esquema solidario en el cual las prestaciones se causan para quienes presenten condiciones de necesidad económica (por bajos ingresos y cargas familiares), a partir de los aportes que se causan por los trabajadores de más altos salarios (solidaridad vertical) y por las empresas más compensadas (solidaridad horizontal).

4. Es el único subsistema de la seguridad social en el que se restringe la participación de los particulares que lo operan a entidades sin ánimo de lucro y de carácter corporativo.

Esta condición genera que por prescripción jurídica sea el único esquema institucional en el cual los empleadores aportantes tienen derechos de participación en las operadoras, en la medida en que, como ocurre en el caso de cualquier corporación civil (art. 633 C.C.), sus afiliados ostentan derechos y adquieren deberes respecto de la misma, entre los cuales figuran, de una parte, participar en las asambleas de afiliados, elegir y ser elegidos, y, de la otra, pagar oportunamente los aportes y cumplir la normatividad vigente y el reglamento de la caja.

5. Es el único subsistema de la seguridad social en el que por mandato legal se consagra la participación de los trabajadores en el máximo órgano directivo de las entidades operadoras. En efecto, desde la Ley 56 de 1973 se dispuso la presencia de dos representantes de aquellos en el Consejo Directivo de las cajas de compensación familiar, señalándose la paridad de participación a partir de la adopción del artículo 50 de la Ley 21 de 1982, en la forma en que fue sustituido por el artículo 1º de la Ley 31 de 1984; el artículo 22 de la Ley 789 de 2002 introdujo ajustes a dicha participación en cuanto al origen de los representantes para dar cabida a la vocería de trabajadores no sindicalizados, no obstante se preserva hasta hoy la concurrencia de cinco representantes principales y suplentes de los trabajadores afiliados, junto a los cinco voceros de los empleadores, en aplicación de los criterios de participación, cogestión y cogobierno que promueve la Organización Internacional del Trabajo. Se trata de un esquema institucional de alto valor, atípico hoy en el contexto del relacionamiento entre los sectores de capital y trabajo, que promueve la interacción de aquellos en pos de objetivos comunes, como son la productividad empresarial y el

bienestar laboral. De hecho puede sostenerse que la implementación de un modelo tal ha contribuido a la racionalización de las relaciones patrono/laborales en el país y, en alguna medida, ha restado espacio a la gestión de las organizaciones sindicales, en cuanto buena parte de las pretensiones de aquellas han tenido curso por conducto del sistema de compensación familiar, en temas como la vivienda, la recreación y la formación.

6. Es el único subsistema de la seguridad social en el que se facilita y promueve una operación multifuncional de sus administradoras, en la medida en que las cajas de compensación familiar prestan el subsidio familiar en dinero, pero lo cubren también en especie y en servicios y adicionalmente atienden prestaciones de vivienda de interés social y cobijan otros servicios de política social. A partir del reconocimiento del subsidio en la modalidad de servicios, las cajas han desarrollado un esquema de atención en servicios sociales –algunos abiertos al público–, a la vez que han podido ingresar a otros sectores económicos, de manera directa o mediante su participación en otras entidades, por lo cual hoy la operación del sistema de compensación familiar se caracteriza por su diversidad e integralidad, a la vez que por su presencia en distintos sectores de la economía nacional.

No se imagina la presencia de una entidad aseguradora de salud en el campo de la recreación o brindando servicios de formación universitaria, como tampoco a una administradora de fondos de pensiones brindando servicios de crédito, lo cual sí es del resorte propio de las cajas de compensación familiar.

Con esa perspectiva, las instituciones que más se les asemeja a aquellas son las cooperativas, en especial las de carácter multiactivo. En tal variedad de roles se identifica una de las principales fortalezas del sistema y de sus operadoras, pero también se adivina un factor de necesaria consideración en lo que respecta al rediseño del mismo. Por la búsqueda de atender necesidades de la población afiliada –y del público en general– así como de obtener nuevas fuentes de ingresos –por ejemplo a través de la administración de recursos de cooperación internacional–, ¿conviene que las cajas empleen sus esfuerzos en la provisión de servicios en forma directa o a través de terceros especializados en campos como el turismo, la educación o el crédito? ¿Hasta dónde dichos esfuerzos las alejan de la atención de la prestación esencial a su cargo o, por el contrario, en qué medida esa integralidad de servicios bajo un mismo enfoque asegura ofrecer a sus afiliados opciones para fortalecer sus condiciones de bienestar personal y familiar?

De otro lado y cuando el criterio de la especialización fue el prevalente en la reforma a la seguridad social de 1993, la operación de las cajas de compensación familiar caracterizada por su integralidad y multifuncionalidad, evoca en la actualidad el rol del ISS como operador central de la seguridad social, por lo que no es extraño que se piense en aquellas como ejecutoras de diversos servicios dentro de la protección social.

7. Es el único componente de la seguridad social que a través de sus operadoras, las cajas de compensación familiar, participa en forma activa y permanente en la ejecución de los servicios a cargo de los otros subsistemas. Ello en primer término por habilitación legal, pues desde la el artículo 217 de la Ley 100 de 1993 como por la reiteración expresa del artículo 16 de la Ley 789 de 2002, se faculta a las cajas a participar en los subsistemas de pensiones y salud; dentro de este último operan en calidad de aseguradoras y prestadoras, en los dos regímenes. No tienen restricción explícita para tomar parte en compañías aseguradoras que cubran el ramo de riesgos profesionales –aun cuando ha habido criterios de la Superintendencia del Subsidio Familiar opuestos a la participación en compañías de seguros–, cubren las prestaciones por desempleo y participan en el campo de los operadores de información para la administración de la planilla integrada de liquidación de aportes. Ello sin contar su múltiple y polifacética presencia en el ámbito más amplio de la protección social y de la política social, en campos como los de la vivienda (son oferentes de proyectos, organizan demanda y oferta, otorgan crédito hipotecario y reconocen subsidios familiares de vivienda de interés social), la atención de niños (en el cual concurre con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–) y la capacitación para la reinserción laboral, la formación y la intermediación (en concurrencia con el Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena–).

Diffícilmente podría imaginarse otra operadora de la seguridad social con presencia en tan diversos campos y con tan variado objeto social.

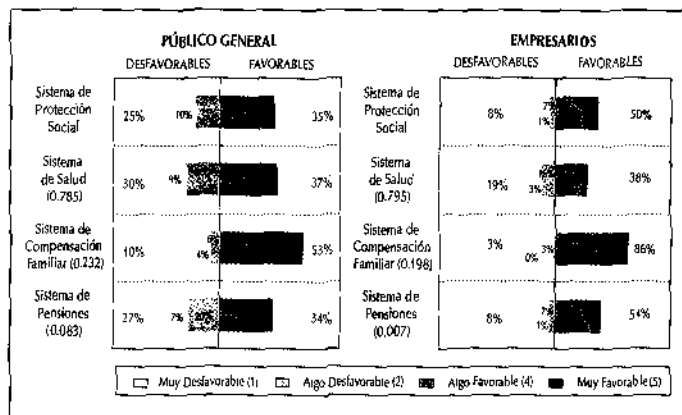
8. Es la única institucionalidad de la seguridad social que distribuye ingresos provenientes de su fuente de financiación parafiscal atípica para cubrir necesidades de otros subsistemas, en especial en el campo de la salud, para el cual destina el 5 o el 10% de los aportes dependiendo del tamaño de la caja, según lo preceptuado por el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, más el 6,25% con destino a programas de promoción y prevención y/o unificación de los planes de beneficios, conforme lo previsto por el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011. Puede sostenerse que el 25% del aporte patronal con el que se financia el sistema de compensación familiar está destinado por mandato de ley a fines sociales relevantes, más allá de los propósitos tradicionales del sistema.

9. Se trata así mismo del subsistema de la seguridad social en el que menor conflictividad se presenta, tanto por la naturaleza de las prestaciones que cubre como por la mayor claridad normativa que le aplica, en la medida en que el régimen del subsidio familiar es el que menos reformas ha tenido, conservándose en buena medida desde la década de los años ochenta del siglo pasado, lo que contrasta con la complejidad e inestabilidad de los regímenes de pensiones, salud y riesgos profesionales en el país.

10. Con el Sena y el ICBF comparte los lugares de mejor percepción pública y aceptación ciudadana, en la medida en que su tarea es valorada positi-

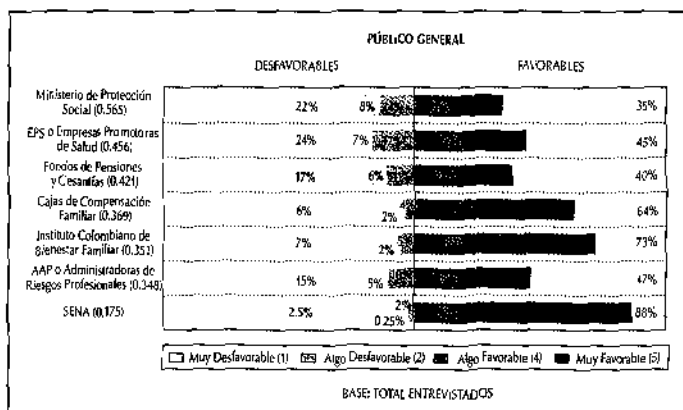
vamente por los empleadores y por sus usuarios, particularmente si se compara la acción de las cajas de compensación familiar con otras operadoras de la seguridad social.

Gráfico 7
Imagen del sistema de protección social: Público general y empresarios



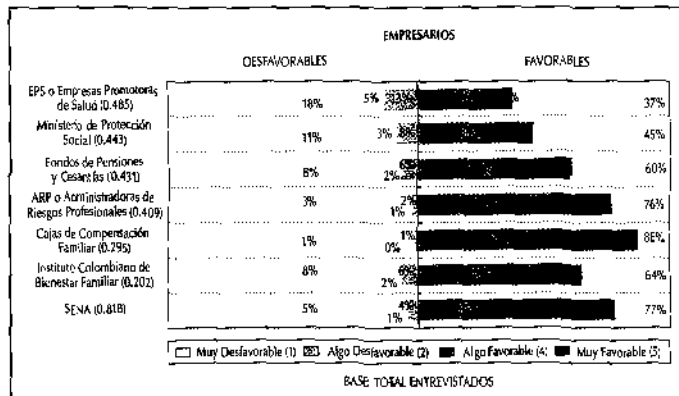
Fuente: Encuesta realizada por Invamer para Asocajas, septiembre/octubre de 2008, presentada en el Congreso Asocajas de 2008.

Gráfico 8
Imagen de los componentes del sistema de protección social. Público general



Fuente: Encuesta realizada por Invamer para Asocajas, septiembre/octubre de 2008, presentada en el Congreso Asocajas de 2008.

Gráfico 9
Imagen de los componentes del sistema de protección social
Empresarios



Fuente: Encuesta realizada por Invamer para Asocajas, septiembre/octubre de 2008, presentada en el Congreso Asocajas de 2008.

11. Se trata de un subsistema que financia sus servicios en parte con el recaudo de ingresos diferentes a los que provienen de los aportes, no solamente del orden financiero, sino además por la prestación de servicios por los cuales cobra tarifas diferenciales en razón de la condición de los usuarios, como afiliados (beneficiarios o no) o no afiliados al sistema. Ello implica que beneficios prestacionales y de la seguridad social se apalancan en la operación comercial que despliegan las cajas de compensación familiar, circunstancia plenamente extraña a una administradora de fondos de pensiones o a una entidad promotora de salud.

12. Las cajas de compensación familiar son las únicas operadoras de la seguridad social a las que la ley habilita para desarrollar bajo un esquema de patrimonio autónomo funciones en el campo de la intermediación financiera. En efecto, la Ley 920 de 2004 prescribió esa posibilidad para dichas corporaciones, con lo cual el Estado les reconoció la opción de prestar servicios sociales como el del crédito, con el cual podrán obtener ingresos diferentes a los del aporte para asegurar su permanencia institucional.

13. Una diferencia conceptual de base que debe tenerse en cuenta en lo relacionado con la naturaleza de la contingencia o necesidad cubierta por el sistema de subsidio familiar es la relacionada con que, en el caso de este, los beneficios se generan por hechos deseables, esperados o controlados por los titulares, cuales son los relacionados con la integración y composición de la familia; esto es, la descendencia o el matrimonio mismo, que en muchos sistemas es cu-

bierto con prestaciones desde este ramo, se aprecian por el beneficiario no como hechos futuros inciertos que los afectarán negativamente, sino que son esperados y deseados y que además se constituyen en factores esenciales de desarrollo humano y social. No puede predicarse lo mismo de la inactividad laboral por incapacidad o de la enfermedad, contingencias que se aprecian como negativas en cuanto afectan la independencia del sujeto para proveer su sustento y desarrollo. Esto segundo se plantea respecto de las prestaciones por desempleo, que en el caso de Colombia se han adscrito a las propias cajas de compensación familiar y que sí obedecen a hechos no deseables, de tal manera que se causan en razón del denominado en Europa paro forzado o desempleo involuntario.

En cuanto tiene que ver con el esquema mismo de operación, cabe mencionar que las cajas de compensación familiar ostentan el carácter de administradoras de la prestación social subsidio familiar a nombre de los empleadores o cooperativas que son los titulares o responsables de aquella. Esto significa que no despliegan su labor en condición de aseguradoras, sin que pueda señalarse que el esquema de compensación familiar implica la ejecución de un modelo de aseguramiento en sentido estricto.

Aun cuando, como se señalará en otro momento, algunas providencias judiciales de tutela en defensa del interés de los beneficiarios de la prestación, en particular de los menores de edad por ser sujetos con especial protección constitucional al amparo de lo establecido por el artículo 44 de la Carta Política, han reconocido el pago del subsidio sin aporte del empleador, en razón del rol de administración que es propio en el sistema, se entiende que si el empleador no cancela el aporte correspondiente, no procede el pago de la prestación. Así mismo en sentido preciso las cajas no son responsables de administrar el riesgo del sistema (la ocurrencia de cargas familiares) ni el riesgo financiero, pues su gestión se concreta en recaudar adecuadamente, custodiar y emplear diligentemente los aportes que percibe.

Lo anterior no es óbice para señalar que si las mismas corporaciones asumen el rol de EPS en ese carácter actúan como aseguradoras de salud, concurriendo en ellas una doble condición jurídica, lo que, dicho sea de paso, no es efecto de poco impacto jurídico y práctico y respecto del cual también se diferencia la operación del subsistema de otros, pues no cabe posibilidad que una administradora de fondo de pensiones en razón de su objeto específico pueda desempeñarse en la administración del ramo de seguros por riesgos profesionales, por ejemplo, mientras que la dualidad de naturaleza sí se permite a las cajas de compensación familiar.

Otra condición diferenciadora en la operación de estas es la relacionada con el surgimiento bajo su administración de fondos diversos de naturaleza pública —pues se nutren con recursos provenientes del aporte del 4%—, a partir de los cuales cumplen las funciones más recientemente entregadas por el legislador a su cuidado. En efecto, bajo el expediente de la Ley 49 de 1990 y luego de las le-

yes 100 de 1993, 633 y 789 de 2002, 920 de 2004 y 1438 de 2011, se han creado fondos de administración individual o conjunta por parte de las cajas, sin que los recursos salgan de su órbita hasta que se satisfacen los bienes colectivos a su cargo. Se trata en efecto del Fovis, del Foniniez y del Fonedo, que si bien están afectados a fines públicos definidos por el legislador, están sometidos a administración de la propia caja, por lo cual en nuestro concepto y como se expondrá posteriormente, dichas corporaciones cumplen como empresas sociales el rol de fiduciarias de gestiones públicas y de la seguridad social en el país, pues con una misma estructura administrativa y con fuente unificada de recursos – excepto la habilitación para recaudar a horro público– atienden diferentes servicios con responsabilidades particulares frente a cada uno de ellos.

3. CONDICIONES DEL RÉGIMEN GENERAL DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN COLOMBIA⁽¹⁾

La regulación del régimen de subsidio familiar en Colombia se concreta en las disposiciones de la Ley 21 de 1982, en la forma en que fue modificada por la Ley 789 de 2002 y de los decretos 2463 de 1981 y 2150 de 1992, e implica lo previsto por el Decreto 1769 de 2003 en cuanto cuota monetaria, así como las previsiones contenidas en disposiciones reglamentarias, entre ellas los decretos 341 de 1988, 784 de 1989, 827, 2286 y 2340 de 2003.

Las principales instituciones del régimen se concretan en las siguientes.

El subsidio familiar es una prestación social de los trabajadores de medianos y menores ingresos, que constituye así mismo un beneficio del sistema de seguridad social, en cuanto satisface la contingencia de contar con cargas familiares.

Los requisitos para acceder al subsidio familiar en Colombia son los siguientes:

- a) Devengar hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales y, en todo caso, seis (6) salarios mínimos mensuales por concepto de ingreso familiar, esto es, considerando los del cónyuge o compañero permanente;
- b) Laborar al menos noventa y seis (96) horas al mes;
- c) Tener personas a cargo.

Las personas que dan lugar a subsidio familiar, según el criterio legal, son:

- d) Los hijos, hasta los 18 años de edad (antes de cumplir los 19 años de edad). Cuando tengan doce (12) años o más, deberá acreditarse la escolaridad de los mismos;

(1) Para profundizar sobre el particular, consúltese Cortés González, Juan Carlos. *El sistema de subsidio familiar en Colombia: Hacia la protección social*.

e) Los hermanos, huérfanos de padres y que dependan económicamente del trabajador beneficiario;

f) Los padres del trabajador, sin ingreso o renta y que dependan económicamente de aquel.

Los mismos hijos dan derecho a subsidio familiar para los dos padres en el caso en que ambos estén afiliados al sistema y los ingresos familiares no superen los cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales.

La aplicación de la doctrina constitucional en materia de familia material en la seguridad social puede impactar el aludido criterio legal, en cuanto a la extensión de los beneficios para el caso de trabajadores con menores a su cargo, no obstante respecto de ellos no tengan la condición de padres.

El subsidio familiar se reconoce a través de tres modalidades:

— En dinero, a través de la cuota monetaria de subsidio.

— En especie.

— En servicios.

El reconocimiento de la prestación social, si bien está a cargo del empleador, debe hacerse exclusivamente por conducto de la caja de compensación familiar a la cual aquel esté afiliado.

El empleador solamente puede afiliarse a una caja de compensación territorial que opere en la jurisdicción del departamento en el que tenga asiento su empresa. En caso de contar con personal en diferentes departamentos, podrá afiliarse a varias cajas; está prohibido el fraccionamiento de nómina.

Se debe tener en cuenta que el subsidio familiar se debe pagar en el lugar en el que se causen los salarios, esto es, en el sitio en el cual se presten los servicios personales a cargo del trabajador.

La actividad del sistema llevó a la prestación de los servicios sociales, representados en un amplio espectro de actividades de interés general, descritas actualmente por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002.

Entre ellos se citan la recreación y el deporte, la cultura, las bibliotecas, la vivienda, la capacitación, la atención materno-infantil, la protección para adultos mayores, el mercadeo y el crédito.

Son afiliados al sistema de subsidio familiar las siguientes categorías de personas:

a) *En forma obligatoria*

Los trabajadores dependientes subordinados, sin importar el tamaño ni la condición del empleador que tengan la condición de trabajadores permanentes. Por criterio del Ministerio de la Protección Social los trabajadores del

servicio doméstico no son afiliados obligatorios al sistema, por no reunir las características de permanentes, en la medida en que la familia no constituye una unidad de explotación económica. Los servidores públicos integran el sistema a partir de 1963.

Los trabajadores cooperados en cooperativas o precooperativas de trabajo asociado que facturen el año anterior más de cuatrocientos treinta y cinco (435) salarios mínimos legales mensuales.

b) *En forma voluntaria*

Los pensionados, conforme la Ley 71 de 1988.

Los trabajadores independientes y los contratistas.

Los trabajadores cooperados no obligados.

Los desempleados; respecto de ellos téngase en cuenta que cuentan con un período de protección laboral de un año, contado desde el momento del cese de su vinculación laboral.

Las demás poblaciones no obligadas, como residentes en el exterior, extranjeros residentes en Colombia, miembros de comunidades religiosas, los que pueden afiliarse bajo la modalidad de facultativos o por convenio.

El subsidio familiar solamente se causa a favor de los trabajadores subordinados y cooperados afiliados obligatoriamente a las cajas de compensación familiar.

El Decreto 1769 de 2003 contiene el régimen de la cuota monetaria de subsidio familiar, a partir del establecimiento de cuotas de referencia departamentales, con el cual se persigue reducir la diferencia de las ofrecidas por cada caja de compensación familiar. Esta homologación, así como el régimen de control al crecimiento de las cajas de compensación familiar en cuanto a sus niveles de aportes frente a los de subsidios, entraron en plena operación a partir de 2009, año en el que terminó el período de transición establecido por dicho decreto.

Las cajas de compensación familiar son entidades particulares, organizadas bajo la forma de corporaciones sin ánimo de lucro, que deben reunir los requisitos de ley en cuanto a su creación, la cual, como en general en lo que atañe a la organización y funcionamiento de aquellas, está sometida a la inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

La dirección del sistema de subsidio familiar corresponde al Ministerio de la Protección Social y al Consejo Superior del Subsidio Familiar pese a que su operación ha desaparecido⁽²⁾.

(2) Art. 81 L. 21/1982.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS PRESTACIONES A CARGO DEL SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR

El sistema de subsidio familiar a través de sus operadoras, las cajas de compensación, ha terminado ejecutando una importante variedad de finalidades de interés colectivo, por lo que se torna difícil precisar las tareas que hoy tiene a su cargo.

Lo anterior, además, por cuanto la amplitud de los servicios sociales ejecutados por las cajas, y la forma de ejecutarlos, ha hecho que resulten involucradas en la prestación de actividades complementarias, estimuladas además por la búsqueda de fuentes alternativas de financiación y por las posibilidades asociativas para su funcionamiento.

No obstante pueden identificarse las siguientes áreas en cuanto a las prestaciones a cargo del sistema:

a) *Prestaciones clásicas de la seguridad social*

Corresponden a aquellas que ejecutan las cajas de compensación familiar y que son catalogadas por la normatividad y la doctrina como propias de un sistema de seguridad social. En el caso del sistema, estas prestaciones son (i) el subsidio familiar, (ii) los beneficios por desempleo y (iii) los servicios sociales. La primera de tales, que además corresponde al origen histórico del sistema, es la prestación por cargas familiares, que en Colombia se denomina subsidio familiar.

En efecto, el ramo de las asignaciones familiares se encuentra contemplado dentro de las ramas clásicas de los sistemas de seguridad social, en los términos del Convenio 102 de la OIT o de normas mínimas, así como en la Ley 516 de 1999 que incorporó a nuestra legislación al Código Iberoamericano de Seguridad Social adoptado en Madrid en 1995.

Se trata de la cobertura por la contingencia de tener personas a cargo, cuya atención desequilibra los ingresos familiares y genera para el Estado la obligación de responder mediante la asignación de subsidios en proporción al número de personas que correspondan al beneficiario.

De otro lado, dentro de la misma clasificación, se encuentran las prestaciones por paro forzoso o desempleo, las cuales corresponden a una rama de la seguridad social.

En Colombia, si bien desde la Ley 90 de 1946 se contemplaba la posibilidad para que el entonces Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (ICSS) desarrollara las coberturas por desempleo y que la Ley 100 de 1993 contemplaba igualmente al opción de desplegar subsidios para cubrir la contingencia del paro

no voluntario, solamente a raíz de la Ley 789 de 2002 será cuando con carácter nacional e imperativo se crean las prestaciones por desempleo, las que se concretan en los beneficios de (i) un subsidio en especie y (ii) de capacitación para la reinserción laboral comprendiendo además el otorgamiento de microcréditos a las empresas que generen empleo.

Las prestaciones por desempleo por su ubicación en la ley se citan ordinariamente como propias de la protección social, si bien, como se ha hecho notar, teniendo en cuenta su naturaleza, son propias de los sistemas clásicos de seguridad social.

De lo anterior se colige que con independencia de la fuente de recursos y de la naturaleza de las operadoras, en Colombia coberturas de la seguridad social se satisfacen por medio del sistema de subsidio familiar: las del ramo de las asignaciones familiares, las de protección al desempleo y los servicios sociales.

b) *Prestaciones por servicios sociales*

Históricamente la posibilidad de reconocer el subsidio familiar en especie y servicios hizo que las cajas de compensación familiar desarrollaran una gama de prestaciones bajo la denominación genérica de servicios sociales.

Inicialmente el listado de dichos servicios bajo responsabilidad de las cajas estaba contenido en el artículo 62 de la Ley 21 de 1982 y, posteriormente, fue ampliado por lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 789 de 2002.

En términos generales, hablar de servicios sociales en cuanto se trata del sistema de subsidio familiar implica hacer referencia a aquellos beneficios que se otorgan a los afiliados a través de prestaciones en los campos de la recreación, la cultura, la educación, las bibliotecas, el deporte, la nutrición, el cuidado de adultos mayores, el turismo, el mercadeo, la salud y el crédito, para los cuales se aplicarán tarifas subsidiadas, si se trata de ofrecerlos a trabajadores beneficiarios del subsidio familiar, o tarifas inferiores al mercado y, en todo caso, competitivas, no subsidiadas si se trata de afiliados no beneficiarios.

Téngase en cuenta que en Colombia el concepto de servicios sociales desde la perspectiva de la seguridad social está definido por el título IV de la Ley 100 de 1993, el cual acota el reconocimiento de beneficios para adultos mayores en condición de indigencia, y que normas reglamentarias precisan para ellos el campo de los servicios sociales que habrán de reconocérseles, bajo la categorización de servicios básicos y de servicios complementarios.

Los servicios sociales son pues desarrollo en Colombia de prestaciones de la seguridad social, que amplían por ley el espectro de aquella y persiguen la consolidación del bienestar de los beneficiarios.

Algunos de los servicios sociales de las cajas pueden ser prestados al público en general, sin importar su condición de afiliado a la corporación, tal como acontece con las áreas de mercadeo y de recreación. En estos casos, las tarifas que se apliquen deberán cubrir los costos, sin que quepa opción alguna de subsidio, rigiéndose por un esquema de mercado; los aludidos servicios además no pueden comprometer recursos del aporte patronal del 4%, por lo que deberán prestarse con autonomía financiera y contable y tener el carácter de autocosteables.

Algunos servicios cuentan con un régimen especial y con recursos de destinación específica por ley, tal como ocurre con el servicio de educación, respecto del cual se aplica un subsidio regulado a partir de la Ley 115 de 1994, que implica la afectación de un porcentaje de los recursos provenientes de los aportes de los empleadores del 4%.

La ejecución de los servicios sociales de las cajas se rigen por las normas generales de la actividad de que se trate, sin perjuicio de la aplicación de normas especiales, y subsidiariamente de los principios propios al sistema. Ello implica que el marco regulatorio, por ejemplo del servicio de recreación, debe responder a la normatividad nacional y territorial que aplique en el campo específico, lo mismo que acontece frente al servicio de educación; el ámbito del crédito social ofrecido por las cajas cuenta con un régimen propio, al cual por principio no se le aplican las regulaciones y controles generales para las instituciones que realicen actividad de intermediación financiera, excepto operen las cajas secciones especializadas dedicadas a tal rol, en los términos de lo dispuesto por la Ley 920 de 2004.

Es imprescindible así mismo hacer claridad en cuanto a que algunos de los servicios adicionales bajo responsabilidad de las cajas tienen origen en la ley y no están contemplados en el régimen especial del sistema de subsidio familiar.

Así acontece en el caso de los servicios de salud ocupacional cuya prestación se autoriza a las cajas en cuanto hace con sus empresas afiliadas y con la prestación de servicios de nutrición, aun para población no afiliada. En el campo del deporte es preciso reconocer adicionalmente que la Ley del Deporte asigna responsabilidades a las cajas en la ejecución del plan nacional en la materia.

c) *Prestaciones de vivienda*

Capítulo especial merece el servicio de vivienda que reconoce el sistema de subsidio familiar, fundamentalmente en lo que corresponde a la causación y el pago del subsidio familiar de vivienda de interés social, en sus manifestaciones de subsidio a la oferta (anticipos de subsidios para la financiación de proyectos de vivienda de interés social) y de subsidio a la demanda.

En efecto, el sistema reconoce dentro de sus prestaciones subsidio de tal naturaleza para las familias afiliadas —y en caso que sobren recursos a familias no

afiliadas—, el cual consiste en un aporte único gratuito que se paga al hogar beneficiario, para efectos de complementar la financiación para la adquisición de vivienda que se catalogue como de interés social.

El sistema de financiación de la vivienda para personas de menores ingresos en Colombia se ha soportado hasta recientes reformas en un trípode de fuentes, a saber: (i) el ahorro, (ii) el crédito y (iii) el subsidio.

El sistema responde pues por el subsidio, reconociendo tal prestación a los hogares postulados que acrediten las condiciones de ley.

Si bien la vivienda y el derecho de acceso a ella en condiciones de dignidad no están contemplados expresamente como componentes del sistema de seguridad social, pese a que la propia Corte Constitucional ha reconocido que en términos amplios así debiera ser, se trata de un beneficio que se confiere por el Estado a la familia como mecanismo de protección y generación de capital humano.

El otorgamiento de los subsidios de vivienda y, en general, la actuación de las cajas como organizadoras de demanda y de oferta de vivienda en Colombia se constituye en una función de alto impacto, mediante la cual se ejecuta la política social del Estado y que corresponde en esencia al núcleo de la seguridad social.

d) *Prestaciones de la protección social por delegación del Estado*

En las últimas dos décadas, el Estado ha trasladado a la operación del sistema una serie de funciones de interés público, con cargo a los recursos provenientes de los aportes del 4% y cuya población beneficiaria no necesariamente son los afiliados a las cajas de compensación familiar.

Se trata de la materialización del principio de la colaboración de particulares en la prestación de funciones de interés general, a partir del postulado de la participación sociedad/Estado, propio por esencia del sistema de subsidio familiar.

En esa virtud, las cajas figuran como operadoras de actividades relacionadas (i) con la atención de niños pobres, tanto en programas de hogares infantiles, como de jornada escolar complementaria, así como (ii) con la financiación del régimen subsidiado de salud, bien actuando como aseguradoras o a través del giro de recursos a la subcuenta de solidaridad del Fosyga.

Igual, podría decirse, ocurre en el caso de las prestaciones para desempleados, a las cuales sin embargo, y teniendo en cuenta su naturaleza, hemos ubicado en un capítulo anterior, considerando además que en este evento lo que surge es un nuevo relacionamiento de las cajas con los beneficiarios de dichas prestaciones, los cuales habrán de entenderse como vinculados a las aludidas corporaciones.

e) *Prestaciones sociales acordadas con el Estado*

Se trata del amplio espectro que corresponde a la prestación de servicios por las cajas de compensación familiar a partir de delegación o contratación con entidades públicas, del orden nacional o territorial, y mediante los cuales se ejecuta la política social a cargo del Estado.

Múltiples son los ejemplos y variadas las opciones al respecto, en particular considerando que el sistema permite desarrollar alternativas de ejecución de tareas públicas con la colaboración de particulares.

Un esquema típico al respecto tiene que ver con la operación de las cajas como contratistas del Estado en materia de trámites y reconocimiento de subsidios familiares de vivienda de interés social para población no afiliada, con recursos del Fonvivienda, la cual se materializa a través de una unión temporal de todas las cajas del país.

Como se aprecia, en esta modalidad de gestión el sistema contribuye a la realización de fines públicos, descargando al Estado de tareas que antes asumía en forma directa y mediante el reconocimiento de sumas por la gestión o comisiones por la prestación del servicio.

Un segundo tipo de tareas asumidas por las cajas en este componente es el que surge por la celebración de contratos con las entidades públicas. Con esta perspectiva las cajas se asumen como proveedoras especializadas de servicios, para los fines relacionados con las funciones a su cargo.

De tal suerte, proceden a celebrar convenios con las entidades públicas mediante los cuales ejecutan a nombre de aquellas, tareas de interés colectivo y con cargo a recursos públicos que administran para esos fines.

Al efecto, se recurre no en pocas ocasiones a posibilidades de cofinanciación para soportar el logro de propósitos generales.

Un tercer frente en la materia tiene que ver con la opción de aplicar recursos de cooperación internacional para el desarrollo de proyectos, con la participación adicional del Estado o de otros actores.

Finalmente, se considera que un cuarto componente de este capítulo de servicios es el que se materializa a partir de la asociación con entidades públicas para la ejecución de roles de la seguridad social o la política social.

Dentro de este, existe una variedad a su turno de opciones:

— Operación directa o por asociación en entidades de la seguridad social, bien en fondos de pensiones, en entidades promotoras de salud, en administradoras de riesgos profesionales y en instituciones prestadoras de servicios de salud. Algunas cajas operan bajo su propia personería un programa EPS.

— Actuación directa o por asociación en calidad de operadores de información dentro del sistema de planilla integrada de liquidación de aportes.

— Asociación para la constitución de instituciones de la seguridad social, modelo de especial interés y oportunidad, en particular en lo que corresponde a la integración de esfuerzos público/privados para la asunción de labores de aseguramiento en salud que correspondía al ISS y que ahora ha sido asumido por una sociedad anónima mixta con participación de cajas de compensación familiar, es decir del sistema como tal. Igual ha acontecido con la operación de empresas sociales del Estado, en cuya administración han ingresado cajas de compensación familiar, mediante la unión de esfuerzos con otros actores relacionados con la salud. Este esquema asociativo se constituye en uno de los más atractivos modelos de gestión, que combina las ventajas de la gestión privada con el aseguramiento de fines colectivos y debe ser objeto de especial seguimiento en cuanto a sus resultados y proyecciones, pues el mismo podría ampliarse a otras opciones, como por ejemplo la prestación de los servicios en materia de riesgos profesionales y con una posible participación de las cajas en la sociedad que sustituyó la operación en ese campo del ISS.

Como se aprecia, son múltiples las opciones de servicio a cargo del sistema de subsidio familiar.

Esta reflexión reafirma la necesidad de reconceptualizar dicho sistema a partir de un análisis sobre su propia denominación, pues es claro que en Colombia el sistema de subsidio familiar cubre bastantes más funciones que las que le correspondían en el campo de las asignaciones familiares.

Todo análisis sobre la materia debe considerar la complejidad de este aspecto y reflexionar sobre la conveniencia de mantener la pluralidad funcionalista del sistema, así como tomar en cuenta las combinaciones de operación, reconociendo los logros alcanzados por las cajas en la gestión de estos servicios.

Es claro, igualmente, que no todas las cajas del país cubren las mismas prestaciones (excepto las de origen legal obligatorio) ni tienen las mismas posibilidades de desarrollo en la materia, asunto que deberá considerarse en un replanteamiento general del sistema, que, sin desechar la historia, debe adaptar el sistema a las realidades actuales y a las necesidades de la sociedad colombiana del siglo XXI.

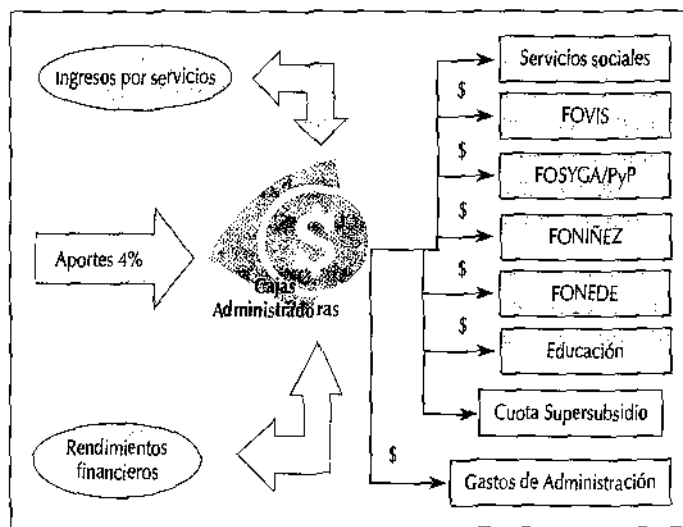
5. FINANCIACIÓN DEL SISTEMA Y APORTES PARAFISCALES

Los aportes parafiscales constituyen la causa principal de ingresos para las cajas de compensación familiar, no obstante estas han avanzado en la diversificación de fuentes de financiación, entre las cuales destaca por ejemplo la importancia que tiene en este campo el rubro del mercadeo y el de salud.

En general, podemos afirmar que el sistema se nutre principalmente de ingresos por las siguientes fuentes:

- a) Aportes de los empleadores y de los afiliados voluntarios;
- b) Tarifas por servicios sociales;
- c) Rendimientos de capital y financieros;
- d) Actividades contractuales;
- e) Otros.

Gráfico 10
Flujo general de recursos en el sistema de compensación familiar



A partir de estas reflexiones, conviene dar una mirada a lo que representan los aportes parafiscales para el sistema, con base en un análisis general sobre la materia.

La parafiscalidad constituye una forma de financiar actividades de interés general, a partir de exacciones obligatorias que impone el Estado a sus administrados.

En nuestro ordenamiento constitucional, tanto los recursos fiscales como los parafiscales ostentan la condición de recursos públicos⁽³⁾.

(3) Sentencia T-712 de 2003, Corte Constitucional.

El aporte de la institucionalidad colombiana en materia de parafiscalidad es de especial importancia, pues fue precisamente la aplicación de recursos en el sector del café la que dio origen a este modelo de financiación.

En efecto, el surgimiento de una cuota pagada por los productores de café sobre los producidos, cuyo importe se debía destinar al fortalecimiento del sector caficultor, generó el modelo parafiscal, con características propias, entre estas:

- a) Ser de carácter obligatorio;
- b) Originarse y destinarse para un sector económico;
- c) Atender finalidades de interés colectivo;
- d) No ingresar al tesoro público;
- e) Aplicar en su administración un modelo de gestión privada.

La Corte Constitucional ha indicado, por su parte, las características jurídicas de la parafiscalidad, precisamente al referirse a la operación del Fondo Nacional del Café⁽⁴⁾, señalando entre ellas las que se refieren a la obligatoriedad de la exacción, la particularidad del sujeto gravado (afectan a un sector económico), la particularidad y especificidad de los beneficiarios del aporte (se reinvierten en el sector que aporta) y la no individualización de los beneficios (en tanto benefician al sector y no a sujetos particulares).

Uno de los temas materia de disquisiciones en lo que respecta a la doctrina de la hacienda pública tiene que ver precisamente con la naturaleza y los alcances de este tipo de contribuciones y su relación con los ingresos de origen fiscal.

Lo anterior particularmente si se tienen en cuenta algunos elementos básicos para la discusión, a saber:

- a) La prohibición constitucional de la creación de impuestos con destinación específica;
- b) La financiación de la seguridad social en Colombia a partir de aportaciones de naturaleza parafiscal, mediante el esquema de cotizaciones;
- c) La confusión de conceptos que ha llevado indistintamente a hablar de impuestos sobre la nómina, cuando se hace referencia a aportaciones de naturaleza parafiscal;
- d) La aplicación de parte de las cotizaciones en el sistema de seguridad social –también en el campo del sistema de subsidio familiar– a la financiación de

(4) Sentencia C-449 del 9 de julio de 1992, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez.

finés públicos (no para el cubrimiento de beneficios del aportante o de un grupo específico), ordinariamente cubiertos por recursos provenientes de impuestos, como en el caso del traslado de recursos para la financiación del régimen subsidiado de salud.

De manera particular, en el caso del sistema de subsidio familiar es preciso registrar así sea brevemente la historia sobre el entendimiento de los aportes pagados por los empleadores, con el fin de financiar las prestaciones del mismo.

En el inicio y congruentemente con la interpretación histórica en virtud de la cual el subsidio familiar se reconocía como prestación social de los trabajadores de medianos y menores ingresos, los aportes pagados por los empleadores a las cajas para la atención de esa prestación se reconocían como recursos de fuente laboral, cancelados para la administración de operadores especializados, sin naturaleza parafiscal.

En el ciclo de los beneficios por asignaciones familiares, si el empleador no pagaba el aporte, obviamente no había reconocimiento de subsidios ni obligaciones a cargo de las cajas, que actuaban como meras administradoras.

Se planteaba entonces un carácter "laboral" de dichos aportes, en la medida en que su finalidad estaba afectada por un pago de origen tal, tanto en el sector privado como en el público y considerando que en Colombia el sector público está obligado a la afiliación al sistema de subsidio familiar desde la década del sesenta del siglo pasado.

En ese sentido se expresaba el artículo 2° de la Ley 225 de 1995 y se alzaron las voces del sistema, de manera recurrente.

No obstante ese origen, posteriormente se fue dando un giro en la interpretación del asunto, primero por la jurisprudencia constitucional y posteriormente por la normatividad, y se reconoció a los aportes con destino al sistema de subsidio familiar, al Sena y al ICBF, la condición de contribuciones parafiscales.

Téngase en cuenta en este punto que en las últimas dos décadas ha operado lo que podríamos identificar como la segura socialización del sistema, en la medida en que, sin perder de vista el origen prestacional laboral del subsidio familiar, las asignaciones familiares han sido reconocidas como prestaciones del sistema de seguridad social, tal como se ha comentado.

Esta tendencia de clara explicación a partir del garantismo humanista que informa la Constitución Política de 1991 en Colombia implica por ejemplo que mediante decisiones judiciales se ordene el pago del subsidio a favor de hi-

jos menores, no obstante no haber sido cancelados los aportes por el empleador correspondiente.

La Ley 789 de 2002 constituye el hito normativo por el cual se dio expreso reconocimiento al carácter parafiscal de los aludidos aportes.

Por su parte, se aprecian ya voces de la doctrina constitucional que se refieren a estos y los califican con un nivel de especificidad propio y como aportes parafiscales atípicos. Esto se da en pronunciamientos tales como la Sentencia C-1173 de 2001 de la Corte Constitucional, con ponencia de Clara Inés Vargas:

“No obstante, habría que precisar que estas contribuciones son rentas parafiscales atípicas si se repara en el elemento de la destinación sectorial, toda vez 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. Al respecto debe anotarse que para la jurisprudencia constitucional el concepto de grupo socioeconómico supera la noción de sector, y debe entenderse en un sentido amplio, en tanto y en cuanto el beneficio que reporta la contribución no sólo es susceptible de cobijar a quienes directa o exclusivamente la han pagado, sino que también puede extenderse a quienes en razón de los vínculos jurídicos, económicos o sociales que los ligan para con el respectivo grupo pueden válidamente hacer uso y aprovechar los bienes y servicios suministrados por las entidades responsables de la administración y ejecución de tales contribuciones”.

En Sentencia C-015 de 2004, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda, se afirma al respecto:

“Reitera la Corte que los recursos del subsidio familiar no son contribuciones parafiscales típicas puesto que no reúnen, en sentido estricto, el requisito del origen y destinación sectoriales, lo cual no obsta para que sean una especie de parafiscalidad, como lo ha señalado la Corte”.

Y esto con plena lógica, pues es imperativo reconocer la diferencia conceptual existente entre las aportaciones parafiscales y los aportes al sistema de seguridad social, en especial de aquellos con destino a la financiación del subsidio familiar en Colombia.

Apréciese cómo la parafiscalidad no es exclusiva del subsidio familiar y que por el contrario se constituye en una forma de financiar servicios para sectores económicos nacionales.

En ocasiones, parece que el debate sobre la financiación parafiscal se restringe exclusivamente el ámbito del sistema estudiado, desconociendo que aportes parafiscales se aplican en muchos campos de la economía nacional, sin que se

aluda ni tampoco se analice el impacto de estos parafiscales en la productividad y en la generación de empleo formal en el país.

Por las características de lo parafiscal atrás referidas, es claro que los aportes que un sector productivo genera, a partir de un mandato legal (principio de legalidad del tributo), y que se destinan a financiar servicios para ese mismo sector tienen tal condición.

Así acontece con la amplia gama de aportaciones parafiscales en Colombia, entre ellas las del café, las del sector porcícola, las pagadas por los hortifruticultores, las del sector panadero, para no mencionar sino algunas de ellas⁽⁵⁾.

No obstante, los aportes a la seguridad social y al sistema de subsidio familiar distan de la típica categorización parafiscal, en particular por las siguientes razones:

a) No gravan a un "sector" de la economía nacional, sino que por el contrario se busca que sean originados por todos los residentes en el país. En efecto, y si bien puede considerarse que son propias del sector trabajo, la aplicación de la universalidad promueve que se vinculen a la seguridad social sectores informales y que, por ende, ellos también aporten a su financiación; lo anterior cobija igualmente a los desempleados, quienes por ejemplo pueden seguir afiliados como voluntarios a las cajas de compensación familiar, y se busca que igualmente se generen mecanismos de seguros públicos y privados, para que puedan continuar aportando a los subsistemas de pensiones y salud. Lo anterior implica que la aportación parafiscal para la seguridad social grava por esencia a todos los residentes en un país, con lo que se rompe una característica específica de la parafiscalidad ordinaria.

b) No se establecen en beneficio de un "sector" determinado de la economía: el que genera el aporte. Por las mismas razones expuestas en el ítem anterior, los aportes al sistema de subsidio familiar sirven a la generalidad de los residentes, considerando que la seguridad social busca cubrir a toda la población. El sistema de subsidio familiar extiende sus beneficios a poblaciones de trabajadores con contrato laboral, pero adicionalmente a trabajadores informales, independientes y desempleados. Es decir, los aportes al sistema benefician al sector del trabajo, pero con una visión amplia (sector formal e informal), y extienden su cobertura a desempleados, con lo cual se rompe la noción restringida de sector que se aplica para definir los aportes parafiscales típicos.

(5) Algunas disposiciones que contemplan obligaciones parafiscales son las siguientes: Ley 89 de 1993, sobre Fondo Nacional del Ganado; la Ley 117 de 1994, sobre el Fondo Nacional Avícola; la Ley 40 de 1990, sobre el Fondo de Fomento Panelero; la Ley 138 de 1994, sobre el Fondo de Fomento Palmero; la Ley 686 de 2001, sobre el Fondo de Fomento Cauchero; la Ley 543 de 1999, sobre el Fondo Nacional del Tabaco; la Ley 219 de 1995, sobre el Fondo de Fomento Algodonero; la Ley 300 de 1996, sobre el Fondo de Promoción Turística.

c) Individualización de beneficiarios y de beneficios. En general, los aportes hechos al sistema de seguridad social, incluidos los que realizan los empleadores para cubrir las prestaciones del subsidio familiar, tienen un fin particular, en la medida en que se realizan para cubrir beneficios de los afiliados y que, no obstante financiar al sistema integral y sus subsistemas y destinarse en parte al aseguramiento de poblaciones excluidas (lo que hace que su aplicación tenga vocación universal y no de sector, como se ha detallado), su razón de ser es precisamente la identificación de beneficios a personas determinadas. Ello es evidente cuando se alude a los aportes pagados en el sistema previsional, particularmente en el régimen de ahorro individual, pero también en cuanto se refiere a la financiación del aseguramiento en el sistema de salud. Es decir, la parafiscalidad que nutre la seguridad social beneficia de manera directa a los afiliados, pudiendo especificarse los destinatarios de los servicios que se pagan con los aportes y que no se dirigen a la financiación de un sector, frente a necesidades grupales o colectivas, como acontece con los parafiscales en su forma típica.

Tendrá que desarrollarse entonces la teoría sobre los aportes parafiscales que nutren la seguridad social y el sistema de subsidio familiar, pues es evidente que la camisa conceptual de la parafiscalidad típica no se ajusta a la naturaleza, condiciones y exigencias de tales aportes.

La revisión amplia sobre el concepto parafiscal aplicado a la financiación de la seguridad social y del sistema de subsidio familiar deja varias reflexiones para considerar en el debate:

a) La forma parafiscal de financiación no es exclusiva de la seguridad social, ni menos del sistema de subsidio familiar. Todo debate sobre su impacto en la economía debe considerar los costos parafiscales que operan en otros ramos y sectores.

b) El modelo de seguridad social en Colombia basa su financiación en el esquema de aportación, por lo que las contribuciones parafiscales constituyen la principal fuente financiera del mismo.

c) Se requiere mayor desarrollo conceptual en lo que concierne a las contribuciones parafiscales atípicas con las que se financia el sistema de seguridad social en Colombia.

d) Resulta oportuno analizar si en parte las contribuciones parafiscales al sistema de seguridad social y subsidio familiar han mutado su naturaleza y revisten carácter fiscal.

e) Las aportaciones con destino al Sena y al ICBF sirven a finalidades de la protección social y a la ejecución de la política social, mas no cubren riesgos de la seguridad social, por lo que resulta pertinente considerar su naturaleza y la conveniencia de mantener su esquema como aportes parafiscales.

6. APORTES A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMO CONTRIBUCIONES DE CARÁCTER ESPECIAL

Hasta la expedición de la Ley 789 de 2002 podía sostenerse que existían dos formas de apreciar la naturaleza de los aportes que realizaban los empleadores con destino a las cajas de compensación familiar, por mandato de la ley.

De una parte, la Ley 21 de 1982, al reiterar el carácter del subsidio familiar como prestación social, ignoraba la clasificación de tales aportes como parafiscales, mientras que, de otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional los equiparaba a contribuciones de naturaleza parafiscal.

La Ley 789 de 2002 asume en varios de sus artículos que los referidos aportes son de naturaleza parafiscal, si bien en estricto sentido y aplicando los elementos que la propia jurisprudencia les ha reconocido a las contribuciones de orden parafiscal, los aportes con destino a las cajas de compensación familiar en Colombia carecen de la plenitud de dichos elementos, por lo cual constituyen una especie particular de contribuciones.

En efecto, la Corte ha dicho⁽⁶⁾ respecto de las contribuciones parafiscales que:

“... se encuentran a medio camino entre las tasas y los impuestos, dado que de una parte son fruto de la soberanía fiscal del Estado, son obligatorias, no guardan relación directa ni inmediata con el beneficio otorgado al contribuyente. Pero, de otro lado, se cobran solo a un gremio o colectividad específica y se destinan a cubrir las necesidades o intereses de dicho gremio o comunidad. Las contribuciones parafiscales no pueden identificarse con las tasas. En primer lugar, porque el pago de las tasas queda a discreción del virtual beneficiario de la contrapartida directa, mientras que la contribución es de obligatorio cumplimiento... El término ‘contribución parafiscal’ hace relación a un gravamen especial, distinto de los impuestos y tasas. En segundo lugar, que dicho gravamen es fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo, gremio o colectividad, cuyos intereses o necesidades se satisfacen con los recursos recaudados. En tercer lugar, que se puede imponer a favor de entes públicos, semipúblicos o privados que ejerzan actividades de interés general. En cuarto lugar que los recursos parafiscales no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional. Y por último, que los recursos recaudados pueden

(6) Ver adicionalmente la Sentencia C-449 del 9 de julio de 1992, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero, sobre el Fondo Nacional del Café (Ley 9ª de 1991, artículo 33 parcial).

ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado⁽⁷⁾.

En la Sentencia C-575 de 1992 y en relación directamente con los recursos administrados por las cajas de compensación familiar, la Corte, al tratar el tema de la viabilidad de la constitución en las cajas del Fondo de Vivienda de Interés Social (FOVIS), con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, afirmó:

“Las cotizaciones de los empleadores son aportes de orden parafiscal, que no impuestos ni contraprestación salarial. Las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley. Las cotizaciones de los patronos a las Cajas no son un derecho subjetivo del trabajador o del empleador. Y es, por el contrario, un interés legítimo del trabajador, porque él puede beneficiarse solamente en la medida en que las normas que regulan el subsidio así lo permitan para un grupo determinado de la sociedad, como en efecto lo hace la Ley 49 atacada en esta acción pública de inconstitucionalidad, de suerte que sólo por reflejo las normas terminan protegiendo a una persona individual, ya que el objeto propio de su protección eran intereses generales del sector laboral. El trabajador no tiene, como lo afirma el actor, un derecho adquirido sobre el aporte que realiza el empleador, sino un interés legítimo sobre los recursos que administran las Cajas de Compensación. Ese interés legítimo se transforma en derecho subjetivo cuando la entidad entrega efectivamente al trabajador el subsidio en dinero, especie o servicios”.

En ese mismo fallo, la Corte definió el carácter de los recursos constituidos con los aportes de los empleadores al sistema de subsidio familiar, señalando que los mismos son del sector de los trabajadores remunerados:

“Los recursos de las Cajas no son propiedad privada del empleador ni de los trabajadores en particular sino del sector de los trabajadores remunerados. No es pues un derecho subjetivo de las personas sino del sector en su conjunto [...] La propiedad de estos recursos, así como su administración, a diferencia de lo que sucede con el Fondo Nacional del Café, no pertenece al Estado y en consecuencia no media al respecto un contrato entre la Nación y la entidad”.

El referido carácter de contribuciones parafiscales de los recursos administrados por las cajas fue reiterado en la Sentencia C-149 del 23 de marzo de

(7) Sentencia C-040 del 11 de febrero de 1993, Corte Constitucional, M.P. Ciro Angarita Barón.

1994, por la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, frente a demanda contra la Ley 71 de 1988, artículo 6, en cuanto al no reconocimiento de subsidio en dinero para los pensionados que se afilien al sistema de subsidio familiar y aporten un 2% sobre su correspondiente mesada pensional. Allí se analizó la forma de vinculación voluntaria al sistema y el interés del legislador por mejorar progresivamente a los pensionados, con una justificación objetiva y razonable en cuanto al no reconocimiento de cuota monetaria de subsidio para ellos.

En esta oportunidad la Corte sostuvo:

“La norma demandada no modifica el régimen legal del subsidio familiar, regulado actualmente por la Ley 21 de 1982. De conformidad con la ley, los empleadores –y no directamente las Cajas de Compensación como lo sugiere el concepto fiscal– son las personas obligadas a reconocerlo. Por otra parte, los recursos de las Cajas de Compensación Familiar, provenientes de los aportes patronales, son de orden parafiscal, esto es, no constituyen impuestos ni contraprestaciones salariales, lo que impide disponer de estos sin norma legal expresa que lo autorice...”.

Tres son los elementos de los cuales carecen los aportes hechos por los empleadores con destino a las cajas de compensación familiar para cubrir la prestación social subsidio familiar, en relación con la definición jurisprudencial y de doctrina en cuanto a las contribuciones parafiscales:

a) *Particularidad en cuanto al sujeto gravado*

Los recursos parafiscales se imponen y cobran solo a un gremio o colectividad específica, como lo sostiene la propia Corte Constitucional, mientras que los aportes a cargo de los empleadores se imponen con carácter universal y general por la ley, pues todo empleador con uno o más trabajadores a su cargo está en la obligación de realizar el correspondiente aporte, con la afiliación a una caja de compensación familiar.

Circunstancia similar acontece con los aportes que realizan los empleadores y los trabajadores con destino al sistema de seguridad social en salud.

Precisamente cuando se persigue una cobertura universal del servicio público de seguridad social, no es posible concebir que los aportes que realizan los empleadores, para lograr tal objetivo universal, obedece a que los mismos pertenecen a un sector determinado.

Se trata de obligaciones universales frente al sector formal de la economía y por lo tanto no constituyen una típica contribución parafiscal. Además no se olvide que la ley faculta la afiliación al sistema de subsidio familiar de los pensionados, de los trabajadores independientes y de los desempleados.

b) *Particularidad en cuanto al beneficiario del gravamen*

En efecto, señalan la jurisprudencia y la doctrina que las contribuciones parafiscales se destinan a cubrir las necesidades o intereses de un gremio, colectividad o comunidad específica. Es decir, las contribuciones parafiscales tienen carácter sectorial, tanto en su cobro, como en el beneficio global pero sectorial que persiguen.

Tampoco se cumple con esta condición en tratándose aportes con destino al subsidio familiar, por cuanto quienes realizan el aporte son los empleadores y quienes se benefician directamente del subsidio son los trabajadores y los desempleados (bien por subsidios al desempleo, traslado de recursos al régimen subsidiado de salud o aplicación de ellos en tercera prioridad en la asignación de subsidios de vivienda de interés social).

Es decir el sector de los empleadores tributa para que el sector de los trabajadores y de los desempleados se beneficie, con un evidente sentido de lógica y solidaridad, pero sin que se consolide esta condición de las comúnmente denominadas contribuciones parafiscales.

c) *No individualización de los beneficios*

Las contribuciones parafiscales en su destinación no generan beneficios individuales o particulares, ni se concretan en servicios individualizables, sino que se invierten en bien del sector que tributa por el órgano o entidad que las administran (con contrato o no con el Estado).

En el caso de los sistemas de subsidio familiar y de seguridad social en salud, tal circunstancia no ocurre por cuanto es posible deducir –y así lo manda la ley– beneficios plenamente individualizables y atribuibles en razón de la persona aportante o por la cual se aporta. Nada menos que se genera el derecho al subsidio, cumplidos los requerimientos de ley, o la prestación de los servicios de salud de que se trate.

El beneficiario con tales aportes, incluidos los de salud, no es un sector determinado o específico, sino la globalidad de la población, individualizándose en cada caso el derecho.

Como los citados aportes son de obligatorio cumplimiento e impuestos por la ley para la atención específica de un servicio público, se trata de exacciones de tipo fiscal que deben catalogarse según la terminología constitucional al respecto. Es decir, corresponderá a la Corte Constitucional profundizar en su análisis sobre el particular, para señalar la existencia de una categoría especial de contribuciones parafiscales, que, sin cumplir a plenitud las condiciones de la generalidad de ellas, tienen asidero constitucional y presentan particularidades propias en su manejo, sin que sean tasas o precios públicos o políticos

por servicios, diferenciándolas además de los impuestos, pues no engrosan las arcas públicas sino que se afectan a servicios especializados. En relación con este último punto se deberá hacer especial claridad en cuanto toca con el empleo de porciones importantes de los mencionados aportes, en la atención de necesidades públicas que serían materia de la cobertura por típicos ingresos tributarios, tal como acontece frente a la financiación del régimen de salud, el sistema de vivienda de interés social para no afiliados a las cajas y ahora, con especial importancia, el cubrimiento de necesidades de los desempleados, sujetos del derecho a la seguridad social –protección social– pero ajenos por completo al sector que realiza los aportes parafiscales comentados o que se beneficia de ellos.

7. CONSIDERACIONES SOBRE ALTERNATIVAS DE FINANCIACIÓN PARA EL SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR

La recurrente argumentación en torno al costo que representan los aportes parafiscales para el empleador como factor desestimulante del empleo y freno a la formalización han llevado a considerar como opción que se financie el sistema a través de recursos públicos provenientes de impuestos, señalando que tendría más eficiencia económica el que se sustituyan los aportes parafiscales –por lo menos del 4%– por asignaciones presupuestales.

Esta propuesta entraña la desnaturalización del sistema de subsidio familiar, tanto en su organización como en su funcionamiento, a más que implica de realizarse un impacto en la conceptualización misma del sistema de protección y seguridad social en Colombia, el cual basa su financiación en la aplicación de aportes, considerados de naturaleza parafiscal. Es por ello que todo análisis que al efecto se realice debe estar precedido de suficientes soportes académicos, a partir de una mirada integral y sistémica. No obstante, las voces que se escuchan en la actualidad en cuanto a la necesidad de redefinir el esquema financiero del sistema de seguridad social en salud, para dar cabida a una alternativa basada en impuestos, hace que la presente materia cobre mayor actualidad aún y que deba la sociedad estar abierta, pero atenta, a diferentes alternativas que en todo caso se adopten bajo el propósito de mejorar la prestación del subsidio familiar y la condición de sus beneficiarios.

La parafiscalidad no es mecanismo de financiación exclusivo del sistema de subsidio familiar.

Reducir o eliminar la aportación con destino a dicho sistema no soluciona per se los posibles efectos disuasivos para el empleador en cuanto a cargas sobre la nómina, pues debe tenerse en cuenta que en Colombia, pese a que se grava a aquel con un importante costo de aportes sobre la nómina, también se ha establecido un sistema tributario fiscal con menores gravámenes generales y mayores beneficios.

Una reflexión que también debe tenerse en cuenta al entrar a considerar esta materia tiene que ver con el poco impacto efectivo del aporte del 4% sobre el empleador.

Como lo resalta el estudio de la Contraloría General de la República, es marginal el costo de dichas contribuciones en la economía de los empleadores, en cambio su utilización pública genera bienes de necesaria prestación en el país⁽⁸⁾.

Eliminar o reducir los parafiscales terminaría beneficiando específicamente a las grandes empresas, las mismas que deben asumir una mayor carga en cuanto a la administración del bienestar de sus trabajadores y que por los criterios de la responsabilidad social empresarial se comprometen a contribuir a dinámicas sociales de inclusión y desarrollo con equidad, desde su propia comunidad empresarial.

No se ve claro el efecto favorable de una medida reduccionista tal, en la medida en que es acotado el impacto económico para la empresa del pago del aporte y considerables las consecuencias benéficas de los servicios provistos por el sistema, tanto en lo que se refiere al bienestar de la comunidad empresarial –que repercute directamente en productividad–, como en la asunción de funciones que otrora les correspondían a los empleadores y que les generaban un desgaste operativo y financiero.

Pero además y como lo resalta el estudio realizado al respecto por el Observatorio del Mercado del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia⁽⁹⁾, no existe evidencia científica que permita comprobar que en algún país en el que se hayan reducido costos salariales el efecto haya sido el incremento constante en el empleo formal⁽¹⁰⁾.

(8) “Esta aproximación con los registros administrativos de la DIAN, permiten matizar la recomendación de la Comisión Independiente de Gasto Público, que insta por eliminar los impuestos al trabajo que soportan las empresas, en la medida en que tales cargas representan muy poco dentro de su estructura de costos y tiende a ser mucho menor para los ‘grandes contribuyentes’. En otras palabras, con una iniciativa como la propuesta por la Comisión, los más beneficiados resultaría ser estos últimos [...]”

“Finalmente, cabe señalar que muchos de los aportes a la seguridad social, Sena, ICBF y Cajas de Compensación son fuentes que financian bienes públicos y servicios esenciales para los trabajadores y, por ende, pueden ser considerados, como parte del ingreso laboral de los mismos” (Contraloría General de la República, *Revista Economía Colombiana*, N° 319, julio 2007, Bogotá D.C., pp. 111 y ss.).

(9) “La parafiscalidad laboral en Colombia”, *Boletín No. 12 del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social*, Universidad Externado de Colombia, febrero de 2010, Bogotá, pp. 43 y 44.

(10) Mientras que existen numerosos ejemplos de países que han aumentado de forma importante los sobrecostos no salariales, muy pocos son los casos en los que se puede documentar

Sobre tan palpitante tema de debate, se leen las siguientes conclusiones en el aludido informe:

“2.5. Reflexiones para los hacedores de política

“... El análisis de los capítulos anteriores ha mostrado también cómo la problemática de la parafiscalidad laboral debe ser abordada en una perspectiva tanto teórica como empírica. Según la teoría económica la introducción (aumento) de los gravámenes a la nómina no necesariamente tiene efectos adversos sobre la demanda de trabajo de las empresas: si el mercado laboral es flexible y si los trabajadores valoran mucho los servicios recibidos, los salarios bajan en un monto suficiente para mantener inalterados los niveles de empleo. En Colombia se considera que dichas condiciones no se cumplen y por tanto se presume que la parafiscalidad laboral, y en general las contribuciones no salariales que gravan la nómina, afectan negativamente el mercado laboral. [...]

“Puede que la introducción (aumento) de los gravámenes a la nómina reduzca el empleo, así como lo sostiene la literatura económica nacional; automáticamente, esto no garantiza que la eliminación (disminución) de los mismos lleve a aumentos de la ocupación. De hecho, es posible que los efectos sobre el empleo de los impuestos a la nómina sean asimétricos, lo cual conduce a que, si aumentar la parafiscalidad reduce el número de ocupados, su disminución no llevaría a mayores ganancias en términos de empleo.

“Mientras que existen numerosos ejemplos de países que han aumentado de forma importante los sobrecostos no salariales, muy pocos son los casos en que los que se puede documentar su rápida disminución. A pesar de ello, al evidencia empírica disponible tiende a respaldar la hipótesis de un efecto asimétrico...”.

(Cont. nota 10)

su rápida disminución. La evidencia empírica disponible tiende a respaldar la hipótesis de un efecto asimétrico.

— En Suecia han sido documentados los resultados ocupacionales de dos episodios de disminución diferenciada a nivel regional en los impuestos a la nómina, el primero en 1984 (Bohm y Lind [1993]) y el segundo en 2002 (Benmarker, Mellander y Ockert [2008]). En ninguna de las dos circunstancias se encontró evidencia estadísticamente significativa a favor de un aumento de la ocupación.

— Un experimento similar de exención regional diferenciada en los impuestos al trabajo se dio en Finlandia en 2003 y es analizada por Korkeamaki y Uusitalo (2006) con hallazgos idénticos al caso sueco en materia de empleo.

— Chile en 1981 redujo sustancialmente las contribuciones a seguridad social (Gruber [1995]). También en este caso la disminución en los gravámenes laborales resultó en mayores salarios, sin efectos importantes sobre los niveles de empleo.

Analicemos entonces algunos elementos relacionados con la posibilidad de transformar la financiación del sistema de subsidio familiar.

Atendiendo la naturaleza del subsidio familiar como una prestación social de los trabajadores es lógico que la misma se financie con recursos provenientes del empleador.

Tal es la razón histórica del aporte del 4%, que no puede perderse ahora de vista.

Ahora, en su consideración como prestación que cubre la seguridad social, igualmente es de plena admisibilidad que se provea su financiación mediante aportes, máxime si se considera que en general dicho sistema en Colombia se estructura sobre la aportación de empleadores y trabajadores.

En efecto, en lo que atañe al cubrimiento de la prestación para trabajadores, tiene pleno sustento histórico, lógico y jurídico constitucional que esta se cubra mediante aportes del sector formal de trabajo. Lo anterior sin perjuicio que como ha acontecido con el sistema de seguridad social en salud, se incorporen para la financiación del sistema de compensación familiar esquemas adicionales y nuevas fuentes de origen tributario, si se quiere por ejemplo extender las coberturas y cubrir al sector informal de la economía. Frente a dicho propósito es no sólo posible sino deseable que en lo que podría denominarse el régimen subsidiado del sistema de subsidio familiar, se apliquen recursos de origen fiscal para financiar los beneficios de las asignaciones familiares y las prestaciones por desempleo para poblaciones no formalizadas laboralmente.

Por las particularidades que caracterizan a las contribuciones destinadas al cubrimiento del sistema de seguridad social, entre ellas la del aporte del 4% sobre la nómina del empleador, la doctrina ya las ha identificado como de naturaleza atípica.

Esto es, se ha abierto en Colombia un nuevo renglón en lo que respecta a exacciones fiscales, con reiterado reconocimiento y aval por la jurisprudencia constitucional.

La Corte Constitucional ha reconocido el origen parafiscal prevalente de la financiación en la seguridad social, al punto inclusive de asignarle –en forma no acertada– ese carácter a los aportes estatales de origen fiscal.

Refiriéndose al régimen de seguridad social en salud expresó⁽¹¹⁾:

“El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto. Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a

(11) Sentencia SU-408 de 1997, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal. Las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. Por lo tanto no le son aplicables las normas orgánicas del presupuesto ya que el Estado es un mero recaudador de esos recursos que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud. En consecuencia las entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de estos recursos no pueden confundirlos con los propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios. Ni mucho menos las EPS pueden considerar esos recursos parafiscales como parte de su patrimonio” (resaltado fuera del texto).

Claramente la propia Corte Constitucional, en forma reiterativa, se ha expresado en cuanto a la naturaleza parafiscal de los aportes de los empleadores que se pagan a las cajas de compensación familiar, y por medio de los cuales se financia el sistema de subsidio familiar para pagar la prestación social de los trabajadores y atender finalidades de seguridad social⁽¹²⁾:

“En lo que respecta a la financiación del subsidio, este ha sido clasificado por la jurisprudencia como una contribución parafiscal atípica. En efecto, al mismo tiempo que la Corte ha puesto de presente el carácter de prestación social que tiene el subsidio familiar, ha indicado también que la manera como han sido regulados los recursos que manejan las cajas de compensación familiar permite concluir que ellos son recursos provenientes de una exacción parafiscal de naturaleza atípica. Ello significa que la administración y destinación de esos recursos debe ceñirse exclusivamente a lo determinado en la ley. En un principio, la Corte expresó en la Sentencia C-575 de 1992⁽¹³⁾:

“16. Es preciso clarificar la naturaleza fiscal de los recursos destinados por los empleadores a las Cajas de Compensación Familiar, así:

“Las cotizaciones de los empleadores son aportes de orden parafiscal, que no impuestos ni contraprestación salarial.

(12) Sentencia C-393 de 2007, Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

(13) M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“17. En efecto, las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas 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 ídem. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley.

“Como ya lo tiene establecido 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...’

“18. No son impuestos porque no se imponen a todos los contribuyentes ni van a engrosar el presupuesto de ninguna entidad pública bajo el principio de universalidad ni son distribuidos por corporación popular alguna.

“19. No son tampoco renta de destinación específica porque simplemente no son renta estatal sino recursos de los trabajadores en tanto que sector.

“20. Mucho menos constituyen salario porque no son una contraprestación laboral directamente derivada del trabajo y como retribución del servicio”.

Específicamente sobre la atipicidad de las contribuciones al sistema de subsidio familiar la Corte Constitucional ha indicado:

“En la Sentencia C-1173 de 2001⁽¹⁴⁾ se aclaró que esos recursos no provenían de una exacción parafiscal ordinaria, sino atípica:

“No obstante, habría que precisar que estas contribuciones son rentas parafiscales atípicas si se repara en el elemento de la destinación sectorial, toda vez que han sido impuestas directamente por el legislador en cabeza de determinado grupo socioeconómico –los empleadores–, pero con el objeto de beneficiar a los trabajadores. Al respecto debe anotarse que para la jurisprudencia constitucional el concepto de grupo socioeconómico supera la noción de sector, y debe entenderse en un sentido amplio, en tanto y en cuanto el beneficio que reporta la contribución no solo es susceptible de cobijar a quienes directa o exclusivamente la han pagado, sino que también puede extenderse a quienes en razón de los vínculos jurídicos, económicos o sociales que los ligan para con el respectivo grupo pueden válidamente hacer uso y aprovechar los bienes y servicios suministrados por las entidades responsables de la administración y ejecución de tales contribuciones⁽¹⁵⁾.

(14) M.P. Rodrigo Escobar Gil.

(15) M.P. Jaime Araújo Rentería.

“En su condición de rentas parafiscales los recursos del subsidio familiar no generan una contraprestación individual para sus destinatarios sino, todo lo contrario, para el sector o grupo económico al que ellos pertenecen.

“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”.

Hasta acá se tiene que, consecuentemente con la historia y la naturaleza del subsidio familiar y del sistema que le sirve, la financiación del mismo se ha estructurado con recursos provenientes de aportes de los empleadores, quienes son los responsables de la prestación y que además contribuyen, como ocurre en términos generales, con la financiación de las prestaciones de la seguridad social.

También queda claro que si el Estado decide ampliar las coberturas del subsidio familiar, es no solo viable sino altamente deseable que se apliquen a dicha finalidad recursos fiscales, pero no sustitutivos sino adicionales.

Como prestación social, hemos dicho, el subsidio familiar hace parte de las garantías mínimas que se reconocen a los trabajadores en Colombia, por lo cual las fuentes para su financiación hallan sustento directo en las previsiones del artículo 53 de la Carta Política.

Pero además, si se considera que dicha prestación satisface igualmente un beneficio de la seguridad social, a los recursos con que se cubre se les aplica el principio de intangibilidad consagrado por el artículo 48 de la Constitución Política.

La financiación del sistema de seguridad social en Colombia se realiza mediante dos fuentes principales: impuestos y contribuciones parafiscales.

Según nuestro criterio, el principio de intangibilidad de los recursos de la seguridad social acogido por el artículo 48 de la Carta Política se refiere a las dos fuentes, en la medida en que por querer del constituyente tanto los recursos de origen tributario como los de orden parafiscal que están afectos al servicio público de seguridad social se encuentran preservados a un fin específico y único.

Toda desviación o disminución de tales recursos con finalidad diferente, así se trate de una destinada a satisfacer necesidades de interés general diferentes,

será contraria a la Constitución. En tal dirección los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional en lo que respecta al régimen tributario aplicable a las instituciones del sistema de seguridad social, cuando el establecimiento de tributos impacta en la materialidad de dichos recursos y distrae su destinación constitucional específica.

En el caso de las cajas de compensación familiar, la aplicación de dicho principio constitucional se concreta exclusivamente a los ingresos por aportes que realizan los empleadores en cuantía del 4% sobre el valor de sus nóminas mensuales. Es con dichos aportes parafiscales atípicos que atienden las cajas la prestación social subsidio familiar (en dinero, especie y servicios) y que cubren los servicios de seguridad social que les asigna la ley, entre ellos las prestaciones por desempleo.

Otro de los argumentos fuertes en que se basa la justificación de la forma parafiscal atípica para financiar el sistema de subsidio familiar (y de hecho los demás subsistemas de la seguridad social) es que en Colombia no pueden establecerse impuestos con destinación específica.

Esto es, los ingresos públicos provenientes de la fuente tributaria engrosan las arcas del Estado y se distribuyen con base en las normas de presupuesto vigentes.

Transformar total o parcialmente la forma de financiación del sistema de subsidio familiar implicaría someter el cubrimiento de los gastos del mismo a la decisión periódica y política del presupuesto, sin que pueda establecerse un impuesto con destinación específica para ese efecto, a menos de ajustarse la Constitución.

Mantener en cambio la forma parafiscal atípica de financiación posibilita la afectación particular de recursos que provienen del sector trabajo/empresa para cubrir una prestación social y un beneficio de la seguridad social.

La financiación de los servicios del sistema de subsidio familiar por medio de impuestos afectaría completamente la estructura y orientación de aquel, pues este se basa en el principio de solidaridad en el sector trabajo (formal e informal, en sentido amplio) y parte de la iniciativa particular para la gestión de recursos y la administración de programas de interés general.

No puede perderse de vista, así mismo, que la operación de las cajas de compensación familiar está regida por el criterio del bipartismo, pues en la dirección de tales organizaciones participan en condiciones paritarias los empleadores y los trabajadores. Se trata del último reducto en las instituciones nacionales en las cuales aquel postulado, tan valioso para la orientación de OIT, se preserva, como testimonio de concertación e integración social y económica.

La parafiscalidad ha demostrado ser en Colombia como esquema de financiación para la provisión de bienes de interés general, un medio eficiente y efi-

caz que permite con flexibilidad asegurar el cumplimiento de fines constitucionales asociados a la protección social.

Someter la prestación de servicios del sistema de subsidio familiar y protección al desempleo a la financiación por impuestos le resta flexibilidad al manejo de la política de protección social en el país, y se pierde así una de las ventajas grandes que ofrece el sistema de subsidio familiar y la operación de las cajas de compensación familiar.

Imponer por ejemplo el IVA con mayor tasa o frente a nuevos productos, bajo la noción de IVA social, termina siendo una medida que afecta a todos los consumidores, desestimulando el consumo y, considerando los requerimientos económicos de financiación de otras políticas sociales en el país, una alternativa para generar que en la práctica se desmonten las prestaciones del sistema de subsidio familiar, iniciando por las de servicios sociales, que contribuyen efectivamente al bienestar de los trabajadores y sus familias y que, por el contrario, deberían extenderse aún con mayor fuerza a nuevas poblaciones.

Entre los principales impactos que generaría una medida tal, están los siguientes:

- a) Centralización en el recaudo por parte del Estado;
- b) Presupuestación pública de los ingresos y de los gastos, sometiéndose periódicamente a la deliberación política;
- c) Pérdida de la autonomía de la seguridad social como servicio público con especial regulación constitucional;
- d) Impacto a lo menos indirecto o potencial, sobre el principio de intangibilidad de los recursos afectados al servicio de la seguridad social;
- e) Confusión de los ingresos para uno de los fines de la seguridad social con los ingresos generales del Estado;
- f) Publificación de las funciones del sistema de subsidio familiar (y de seguridad social), bajo el entendido según el cual, si se cubren con impuestos, se trata de actividades de tal naturaleza;
- g) Inflexibilidad en el manejo y la administración de los recursos, pues se someten a las reglas del presupuesto nacional;
- h) Operación directa de los servicios por agencias estatales y, en caso de contratarse los mismos con particulares, aplicación de las reglas de la contratación estatal;
- i) Eliminación del subsidio familiar como prestación social cuyo responsable es el empleador, pues deberá entenderse como una función pública a cargo del Estado;

j) Modificación en la forma de operación de las CCF (necesidad de ley al respecto);

k) Sometimiento del recaudo al proceso fiscal, con posibilidades mayores de evasión y elusión y reducción en la eficiencia.

En momentos de crisis o desaceleración económica, el logro no es restringir sino ampliar la protección social, precisamente para asegurar a la población estándares mínimos, aún en dichos momentos.

La eliminación de la parafiscalidad no determinará el incremento en el empleo, sino la producción de mayores utilidades para las empresas. En los cálculos más optimistas⁽¹⁶⁾, no serían más de 130.000 empleos los que por una única vez se generarían en el país con una medida tal, lo que en cambio sí impactaría a millones de trabajadores y reduciría la capacidad de gasto de esas familias.

Si se compara esta cifra con las plazas de desempleo que generaría el posible desmonte del sistema, atendiendo que este en la actualidad produce más de 75.000 empleos directos, y si al mismo tiempo se asume que el efecto de mayor empleo no sería recurrente sino por una vez, sometiéndose a partir de entonces a las reglas de mercado, como aconteció en el caso chileno, se aprecia la fragilidad de una propuesta orientada hacia ese fin.

En el mismo sentido y como ya se ha señalado, estudios específicos sobre la materia han revelado que no existe evidencia científica con la cual se pueda deducir que una medida tal, en cuanto a reducción de costos laborales, provoque per se nuevas plazas formales de trabajo.

No se pierda de vista que la generación de aquellas no está determinada exclusivamente por la reducción en los costos laborales de producción, pues el empleador no crea empleo por consideración a lo que este le cuesta, sino tomando en cuenta las condiciones del mercado y el crecimiento de las oportunidades de negocio.

Reducir las prestaciones de seguridad social frente a una rebaja o restricción en la fuente de financiación de las mismas se considera, por su parte, una medida regresiva que impacta negativamente la aplicación del principio constitucional de progresividad del artículo 48 de la Carta Política, presumiéndose inconstitucional, en tanto no se acredite que la medida es razonable y proporcionada y que se adopta para satisfacer o asegurar bienes constitucionales superiores, pero no en potencia sino en acto.

(16) Ver estudio de Hugo López sobre las medidas para impactar en la reducción del desempleo y la informalidad que incluye una revisión del régimen del salario mínimo legal.

Esto es, no es viable, desde la perspectiva jurídica, reducir prestaciones para proyectar un posible incremento del empleo formal, cuando no existe evidencia empírica alguna que permita siquiera concluir que tal efecto se va a dar.

El investigador César Giraldo⁽¹⁷⁾ ha afirmado al respecto que la informalidad no es producto de la regulación laboral y que, al contrario, se promueve con las políticas de desregulación (flexibilización) laboral, las cuales implican mano de obra barata y reducción de los costos laborales directos e indirectos, por lo que es recomendable tener una política de generación de empleo formal de calidad, con prestaciones sociales (como es el caso de las que corresponden al subsidio familiar) en el sector de los servicios personales y el mercado interno.

De igual forma, ha señalado que los sistemas de protección social deben ser integrales, es decir, combinar el aseguramiento con la asistencia y los programas universales, en los cuales la focalización debe ser un plus de la universalización y no un concepto antagónico respecto de esta. El sesgo hacia la pobreza y la deslaboralización hacen que, dentro de los sistemas de protección, más población dependa de la asistencia social y menos de los sistemas contributivos: cada vez son más los que toman y menos los que ponen, lo que provoca estructuralmente la inviabilidad financiera de dichos sistemas. Lo que debe promoverse es una sociedad incluyente en la cual el trabajo se dignifique y donde todos sean ciudadanos, pues si no existen derechos ciudadanos universales tampoco existirán obligaciones ciudadanas universales y por lo tanto no habrá proyecto de sociedad, no habrá paz, ni esperanza, incluyendo bajo estos conceptos la opción de universalizar las prestaciones del subsidio familiar, que es lo que este texto promueve.

Finalmente, si de lo que se trata es de revisar la noción de parafiscalidad aplicada a la política social y de protección en Colombia, el análisis tendrá que adoptar una visión integral y panorámica que no se limite a la consideración del sistema de subsidio familiar, sino que incluya el rol del Sena y del ICBF, de otras aplicaciones parafiscales así como el esquema financiero en los ámbitos de pensiones, salud y riesgos del trabajo.

Esta tarea, que no es para nada menor, demanda un pacto colectivo y una revisión intergeneracional, que comprometerá una amplia deliberación pública, a partir de los principios constitucionales vistos de manera integral y ponderada, tanto desde la perspectiva de los derechos como de la sostenibilidad fiscal y el crecimiento.

(17) "El sistema de subsidio familiar como agente de la protección social en época de retos económicos" (intervención en el seminario organizado por Asocajas el 12 de marzo de 2010, en Bogotá).

8. CAPITALIZACIÓN SOCIAL: PATRIMONIO DEL SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

Uno de los aspectos de menor análisis en lo que respecta al sistema de compensación familiar tiene que ver con sus particularidades en lo referente a la titularidad del patrimonio del sistema. El ejercicio del control fiscal sobre el manejo de los recursos del mismo ha colocado gradualmente sobre la mesa de análisis la materia, especialmente frente a la tarea de identificar los recursos que por provenir de los aportes de los empleadores están condicionados en su ejecución al cumplimiento de un régimen propio y, por ende, sobre los cuales se ejerce la vigilancia en la gestión fiscal.

Conceptualmente es claro que el sistema de compensación familiar constituye un referente de lo que genéricamente puede considerarse un modelo de capitalización social. En efecto, a partir de la parafiscalidad atípica y bajo la administración de entidades privadas que no distribuyen ganancias, se acrece un patrimonio del sector de los trabajadores como la Corte Constitucional lo ha expresado y se ha relevado anteriormente⁽¹⁸⁾.

En este sistema, varios son los actores que intervienen. De una parte contribuyen los empleadores por mandato de ley; de otra, se benefician los trabajadores y sus familias, así como en la actualidad otras poblaciones por adscripción jurídica. Así mismo, la administración de los recursos se asigna obligatoriamente a las cajas de compensación familiar, con naturaleza de corporaciones privadas y régimen de tal condición. Finalmente el Estado, a partir de la concepción de parafiscalidad que se la ha reconocido a los aportes de los responsables y con una visión de hacienda pública, dispone de dichos recursos mediante decisiones legislativas que modifican su destinación.

Con base en dichos recursos, las cajas de compensación familiar proveen las prestaciones del sistema, cubren sus gastos de administración y capitalizan en inversiones y activos al servicio del sistema.

En caso de liquidación de una de estas corporaciones y dando aplicación al régimen patrimonial del Código Civil, los recursos que quedaren en el patrimonio de la entidad extinguida deberán pasar a una de similar naturaleza, conforme los estatutos o la decisión del Gobierno; es decir, no podrán salir del sistema ni para trasladarse a los empleadores afiliados ni para engrosar el patrimonio particular de los trabajadores. En efecto el artículo 637 del Código Civil preceptúa:

Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente

(18) "Las personas jurídicas pueden adquirir bienes de todas clases, por cualquier título con el carácter de enajenables" (Art. 27 L. 57/1887).

te, las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.

Por su parte el artículo 649 ib. prescribe:

Disuelta una corporación, se dispondrá de sus propiedades, en la forma que para este caso hubieren prescrito sus estatutos; y si en ellos no se hubiere previsto este caso, pertenecerán dichas propiedades a la nación, con la obligación de emplearlas en objetos análogos a los de la institución. Tocaré al congreso de la Unión señalarlos.

Lo anterior es reafirmado por el numeral 19 del artículo 24 de la Ley 789 de 2002 a cuyo tenor: "Los estatutos de las Cajas deberán contemplar claramente la forma de disposición de sus bienes en caso de disolución, una vez satisfechos los pasivos, en tal forma que se provea su utilización en objeto similar al de la corporación disuelta a través de Cajas de Compensación Familiar".

Por su parte es preciso mencionar que la liquidación obligatoria de cajas de compensación familiar con operación única en un departamento quedó proscribida por el artículo 17 de la referida ley, pues en estos casos, y cuando se trate de circunstancias anómalas que afecten la operación de la caja, corresponderá a la Superintendencia del Subsidio Familiar ordenar su intervención administrativa "hasta tanto se logre superar la respectiva causal".

Tales disposiciones preservan la titularidad patrimonial del sistema en cabeza de las cajas de compensación familiar como sus administradoras.

En el hipotético caso de un desmonte del sistema de compensación familiar por medio de ley y más allá de los efectos indemnizatorios que pudieren causarse por ejemplo al establecerse un monopolio y privarse del ejercicio de actividades económicas a particulares, tendrían que atenderse estos criterios en cuanto a la capitalización social del sistema, pues no se olvide que a juicio de la Corte Constitucional los recursos de aquel corresponden al sector de los trabajadores en Colombia y como tal expresión conceptual resulta difusa, sería menester concretarse en todo caso en una institucionalidad que como la actual responde adecuadamente a la noción de patrimonio colectivo que es propia del sistema.

9. OPERADORAS DEL SISTEMA: CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

Se trata de considerar la naturaleza de las operadoras del sistema de subsidio familiar en Colombia, que a partir de la Ley 789 de 2002 han asumido la gestión integral de la protección social en el país.

Como se ha indicado, las cajas son emanación del principio constitucional de participación⁽¹⁹⁾, en cuanto vinculan la gestión privada a la realización de cometidos de interés público, a partir de un esfuerzo de origen voluntario, como emanación anticipada de la responsabilidad social del empresariado colombiano.

Las cajas de compensación familiar en Colombia son corporaciones privadas, administradas bajo el régimen del derecho particular, que operan ramos del servicio público de la seguridad social, los servicios sociales y actividades estatales a ellas delegadas o adscritas por colaboración y que administran recursos del sector de los trabajadores, a partir de los aportes de los empleadores. “Se trata, pues, de entidades que no ejercen funciones públicas sino que desarrollan una función social”⁽²⁰⁾.

Por su origen y naturaleza, las cajas gozan de la autonomía que se desprende del artículo 103 de la Constitución Política, así como de los postulados de libre empresa que rigen el constitucionalismo económico nacional.

“Las Cajas son pues una organización no gubernamental –ONG–, como se advierte en el Decreto 1521 de 1957, ‘por el cual se reglamenta el subsidio familiar’, cuyo artículo 3º. Dice:

‘Las Cajas de Compensación Familiar que se funden en el futuro deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Ser organizadas en forma de corporaciones, y obtener personería jurídica...”⁽²¹⁾.

En desarrollo del control constitucional ejercido antes de la Carta de 1991 por la Corte Suprema de Justicia, este tribunal había sostenido respecto a las cajas de compensación familiar lo siguiente:

“... no es una actividad privada la que cumplen, ni son los bienes que le pertenezcan en la forma de propiedad privada adquirida con justo título, lo hace a las Cajas entes de derecho privado; todo lo contrario, son las actividades de interés general y los bienes que están destinados a lograr el bienestar de los trabajadores y sus familias lo que las configura como entes de origen legal, y de naturaleza especial que se organizan bajo las reglas del derecho privado...”⁽²²⁾.

(19) Sentencia C-575 de 1992, Corte Constitucional.

(20) Sentencia C-1173 de 2001, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas.

(21) Sentencia C-575 del 29 de octubre de 1992, Corte Constitucional, M.P. Atejandro Martínez Caballero.

(22) Sentencia 32 de 1987, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, M.P. Fabio Morón Díaz.

La naturaleza de las cajas de compensación familiar ha sido definida por la Corte Constitucional con consecuencias de especial importancia:

- a) Son reconocidas como corporaciones de la sociedad civil, de carácter privado, no públicas, semipúblicas o sui géneris;
- b) Gozan del derecho constitucional a que se les respete su autonomía;
- c) Prestan un servicio público.

En Sentencia C-575 de 1992, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, se señala:

“El fundamento del subsidio familiar no es otro que el de la democracia participativa que informa el Estado social de derecho. En este sentido se destaca la estrecha vinculación de doble vía entre el Estado y la sociedad, materializada en este caso en el inciso segundo del artículo 103 de la Constitución, que dice: ‘El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan’. Las Cajas son pues una organización no gubernamental –ONG–, como se advierte en el Decreto 1521 de 1957, ‘por el cual se reglamenta el subsidio familiar’ (artículo 3º)”.

Y en fallo de tutela T-586 de 1999, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, se ilustra:

“En cuanto el régimen de seguridad se erige como un servicio público, debe deducirse que el subsidio familiar también lo es. Así lo reconoció la jurisprudencia de esta Corte, cuando sobre el particular afirmó:

‘... el subsidio familiar (L. 21/1982) es una especie del género de la seguridad social. La seguridad social ostenta a nivel constitucional la doble naturaleza de servicio público mediante el que se realizan los fines esenciales del Estado (arts. 2º, 48, 365 y 366 C.P.) y de derecho constitucional garantizado a todos los habitantes (art. 48 C.P.)’.

“Así las cosas, la presente acción de tutela se ha dirigido contra una entidad particular, que tiene a su cargo la prestación de un servicio público, razón por la cual, por este aspecto, debe mirarse como procedente”.

No obstante, como operadoras de un servicio público, las mismas están sometidas a la intervención del Estado, tanto en la regulación de su estructura y funcionamiento, como en lo que atañe a su gestión y al ejercicio de la inspección, vigilancia y control aplicable a su operación.

Esa intervención estatal ha venido incrementándose en la medida en que opera el proceso de seguro-socialización al que está sometida la operación del régimen de subsidio familiar, y se refleja en múltiples facetas de su operación, entre ellas en los siguientes procesos:

— Creación, regulada por la ley y autorizada por la Superintendencia del Subsidio Familiar.

— Afiliación de empleadores, proceso que se rige por principios de ley y que está regulado por la Superintendencia del Subsidio Familiar. Este implica la aplicación de un procedimiento en cuanto a ofrecimiento de portafolio de servicios por las cajas, desestímulo al traslado de empresas entre cajas, informe a la caja titular de la afiliación sobre la solicitud que haga el empleador del portafolio a otra caja y otros mecanismos de control.

— Recursos e ingresos, mediante la definición obligatoria de los aportes y la forma de su pago, así como a través del control ejercido sobre el desarrollo de actividades y la generación de ingresos por su ejecución, bajo un régimen tarifario también regulado y controlado.

— Beneficios, mediante la regulación de las prestaciones (de subsidios bajo su administración) y de las actividades a cargo de las cajas de compensación familiar y con la aplicación de fuertes criterios de intervención por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar en la interpretación de los artículos 62 de la Ley 21 de 1982 y 16 de la Ley 789 de 2002, que pueden terminar afectando la autonomía propia de la gestión de entidades de naturaleza particular.

— Inversión y gestión, a través de la aplicación de procedimientos de control sobre la operación de las cajas por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar; si bien aplica un régimen general de control posterior, la definición de programas y servicios y la realización de proyectos de inversión se somete a la aprobación por parte de dicho organismo, con excepción de aquellos que encuadren en el régimen general y no requieran aprobación previa.

— Intervención, por la aplicación de un régimen de control a cargo de la Superintendencia del Subsidio Familiar que permite la actuación administrativa de intervención para ajustar las fallas de las cajas o para proceder a su liquidación y que puede implicar alternativas tales como la gestión administrativa que desplaza funcionarios de la corporación (el representante legal o el Consejo Directivo) o la intervención sobre procesos de la caja y el mercado de las cajas, pues como medida cautelar ha llegado dicha entidad a congelar los procesos de afiliación y traslado de empresas, no de unas entidades en particular, sino de una región determinada.

— Liquidación, en la medida en que el régimen de terminación de una caja de compensación familiar está regulado legal y estatutariamente y que no se pue-

de disponer libremente de sus recursos al terminar su objeto o decretarse su extinción. Igual aplica un procedimiento normativo y de intervención administrativa, en cuanto se refiere a la fusión de cajas de compensación familiar⁽²³⁾.

Las cajas de compensación familiar han sido el mecanismo aplicado en Colombia para la satisfacción de las prestaciones del sistema de asignaciones familiares y protección al desempleo. En América, son instituciones sin par, pues ellas mantienen su carácter privado bajo cuya administración se encuentran recursos obligatorios con los que se financian fines colectivos y de protección a los trabajadores, con especial referencia a aquellos de medianos y menores ingresos.

Las cajas son particulares que prestan servicios al Estado por colaboración, en un esquema descentralizado y flexible a las necesidades de la política social.

Como operadoras del sistema de subsidio familiar, su rol obedece al de administradoras de recursos antes que al de aseguradoras, por cuanto el diseño del sistema de asignaciones familiares y de desempleo en Colombia no se da bajo el modelo del aseguramiento. No obstante ello y al tener en cuenta pronunciamientos judiciales que reconocen el carácter de tutelable del derecho al subsidio familiar, es posible anticipar el debate sobre si el papel de tales corporaciones puede equipararse al de aseguradoras.

Esto tiene validez si se reconoce explícitamente que las prestaciones a cargo de aquellas, en especial las que se refieren a los ramos clásicos de la seguridad social (asignaciones familiares y desempleo), tienen autonomía respecto a los aportes y deben ser satisfechas bajo el principio de automaticidad, para realizar un servicio público a partir de lo ordenado por el artículo 48 constitucional.

Por supuesto que pronunciarse en tal sentido implicará replantear la forma de organización del propio sistema, el cual, recordemos, no cuenta con un esquema de compensación sistémico ni una cuenta o fondo de solidaridad, ni instituciones semejantes, operando hasta el momento bajo un modelo de compensación independiente por cada caja de compensación familiar, con algunos ajustes en cuanto a traslados de recursos entre cajas, solamente a partir de la Ley 789 de 2002.

Mediante economías de escala y estrategias de eficiencia empresarial, las cajas han favorecido la optimización de los recursos aportados por los empleado-

(23) En esta materia consideramos que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio resolver sobre los aspectos atinentes a la protección del consumidor y la competencia entre cajas de compensación familiar, por lo cual lo concerniente a fusiones de cajas deberá ser conocido a partir de la Ley 789 de 2002, por dicho organismo y no por la Superintendencia del Subsidio Familiar.

res, permitiendo que estos cubran otras finalidades públicas, diversas a las previstas en el origen del sistema.

Como se ha dicho, se trata, pues, del único subsistema de la seguridad social cuyos operadores generan recursos adicionales que satisfacen fines sociales y que no requieren aportación fiscal para su sostenimiento como se ha visto, además de financiar con sus remanentes servicios complementarios y necesidades de los demás subsistemas de la seguridad social, en particular el de salud.

La acción de las cajas y la transformación de su objeto social hacia el pluralismo plantean cuestiones que es preciso abordar, entre estas de manera principal la ubicación de las mismas en el contexto corporativo empresarial colombiano.

Si bien las cajas cuentan con naturaleza como corporaciones sin ánimo de lucro, la gestión a su cargo les ha permitido constituirse en empresas de especial tamaño, tanto en el contexto nacional como regional. De hecho, varias cajas de compensación se ubican en la lista de las cien más grandes empresas del país; por su parte, la operación de aquellas, aún en regiones con menores niveles de desarrollo, les permite catalogarse en su contexto, como principales organizaciones generadoras de empleo y dinamizadoras de la economía local.

Esta condición se complementa con su ser como instituciones que administran ramos de la seguridad social en Colombia; es decir, se trata de corporaciones sin ánimo de lucro, que proveen servicios de la seguridad social y servicios sociales, pero que además se han desarrollado como empresas de especial impacto en la economía nacional.

No existe pues una definición última en cuanto a la naturaleza de estas organizaciones; más allá de lo jurídico y de la aplicación del régimen civil a su estructura y constitución, se pregunta si pertenecen al sector empresarial de los servicios, o hacen parte de las organizaciones solidarias o constituyen un grupo especial de entidades privadas, gestoras de servicios sociales.

Si bien la normatividad las equipara a organizaciones del sector solidario, su operación en diversos frentes las ubica en la misma posición del empresariado con el que terminan compitiendo cuando de proveer servicios se trata. De otro lado, la amplia posibilidad de celebrar alianzas con que cuentan las cajas les permite, bien en forma directa o indirecta, concurrir en competencia con sectores estatales, empresariales y de la seguridad social.

Tal realidad hace que hablar de competencia entre cajas de compensación familiar ofrezca unos particulares alcances.

Se aplica aquella en cuanto hace en cada región (por la aplicación del principio de territorialidad en la operación de las cajas) a la afiliación o el traslado de empresas a la caja que sea escogida por el empleador, por lo que las cajas de un departamento compiten entre sí por afiliados.

Pero igualmente surge competencia con organizaciones y empresas que proveen servicios iguales a los que las cajas prestan, entre estas hoteles, supermercados, instituciones financieras, fondos de empleados y cooperativas, centros recreativos, instituciones de educación superior, colegios, jardines infantiles e instituciones prestadoras de salud.

Y también puede decirse que entran en competencia con agencias públicas que prestan servicios relacionados con los que caben dentro del objeto social de las cajas; basta citar, como ejemplos, los casos del ICBF y del Sena, en lo que se refiere a la prestación de servicios a niños y la capacitación para el empleo, actividades en que tanto las cajas como aquellas instituciones comparten mercado. Esto último, sin perjuicio de mencionar la generalidad relacionada con la provisión de servicios de política social, tanto en la gestión administrativa como en la estrictamente operativa. Al respecto apréciase cómo las cajas en unión temporal terminaron sustituyendo una agencia pública como era el Inurbe, así como la manera en que las entidades territoriales terminan enflaqueciendo sus estructuras burocráticas directas, para dar paso a esquemas de tercerización de servicios sociales, frente a lo cual las cajas cuentan con un protagonismo privilegiado (atención a desplazados, manejo de niños, cuidado de poblaciones vulnerables, servicios para adultos mayores, etc.).

Lo anterior cobra especial importancia en lo que atañe al funcionamiento del sistema de seguridad social. Las cajas son las instituciones más dúctiles de aquel, en la medida en que están habilitadas para participar en la provisión de diferentes servicios en esa materia. De manera directa o indirecta, con la propia personería o a través de instituciones en las que participan, las cajas brindan servicios de aseguramiento y prestación de servicios en las ramas de la seguridad social, al punto de haberse constituido en socias —algunas de ellas— de la entidad promotora de salud que asumió los afiliados en salud que correspondían a la EPS del ISS (Nueva EPS), y, de otra parte, de ser responsables del aseguramiento de una importante población en el régimen subsidiado.

Otra particularidad en lo que respecta a las cajas de compensación familiar tiene que ver con la manera en que la normatividad ha permitido la operación de las actividades a su cargo, por medio de la administración de fondos bajo un mismo esquema operacional y una sola personería jurídica.

En efecto, se trata de un modelo en el que bajo una misma entidad se realizan fines diversos y se aplican recursos de diferente origen o condición. Este pluralismo funcional es particular de organizaciones tales, lo que hace que a nuestro juicio las cajas deban ser redefinidas en el futuro como organizaciones fiduciarias sociales, por cuanto ostentan condiciones propias de entidades tales, en la medida en que actúan como administradoras de fines determinados, a partir del uso de recursos que se colocan a su disposición.

Una característica, sí esencial que habrán de conservar estas instituciones, es la relacionada con su carácter como instituciones sin ánimo de lucro. El he-

cho de que los recursos a su cuidado no sean propiedad de las organizaciones y de que carezcan de propietarios accionarios o de cuotas partes permite en ellas la realización de una aspiración colectiva, con visión empresarial y estándares de gestión privada⁽²⁴⁾.

Por lo demás esta es una condición propia de la economía solidaria, que en el caso se impone por ley y que resulta extraña a la generalidad de las instituciones de la seguridad social, en las cuales prevalece la operación de particulares con ánimo de lucro. Nótese a propósito que una de las recientes particularidades de las reformas organizacionales en el sistema de seguridad social en Colombia consiste en el diseño de organizaciones que de alguna manera pretenden hacer prevalecer criterios solidaristas, de conjunción de esfuerzos públicos y privados; al respecto apréciase la transformación del ISS y la creación de Nueva EPS y de Positiva como organizaciones en las que se mezclan tales componentes, preservándose un esquema de participación estatal, pero con orientación hacia la gestión privada.

Finalmente, repárese en que las cajas, por buena gestión y resultados que obtengan, no son un fin en sí mismo consideradas. Su existencia está condicionada por el logro del fin del sistema de protección social y a partir de la manera en que lo logren, es decir, con criterios de eficiencia, eficacia y calidad que ameriten su continuidad.

La historia de su gestión es un buen indicio de lo que puede esperarse de ellas, pero no legitima por sí su continuidad, la cual dependerá de la manera en que hacia el futuro encaren los retos de la protección social y de cómo logren responder a las nuevas exigencias sociales.

Así como en 1950 se apreciaron como el esquema ideal de cobertura para los trabajadores, en el siglo XXI tendrán que satisfacer las demandas crecientes del Estado y de la sociedad y demostrar, con su manejo, que continúan siendo los mecanismos más eficientes de gestión en materia de protección social.

Para ello tendrán que mostrar particular preocupación por los siguientes temas:

a) *Transparencia y buen gobierno*. Si bien se reconoce a las cajas como idóneas operadoras de los servicios a su cargo y hay una buena imagen pública sobre su gestión, no dejan de apreciarse nubarrones en temas tales como la incursión de presiones políticas y particulares en su operación o la interferencia de intereses privados, no necesariamente enfocados al fin institucional, o la ge-

(24) A nuestro juicio, las cajas de compensación familiar se convierten en un referente del tipo de empresas sociales al que invita en la refundación del capitalismo Muhammad Yunus, opuestas al concepto de empresas de maximización y reparto de beneficios.

neración de modalidades de competencia inadecuada, entre otros factores. La intervención de cajas de compensación familiar por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar es un indicador que debe ser seguido con especial cuidado, pues falencias en el buen gobierno institucional de estas organizaciones pueden llevar al traste su labor.

b) *Eficiencia.* No obstante reconocerse los esfuerzos en la materia, máxime teniendo en cuenta que se trata de organizaciones que por mandato de la ley han tenido que reducir sus costos de administración, aún se da una fuerte concentración de sus ingresos en los aportes del 4% y una distribución de costos de administración en los servicios, así como se presentan dificultades en cuanto a la causación de beneficios homólogos para los afiliados de diferentes regiones del país.

c) *Sistematicidad.* Resulta necesario ahondar en esquemas que proyecten un verdadero sistema de subsidio familiar, más allá de su interpretación como el esfuerzo valioso pero disperso de operadoras en las diversas regiones del país. No hay mucha historia de sistematicidad en el ámbito del subsidio familiar, esto por cuanto, por su propio origen, las cajas de compensación familiar fueron creadas como esfuerzos empresariales de grupos económicos, con altos niveles de autonomía e independencia. La necesidad de una mayor y más técnica presencia del organismo de control y de una definición más clara de política pública en la materia han hecho así mismo que se retarden pasos en el proceso de sistematización requerido. A este respecto conviene analizar la posibilidad de aplicar esquemas de compensación nacional o regional, con referencia a unidades de pago por capitación según beneficiarios y alternativas más expeditas de giro de recursos entre operadoras, para asegurar el fin del sistema y un mayor equilibrio entre las cajas y sus prestaciones.

d) *Estandarización de beneficios y operación nacional del sistema.* Se trata de establecer mecanismos que permitan la uniformidad y flexibilidad en los beneficios reconocidos por el sistema a través de las cajas en las distintas regiones del país. Así mismo, el abordaje necesario e inaplazable en lo que toca con la provisión de servicios a nivel nacional, que no necesariamente implica la supresión de cajas de compensación familiar o la operación nacional de las mismas, sino que entraña, en concordancia con lo indicado en el punto anterior, una operación más flexible y sistémica de las cajas de compensación familiar en Colombia. Esto es, la alternativa para afiliar trabajadores desde un solo centro aun cuando presten servicios en diferentes departamentos, la existencia de beneficios homólogos particularmente en cuanto atañe al régimen de cuota monetaria y la posibilidad para un afiliado de acceder efectivamente en todo el país a los servicios del sistema. Para ello, las opciones de alianzas y convenios entre cajas se aprecian como de alto valor, así como la alternativa de que entre ellas se organicen empresas o servicios que brinden apoyo a las cajas y que favorezcan la operación particular, aplicando economías de escala y optimización de buenas prácticas, especialmente en lo concerniente a la gestión administrativa.

e) *Universalización*. Mediante la proposición y puesta en operación de esquemas de servicio que permitan la inclusión en el sistema de millones de potenciales afiliados que pertenecen a la economía informal o al mercado del trabajo independiente o al sector de los desempleados. Un subsistema de seguridad social que no sea capaz de realizar la universalidad, en forma progresiva por supuesto, está llamado a desaparecer, pues es lo propio de las prestaciones de la seguridad social que aquellas sean reconocidas para todas las personas, con independencia de su condición laboral y menos de su formalidad. Favorecer esquemas de apoyo a la formalización, promover la afiliación de nuevas poblaciones y estructurar servicios para sectores vulnerables son algunos de los retos que a nuestro juicio se muestran más evidentes para el sistema de subsidio familiar y sus operadoras.

10. SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y PROTECCIÓN SOCIAL

En el contexto actual de la seguridad y la protección social en Colombia, es claro el determinante papel jugado por las cajas de compensación familiar, como agentes por excelencia de la generación de condiciones de bienestar para los individuos y sus familias.

Mucho se discute sobre las relaciones y antagonismos entre seguridad social y protección social, en particular en el caso de Colombia que en virtud de la creación del Ministerio de la Protección Social y de la adopción de la Ley 789 de 2002 dio el paso hacia el establecimiento de un sistema de protección social, no obstante existir referencia constitucional expresa a un sistema de seguridad social en el artículo 48 de la Carta Nacional.

Esa controversia se planteó ante la Corte Constitucional con ocasión de la demanda contra la totalidad de la Ley 789 de 2002 por vicios de trámite y parcial por vicios de fondo que se resolvió a través de la Sentencia C-038 de 2004, con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett.

En relación con el artículo 1º de dicha ley la Corte precisó el tema de debate en señalar como problema jurídico si esa norma, al definir el sistema de protección social, desconocía el diseño constitucional de la seguridad social, a lo que respondió negativamente y declaró la validez de la disposición⁽²⁵⁾.

(25) Entre los argumentos de la Corte Constitucional se encuentran los siguientes en el aludido fallo:

“La seguridad social constituye no sólo un servicio público obligatorio sino también un derecho irrenunciable de toda persona, que puede ser prestado directamente por el Estado o por intermedio de los particulares, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado (arts. 48, 49 y 365 C.N.). Teniendo en cuenta su naturaleza de derecho prestacional, la

Vale la pena anotar que diez años después y en virtud de la habilitación contenida en la Ley 1444 de 2011⁽²⁶⁾, se ha procedido a la escisión de dicho ministerio y por ende al restablecimiento del Ministerio de Trabajo, de una parte, y del Ministerio de Salud y Protección Social, de la otra, con lo cual se rompe la visión orgánica integradora que caracterizó la ola de reformas en el período de la administración Uribe Vélez, bajo la orientación del ministro Juan Luis Londoño.

En el resto del mundo no existe consenso tampoco sobre los alcances de cada uno de los conceptos, entendiéndose en muchos casos en forma unívoca.

(Cont. nota 25)

Constitución no optó por un único modelo en esta materia sino que confió al legislador la tarea de configurar su diseño, por ser este el foro de discusión política y democrática por excelencia donde deben ser analizadas reposadamente las diferentes alternativas a la luz de las condiciones económicas, los esquemas institucionales y las necesidades insatisfechas [...]

"Sin embargo, la Corte no encuentra que el artículo 1º contenga definiciones, diseños o instrumentos que vulneren específicamente los principios constitucionales de la seguridad social.

"El argumento según el cual la definición del sistema de protección social introduce desorden institucional en la medida en que altera el sistema de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993, no es convincente, pues una ley nueva puede modificar, derogar o complementar desarrollos previos en materia de seguridad social. No corresponde a esta Corte determinar en esta sentencia hasta qué punto la creación del sistema de protección social implica o no la derogación de ciertos aspectos del sistema de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993, pues no es función de esta Corporación indicar las condiciones de vigencia de las disposiciones legales...".

(26) **ART. 6º—Escisión del Ministerio de la Protección Social.** Escíndase del Ministerio de la Protección Social los objetivos y funciones asignados por las normas vigentes al Despacho del Viceministro de Salud y Bienestar, y los temas relacionados al mismo, así como las funciones asignadas al Viceministerio Técnico.

ART. 7º—Reorganización del Ministerio de la Protección Social. Reorganícese el Ministerio de la Protección Social, el cual se denominará Ministerio del Trabajo y continuará cumpliendo los objetivos y funciones señalados por las normas vigentes, salvo en lo concerniente a la escisión de que trata el artículo 6º de la presente ley. Esta entidad será responsable del fomento y de las estrategias para la creación permanente de empleo estable y con las garantías prestacionales, salariales y de jornada laboral aceptada y suscrita en la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

ART. 8º—Sector Administrativo del Trabajo. El Sector Administrativo del Trabajo estará integrado por el Ministerio del Trabajo, las Superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas al mismo.

ART. 9º—Creación del Ministerio de Salud. Créase el Ministerio de Salud y Protección Social, cuyos objetivos y funciones serán los escindidos del Ministerio de la Protección Social, de acuerdo con el artículo 6º de la presente ley.

ART. 10.—Sector Administrativo de Salud y Protección Social. El Sector Administrativo de Salud y Protección Social estará integrado por el Ministerio de Salud y Protección Social, las superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas al mismo".

Como lo refiere el informe del Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS) 2011, por el cual se avanza en la construcción de un índice de seguridad social, los términos “protección social” se utilizan en todo el mundo y en las instituciones con una variedad aún mayor de significados que “seguridad social”. Se interpreta a menudo que tienen un carácter más amplio que la seguridad social (incluida, en particular, la protección que se otorga a los miembros de la familia o los miembros de una comunidad local)⁽²⁷⁾, pero se utiliza también en algunos contextos con un significado más estrecho que el de la seguridad social (en el cual se comprenden sólo las medidas orientadas a los más pobres, a los más vulnerables o a los miembros excluidos de la sociedad). De este modo, en muchos contextos, los términos “seguridad social” y “protección social” pueden ser ampliamente intercambiables y la OIT utiliza, sin duda alguna, ambas expresiones a la hora del asesoramiento pertinente a sus mandantes⁽²⁸⁾.

En Colombia se ha utilizado frecuentemente la figura de la sombrilla para identificar a la protección social como el ámbito más amplio de cubrimiento contra riesgos sociales.

No obstante hay quienes opinan que el establecimiento de sistemas de protección social lo que conlleva es al demérito de la seguridad social, en la medida en que, por ampliar coberturas y combatir la pobreza—fines propios de dichos sistemas—, se afectan los derechos de los trabajadores y asegurados, pues surge la tendencia a incrementar las prestaciones asistenciales o no contributivas, en tanto se deterioran aquellas contributivas, clásicas de la seguridad social⁽²⁹⁾.

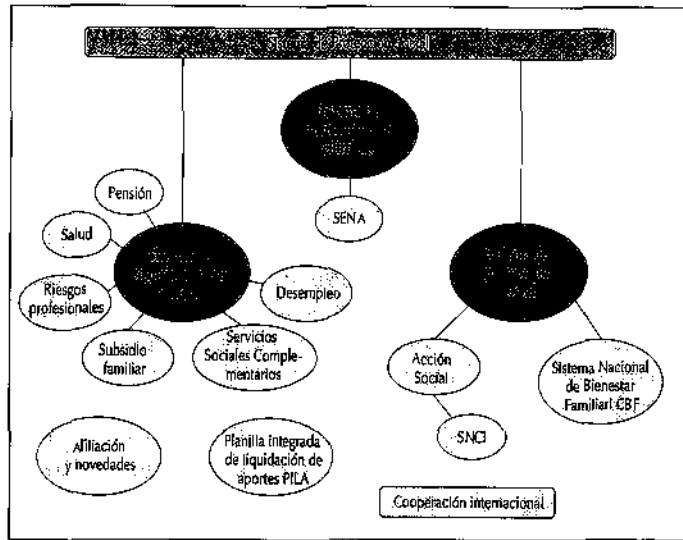
En Colombia la adopción del término protección social se ha generalizado, entendiéndose dentro del mismo el ámbito de las prestaciones de la seguridad social, conforme se muestra en el siguiente gráfico y a partir de las precisiones que al respecto introdujo la Ley 1151 de 2007.

(27) Este uso quedó reflejado en el informe sobre el trabajo en el mundo 2000: *La seguridad de los ingresos y la protección social en un mundo en plena transformación*, Ginebra, OIT, 2000.

(28) Puede señalarse, sin embargo, que la OIT utiliza el título institucional de “Sector de la Protección Social”, que comprende una variedad más amplia de programas que la seguridad social y que trata de asuntos que incluyen la seguridad en el trabajo, las migraciones laborales y otros aspectos de las condiciones laborales, como las horas de trabajo, los salarios, etc.

(29) Véase Cortés González, Juan Carlos, *Derecho de la protección social*, Bogotá, Legis Editores, 2009.

Gráfico 11
Esquema del sistema de protección social en Colombia



En general los sistemas de protección social se estructuran para articular diversos mecanismos de cubrimiento frente a los riesgos sociales, que incluyen los seguros sociales pero que adicionan esquemas de microseguros y servicios complementarios.

En lo que respecta al sistema de subsidio familiar y a las cajas de compensación familiar frente a la protección social en Colombia, hay que señalar que aquellos históricamente han estado incorporados al desarrollo de la protección social.

Si bien como esquema de provisión de una prestación social para los trabajadores dicho sistema se encuadra en el ámbito de la seguridad social como se ha señalado, en tanto la asunción de tareas frente a nuevas poblaciones lo ha aproximado al radio de acción de la protección y, en general, de la política social del Estado.

Normativamente la Ley 789 de 2002, al estructurar la protección social, reguló las reformas al sistema de subsidio familiar en el mismo ordenamiento, en tanto la Ley 1151 de 2007 (capítulo II, artículo 6, numeral 3, final), al referirse a las posibilidades para entonces de afiliación a las cajas de compensación familiar por parte de las cooperativas de trabajo asociado, señaló expresamente que estas corporaciones hacían parte del sistema de protección social.

Esta tendencia ha sido reafirmada en forma constante por las regulaciones expedidas para desarrollar administrativamente el sistema de planilla integrada

de liquidación de aportes, el cual mucho ha contribuido a la articulación del sistema de protección social.

Como ejemplo se cita el Decreto 1465 de 2005, el cual define el sistema de protección social e incluye dentro de él, en su artículo 2º, numeral 2.1., la operación de los subsistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales del sistema de seguridad social integral, al Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y a las cajas de compensación familiar.

Una sola anotación que consideramos pertinente a este respecto es la relacionada con la ubicación de dichas corporaciones como administradoras del sistema de subsidio familiar, dentro del ámbito de la seguridad social, así se entiende por la ampliación de criterio que prestan servicios dentro de la protección social; esto es, las funciones a cargo de las cajas de compensación familiar por esencia y en forma inicial están en el mismo nivel de las que despliegan las operadoras de pensiones, salud y riesgos profesionales, pues integran las prestaciones clásicas de la seguridad social, por lo cual a lo menos en sus componentes principales (subsidio familiar, servicios sociales, desempleo y vivienda) no pueden apreciarse como expresión de la promoción o la asistencia social, sino que corresponden a la ejecución de derechos tal como lo ha reconocido en forma reiterada la Corte Constitucional.

Más recientemente el artículo 151 de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 expresamente reafirma la adscripción de las cajas al sistema de protección social.

Precisamente uno de los mayores retos en el inmediato futuro para el sistema, a nuestro juicio, y frente al restablecimiento de los Ministerios de Trabajo y Salud y Protección Social es lograr un adecuado relacionamiento con cada uno de los sectores, pues si bien las cajas de compensación familiar proveen servicios esenciales para los trabajadores, también se definen como operadoras de la protección social y, en este frente, sus posibilidades de acción se proyectan más allá del sector formal laboral.

Varios son los factores que colocan a tales corporaciones como entes por excelencia de la seguridad y la protección social, entre ellos:

a) Son las organizaciones que por su amplia definición funcional tienen la ductilidad de participar en los diferentes regímenes y frentes de la seguridad social. Como administradoras del bienestar individual y familiar y promotoras del desarrollo humano y social, están encargadas de las asignaciones familiares, pero además prestan servicios y ofrecen bienes, cobijando a la población en diferentes etapas de su vida cronológica, a través de coberturas diversas.

b) Cuentan con habilitación legal para realizar alianzas con entidades especializadas y de manera especial para integrarse a los sistemas de seguridad social

en salud, como entidades promotoras de salud directamente o en participación o como administradoras del régimen subsidiado, y seguridad social en pensiones, promoviendo la creación o a través de su participación en sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías.

c) La Ley 789 de 2002 les asignó con exclusividad la tarea de administrar y cubrir las prestaciones del régimen de protección social, en cuanto atención de la población desempleada, con y sin vinculación a la economía formal.

d) Hacen parte desde las leyes 9ª de 1989 y 49 de 1990 del sistema nacional de vivienda de interés social como entidades financiadoras y, recientemente, asumen a partir de la Ley 633 de 2000 participación en el proceso de postulación, estudio y calificación frente al otorgamiento de subsidios de vivienda de interés social para población informal.

e) La Ley 789 reafirma su participación en la administración de jardines infantiles para población afiliada y no afiliada, de menores niveles de ingreso, constituyéndose desde antes en parte del sistema nacional de bienestar familiar. Están llamadas además al cubrimiento de necesidades de la población adulta mayor.

f) Al ser calificadas como entidades del sector de la economía solidaria, están habilitadas para participar en condiciones de preferencia legal en ciertos ramos o para la participación o adquisición con prevalencia de sociedades con participación pública.

g) Desarrollan con experiencia actividades en el campo de nuevos derechos sociales reconocidos por la Carta Política, como en el caso de la recreación y el deporte, condiciones esenciales para el logro de adecuados niveles de calidad de vida y promoción individual y familiar.

h) Están habilitadas para participar además en el sector financiero y cooperativo, como bisagras necesarias entre aquel y el sector de la seguridad social integral.

i) Se les deja abierta la posibilidad de entrar a operar particulares ámbitos del sistema de seguridad social en salud, como acontece frente a la administración de las instituciones prestadoras de servicios de salud que nacieron como producto de la escisión del Instituto de Seguro Social ordenada por el Decreto 1750 de 2003.

j) Su patrimonio se afecta a las finalidades sociales definidas por la naturaleza institucional propia, lo cual permite que su participación en el ámbito de la seguridad social medie entre los intereses de los actores privados y la gestión de lo público, facilitando la ubicación de recursos complementarios, con el carácter de parafiscales –de especial naturaleza, se reitera– para el desarrollo del servicio público a que se refiere el artículo 48 de la Constitución Política.

k) La experiencia de su funcionamiento ha demostrado eficiencia en el manejo de los cometidos que se les han impuesto, superviviendo aún con la progresiva reducción de los recursos a su libre destinación en programas propios de expansión o servicios. En efecto, menos del uno por ciento de los aportes sobre la nómina de los empleadores –frente a un cuatro por ciento nominal– se destina al desarrollo de programas y servicios sociales, pues el resto se halla afectado a finalidades determinadas por ley.

11. PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SUBSIDIO Y COMPENSACIÓN FAMILIAR: DIVERSIDAD PARA EL BIENESTAR INTEGRAL DE LA PERSONA

Ya se ha advertido al considerar la evolución histórica del sistema la manera en que este ha sido incorporado a la gestión de diferentes frentes de interés público en campos diversos de la política social.

Precisamente una de las críticas que se le formula tiene que ver con la dispersión de roles y actividades, lo que dificulta la focalización de su gestión y, de contera, una mejor y más eficiente medición del impacto que provoca. ¿Deberían las cajas continuar operando centros de recreación y hoteles y supermercados y ahora universidades?

Una justificación conceptual de inicio nos parece que emerge en este debate y es la relacionada con la naturaleza misma de un sistema tal, el cual tiene por objeto proveer satisfactores de bienestar a la población cubierta. Esto es, la integralidad del ser y la condición misma del bienestar como fenómeno o condición holística que se estructura a partir de varios servicios permiten vislumbrar que es pertinente que un sistema de asignaciones familiares y servicios sociales como el colombiano se encargue de diversas funcionalidades integradas todas ellas por un eje transversal: la realización del bienestar para la dignidad humana.

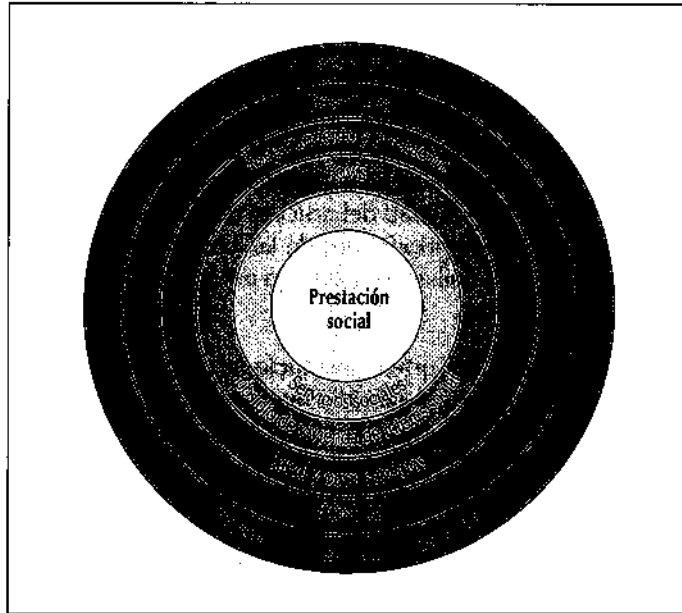
Intervenir durante el ciclo vital es propósito de los sistemas de protección social y quizá, dentro de ellos, los subsistemas que más se aproximan a esta perspectiva son los que despliegan las asignaciones familiares y los servicios sociales.

No obstante el tema de la especialización de funciones es una materia que estará presente en la discusión sobre el porvenir del sistema de subsidio familiar, pues tan evidente es su ampliación que la denominación misma con la que se le identifica resulta demasiado estrecha, pues a lo menos en Colombia dicho sistema es hoy de subsidio familiar, protección por desempleo, servicios sociales y bienestar integral.

Gráficamente proponemos apreciar la dinámica evolutiva de ampliación de funciones del sistema a través de la siguiente figura, cuyos anillos pueden

contraerse o extenderse tanto como la política pública fije, pero además, en buena medida, tanto como la gestión privada en que se basa el sistema lo procure.

Gráfico 12
Expansión del sistema de subsidio familiar



Procede ahora analizar en forma esquemática los alcances de los principales roles que corresponden al sistema.

12. SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR Y SERVICIOS SOCIALES

Se ha comentado cómo en sus orígenes el sistema era eminentemente de reparto monetario y concretaba sus alcances a la administración de los aportes y a su distribución entre los trabajadores beneficiarios del subsidio.

Materia de discusión económica es la referida a la pertinencia de aplicar subsidios en metálico o en servicios, que se refuerza con consideraciones ideológicas sobre el particular. En efecto, ¿genera mayor eficiencia que los sistemas de intervención social distribuyan recursos en dinero para solventar necesidades sociales o que promuevan la prestación de los servicios a los que accedan los beneficiarios del subsidio? Y en el mismo sentido, ¿cuál de las dos opciones asegura mayores condiciones de libertad e inclusión?

Se afirma con frecuencia que hacer crecer los esquemas de servicios sociales promueve una cultura paternalista restrictiva de la libertad individual de elegir, pues condiciona a las personas a hacer uso de bienes que el colectivo estima deseables pero que pueden no corresponder a la preferencia personal.

Por el contrario, si los sistemas de intervención social asignan recursos en dinero, las personas elegirán libremente el uso que se les dé, lo que permite una distribución más equitativa y a la vez universal, por cuanto si se trata de aplicar el subsidio a la oferta de servicios sociales, siempre habrán mayores restricciones de acceso, tanto por preferencias como por disponibilidad de cupos.

Este debate que en lo político estará presente siempre que se analice una temática tal, fue controvertido jurídicamente ante la Corte Constitucional, cuando se demandó la constitucionalidad del artículo 62 de la Ley 21 de 1982 por el cual se determina el orden de prioridades de las obras y programas a cargo de las cajas de compensación familiar para el pago del subsidio familiar bajo la modalidad de especie y servicios.

En su pronunciamiento la Corte Constitucional consideró exequible la norma y viable el reconocimiento del subsidio familiar en especie y servicios, a partir de la aplicación del principio de libre configuración legislativa.

Entre los aspectos más relevantes de dicho fallo se citan los siguientes:

"Para la Corte el señalamiento de los objetivos y prioridades en los que deben ser aplicados los recursos que administran las Cajas de Compensación constituye una expresión de la competencia interventora del Estado en la economía destinada a mejorar la calidad de vida de la población trabajadora (art. 344 C.N.), puesto que pretende asegurar que los recursos recaudados de los empleadores con destino al subsidio familiar sean invertidos en obras y programas de interés general. [...]

"Por tanto, no le asiste razón al demandante cuando afirma que la norma acusada está obligando a los trabajadores a arriesgar el dinero de 'su' subsidio en estas obras y programas, además porque ha quedado claramente establecido que sobre los recursos parafiscales que manejan las Cajas de Compensación Familiar los beneficiarios no tienen un derecho subjetivo equiparable al que se ejerce sobre la propiedad privada sino, por el contrario, un interés legítimo de que las sumas recaudadas por ese concepto sean aplicadas en actividades que favorezcan a la clase trabajadora, tal como lo pretende la norma que se revisa. [...]

"Con todo, si la pretensión del demandante está enderezada a que se modifique la naturaleza jurídica que el legislador le ha atribuido al subsidio familiar, con el fin de que este beneficio sea reconocido directamente a sus be-

neficiarios prescindiendo de toda la estructura orgánica del subsidio familiar consagrada en la Ley 21 de 1982 y las normas que la desarrollan, es incuestionable que la instancia adecuada para debatir este asunto es el Congreso de la República y no la Corte Constitucional”.

Retomando los antecedentes históricos en relación con la implementación de los servicios sociales dentro del sistema de subsidio familiar, es preciso considerar que fue a partir de los años setenta del siglo pasado, ante la capitalización de los fondos que servían en las cajas para el reconocimiento del subsidio y por influencia de tesis que abogaban por ofrecer servicios sociales a los trabajadores para hacer más eficiente el uso del subsidio, que se abrió esta posibilidad, con la cual el sistema pasó a una etapa diversa, caracterizada por su reorientación hacia el fortalecimiento de los servicios en desmedro del subsidio en dinero, tendencia que tuvo que ser controlada al expedirse la Ley 21 de 1982 que consagró al efecto la restricción consistente en obligar que el 55% de los aportes se destinara al pago del subsidio familiar en dinero. En efecto, el artículo 43 de dicha ley señalaba:

Los aportes recaudados por las Cajas por concepto de subsidio familiar se distribuirán en la siguiente forma:

1. *Un cincuenta y cinco por ciento (55%) como mínimo para el pago de subsidio familiar en dinero.*
2. *Hasta un diez por ciento (10%) para gastos de instalación, administración y funcionamiento.*
3. *Hasta un tres por ciento (3%) para la constitución de la reserva legal de fácil liquidez y dentro de los límites de que trata la presente ley.*
4. *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.*

Esta disposición constituye un referente esencial por varias razones, entre otras por cuanto definió un esquema de distribución de recursos sobre los aportes recaudados por el sistema, que posteriormente será empleado por el legislador como mecanismo de reparto hacia distintas finalidades, al estilo del recurso empleado en la distribución del sistema general de participaciones o de regalías. Igualmente, con dicha norma se impuso a las cajas la obligación de atender predominantemente el pago del subsidio familiar en dinero, luego de lo cual se las habilitaba a destinar recursos para obras y programas destinados al pago del subsidio en servicios y especie.

Vale mencionar así mismo que el artículo 41 de la Ley 21 de 1982, al reconocer las funciones de las cajas de compensación familiar, les asignó entre ellas las concernientes a la organización, administración, ejecución con otras cajas, o mediante vinculación con organismos y entidades públicas o privadas, de obras y programas para la atención de servicios sociales, dentro del orden de prioridades señalado por la ley (numerales 2 y 3).

La razón de ser de los servicios sociales en las cajas de compensación familiar se concreta en atender el subsidio familiar, esto es, surgen como opciones para que se pague el subsidio a través de ellos, por lo que su uso está concebido para la población afiliada.

La organización, la definición de las inversiones por ejecutar para el desarrollo de dichos servicios y el control sobre los mismos son funciones que se asignan a los consejos directivos de las cajas, conforme lo previsto por los numerales 2 y 6 del artículo 54 de la Ley 21 de 1982. Requerirán en todo caso ser sometidos a estudio y aprobación previa por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar, hasta la adopción de la Ley 789 de 2002, en particular según lo prescrito por su artículo 20, a partir del cual se instauró un régimen general de autorizaciones que posibilita, por ejemplo en el caso del uso de remanentes de ejercicios anteriores, que se realicen proyectos sin la mencionada autorización previa.

El artículo 63 de la aludida ley facultaba a las cajas sin perjuicio de su operación territorial, para organizar en forma conjunta obras y programas sociales "con el fin de lograr una mejor y más económica atención a los trabajadores beneficiarios y las personas a su cargo".

Por su parte el artículo 64 de la misma ley recogió una metodología restrictiva y taxativa en cuanto a los servicios sociales que podían ejecutar las cajas de compensación familiar, disponiendo un orden de prioridades que debía atenderse para el desarrollo de dichos servicios, a menos que se contara con autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo concepto del Consejo Superior del Subsidio Familiar, para modificarlo.

Los servicios sociales autorizados para las cajas de compensación familiar por la Ley 21 de 1982 en su orden de precedencia eran los siguientes:

- a) Salud.
- b) Programas de nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros que compongan la canasta familiar para ingresos bajos (obreros) definida por el Departamento Nacional de Estadística (DANE).
- c) Educación integral y continuada; capacitación y servicios de biblioteca.
- d) Vivienda.
- e) Crédito de fomento para industrias familiares.

f) Recreación social.

g) Mercadeo de productos diferentes a los enunciados en el ordinal 2, el cual se hará de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Fue el artículo 16 de la Ley 789 de 2002 el que, al adicionar el artículo 41 de la Ley 21 de 1982, amplió legalmente la gama de servicios ofertados por las cajas y en nuestro concepto modificó el orden de prioridades establecido por el artículo 62 de la Ley 21, por cuanto a partir de él se entienden como funciones de las cajas una serie de actividades diversas o adicionales a las consagradas en dicha norma, que tienen consagración normativa de igual rango y que se enuncian dentro del articulado modificado de la Ley 21 de 1982.

Específicamente el numeral 5 del citado artículo 16 de la Ley 789 de 2002 se refiere a la administración por parte de las cajas de compensación familiar de programas frente a las siguientes actividades:

- Subsidio en dinero
- Recreación social
- Deportes
- Turismo
- Centros recreativos y vacacionales
- Cultura
- Museos
- Bibliotecas
- Teatros
- Vivienda de interés social
- Créditos (sin acotación alguna)
- Jardines sociales o programas de atención integral para niños y niñas entre 0 y 6 años
 - Programas de jornada escolar complementaria
 - Educación
 - Capacitación
 - Atención de la tercera edad
 - Programas de nutrición materno infantil
 - Programas que estén autorizados frente a los cuales podrán operar las cajas de compensación familiar bajo el esquema de subsidio a la oferta.

Pero más allá de este enlistamiento que realiza la normatividad actualmente vigente al respecto, debe considerarse que el artículo 16 de la Ley 789 de 2002 se estructuró sobre un criterio de libertad, colaboración y ampliación en la gama de roles a cargo de las cajas de compensación familiar.

Dicha norma consagra lo que podemos identificar como el principio de asociatividad propio del esquema operacional del sistema de compensación familiar, en la medida en que deja abiertas –como ya lo anticipaba la Ley 21 de 1982– plenas posibilidades para que las cajas se asocien entre ellas o con entidades especializadas públicas y privadas para la ejecución de los servicios a su cargo.

Así mismo, impone un criterio amplio sobre la materialidad de las acciones y proyectos de las cajas en la medida en que se consideren pertinentes, siempre y cuando se encuadren dentro del ámbito de la protección social.

El numeral 1 del aludido artículo es inequívoco a este respecto:

ART. 16.—Funciones de las Cajas de Compensación. *El artículo 41 de la Ley 21 de 1982 se adiciona, con las siguientes funciones:*

1. Ejecutar actividades relacionadas con sus servicios, la protección y la seguridad social directamente, o mediante alianzas estratégicas con otras Cajas de Compensación o a través de entidades especializadas públicas o privadas, conforme las disposiciones que regulen la materia.

Existe habilitación legal plena para que las cajas de compensación familiar, directamente o por medio de alianzas y convenios con entidades especializadas, desarrollen toda actividad que se relacione con la protección y la seguridad social.

A título referencial se enlistan las funciones de los artículos 41 y 64 de la Ley 21 de 1982, añadidas por el numeral 5 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 pero adicionalmente por las siguientes funciones que esta misma disposición expresa en otros numerales:

- a) Invertir en los regímenes de salud, pensiones y riesgos profesionales (numeral 2).
- b) Mercadeo social en forma directa o por concesión para las cajas que veían operando ese ramo.
- c) Participar, asociarse o invertir en el sistema financiero (numeral 3).
- d) Asociarse, invertir o constituir cualquier persona jurídica para la realización de cualquier actividad que desarrolle su objeto social (esto es, que ejecute las funciones a su cargo, conforme al numeral 4), en los cuales podrán vincularse los trabajadores afiliados.

- e) Desarrollar una base histórica de datos sobre beneficiarios de los programas (numerales 9 y 10).
- f) Administrar programas de microcrédito para pequeña y mediana empresa (numeral 11).
- g) Actividades de mercadeo en general, siempre y cuando acrediten independencia contable, financiera y operativa y sin que puedan comprometer en ellas los recursos provenientes del aporte o de cualquier otra unidad de negocio de la caja (numeral 12).
- h) Operar farmacias (numeral 12).
- i) Operar fondos de capital de riesgo conforme reglamentación del Gobierno (numeral 13).

A más de estas funciones y como se manifestará más adelante, existen normas especiales que incluyen a las cajas de compensación familiar en la realización de actividades diferentes relacionadas con salud⁽³⁰⁾, deporte e intermediación laboral, las cuales refuerzan esta amplitud operativa que se reconoce a las administradoras del sistema. La Ley 920 de 2004, por su parte, las habilita para desarrollar actividad de intermediación financiera en los precisos términos que ella misma consagra.

Y como agentes privados pueden las cajas de compensación familiar sin comprometer recursos de aportes ni incurrir en violación al artículo 44 de la Ley 21 de 1982 en cuanto a la imposibilidad de ceder o entregar a título gratuito recursos del sistema, ofrecer servicios en condiciones libres de mercado a población no afiliada en lo que respecta a las actividades que se reconocen como abiertas al público en los campos de la recreación, el turismo y el mercadeo. Igualmente se relacionan las cajas con las administraciones públicas para la contratación de servicios de intervención social que demandan gestión especializada en campos como la atención a la niñez, a la discapacidad, a la tercera edad y al cuidado de poblaciones vulnerables (desplazados, reinsertados, víctimas de desastres naturales); en muchos casos se les concibe como titulares por excelencia de los convenios de cooperación o asociación autorizados por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.

Así mismo tienen la opción de desplegar acciones y proyectos en el ámbito de la cooperación internacional, materia respecto de la cual la Superinten-

(30) También la celebración de contratos de administración delegada con las Empresas Sociales del Estado creadas en razón de la escisión del ISS en virtud del Decreto 1750 de 2003, como lo establece su artículo 28, en virtud del cual las cajas pueden asumir la administración y/o operación de las clínicas y centros de atención ambulatoria propiedad de dichas entidades.

dencia del Subsidio Familiar se ha venido pronunciando y que demanda una interpretación más amplia frente a las grandes posibilidades de encontrar en ella caminos para el fortalecimiento de la acción social institucionalizada y el desarrollo del sistema.

En Circular 031 de 2007 dicha Superintendencia estableció que, teniendo en cuenta las funciones de seguridad social ejecutadas por las cajas de compensación familiar, estas podrían participar en convenios y programas de cooperación internacional conforme los parámetros generales allí descritos⁽³¹⁾. Más adelante, a través de la Circular 07 de 2010 contentiva de la Guía para la Formulación de Proyectos y Programas, reafirma la facultad de participar en tales actividades de cooperación internacional, enfatizando la imposibilidad de aplicar en ellos recursos en calidad de contrapartida provenientes del aporte patronal del 4% o de cualquier otra unidad de negocios.

Debe tenerse en cuenta que a través de la Circular 010 de 2011 se reitera en tal orientación, pero se dispone que la aprobación de los convenios de cooperación internacional en los que participen las cajas de compensación familiar deben contar con aprobación de sus consejos directivos. Se ha debatido tal señalamiento, en consideración a lo preceptuado por el artículo 54 de la Ley 21 de 1982, numeral 9, respecto de la función que corresponde a dichos consejos en materia de aprobación de contratos en la cuantía que exceda la autorizada por las asambleas de afiliados para contratación directa por parte de los directores administrativos; ello supone que la interpretación de lo conceptuado por la Superintendencia del Subsidio Familiar debe hacerse en cuanto se trate de convenios de cooperación internacional que excedan la aludida cuantía.

La extensión de roles para las cajas como operadoras del sistema de subsidio familiar, la cual se potencia al apreciar las alternativas con las que cuentan para constituir o participar en terceras personas, hace que crezcan progresivamente los servicios sociales a su cargo y que así mismo se les termine reconociendo como operadoras de dichos servicios y proveedoras de bienestar, en interpretación que hemos venido comentando. Seguramente en el futuro esta realidad deberá ser regulada a través de esquemas normativos orgánicos que correspondan más a los alcances de las cajas, a las que hemos entendido como fiduciarias sociales de bienestar en el país.

El Departamento de Seguridad Social y Mercado de Trabajo y el Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia acogen el entendimiento sobre la naturaleza de las cajas de com-

(31) Se podrán celebrar convenios y alianzas en cooperación nacional e internacional con el fin de buscar la consecución de recursos que favorezcan la realización de actividades y el desarrollo de programas y proyectos enmarcados en la misión del sistema de compensación familiar, respetándose en todo caso los recursos del 4%.

pensación familiar como operadoras de servicios sociales en un estudio de 2011 denominado “Las cajas del subsidio familiar como operadores de política de social”, el cual se documenta en el Cuaderno de Trabajo No. 12 de la serie por ellos publicada. Concluye entre otros aspectos ese estudio:

“Una aproximación al Sistema del Subsidio Familiar desde el análisis de los servicios que prestan hoy día tanto a sus afiliados y beneficiarios como a poblaciones no afiliadas, producto de la evolución que ha tenido desde una prestación en dinero a favor del trabajador hasta el desarrollo de una densa e intrincada malla de servicios para este y su familia, condujo a la construcción de una importante red de organizaciones especializadas en la prestación de algunos servicios sociales con especificidades diversas según las necesidades y el propio interés de los afiliados. De allí, con la simple manifestación del legislador, en algunos casos, y de la potestad reglamentaria de los gobiernos, en otros, para extender su capacidad y vocación de servicio a poblaciones diversas de las aportantes de los recursos, transformándolas en operadoras de política social.

“El Sistema de Subsidio Familiar tuvo un desarrollo específico en cada CCF y, al alejarse de su misión inicial de un sistema de compensación para la entrega de asignaciones familiares y asumir objetivos complementarios y nuevos compromisos sociales, ha llevado a una gran heterogeneidad los servicios ofrecidos, en especial aquellos servicios adicionales que las CCF proporcionan de forma obligatoria a sus afiliados.

“Así mismo, este proceso promueve el desarrollo diverso de las CCF como organizaciones de servicios, las cuales presentan una amplia gama de diferencias estructuradas, en atención a las necesidades, preferencias e intereses de sus afiliados en la obtención de los servicios”.

De otra parte y considerando simultáneamente los alcances del sistema de protección social en el país con la extensión de los servicios a cargo del sistema de subsidio familiar por conducto de las cajas que lo operan, emerge un tema de reflexión profunda en cuanto al papel que estas deberían jugar respecto a la provisión de servicios de promoción social para poblaciones por fuera del campo de la seguridad social clásica. Se trata del ámbito que está a cargo del programa Acción Social como Consejería de la Presidencia de la República, pero cuyos desarrollos no se estiman suficiente ni adecuadamente articulados al sistema de seguridad social en el país.

De hecho en algunas regiones las cajas han sido convocadas a operar servicios para Acción Social, lo que hace pensar en las posibilidades que se abrirían al reconocer dentro de un modelo universalista que las asignaciones familiares y los servicios sociales son para todos y que dentro de un mismo sistema caben esquemas contributivos y no contributivos, al estilo de lo diseñado para el sistema de seguridad social en salud, reconociéndose el papel integrado de estas

instituciones en la provisión de servicios para las poblaciones cubiertas en uno y otro esquema; ello supondría sin duda un esfuerzo de articulación institucional y unificación de beneficios, a la vez que de ordenación de subsidios y del reconocimiento de éstos desde la perspectiva de derechos.

Como se aprecia al repasar esta diversidad funcional del sistema, no es fácil su abordaje académico. El propósito de esta obra es enfatizar en los desarrollos institucionales y normativos referidos al anillo central de la operación del sistema de subsidio familiar, esto es el reconocimiento de la prestación tal. No obstante no es posible hacer caso omiso a la realidad expansiva del mismo, por lo que se presentarán a continuación algunos comentarios sobre los servicios sociales y de intervención social que despliegan las cajas de compensación familiar, para posteriormente revisar el régimen del sistema clásico de subsidio familiar, centrar el esfuerzo en un análisis general sobre el campo de los servicios sociales dentro de la seguridad social y repasar los alcances de la institucionalidad en Colombia en materia de promoción social.

13. CONSIDERACIONES SOBRE LOS SERVICIOS SOCIALES A CARGO DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

La reflexión sobre los servicios que competen a las cajas de compensación familiar como operadoras del sistema debe considerar el amplio abanico de funciones y posibilidades que la reforma contenida en la Ley 789 de 2002 abrió al particular, en especial a través de su artículo 16.

Como se apreciará, en Colombia el campo de los servicios sociales –que se considera en otras latitudes en forma clara como un componente de los sistemas de seguridad social y del cual se esperan importantes desarrollos– se desarrolló primigeniamente a partir de la compensación familiar y, en concreto, por la habilitación que se dio a las cajas en cuanto a pagar el subsidio familiar a través de servicios sociales.

Más allá de la definición acotada que puede derivarse de considerar el libro IV de la Ley 100 de 1993, por la cual los servicios sociales se restringirían al ámbito de la protección de los adultos mayores en condición de indigencia, el espectro de los servicios sociales en el país es de mucha mayor amplitud si se toma en cuenta el campo de actuación de las cajas de compensación familiar.

Y ya no únicamente con base en los programas y el orden de prioridades establecido por la Ley 21 de 1982, sino a través de una muy agresiva cobertura que posibilita la Ley 789 de 2002, precisamente la estructuradora de la protección social en el país.

Pasemos a examinar los alcances de esta reforma a partir de la consideración del texto del artículo 16, para vislumbrar desde ella la gama de servicios que tienen a su cargo las cajas de compensación familiar, sin perjuicio que más

adelante nos refiramos de manera particular a unos frentes de actuación pública que si bien fueron avalados por dicha norma de la aludida Ley 789, son de principal impacto y cuentan con desarrollos normativos y organizacionales de especial mención, como acontece en los campos de la salud, la vivienda y la intermediación financiera.

Funciones de las Cajas de Compensación⁽³²⁾. *El artículo 41 de la Ley 21 de 1982 se adiciona, con las siguientes funciones:*

1. *Ejecutar actividades relacionadas con sus servicios, la protección y la seguridad social directamente, o mediante alianzas estratégicas con otras cajas de compensación o a través de entidades especializadas públicas o privadas, conforme las disposiciones que regulen la materia.*
2. *Invertir en los regímenes de salud, riesgos profesionales y pensiones, conforme las reglas y términos del Estatuto Orgánico del Sector Financiero y demás disposiciones que regulen las materias.*

Las cajas de compensación que estén habilitadas para realizar aseguramiento y prestación de servicios de salud y, en general para desarrollar actividades relacionadas con este campo conforme las disposiciones legales vigentes, individual o conjuntamente, continuarán facultadas para el efecto, en forma individual y/o conjunta, de manera opcional para la caja.

Las cajas de compensación familiar que no administren directamente los recursos del régimen subsidiado de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, o a través de terceras entidades en que participen como asociados, deberán girarlos, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta las siguientes prioridades:

(32) Ley 21 de 1982. ART. 41.—Las cajas de compensación familiar tendrán, entre otras, las siguientes funciones:

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

a) *Para las cajas que dentro del mismo departamento administren recursos del régimen subsidiado en los términos de la Ley 100 de 1993;*

b) *Al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA.*

Las cajas de compensación que realicen actividades de mercadeo social en forma directa, sin perjuicio de los convenios de concesiones, continuarán facultadas para el efecto, siempre que se encuentren desarrollando las correspondientes actividades a la fecha de vigencia de la presente ley, salvo lo previsto en el numeral décimo de este mismo artículo⁽³³⁾.

3. Participar, asociarse e invertir en el sistema financiero a través de bancos, cooperativas financieras, compañías de financiamiento comercial y organizaciones no gubernamentales cuya actividad principal de la respectiva institución sea la operación de microcrédito, conforme las normas del Estatuto Orgánico del Sector Financiero y demás normas especiales conforme la clase de entidad.

Cuando se trate de compra de acciones del Estado, las cajas de compensación se entienden incluidas dentro del sector solidario.

El Gobierno reglamentará los principios básicos que orientarán la actividad del microcrédito para esta clase de establecimientos, sin perjuicio de las funciones de la Superintendencia Bancaria en la materia.

Las cajas cuando se trate de préstamos para la adquisición de vivienda podrán invertir, participar o asociarse para la creación de sociedades diferentes de establecimiento de crédito, cuando quiera que tales entidades adquieran el permiso de la Superintendencia Bancaria para la realización de operaciones hipotecarias de mutuo⁽³⁴⁾.

(33) Debe armonizarse con el numeral 12 y no con el numeral 10 del mismo artículo como se cita, pues en la compilación final se ajustaron los términos.

(34) Ver Decreto 1746 de 2000 y artículo 96 del Decreto 2620 de 2000; este último fue derogado por el Decreto 975 del 31 de marzo de 2004, disposición en la cual se reconoce a las cajas de compensación familiar como una de las entidades facultadas para otorgar créditos en materia de financiación complementaria para viviendas de interés social, ver artículo 2º, numeral 2.13. Decreto 975 de 2004: "Para efectos de la asignación de subsidios entre los postulantes preseleccionados según el procedimiento que se establece en este decreto, serán entidades competentes para otorgar cartas de aprobación del crédito complementario los establecimientos de crédito, las cooperativas de ahorro y crédito, las cooperativas multiactivas e integrales con sección de ahorro y crédito, las cajas de compensación familiar, los fondos mutuos de inversión y los fondos de empleados...". Ello quiere decir que las cajas también directamente puede otorgar créditos con destino a adquisición de vivienda.

Con el propósito de estimular el ahorro y desarrollar sus objetivos sociales, las cajas de compensación familiar podrán constituir y participar en asociaciones mutualistas de ahorro y préstamo, instituciones financieras de naturaleza cooperativa, cooperativas financieras o cooperativas de ahorro y crédito, con aportes voluntarios de los trabajadores afiliados y concederles préstamos para los mismos fines.

4. *Podrán asociarse, invertir o constituir personas jurídicas para la realización de cualquier actividad, que desarrolle su objeto social, en las cuales también podrán vincularse los trabajadores afiliados.*

5. *Administrar, a través de los programas que a ellas corresponda, las actividades de subsidio en dinero; recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales; cultura, museos, bibliotecas y teatros; vivienda de interés social; créditos, jardines sociales o programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años; programas de jornada escolar complementaria; educación y capacitación; atención de la tercera edad y programas de nutrición materno-infantil y, en general, los programas que estén autorizados a la expedición de la presente ley, para lo cual podrán continuar operando con el sistema de subsidio a la oferta⁽³⁵⁾.*

6. *Administrar jardines sociales de atención integral a niños y niñas de 0 a 6 años a que se refiere el numeral anterior, propiedad de entidades territoriales públicas o privadas. En la destinación de estos recursos las cajas podrán atender niños cuyas familias no estén afiliadas a la caja respectiva.*

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar definirá de manera general los estándares de calidad que deberá cumplir la infraestructura de los jardines sociales para la atención integral de niños o niñas para que la entidad pueda ser habilitada.

Cuando se trate de jardines de propiedad de entes territoriales, la forma de contratación de cada programa de estos jardines será definida mediante convenio tripartito entre la respectiva caja de compensación familiar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el ejecutivo del ente territorial.

(35) El capítulo 2 de la Circular Externa 023 de 2003 proferida por la Superintendencia del Subsidio Familiar consagra desarrollos sobre los servicios sociales a cargo de las cajas de compensación familiar, indicando que los mismos deben orientarse a la generación de empleo productivo, a la disminución de la pobreza, a la disminución en la exclusión en el acceso a los servicios de la seguridad social, al impulso de la participación, la infancia, la familia y el género (ver Anexo normativo).

7. *Mantener, para el Fondo de Vivienda de Interés Social, hasta el 31 de diciembre de 2006, los mismos porcentajes definidos para el año de 2002 por la Superintendencia de Subsidio Familiar, con base en la Ley 633 del año 2000 de acuerdo con el cálculo de cociente establecido en la Ley 49 de 1990. Descontados los porcentajes uno por ciento (1%), dos por ciento (2%) y tres por ciento (3%) previsto en el literal d) del artículo 6° de la presente ley para el fomento del empleo⁽³⁶⁾.*

8. *Créase el Fondo para la Atención Integral de la Niñez y jornada escolar complementaria. Como recursos de este fondo, las cajas destinarán el porcentaje máximo que les autoriza para este fin la Ley 633 de 2000 y mantendrán para gastos de administración el mismo porcentaje previsto en dicha norma para el FOVIS.*

9. *Desarrollar una base de datos histórica en la cual lleve un registro de los trabajadores que han sido beneficiarios de todos y cada uno de los programas que debe desarrollar la caja en los términos y condiciones que para el efecto determine la Superintendencia del Subsidio.*

10. *Desarrollar un sistema de información de los beneficiarios de las prestaciones dentro del programa de desempleo de sus trabajadores beneficiarios y dentro del programa que se constituya para la población no beneficiaria de las cajas de compensación, conforme la presente ley, en los términos y condiciones que al efecto determine el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Trabajo y la Superintendencia del Subsidio Familiar.*

(36) El Decreto 975 del 31 de marzo de 2004 califica a las cajas como entidades otorgantes del subsidio familiar de vivienda de interés social, les asigna su ámbito de acción y les impone unas nuevas funciones a ese respecto, en su artículo 5. A saber:

“Las entidades otorgantes del subsidio familiar de vivienda de que trata este decreto serán el Fondo Nacional de Vivienda con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación apropiados en los presupuestos del citado fondo, o la entidad que haga sus veces, y las cajas de compensación familiar con las contribuciones parafiscales administradas por estas, todo ello de conformidad con lo establecido en las normas vigentes aplicables a la materia. [...]

“Las personas afiliadas al sistema formal de trabajo serán atendidas en forma prioritaria por las cajas de compensación familiar, de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 49 de 1990 y los artículos 63 y 67 de la Ley 633 de 2000 y Ley 789 de 2002. [...]

“Las cajas de compensación familiar operarán de manera autónoma con respecto a sus beneficiarios y serán los responsables del montaje y operación de los procesos de postulación, calificación, asignación y pago de los subsidios. Así mismo, serán responsables de suministrar la información relativa a sus postulantes al Sistema de Información de Subsidios”.

11. *Administrar directamente o a través de convenios o alianzas estratégicas el programa de microcrédito para la pequeña y mediana empresa y la microempresa, con cargo a los recursos que se prevén en la presente ley, en los términos y condiciones que se establezca en el reglamento para la administración de estos recursos y conforme lo previsto en la presente ley y sin perjuicio de lo establecido en el numeral 3 de este artículo. Dichas actividades estarán sujetas al régimen impositivo general sobre el impuesto a la renta.*

12. *Realizar actividades de mercadeo, incluyendo la administración de farmacias. Las cajas que realicen actividades diferentes en materia de mercadeo social lo podrán realizar siempre que acrediten para el efecto independencia contable, financiera y operativa, sin que puedan comprometer con su operación la expansión o mantenimiento los recursos provenientes de los aportes parafiscales o de cualquier otra unidad o negocio de la caja de compensación familiar⁽³⁷⁾.*

13. *El Gobierno Nacional determinará los eventos en que las cajas de compensación familiar podrán constituir e invertir en fondos de capital de riesgo, así como cualquier otro instrumento financiero para el emprendimiento de microcrédito, con recursos, de los previstos para efectos del presente numeral.*

Las cajas podrán asociarse entre sí o con terceros para efectos de lo aquí previsto, así como también vincular como accionistas a los trabajadores afiliados al sistema de compensación^{(38) (39)}.

Lo primero sea señalar que la norma no derogó lo establecido por la Ley 21 de 1982 en cuanto a funciones de las cajas de compensación familiar, por lo cual

(37) “Las cajas de compensación familiar, que ofrezcan el servicio de Mercadeo, podrán aumentar la capacidad adquisitiva de las familias, mediante la venta de productos básicos de la canasta familiar con precios accesibles, buena calidad, con el fin de incentivar mayor capital social para la familia.

“No obstante, las cajas de compensación familiar que se encuentren desarrollando actividades de mercadeo social en forma directa y que arrojen pérdida en sus operaciones serán notificadas de manera individual sobre las medidas adoptadas por este ente de control y vigilancia, con el fin de garantizar que este servicio no presente pérdidas, tal como lo establece el artículo 65 de la Ley 633 de 2000”.

(38) Se complementa este artículo con el parágrafo 1 del artículo 65 de la Ley 633 de 2000.

(39) La ley adicionó al artículo 16 de la Ley 789 de 2002 un numeral identificado con el ítem 14, por el cual se autorizó a las cajas de compensación familiar para adelantar actividad financiera con sus afiliados, para lo cual constituirán secciones especializadas de ahorro y crédito. Más adelante se describen las nuevas posibilidades que se abren en esta materia dentro del sistema de subsidio familiar. Dicha autorización no riñe con la ejecución de la función de crédito a cargo de las cajas, con recursos propios y en los términos de las leyes 21 de 1982 y 789 de 2002.

el artículo 16 mencionado modificó el artículo 41 de dicha norma, ampliando las funciones por él establecidas⁽⁴⁰⁾.

En estricto sentido del artículo podrían excluirse los numerales 7 y 8, por cuanto en ellos no se establecieron propiamente funciones, sino que se modificaron normas anteriores extendiéndose la vigencia de los porcentajes para el FOVIS hasta el 31 de diciembre de 2006⁽⁴¹⁾ y se creó el Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria, el cual venía operando desde la vigencia de la Ley 633 del 2000, pero como capítulo del FOVIS; a partir de la Ley 789, se resalta, dicho fondo adquirió entidad propia, no personalidad ni autonomía. En relación con estos fondos la Superintendencia del Subsidio Familiar ha establecido pautas de funcionamiento, entre otras, en la Circular Externa 02 de 2003.

La reforma de 2002 reitera y aclara el ámbito de servicios a cargo de las cajas de compensación familiar.

Sea lo primero señalar que el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 21 de 1982 remitía al artículo 62 de la misma ley en lo atinente a las obras y programas sociales a cargo de las cajas, estableciendo un orden de prioridades por campos de acción, del cual había que excluir el de la salud, conforme lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, en la medida en que las actividades de salud de las cajas debían articularse con el nuevo régimen del sistema de aseguramiento en salud.

La Ley 789 de 2002, por el contrario, estableció en un plano de igualdad de condiciones los servicios cuya administración estaría a cargo de las cajas de

(40) Las funciones originarias de las cajas de compensación familiar son las siguientes:

1. Recaudar, distribuir y pagar los aportes destinados al subsidio familiar, al Sena, a la ESAP, a las escuelas industriales y los institutos técnicos.
2. Organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar en especie o servicios.
3. Ejecutar, con otras cajas, o mediante vinculación con organismos y entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios dentro del orden de prioridades señalado por la ley (y ajustado por la reforma de 2002).
4. Cumplir las demás funciones que le señale la ley.

(41) Ampliada hasta 31 de diciembre de 2010 por el artículo 4° de la Ley 1114 del 27 de diciembre de 2006, que modificó el numeral 7 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 y convertida en destinación permanente a partir de 2011, en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 1429 de 2010 por el cual se modificó el numeral 7 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 al disponer que este quedaría así:

“7. Mantener para el Fondo de Vivienda de Interés Social los mismos porcentajes definidos para el año 2002 por la Superintendencia de Subsidio Familiar, con base en la Ley 633 de 2000 de acuerdo con el cálculo de cociente establecido en la Ley 49 de 1990. Descontados los porcentajes unos por ciento (1%), dos por ciento (2%) y tres por ciento (3%) previsto en el literal d) del artículo 6° de la presente ley para el fomento del empleo”.

compensación familiar, con la eliminación a nuestro juicio como se ha advertido del orden de prioridades que consagró el artículo 62 de la Ley 21 de 1982.

Pueden distinguirse por género los siguientes servicios bajo responsabilidad de las cajas: (i) cuota monetaria; (ii) recreación social; (iii) cultura; (iv) vivienda de interés social; (v) crédito; (vi) jardines sociales; (vii) jornada escolar complementaria; (viii) educación y capacitación⁽⁴²⁾; (ix) atención a la tercera edad; (x) programas de nutrición materno-infantil, a más de los (xi) programas previamente autorizados.

Por referencia a otras disposiciones habrá de interpretarse que entre los servicios de las cajas se encuentran adicionalmente los de (xii) mercadeo (numerales 2 inciso final y 12 del artículo 16 de la ley), (xiii) microcrédito (artículo 7° y 16, numerales 3, 11 y 13 de la ley) y (xiv) salud (numeral 2 del artículo 16).

El numeral 5 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 indica en el nuevo régimen los programas que corresponden a las cajas, partiendo de las actividades del subsidio en dinero (entiéndase el reconocimiento de la cuota monetaria de subsidio familiar). A la par de dicha actividad y en igualdad de condiciones y nivel, enumera los restantes servicios, con inclusión de las siguientes modificaciones que consideramos de especial interés:

— *Recreación*

Conviene señalar de entrada en este punto que existe un reordenamiento constitucional de gran importancia sobre la materia, consagrado a partir de la promulgación del Acto Legislativo 2 del año 2000, mediante el cual se reconoció el carácter de derecho social constitucional que tiene la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre. A partir de entonces no es posible sostener que las cajas deban respetar el orden de prioridades anteriormente regulado por el artículo 62 de la Ley 21 de 1982 y relegar sus funciones en el campo del deporte y la recreación, desconociendo que este es derecho constitucional de sus afiliados y, por ende, objeto principal en su operación.

Distingue los conceptos de recreación y turismo⁽⁴³⁾ que anteriormente parecían constituir para el sistema una relación de género a especie, siendo aquel la recreación.

(42) Las Cajas participarán con sus programas de educación en la política de revolución educativa que para el efecto señale el gobierno nacional, Circular Externa No. 023 de 2003, Superintendencia del Subsidio Familiar.

(43) La Circular Externa 023 de 2003 de la Superintendencia del Subsidio Familiar reconoce la posibilidad con que cuentan las Cajas de Compensación Familiar para actuar como agencias de viajes.

Abre sin ambages el campo de actividad de las cajas al turismo, con lo cual se soluciona cualquier reparo que pudiera hacerse con miras a limitarlo a su faceta del turismo social. La definición conceptual sobre la actividad de turismo se desarrolla a partir de la Ley 300 de 1996.

Distingue además y le da autonomía al manejo de centros recreativos y vacacionales. Ello en contravía con criterios de la Superintendencia del Subsidio Familiar, en virtud de los cuales la existencia de centros vacacionales y recreativos quedaría condicionada a la demanda de los mismos en todas las temporadas.

Otorga nivel legal a la tarea de deportes, en consonancia con el mandato constitucional del artículo 52 de la Carta Política⁽⁴⁴⁾.

—Cultura

Incluye los conceptos de museos y teatros, a más de los servicios de bibliotecas, los cuales podrán administrarse en forma directa o por convenios (numerales 1 y 4 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002).

—Vivienda de interés social

Le asigna expresamente esta función a las cajas, la cual viene operando a partir de la Ley 49 de 1990 (art. 51 C.P.)⁽⁴⁵⁾.

Las cajas participan como entidades otorgantes del subsidio familiar, prioritariamente para su población afiliada –subsidio a la demanda–, y además están habilitadas para otorgar créditos que complementen la financiación de las viviendas de interés social.

Adicionalmente, pueden vincularse en la oferta de vivienda de interés social tal como se reafirmó a partir del artículo 10 del Decreto 975 de 2004:

(44) Ver numeral 2.5, capítulo 1, Circular Externa 023 de 2003, Superintendencia del Subsidio Familiar.

(45) Se expidió el Decreto 975 del 31 de marzo de 2004, publicado en el *Diario Oficial* N° 45.509 del 2 de abril de 2004, por medio del cual se reglamentan las leyes 49 de 1990, 3 de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 812 de 2003 en relación con el subsidio familiar de vivienda de interés social en dinero para áreas urbanas, norma que recoge, deroga y actualiza la normatividad en la materia, buscando entre sus objetivos centrales establecer un sistema de precalificación de las postulaciones en relación con las posibilidades de crédito para completar los recursos que permitan efectivamente la adquisición de vivienda; la disposición, además, ajusta las tipologías de viviendas de interés social y los rangos de subsidios para cada una de ellas, prácticamente eliminando el subsidio para el tipo 4 de vivienda, pues lo ubica en apenas 1 5MLMV, en el objetivo de extender la cobertura del FOV15 para adquisición de viviendas de menores valores.

Las unidades administrativas, dependencias, entidades u oficinas que cumplan con las funciones de implantar las políticas de vivienda de interés social en el municipio o distrito, los fondos departamentales de vivienda, las entidades territoriales, las cajas de compensación familiar, las organizaciones populares de vivienda, las organizaciones no gubernamentales, las sociedades constructoras legalmente constituidas y en general, las entidades o patrimonios con personería jurídica vigente que tengan incluido en su objeto social la promoción y el desarrollo de programas de vivienda podrán participar en los diferentes programas de vivienda de interés social a los cuales los beneficiarios podrán aplicar sus subsidios, en los términos previstos en la Ley 3 de 1991 y normas reglamentarias.

Por su parte, el artículo 63 del aludido decreto definió lo que se entendía por programas de promoción de oferta, en los siguientes términos, estableciendo unas reglas en materia de topes de utilización de recursos del FOVIS para esos efectos, desembolsos y restitución de recursos al fondo:

Se entenderá por promoción de oferta el conjunto de actividades que adelanten las cajas de compensación familiar para:

- a) Desarrollar proyectos de vivienda de interés social contratando la construcción con constructores privados, públicos, organizaciones no gubernamentales u organizaciones populares de vivienda.*
- b) Financiar proyectos de vivienda de interés social y otorgar créditos hipotecarios y microcréditos para adquisición de vivienda.*
- c) Adquirir proyectos de vivienda de Interés social⁽⁴⁶⁾.*

—Créditos

Elimina la reducida expresión contenida en el numeral 5 del artículo 62 de la Ley 21 de 1982⁽⁴⁷⁾ y posibilita en forma clara la prestación de servicios en líneas individuales, familiares y empresariales, en consecuencia además con la posibilidad de operar a través de entidades del sector crediticio y financiero (numerales 1, 3, 4, 11 y 13 del artículo 16 de la misma ley).

(46) Ver artículos 63 a 65 del Decreto 975 de 2004.

(47) Ley 21 de 1982, artículo 62 numeral 5: "Las obras y programas sociales que emprendan las cajas de compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie se realizarán exclusivamente en los campos y en el orden de prioridades que a continuación se señala: [...]

"5. Crédito de fomento para industrias familiares".

En cuanto a crédito de fomento para industrias familiares, la Superintendencia del Subsidio Familiar en Circular Externa 023 de 2003 señala que “se deberá continuar con los planes y programas establecidos actualmente y emprender los que se deriven de la reglamentación que en esta materia señale el Gobierno Nacional”, con evaluación sobre el número de empresas y de empleos creados. (numeral 2.16, capítulo I).

La Circular Externa 023 del 23 de diciembre de 2003 define con criterio amplio el servicio de crédito ofrecido por las cajas y señala que las mismas deberán establecer montos o cupos de crédito por cada uno de los servicios teniendo en cuenta las necesidades de la población afiliada. Igualmente recuerda la obligación de contar con los correspondientes reglamentos de crédito, debidamente divulgados entre la población objeto⁽⁴⁸⁾.

No se olvide que es facultad también de las cajas ofrecer servicios de crédito para adquisición de vivienda, comprendiendo la amplia definición del servicio de crédito que reconoce la nueva normatividad y sin que se reserve esa posibilidad como parece sugerirlo el numeral 2.17, capítulo III de la Circular Externa 023 de 2003 de la Superintendencia del Subsidio Familiar, a los eventos en que las cajas se asocien, inviertan o participen en establecimientos de crédito. Por lo demás, el mutuo es un contrato regulado por la legislación civil y comercial y comprende la posibilidad de la garantía hipotecaria, sin que exista norma que prohíba el otorgamiento de créditos para la adquisición o mejora de vivienda a las cajas de compensación familiar, como ya se ha dicho, pues por el contrario la Ley 789 consagra el principio de autonomía de dichas corporaciones, una definición amplia del servicio de crédito y la alternativa de prestar los servicios que a aquellas corresponden, bien en forma directa o en alianzas o por terceros especializados. En esta dirección se orientó el Decreto 975 de 2004, el cual incluyó a las cajas de compensación familiar dentro del listado de entidades otorgantes de crédito en materia de vivienda de interés social. Los créditos hipotecarios y microcréditos se otorgarán dentro de los programas de promoción de oferta, como lo establecía el artículo 63 de dicho decreto⁽⁴⁹⁾.

En efecto, la normatividad contenida en su artículo 2º, numeral 2.13, dispuso:

Otorgantes de crédito. *Para efectos de la asignación de subsidios entre los postulantes preseleccionados según el procedimiento que se establece en este decreto, serán entidades competentes para otorgar*

(48) Ver numeral 2.17, capítulo III (Servicios sociales) de la Circular Externa 023 de 2003.

(49) Téngase en cuenta además que la aplicación de créditos hipotecarios para la financiación de vivienda por parte de las cajas de compensación Familiar puede darse bajo el mecanismo del redescuento a partir del programa de créditos ofrecido por Findeter, en los términos del Decreto 2481 de 2003 y del Decreto 975 de 2004.

cartas de aprobación del crédito complementario los establecimientos de crédito, las cooperativas de ahorro y crédito, las cooperativas multiactivas e integrales con sección de ahorro y crédito, las cajas de compensación familiar, los fondos mutuos de inversión y los fondos de empleados. Estas instituciones deben hallarse sometidas al control, vigilancia e intervención del Estado. También serán competentes las organizaciones no gubernamentales que ofrezcan crédito y microcrédito, siempre y cuando hayan resultado habilitadas para acceder a cupos de redescuento ante Findeter.

También se promueve en el sistema el establecimiento de créditos blandos para fomentar el acceso a la educación superior por parte de los afiliados, señalándose como alternativa el que las cajas establezcan programas de crédito en esa dirección, vinculados por supuesto a sus tareas en el ramo de la educación formal⁽⁵⁰⁾.

—*Microcréditos*

Constituye un programa obligatorio de las cajas de compensación familiar, con financiación especializada, cuya ejecución podrá realizarse en forma directa o indirecta, enfocado a micro, pequeñas y medianas empresas (artículos 7º y 13, numerales 1, 3, 4, 11 y 13 ib.).

—*Jardines sociales y atención de niños y niñas entre 0 y 6 años de edad*

Se asigna una nueva función a las cajas en relación con su población y en armonía con lo dispuesto por el artículo 44 de la Constitución Nacional⁽⁵¹⁾.

—*Administración de jardines sociales de terceros*

Consagra legalmente el numeral 6 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 la modalidad de atención que se implementó a partir del Plan Nacional de Desarrollo del Gobierno del presidente Andrés Pastrana.

Se incorporó expresa constancia sobre la posibilidad de atender en estos eventos población no afiliada. Nótese entonces que las cajas podrán atender población menor de seis años de edad tanto afiliada, como bajo la modalidad de

(50) Ver numeral 2.1, capítulo III (Servicios sociales), Circular Externa 023 de 2003.

(51) Las cajas deberán informar a la Superintendencia del Subsidio Familiar, para su registro, en los dos primeros meses del año los respectivos programas, numeral 2.5.2 de la Circular Externa 02 de 2003.

administración de jardines, con cargo a sus recursos propios en el primer evento, como cubiertos por el fondo al que alude el numeral 8 del artículo 16 de la ley, en tratándose de población no afiliada.

La administración de jardines se hará respecto a instituciones propiedad de entidades territoriales públicas (departamentos, municipios, distritos, territorios indígenas y, en un futuro, regiones y provincias) o privadas.

Se excluyó la posibilidad de administrar jardines de propiedad directa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), para preservar la existencia y operación del ente público nacional y evitar su desplazamiento a operación privada, mecanismo que en todo caso no debe desconocerse como pertinente para alcanzar mayores coberturas.

El ICBF velará por los niveles de calidad de los jardines y se aplicará la modalidad de convenio tripartito cuando se opere en jardines de propiedad de las entidades territoriales.

Se eliminó así mismo la referencia expresa a la condición de pobreza de los menores que deben atenderse, si bien habrá que buscarse la interpretación armónica con la Ley 633 de 2000 que dio origen a este esquema de atención de población infantil.

La Circular Externa 023 del 23 de diciembre de 2003 (numeral 2.9, capítulo III) de la Superintendencia del Subsidio Familiar, excediéndose del ámbito legal que le da pie, pues no existe norma superior que así lo disponga, establece que “las cajas de compensación familiar no podrán destinar recursos de este rubro para la construcción de infraestructura física”. Se excede también en este punto la regulación, contrariando el postulado de autonomía para las corporaciones que integran el sistema de protección social, sin tener en cuenta criterios razonables para establecer la prohibición, pues nótese cómo la contribución, en caso de existir suficientes recursos, aplicada a la edificación o adaptación de bienes raíces con destino a los programas de atención a la niñez, no es sólo conveniente sino indispensable si se piensa en las afugias de los municipios y entidades territoriales para facilitar la infraestructura apropiada.

—Programas de Jornada Escolar Complementaria⁽⁵²⁾

Establece una nueva función a cargo de las cajas que viene operando a partir de la Ley 633 de 2000, y que se podrá realizar además en beneficio de los afiliados a las cajas.

(52) La Circular Externa 023 de 2003 se refiere a las condiciones básicas de estos programas en el acápite 2.10, capítulo III.

—*Atención a la tercera edad*

Introduce expresamente una nueva función para el sistema de compensación familiar, en consonancia con lo establecido por el artículo 46 de la Constitución Política⁽⁵³⁾ dirigida a sus afiliados⁽⁵⁴⁾, sin perjuicio de ampliar su radio de acción en caso de contarse con fuentes adicionales de financiación diversas a las del 4% del aporte patronal.

—*Programas de nutrición maternoinfantil*

Precisa y modifica los términos del artículo 62, numeral 2 de la Ley 21 de 1982.

—*Atención a discapacitados*⁽⁵⁵⁾

Si bien tales programas no están expresamente mencionados en la ley, corresponden al giro propio de las cajas de compensación familiar, tal como lo reconoce la Superintendencia del Subsidio Familiar, según criterio reafirmado en la Circular Externa 023 de 2003.

(53) “ART. 46.—El Estado, la familia y la sociedad concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

“El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.

(54) Mediante Circular Externa 023 de 2003 la Superintendencia del Subsidio Familiar cataloga estos programas como servicios sociales complementarios, bajo el numeral 2.12 (Adulto mayor), capítulo III: “Se deberán constituir o continuar con programas estructurados e independientes, de manera que se tenga una población identificada a la cual se le reconozcan sus necesidades, determinando de esta manera el tipo de servicio que se le debe prestar: sociales, psicológicas, especializadas, entre otras, de tal forma que integre los servicios de recreación, turismo, capacitación, cultura y salud.

“Para facilitar la identificación y control de los recursos destinados a estos programas, las cajas deberán presentar, anexo al presupuesto de Ingresos y Egresos, los referidos a cada programa en forma independiente”.

(55) El artículo 231 del Código del Menor prescribe: “Los consejos directivos de las cajas de compensación familiar deberán establecer programas de prevención, tratamiento, educación especial y rehabilitación para los menores deficientes que de acuerdo con la ley se hallen inscritos en las mismas y destinarán en su presupuesto prioritariamente los recursos necesarios; así mismo establecerán programas de orientación y asistencia psicológica para sus familias.

“La Superintendencia de Subsidio Familiar velará por el cumplimiento de esta obligación y aplicará las sanciones por su incumplimiento”.

Se trata de una función adicional que corresponde a los consejos directivos de las cajas de compensación familiar y que debe entenderse incorporada al artículo 54 de la Ley 21 de 1982.

En esta materia se señala que las cajas “ofrecerán oportunidades educativas a su población afiliada con discapacidad. Para tal fin, desarrollarán directamente o mediante convenios con establecimientos educativos acciones pedagógicas y terapéuticas a favor de los beneficiarios con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, sensitivas o emocionales. Esto implica, igualmente, crear en todo el entorno de la caja una cultura de tolerancia, de respeto y de libertades a favor del discapacitado y minusválido”.

Es muy importante señalar que, dentro de las funciones de los consejos directivos de las cajas de compensación familiar, el Código del Menor les asigna de manera expresa y obligatoria el desarrollar programas de prevención, tratamiento, educación especial y rehabilitación para los menores discapacitados vinculados a dichas corporaciones, con la indicación que dentro de su presupuesto tendrán prioridad los recursos que a dichos programas se destinen, así como a los que se dirijan a facilitar la orientación y asistencia psicológica de sus familias.

La Superintendencia del Subsidio Familiar tiene el deber de velar por el cumplimiento de dicho precepto e imponer las sanciones a que haya lugar por su omisión o cumplimiento indebido.

—*Cláusula general de funciones*

Señaló la Ley 789 que continúan vigentes los programas y servicios autorizados con anterioridad a su vigencia. Los programas y servicios autorizados podrán operar con el sistema de subsidio a la oferta.

—*Aseguramiento y prestación de servicios de salud (régimen contributivo)*

En concordancia con el anterior principio, las cajas podrán continuar operando en la administración y prestación de servicios de salud, en forma individual o asociada, a su elección, en los términos del numeral 2, inciso 2, del artículo 16 de la Ley 789 de 2002.

—*Administración de recursos para el régimen subsidiado de salud (artículo 217 de la Ley 100 de 1993)⁽⁵⁶⁾*

Las cajas podrán así mismo continuar con la administración directa de recursos para el régimen subsidiado de salud, en la forma como han venido ope-

(56) Ver numeral 2.8, capítulo III (Servicios sociales), Circular Externa 023 de 2003.

rando (directamente o por medio de asociación) o girando los recursos según la reglamentación del Gobierno, según este orden de prioridades:

a) A las cajas del mismo departamento que administren directamente recursos para el aludido régimen. Aunque la norma no lo estableció, se violaría el principio de igualdad si el mismo tratamiento no reciben las asociaciones de cajas creadas dentro del ordenamiento jurídico al efecto.

b) Al Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga).

Quiere ello decir que las cajas que no administran en forma directa recursos de los contemplados por el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, deberán girarlos en primera opción a las cajas o asociaciones que sí lo hagan dentro del respectivo departamento, según la reglamentación que expida el Gobierno. A falta de normatividad especial en la materia, se ha dado continuidad al giro de los recursos directamente al Fosyga. Temporalmente y por vigencia de la Circular Externa 023 de 2003 (numeral 4, capítulo I), dictada por la Superintendencia del Subsidio Familiar, en lo que respecta con este último punto, se habilitó a las cajas para mantener dichos recursos en inversiones a través de títulos de fácil liquidez, sin que opere el traslado al mencionado fondo⁽⁵⁷⁾. Recientemente se ha ordenado el giro de recursos excedentes para la financiación del sistema de salud.

—*Mercadeo*

Se contempló en la Ley 789 la posibilidad clara de realizar por parte de las cajas de compensación familiar actividades de mercadeo en forma genérica, incluido el mercadeo social. En ese orden de ideas la habilitación contenida en el inciso final del numeral 2 del artículo 16 sobraría, frente a la genérica consagración del numeral 12 de la misma ley. Dicha distinción se justifica al revisar los antecedentes de la norma y verificar la inclusión, en el primer debate del proyecto, de propuesta para reducir la posibilidad de acción en este campo al estricto del mercadeo social, precisamente por considerar pertinente acotar el campo de acción de las cajas y evitar que recursos parafiscales se distrajeran en el cubrimiento de servicios comerciales de mercadeo de poco valor agregado en el ámbito de la política de seguridad social.

Se aclaró así mismo en el numeral 12 la posibilidad de administrar farmacias como parte de la actividad de mercadeo. Adicionalmente, se reconoció por

(57) "Las cajas de compensación familiar que no administren directamente los recursos del Régimen Subsidiado o lo hagan a través de terceras entidades en las que participen como asociadas, deberán mantenerlos en títulos de fácil liquidez para su respectivo giro a otra caja de compensación del mismo departamento o al Fosyga" (Circular 023 de 2003).

la ley la aplicación del sistema de concesiones para la operación de la actividad de mercadeo (inciso final, numeral 2 del artículo 16 de la Ley 789), la cual ha sido acogida en la práctica, lo mismo que la aplicación de esquemas de venta o arrendamiento de las unidades de mercadeo de las cajas.

De otro lado se estableció una consecuencia diferencial frente a la ejecución de actividades de mercadeo distintas a las del social: la acreditación de la independencia contable, financiera y operativa de la unidad correspondiente, con la imposibilidad de destinar a dicha unidad para su expansión o mantenimiento recursos que provengan de aportes de los empleadores o de otra unidad o negocio de la caja.

Las cajas que realicen actividades de mercadeo podrán dar aplicación además a lo dispuesto por los numerales 1, 2 inciso final y 4 en materia de asociación, inversión o constitución de personas jurídicas distintas, para la ejecución de dicha actividad.

Con esta terminología nótese por lo demás la incorporación de conceptos tales como unidades de las cajas –las cuales podrán liquidarse voluntariamente en forma independiente en los términos del párrafo 2 del artículo 20 de la Ley 789 de 2002– o unidades de negocios, en armonía con los conceptos de mercadeo y publicitar a que se refiere el artículo 4, párrafo 2, y que evidencia el carácter empresarial y de gestión de servicios que se reconoce en todo caso a las cajas.

En materia de mercadeo, el artículo 22 del Decreto 827 de 2003 reafirmó el principio de autonomía e independencia de dicha actividad de las cajas frente a su operación en otras unidades de negocio. En los términos de esta norma reglamentaria, se tendrá que acreditar, por las corporaciones que la lleven a cabo, independencia contable, financiera y operativa. No se podrán comprometer con su operación de expansión o mantenimiento los recursos provenientes de los aportes o de cualquier otra unidad o negocio de la caja.

Tales prescripciones fueron reiteradas en lo concerniente a la ejecución de los servicios de mercadeo y salud por parte de las cajas de compensación familiar, en los términos de lo regulado por el artículo 40 de la Ley 1429 de 2010 que modificó el artículo 65 de la Ley 633 de 2000 en estos términos:

ART. 65.—Manejo financiero. *El artículo 65 de la Ley 633 de 2000 quedará así: Las cajas tendrán un manejo financiero independiente y en cuentas separadas del recaudo del cuatro por ciento (4%) de la nómina, para los servicios de mercadeo y salud, incluidos en estos últimos las actividades de IPS y EPS. Por consiguiente, a partir de la vigencia de la presente ley, en ningún caso los recursos provenientes del aporte del cuatro por ciento (4%) podrán destinarse a subsidiar dichas actividades.*

En conclusión la actividad de mercadeo se podrá financiar: (i) con remanentes de ejercicios financieros, (ii) con utilidades de otras unidades de negocio, (iii) con recursos de crédito, (iv) con aportes de capital de terceras personas, (v) mediante recursos provenientes de alianzas estratégicas y (vi) con cualquier otro mecanismo que permita la viabilidad del negocio de mercadeo y garantice el no subsidio con recursos parafiscales.

Téngase en cuenta, adicionalmente, que en caso de generarse pérdida con la operación de las unidades de mercadeo de las cajas, la Superintendencia del Subsidio Familiar, como lo reafirma la Circular Externa 023 de 2003, adoptará las medidas administrativas necesarias en orden a prevenir la ocurrencia de aquella en armonía con lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley 633 de 2000⁽⁵⁸⁾.

—*Principio general de asociación*

Se reitera a través del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 la posibilidad para las cajas de compensación familiar de realizar sus actividades a través de dos modalidades:

a) Directa en forma individual y bajo el esquema de unidades o negocios, a cargo de la misma corporación.

b) Indirecta o en forma asociada o bajo el esquema de alianzas estratégicas (convenios) regidos por el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes, sin perjuicio de la aplicación de normas que apliquen en forma especial al convenio o la alianza, como acontecería con el caso de participar en el sistema financiero.

Este principio se evidencia a través de los numerales 1, 2, 3, 4, 6, 11 y 13 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002.

Se promueve de manera particular la participación de las cajas en los sectores de salud, riesgos profesionales y pensiones, en los términos del numeral 2 del artículo referido. Dicha orientación es recogida por la propia Superintendencia del Subsidio Familiar cuando reconoce en la Circular Externa 023 de 2003 a las cajas una amplitud de responsabilidades en proyectos y programas que se refieren a:

a) La promoción de la afiliación al sistema de seguridad social, tanto en materia pensonal como de salud. “La afiliación al sistema se podrá hacer a través de las cajas de compensación familiar”.

(58) Ver numeral 2.13, capítulo III (Servicios sociales).

- b) Servir de bolsa de servicios personales.
- c) Adelantar programas de formación humana para la reconversión laboral.
- d) Prestar servicios de bienestar para la familia.
- e) Ofrecer programas de vivienda.
- f) Ofrecer programas de apoyo a las PYMES y al autoempleo.

Todo ello además bajo la perspectiva del obrar de dichas corporaciones orientadas por el bienestar de sus afiliados y de la comunidad en general, como se señala al hacer alusión al presupuesto de inversiones de las cajas, numeral 2.2, capítulo I, de la aludida Circular Externa 023 de 2003. No hay restricción legal en cuanto a que la asociación se realice con entidades públicas o privadas, ni tampoco se consagran efectos diferenciales o prohibitivos para la integración con organizaciones que tengan ánimo de lucro.

En esta materia resulta de especialísima importancia recordar que la Ley 789 del 27 de diciembre de 2002 dispuso que en materia de competencia y protección al consumidor se aplicarán a las cajas de compensación familiar las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959, la Ley 256 de 1996, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas que las modifiquen o reglamenten.

Se ordena, además, que sobre tales corporaciones y en cuanto se refiere a las materias de la competencia y la protección al consumidor se ejerza en forma directa inspección, vigilancia y control a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, según lo ordena el parágrafo 5 del artículo 21 de la ley.

Quiere ello significar que habrá de darse aplicación a la normativa en materia de competencia y protección al consumidor cuando las cajas desarrollen sus servicios sociales; particularmente es claro que, cuando los mismos correspondan a unidades o negocios que impliquen operación comercial, será preciso aplicar las disposiciones especiales, en lo atinente, por ejemplo, a avisos a la Superintendencia de Industria y Comercio, régimen de competencia leal, no abuso de posición dominante y demás.

Ello adquiere singular importancia además en el caso de asociación o participación con entidades especializadas, a cuya modalidad de asociación se impondrán las normas referidas. Este tipo de asociaciones, alianzas estratégicas, inversiones o participaciones se registrarán por la modalidad de aviso previo señalado en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, cuando se trate de integrar servicios prestados por las cajas que se proyecten ejecutar a través de terceros o en asocio de ellos.

En cuanto a las implicaciones tributarias de las citadas alianzas, se aplicará el principio general en materia de impuesto a la renta, el cual se expresa especí-

ficamente en la Ley 789 para el caso de la administración del programa de microcrédito, pero que tiene alcances mayores.

— *Vinculación al sistema financiero y solidario*

Es particularmente prolijo el artículo 16 comentado, en lo atinente a promover distintas formas de participación de las cajas de compensación familiar en el sector financiero. Basta resaltar la redacción de los numerales 1, 3, 4, 11 y 13 del artículo en análisis, al igual que lo comentado en relación con el programa de microcrédito (artículo 7° de la Ley 789 de 2002).

Bueno es relieves las posibilidades que se ofrecen a dichas corporaciones en los incisos 4 y 5 del numeral 3 del artículo 16, en relación con la inversión, participación o asociación en entidades diferentes de los establecimientos de crédito, cuyo objetivo sea el otorgamiento de créditos para la adquisición de vivienda, siempre y cuando las entidades correspondientes obtengan el permiso de la Superintendencia Financiera.

Igualmente se les faculta, con la finalidad de estimular el ahorro, para constituir y participar en asociaciones mutualistas de ahorro y préstamo, instituciones financieras de naturaleza cooperativa, cooperativas financieras o cooperativas de ahorro y crédito. Para ello podrán promover la realización de aportes voluntarios por parte de los trabajadores afiliados, así como otorgarles créditos para la ejecución de tales aportes. También podrán participar las cajas en organizaciones no gubernamentales cuyo objeto principal sea la operación de microcrédito, según el inciso primero del numeral 3 del artículo 16 analizado.

— *Funciones en materia de manejo de la información*

Se recogen en los numerales 9 y 10 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Se trata de atribuciones y responsabilidades nuevas, si bien en la práctica por lo menos en cuanto a base de datos de afiliados han venido operando como parte de la gestión administrativa interna de las cajas.

Lo que acontece es que según el nuevo sistema adquieren trascendencia especial, si se considera la necesidad de reportar afiliación al sistema para la obtención de beneficios, en el caso de los desempleados, por ejemplo, o en materia de cruce de información en lo referente a las solicitudes de apoyo que presenten aquellos, con cargo a los recursos del fondo para el fomento del empleo y la protección al desempleo.

Más allá del registro de empresas y trabajadores afiliados a las cajas, la norma se refiere a los trabajadores que han sido beneficiarios —entiéndase usuarios—

de todos los programas a cargo del sistema, según lo establecido por el numeral 5 del artículo 16.

Habrà de implementarse además un sistema para el manejo de la información sobre los beneficiarios del sistema de protección al desempleo, con y sin vinculación anterior a las cajas. En relación con esta última materia conviene reiterar que se demanda una participación organizativa alta por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar y más recientemente de la Unidad de Gestión Pensional y de Parafiscales (UGPP), en particular en cuanto atañe a la administración central de un punto que permita el reporte de la información pertinente, la asignación de recursos y el control para evitar el fraude al sistema, teniendo como ejemplo y advertencia los riesgos experimentados con relación al sistema de seguridad social integral en salud.

En cuanto a funciones relacionadas con la información en el ámbito de la protección social es preciso considerar adicionalmente que las cajas de compensación familiar están habilitadas para participar como operadores de información (en forma conjunta o a través de las agremiaciones y cumpliendo los estándares normativos al efecto que las obliga a constituir esquemas operativos autónomos) y a tomar parte en la conformación de la entidad vinculada de carácter mixto que se encargue del proceso de afiliación única al sistema de protección en su consideración integral.

14. SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR Y VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL

En la evolución del sistema de subsidio familiar, se aprecia de particular importancia la forma en que este se vinculó al sistema nacional de vivienda de interés social.

En efecto, desde la Ley 3 de 1989 y posteriormente, con base en lo dispuesto por la Ley 49 de 1990, las cajas de compensación familiar fueron consideradas como entidades financiadoras de vivienda de interés social, a partir del otorgamiento de subsidios familiares de vivienda, financiados con un porcentaje de sus ingresos por aportes con el cual nutrieron el fondo de vivienda de interés social (FOVIS), bajo su administración.

La Ley 21 de 1982 dictó los criterios para regular la organización, administración y tarifas de las obras y programas sociales de las cajas de compensación familiar, y señaló en su artículo 62 los campos y el orden de prioridades en que se debían realizar, encontrándose en el 4º orden la vivienda.

Por su parte la Constitución Nacional señaló en su artículo 51:

Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y pro-

moverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

A partir de la Ley 21 de 1982, las cajas de compensación familiar contaron con un marco de aplicación amplio y flexible de la actividad de vivienda, pero fue la Ley 49 de 1990 la que estableció la obligación a cargo de dichas corporaciones en cuanto a constituir un fondo para el subsidio familiar de vivienda de interés social (FOVIS), cuyos recursos se destinarían (i) a los afiliados de la propia caja, (ii) de otras cajas de compensación o (iii) a los no afiliados a cajas que tengan bajos ingresos; así mismo fijó las reglas para el financiamiento de dicho fondo⁽⁵⁹⁾.

El Decreto 2620 de 2000, en su artículo 8º, designó al Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana (Inurbe), cuyas funciones luego de su liquidación fueron asumidas por el Fondo Nacional de Vivienda (Fonvivienda), y a las cajas de compensación familiar como las entidades otorgantes del subsidio familiar de vivienda de interés social, además de impartir las directrices y regular los procedimientos mediante los cuales se habría de realizar el otorgamiento de tales subsidios.

El Decreto 975 del 31 de marzo de 2004 derogó el Decreto 2620 de 2000, pero reafirmó el papel de las cajas en lo atinente al manejo de los subsidios para vivienda de interés social. En particular señaló en su artículo 5º:

Entidades otorgantes del subsidio familiar de vivienda de interés social y recursos. Las entidades otorgantes del subsidio familiar de vivienda de que trata ese decreto serán el Fondo Nacional de Vivienda con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación apropiados en los presupuestos del citado fondo, o la entidad que haga sus veces, y las cajas de compensación familiar con las contribuciones parafiscales administradas por estas, todo ello de conformidad con lo establecido en las normas vigentes aplicables a la materia.

Las cajas de compensación familiar operarán de manera autónoma con respecto a sus beneficiarios y serán los responsables del montaje y operación de los procesos de postulación, calificación, asignación y pago de los subsidios. Asimismo, serán responsables de suministrar la información relativa a sus postulantes al Sistema de Información de Subsidios.

(59) La Ley 633 de 1990 modificó los porcentajes de recursos que las cajas de compensación familiar deben destinar para el Fondo de Vivienda de Interés Social.

La Ley 1432 de 2011⁽⁶⁰⁾ que contiene modificaciones al régimen del subsidio familiar de vivienda de interés social no obstante, no modifica la participación ni el rol de las cajas de compensación familiar en la materia.

Por su naturaleza, el papel de las cajas de compensación familiar en materia de vivienda de interés social se ha orientado preferentemente a la atención de las necesidades de su población afiliada, esto es, los trabajadores del sector formal y sus familias.

No obstante lo anterior, las cajas de compensación familiar han jugado un importante papel en cuanto atañe al servicio de población no afiliada en materia de vivienda, por cuanto han constituido una unión temporal para actuar en el país como operadoras de la atención que demanda la postulación y el trámite de los subsidios familiares de vivienda a cargo del Estado (Fonvivienda).

En lo que respecta a su población afiliada, podemos sostener que las cajas de compensación familiar frente a la vivienda prestan un amplio portafolio de servicios, que va desde el otorgamiento de subsidios contra los recursos

(60) ART. 1°—Modifíquese el artículo 6° de la Ley 3ª de 1991, el cual quedará así:

Artículo 6°. Establézcase el Subsidio Familiar de Vivienda como un aporte estatal en dinero o en especie, otorgado por una sola vez al beneficiario con el objeto de facilitar el acceso a una solución de vivienda de interés social o interés prioritario, sin cargo de restitución, siempre que el beneficiario cumpla con las condiciones que establece esta ley.

La cuantía del subsidio será determinada por el Gobierno nacional de acuerdo con los recursos disponibles, el valor final de la solución de vivienda y las condiciones socioeconómicas de los beneficiarios, en cuya postulación se dará un tratamiento preferente a las mujeres cabeza de familia de los estratos más pobres de la población, a las trabajadoras del sector informal y a las madres comunitarias.

Parágrafo 1°. Los beneficiarios del subsidio familiar de vivienda en cualquiera de sus modalidades, cuyas viviendas hayan sido o fueren afectadas por desastres naturales o accidentales, por la declaratoria de calamidad pública o estado de emergencia, o por atentados terroristas, debidamente justificados y tramitados ante las autoridades competentes, tendrán derecho a postularse nuevamente, para acceder al subsidio familiar de vivienda, de acuerdo con las condiciones que para el efecto establezca el Gobierno nacional.

Parágrafo 2°. Los usuarios de los créditos de vivienda de interés social o interés prioritario, que sean cabeza de hogar, que hayan perdido su vivienda de habitación como consecuencia de una dación en pago o por efectos de un remate judicial, podrán postularse por una sola vez, para el reconocimiento del Subsidio Familiar de Vivienda de que trata el parágrafo anterior, previa acreditación de calamidad doméstica o pérdida de empleo y trámite ante las autoridades competentes.

Parágrafo 3°. Quienes hayan accedido al subsidio familiar de vivienda contemplado en el parágrafo 1° del presente artículo, podrán postularse para acceder al otorgamiento de un subsidio adicional, con destino al mejoramiento de la vivienda urbana o rural, equivalente al valor máximo establecido para cada modalidad, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno nacional dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley.

del FOVIS hasta la construcción y ofrecimiento de vivienda y el otorgamiento de créditos.

En efecto, entre las posibilidades de servicios a este respecto, que reflejan la multifuncionalidad y eficiencia del sistema, se citan las siguientes, conforme las habilitaciones concedidas a las cajas por las leyes 21 de 1982, 789 de 2002 y 920 de 2004:

a) Otorgan subsidio familiar de vivienda de interés social para sus afiliados y si sobraen recursos del FOVIS, en tercera prioridad, para no afiliados.

b) Pueden otorgar créditos hipotecarios para financiar operaciones relacionadas con vivienda, contra los siguientes recursos:

— Propios (de los remanentes por su operación como cajas)

— Del FOVIS, en el componente de promoción de oferta

— De ahorro, por su operación como secciones especializadas de ahorro y crédito

— Por líneas de redescuento

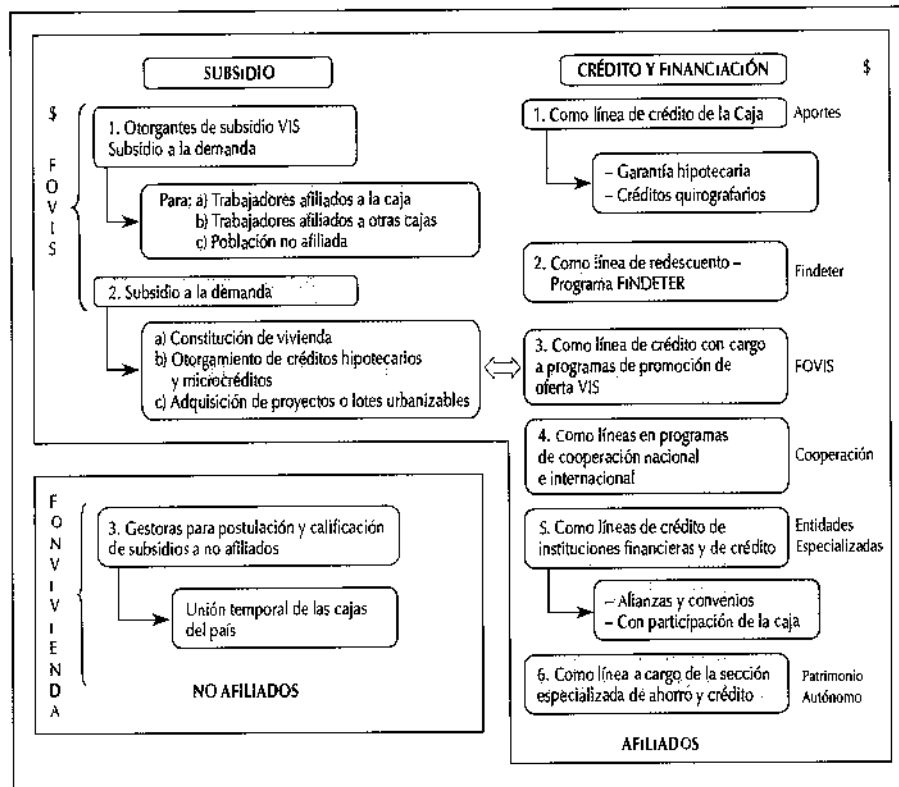
c) Así mismo facilitan el acceso al crédito hipotecario para sus afiliados, mediante la aplicación de convenios con entidades crediticias, en las cuales pueden tomar parte.

d) Desarrollan programas de promoción de oferta de vivienda, entre los cuales se citan los relativos a la construcción de proyectos de vivienda para ofrecer en el mercado inmobiliario.

e) Pueden prestar servicios tales para población afiliada no susceptible de ser beneficiaria del subsidio familiar de vivienda de interés social, esto es, de más altos ingresos.

En el siguiente gráfico se visualizan las opciones básicas de operación de las cajas de compensación familiar dentro del ámbito de la vivienda:

Gráfico 13
Las cajas de compensación familiar y la adquisición de vivienda



Fuente: Cuadro desarrollado por el equipo de consultoría para Asocajas dentro del proyecto de investigación auspiciado por el BID para la canalización de remesas hacia la adquisición de vivienda en el país.

Como se aprecia, alta es la participación de las cajas de compensación familiar en lo que se refiere al cubrimiento de servicios en el campo de la vivienda.

Basta al efecto considerar su participación en el otorgamiento de subsidios familiares de vivienda de interés social, así como la colocación de créditos entre su población afiliada, para apreciar su impacto en dicho ámbito.

15. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y PARTICIPACIÓN EN EL SECTOR FINANCIERO

Es claro que la Ley 789 de 2002 posibilitó a las cajas de compensación familiar realizar directamente o por medio de alianzas con entidades especializa-

das, públicas o privadas, las tareas a su cargo en el ámbito de la seguridad y la protección social. Así lo reafirman los numerales 1 y 4 del artículo 16 de dicha normativa. Esa atribución general de competencia asociativa con entes especializados –o con otras cajas, por demás está decirlo– las faculta para establecer mecanismos de vinculación en esos procesos a sus trabajadores afiliados, beneficiarios y no beneficiarios.

De otro lado, precisa la ley cómo las actividades de crédito a cargo de las cajas no se limitan a líneas de fomento, sino que abarcan un haz amplio de servicios, en los términos del numeral 5 del artículo 16 citado, el cual se refiere a la administración por dichas corporaciones de programas de créditos, es decir operaciones de mutuo, bajo las condiciones, términos y garantías que fijen en sus reglamentos. Sin perjuicio del desarrollo de labores relacionadas pero no propiamente dentro del campo de la actividad financiera, tales como la aplicación de recursos de subsidios por medio de monederos electrónicos o tarjetas operadas a través del sistema financiero o la creación con entidades especializadas de esquemas de redes de servicios y pagos o tarjetas que faciliten a los afiliados el uso de aquellas.

Un capítulo especial, que cuenta además con normatividad propia dentro del espectro de las funciones de crédito, se relaciona con el desarrollo del programa de microcrédito, al amparo de lo establecido por el artículo 7º de la ley. Es decir, el microcrédito es una de las actividades de crédito a cargo de las cajas, con una finalidad, beneficiarios y condiciones que la propia ley señaló en su propósito de promover la generación de empleo adicional en el país.

También distinguió la ley un programa especial dentro de los que adopten las cajas en el tema de crédito, consistente en el otorgamiento de mutuos para la adquisición de vivienda, tal como lo expresó en el inciso 4 del numeral 3 del artículo 16. Y por si fuera poco, señaló además que las cajas podrán desarrollar programas de ahorro y crédito, en los términos del inciso 5, numeral 3, artículo 16.

Entonces tenemos que la terminología de la ley frente a los programas de crédito de las cajas comprende el genérico de servicios de crédito y las menciones a particulares programas, el de microcrédito para micro, mediana y pequeña empresa (Mypimes), el de vivienda y el de ahorro-crédito.

Por los beneficiarios y por la materia de que trata, el programa de microcrédito debe entenderse como un servicio especial dirigido a empresas que reúnan ciertas condiciones, es decir, a diferencia de los otros programas de crédito que las cajas puedan desarrollar, aquel se orienta no a los afiliados trabajadores, sino a Mypimes afiliadas.

Así las cosas, y bajo dicho entendimiento, existen entonces dos grandes servicios de crédito a cargo de las cajas:

El servicio de crédito, en las modalidades y líneas que cada corporación tenga desarrolladas (aparte final, numeral 5 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002) y, dentro de él, las tipologías particularmente referidas por la norma en cuanto a créditos para adquisición de vivienda (no alude a hipotecarios en sentido estricto, se resalta) y programas bajo la modalidad de ahorro-crédito.

El *servicio de microcrédito* con los alcances específicos previstos por el artículo 7º de la ley, con destino a Mypimes afiliadas.

Veamos en cada uno de estos servicios las modalidades de operación que jurídicamente pueden adoptar las cajas:

— *Servicio de crédito*

Se trata de operar dichos servicios bajo las autorizaciones expedidas con anterioridad a la Ley 789 de 2002, según el esquema de administración directa por parte de cada caja. Es decir, las cajas podrán continuar operando en forma directa sus programas de crédito, incluyendo los préstamos para adquisición de vivienda.

Pueden trasladar la operación de su servicio de crédito para que el mismo se ejecute por medio de entidades del sector financiero o cooperativo en las que decidan participar. Téngase en cuenta que la participación en entidades tales no implica que obligatoriamente se tengan que trasladar los servicios de crédito para que los mismos se presten por su conducto, pues las cajas podrán continuar operando esos servicios en forma directa. Lo que se posibilita es participar en tales entidades (se excluye la obligación de operar el microcrédito a la cual se aludirá más adelante, por la entidad financiera de la cual sea accionista la caja de que se trate).

Frente a créditos para la adquisición de vivienda, las cajas podrán otorgarlos en forma directa o voluntariamente a través de sociedades diferentes a los establecimientos de crédito, con permiso en todo caso de la Superintendencia Financiera en relación con operaciones hipotecarias de mutuo. Las cajas podrán invertir, participar o asociarse para crear dichas sociedades y, a través de ellas, manejar su servicio de crédito para adquisición de vivienda para los afiliados.

Podrán las cajas además constituir y participar en asociaciones mutualistas de ahorro y préstamo, instituciones financieras de naturaleza cooperativa, cooperativas financieras o cooperativas de ahorro y crédito, con aportes voluntarios de los trabajadores afiliados y concederles préstamos para que éstos se integren a dichas organizaciones, en procura de democratizar su propiedad. Lo anterior, se reitera, sin perjuicio de continuar administrando directamente servicios de crédito si lo desea la corporación o trasladar esos programas a la asociación o cooperativa que se establezca al efecto.

Téngase en cuenta que la facultad asociativa no es excluyente en cuanto a las figuras en que se participe o se creen; es decir, una caja podría ser accionista de un banco (a través de él se ejecutaría el programa de microcrédito) y sin perjuicio de establecer mecanismos para que los afiliados alcancen participación en el mismo, pero a la vez constituir una cooperativa de ahorro y crédito, también con participación de los afiliados. Podría además reservar una línea de crédito en turismo o educación para operarla bajo su directa administración, como hasta ahora lo hace.

Nótese además que las conductas de asociación frente al sector financiero o los programas de crédito para vivienda se rigen por los verbos participar, asociarse o invertir en la creación o en la operación frente a entidades ya creadas que desarrollen tales objetivos.

Solamente en el caso del inciso 5, numeral 3 del artículo 16, alude la ley a constituir; es decir, en este evento las cajas podrán directamente constituir –sin asociarse o participar o invertir– asociaciones mutualistas de ahorro y préstamo, instituciones financieras de naturaleza cooperativa, cooperativas financieras o cooperativas de ahorro y crédito, incluyendo aportes voluntarios de los trabajadores afiliados (con posibilidad de otorgarles créditos por la propia caja, en una línea de crédito administrada por ella, para ese propósito).

Entonces, las alternativas de participación en el sector financiero y solidario para las cajas a partir de la Ley 789 de 2002, dejando a salvo la operación de sus servicios de crédito en forma directa, se concretan en:

a) Participar, asociarse e invertir en bancos, cooperativas financieras, compañías de financiamiento comercial y organizaciones no gubernamentales cuya actividad principal sea el microcrédito. Se aplican en este caso las normas que regulan la materia a partir del Estatuto Orgánico del Sector Financiero. Lo anterior con la salvedad que, si se trata de compra de acciones en instituciones financieras del Estado, las cajas se entenderán incluidas para efectos de la prioridad de compra dentro del sector solidario.

b) Participar, asociarse o invertir para la creación de sociedades diferentes de establecimientos de crédito, siempre y cuando tales entidades adquieran permiso de la Superintendencia Financiera para la realización de operaciones hipotecarias de mutuo.

c) Constituir y participar en asociaciones mutualistas de ahorro y préstamo, instituciones financieras de naturaleza cooperativa, cooperativas financieras o cooperativas de ahorro y crédito, con aportes voluntarios de los trabajadores afiliados (con otorgamiento de préstamos a ellos para tal fin).

— *Servicio de microcrédito*

En los términos del numeral 11 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002, las cajas podrán operar el servicio de microcrédito a través de las siguientes opciones:

- a) Administración directa como programa de microcrédito.
- b) A través de convenios o alianzas estratégicas con entidades especializadas, públicas o privadas (sin participar o constituir una entidad para tal efecto). Esta modalidad podría implicar una operación conjunta, por ejemplo, hecha a través de una entidad especializada, pero con atención por parte de la caja, mientras que aquella asume el estudio de los créditos y demás.
- c) A través de bancos, cooperativas financieras, compañías de financiamiento comercial y organizaciones no gubernamentales cuya actividad principal sea la operación de microcrédito. La ley establece que cuando la caja participe en una entidad de crédito vigilada por la Superintendencia Financiera como accionista, los recursos para el programa de microcrédito deben destinarse como de capital de dicha institución de crédito para su operación.
- d) Según lo establezca el Gobierno Nacional podrán las cajas constituir e invertir fondos de capital de riesgo, así como cualquier otro instrumento financiero para el emprendimiento de microcrédito.

—*Opciones para las cajas*

Entre las múltiples opciones que se reconocen a las cajas para su operación del servicio de crédito, se resaltan los siguientes aspectos:

- a) No son opciones excluyentes, sino concurrentes o complementarias.
- b) Puede escogerse una de ellas para prestar por su conducto la gama de servicios de crédito.
- c) En su ejecución está implícita la posibilidad de abrir la participación de los afiliados, como accionistas o a través del modelo cooperativo solidario.
- d) La organización, operación y el control de las actividades que se desarrollen a través de entidades especializadas se registrarán por las normas del sistema financiero y del sector solidario, bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera y/o de la Superintendencia de Economía Solidaria.

16. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMO EJECUTORAS DE ACTIVIDADES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

La Ley 920 de 2004 consagró, a partir del proyecto de Ley 131 de 2003 del Senado y 154 de 2003 de la Cámara, la autorización a las cajas de compensación familiar para adelantar actividad financiera.

Con la norma aludida se modifica, adicionando, el artículo 16 de la Ley 789 de 2002, y se establece un artículo transitorio para disponer el ajuste de la Super-

intendencia Financiera para dotarla de medios que le permitan el cumplimiento de su nueva función de vigilancia con respecto a las cajas que constituyan secciones especializadas de ahorro y crédito a la vez que se posibilita a estas que, sin perjuicio de hacer uso de la facultad que les otorga la Ley 920 de 2004, continúen prestando el servicio de crédito con recursos propios.

Vale la pena tener en cuenta de entrada que la nueva disposición habilita pero no obliga a las cajas a constituir u operar a través del modelo de captación de ahorro para colocación en crédito. Ello significa:

a) Que las cajas pueden constituir secciones especializadas de ahorro y crédito, siempre y cuando cumplan los requerimientos establecidos por el párrafo primero del numeral 14 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002, en la forma en que fue modificado por la Ley 920 de 2004, y solicitar la autorización para su funcionamiento a la Superintendencia Financiera.

b) Que si no son autorizadas por la Superintendencia Financiera, no cumplen los requisitos de ley o no es su voluntad operar bajo la forma de secciones de ahorro y crédito, pueden las cajas recurrir al principio general de asociación contemplado en la propia Ley 789 de 2002, para participar, constituir o invertir en entidades financieras o cooperativas, a través de las cuales cumplir con similares –más amplias– funciones a las que alude la Ley 920⁽⁶¹⁾.

c) Que si constituyen y son autorizadas para operar con secciones especializadas de ahorro y crédito, pueden paralelamente continuar prestando servicios de crédito con recursos bajo su administración como caja, no con cargo a los recursos del patrimonio autónomo de la sección especializada, en los términos de las leyes 21 de 1982 y 789 de 2002. Esto es, la misma persona jurídica, caja de compensación familiar, otorgaría crédito por dos vías, como caja –sin compromiso previo de ahorro– y a través de la sección especializada de ahorro y crédito, para quienes, como acontece en el ámbito cooperativo, han comprometido su esfuerzo de ahorro⁽⁶²⁾.

d) Que si no es decisión de la caja constituir una sección especializada de ahorro y crédito, podrá continuar operando como hasta ahora bajo el modelo

(61) Ver numeral 3 del artículo 41 de la Ley 21 de 1982, modificado por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002.

(62) Nótese que la ley no discrimina en cuanto a los beneficiarios de crédito por esta vía, limitándose a señalar en el párrafo tercero del numeral 14, artículo 16 de la Ley 789 de 2002, que el crédito se colocará en los trabajadores, pensionados, independientes y desempleados afiliados a la caja, sin señalar que entre estos siempre y cuando sean ahorradores. Sin embargo, la conclusión lógica es obligada, pues de lo contrario los recursos del patrimonio autónomo de la sección se desviarían a cubrir solicitudes de no ahorradores, desvirtuando el querer de la disposición y en contravía del modelo cooperativo.

de otorgamiento de créditos contra los recursos sometidos a su administración, conforme los programas que hayan sido aprobados por su consejo directivo.

16.1. Antecedentes de la nueva funcionalidad

La presentación por el Ministerio de la Protección Social del proyecto que dio lugar a la ley analizada se sustentó principalmente en la reflexión sobre la necesidad de fomentar líneas de crédito accesibles a los sectores de menores ingresos de la sociedad, a través de una figura que permitiera a las cajas asumir una nueva fuente de financiación, capaz de permitir la ampliación de cobertura en sus servicios de crédito, con especial énfasis en cuanto atañe a vivienda de interés social.

En efecto, cerca del 80% de la población con ingresos inferiores a cuatro salarios mínimos legales mensuales es prioritariamente atendida por el sistema de cajas de compensación familiar, coincidiendo esta población con aquella que se encuentra por fuera del sistema de cobertura bancaria.

No escapa además a una reflexión detenida que, medidas como estas, mediante las cuales se consagran alternativas de sostenibilidad financiera a las cajas a través de ingresos diferentes de los aportes patronales, se aproximan a la fórmula chilena, como estrategias para facilitar el desmonte de dichos aportes o la redefinición en su destinación legal, en procura de autonomía financiera para aquellas corporaciones.

Con la iniciativa se acercan más las cajas al sector cooperativo, favoreciendo en últimas la posibilidad del crédito para los grupos familiares con menores ingresos.

Sin embargo el proyecto se enfrentó desde el primer momento a serios reparos.

Como ha ocurrido ya frente a otros sectores de la economía, como el de la construcción o la hotelería y el turismo, se planteó que, con la consagración de dicha facultad a las cajas, se abrirían canales para una indebida competencia con el sector financiero. También se hizo alusión a los peligros que podrían surgir por el manejo del ahorro del público a través de entidades no especializadas, de menor tamaño y sin experiencia, en particular refiriéndose a cajas con menores ingresos y a la especialidad del sector financiero.

La Asociación Bancaria y un grupo de senadores, entre los que se mencionan a Luis Guillermo Vélez y Carlos García, hicieron especial referencia a tales factores, colocando de presente lo que consideraban riesgos inherentes al proyecto inicial.

En el debate parlamentario se introdujeron entonces importantes cambios, orientados a subsanar los puntos de reflexión señalados, entre ellos la creación de la figura del patrimonio autónomo para la operación de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas, la inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia Financiera, la verificación para constituir dichas secciones del capital mínimo exigido para la creación de cooperativas financieras y la autorización de captación y colocación de recursos exclusivamente para afiliados a las corporaciones.

Con tales decisiones se buscó limitar el ámbito de acción de las cajas en materia de ahorro y crédito, también si se tiene en cuenta la obligación dispuesta por la ley en cuanto a destinar el 80% del valor total de los créditos otorgados a personas que devenguen hasta tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De otro lado, la exigencia de capital mínimo coloca a pocas cajas en posibilidad directa de constituir secciones especializadas de ahorro y crédito. Así mismo la focalización en cuanto a la colocación de créditos limita posibilidades de especial interés, tanto para la sostenibilidad del programa a partir de colocaciones de mayores montos, como para un sector importante de la población cubierta por el sistema, que también requiere apoyo crediticio.

La ley proscribió además la colocación de créditos a las empresas afiliadas, las cuales solamente podrán ser sujetos en la captación de recursos. Nótese en este punto que las empresas sí pueden ser beneficiarias del crédito que con recursos ordinarios otorguen las cajas⁽⁶³⁾, mas no por esta línea, pese a que en la misma realicen aportes.

La facultad contenida en la Ley 920 de 2004 no ha sido empleada por las cajas de compensación familiar. Al respecto conviene tener en cuenta que no todas ellas tienen las condiciones para su ejercicio, que la norma estableció restricciones importantes al uso de tal atribución y que algunas ya cuentan con esquemas de apoyo crediticio a través de entidades cooperativas o financieras en las cuales participan. Es posible que se motive la integración de cajas para efectos de prestar el servicio de crédito, a partir del esquema de captación de ahorro, y que la posibilidad de constituir en ellas las cuentas de ahorro pro-

(63) Ley 21 de 1982, artículo 62: "Las obras y programas sociales que emprendan las cajas de compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie, se realizarán exclusivamente en los campos y en el orden de prioridades que a continuación se señala: [...]"

"5. Crédito de fomento para industrias familiares".

Esta norma fue modificada por la Ley 789 de 2002 y se complementa con disposiciones referidas al otorgamiento de microcréditos para el fomento empresarial y del empleo.

gramado para adquisición de vivienda de interés social facilite los trámites para el desembolso de tales subsidios y para el otorgamiento de créditos a los beneficiarios.

El sistema además deberá prepararse para la intervención como autoridad concurrente de control de la Superintendencia Financiera, sin perder de vista que si bien existirá un patrimonio autónomo en el caso de la operación de la intermediación financiera, su administración compete a una corporación vigilada por la Superintendencia del Subsidio Familiar. Temas prácticos para la definición de competencias se presentarán, por ejemplo, en cuanto al control de la idoneidad de los administradores de la sección especializada de ahorro y crédito, que son los mismos de la caja, con lo cual la revisión que sobre ellos realiza la Superintendencia del Subsidio –la cual aprueba la elección de miembros del Consejo por la Asamblea de Afiliados y de Revisor Fiscal– y el Ministerio de la Protección Social –el cual designa los representantes en el Consejo Directivo de los trabajadores a nombre de los trabajadores– habrá de armonizarse con la vigilancia permanente de la Superintendencia Financiera, la cual por ejemplo tendrá que ser informada sobre la designación que haga el director administrativo de una caja en cuanto al gerente o responsable de la sección especializada de ahorro y crédito que haya constituido.

16.2. Alcance material de la actividad autorizada

De manera general la Ley 920 de 2004 autoriza a las cajas que cuenten con los requisitos de habilitación para adelantar actividad financiera, la cual consiste en captar en moneda legal recursos y colocarlos a través de créditos en forma exclusiva entre los afiliados.

La captación de recursos podrá hacerse solamente a través de las siguientes modalidades:

- a) Constitución de depósitos a término.
- b) Ahorro programado.
- c) Ahorro contractual.
- d) Traslado de cuentas de ahorro programado para vivienda, abiertas en otros establecimientos financieros.

La colocación de los recursos se hará únicamente a través del otorgamiento de créditos a los afiliados aportantes.

Tanto para la captación de ahorro como para la colocación de créditos, la ley en el numeral 3, del acápite 14.2 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002, en la forma en que fue adicionado por la Ley 920 de 2004, establece que podrá apli-

carce el sistema de descuento por nómina o libranza, previa aceptación del aportante o deudor (mejor que decir del trabajador, pues no se olvide que los pensionados y otros afiliados también son sujetos de esta línea de crédito).

Se genera en este punto un avance importante de la norma, pues consagró aquella la obligación a cargo del empleador de colaborar en la aplicación del mecanismo de descuento por nómina, sin que implicara para aquel asumir responsabilidades económicas, las cuales, se entiende, son a cargo del aportante o del deudor.

Vale la pena referir al respecto, que en complemento a lo dispuesto por la Ley 920 de 2004, el artículo 18 de la Ley 1429 de 2010 reguló el tema de los descuentos por nómina y dispuso al modificar el artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a descuentos prohibidos, en su numeral 3, lo siguiente:

3. Los empleadores quedarán obligados a efectuar oportunamente los descuentos autorizados por sus trabajadores que se ajusten a la ley. El empleador que incumpla lo anterior, será responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione al trabajador o al beneficiario del descuento.

Un punto que apreciamos deficiente en la disposición tiene que ver con la estrecha definición del objeto que corresponde a las aludidas secciones especializadas, particularmente en cuanto se refiere a la administración de recursos en fondos de empleados o fondos mixtos, que podría ser un ámbito interesante de desarrollo para la operación de las cajas en este esquema. Habrá de entenderse que tal operación está cobijada por la expresión de "ahorro contractual" a que se refiere la ley para que no quede excluido este importante punto, en el cual, por su experiencia y naturaleza, las cajas están llamadas a aportar. La administración de estos fondos les generaría además a los patrimonios de las secciones especializadas recursos adicionales por concepto de comisiones, abaratando en todo caso la administración de los mismos.

16.3. Alcance personal de la actividad autorizada

Las secciones especializadas de ahorro y crédito que constituyan las cajas de compensación familiar podrán desarrollar la actividad financiera taxativamente definida por la ley, exclusivamente en relación con:

- a) Los trabajadores a ellas afiliados (entendiendo que la caja por el principio general solamente podrá cubrir al trabajador que está afiliado a ella y no a otra corporación dentro del sistema).
- b) Los pensionados (afiliados, se reitera, en los términos de la Ley 71 de 1988).

c) Los independientes (que se afilien bien por convenio o disposición legal, según lo dispone el Decreto 784 de 1989, bien como afiliados voluntarios en los términos de la Ley 789 de 2002 y con la modificación introducida por la Ley 1450 de 2011 en cuanto a las madres comunitarias).

d) Los desempleados afiliados, según lo defina el Gobierno Nacional a través de acto reglamentario, entendiéndolos a quienes sean beneficiarios de la protección social en subsidios y servicios a que alude la Ley 789 de 2002 (con cobertura de un año en servicios y seis meses en subsidio monetario).

e) Las empresas afiliadas solamente en cuanto se refiere a la captación de recursos de ahorro, pues ellas no pueden ser beneficiarias de crédito por parte de las aludidas secciones especializadas, por lo cual en este tipo de sujetos la vinculación se da exclusivamente en una vía, el aporte.

17. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y OTRAS FUNCIONES

Conviene a esta altura reflexionar sobre la plurifuncionalidad que se les ha reconocido a las cajas de compensación familiar. Su papel dentro de una concepción integral e integradora de la seguridad y la protección social las señala como habilitadas para realizarlo todo, desde la participación en programas para la celebración de la niñez hasta la administración de IPS públicas. Desde la promoción de oferta de vivienda de interés social hasta las responsabilidades en materia de la Ley del Deporte. Desde el cumplimiento de una prestación laboral de carácter patronal hasta el otorgamiento de créditos y, más adelante, la captación de ahorro.

Tal condición multifacética contrasta con la progresiva reducción de recursos para el cumplimiento de sus fines primigenios y el abundamiento de los controles a los que se someten las cajas de compensación familiar.

Más actividades pero con los mismos o menores recursos es una fórmula que debe ser atendida con cuidado, constituyéndose en temas de particular resonancia los relativos al mantenimiento de los niveles de calidad en los servicios, pero también a la futura sostenibilidad del sistema de compensación familiar y, por ende, su transformación, hacia el camino de las empresas o grupos empresariales sociales.

Para reiterar la conclusión de esa tendencia abarcadora de tareas, transcribase el aparte correspondiente de la Circular 023 del 23 de diciembre de 2003 proferida por la Superintendencia del Subsidio Familiar, en la cual se señalan, algunas tareas nuevas para dichas corporaciones al referirse al tema de los servicios sociales:

“Las cajas tendrán la obligación de poner en funcionamiento proyectos y programas que beneficien a los afiliados mediante el sistema especial de subsidio, en especial los siguientes:

“2.1. Servir de agente para la afiliación al sistema de seguridad social, tanto en materia pensional como de salud. La afiliación al sistema se podrá hacer a través de las cajas de compensación familiar.

“2.2. Servir de bolsa de servicios personales.

“2.3. Adelantar programas de formación humana para la reconversión laboral.

“2.4. Prestar servicios de bienestar para la familia.

“2.5. Ofrecer programas de vivienda.

“2.6. Ofrecer programas de apoyo a las PYMES y al autoempleo”.

Las referencias transcritas dejan ver el interés por profundizar en la participación de las cajas en diferentes sectores de la protección social y de la política social del Estado. De hecho se enlazan con disposiciones posteriores contenidas en la Ley 1438 de 2011 en temas tales como el papel que pueden jugar en desarrollo de la estrategia de atención primaria en salud que implica, entre otros factores, promover la adecuada afiliación al sistema de seguridad social.

Por su parte, y en los términos de lo regulado por el Decreto 516 de 2004, podrían dichas corporaciones actuar como agremiaciones para efectos de la afiliación de independientes a la seguridad social. No se olvide que, conforme dicha normatividad, la agremiación o agrupadora es una persona jurídica sin ánimo de lucro, que requiere para su operación como intermediaria de afiliación cubrir como mínimo 3.000 personas o asociados, los cuales cancelan una cuota de mantenimiento; estas organizaciones deben garantizar además el cubrimiento de cotizaciones por lo menos dos meses después de la cesación del pago de las mismas por el independiente.

En otros frentes téngase presente que tienen también las cajas funciones en cuanto al desarrollo de la salud ocupacional en el país.

En efecto, de conformidad con lo establecido por el artículo 27 del Decreto 614 de 1984:

Las cajas de compensación familiar establecidas en el país deberán servir de organismos de apoyo en la ejecución del Plan Nacional de Salud Ocupacional, de conformidad con las funciones y prioridades asignadas por la Ley 21 de 1982.

Principalmente estas corporaciones desarrollarán acciones de divulgación entre sus afiliados de las normas expedidas por las autoridades competentes respecto de la higiene industrial, la seguridad industrial, los riesgos potenciales y la importancia de la medicina del trabajo. De igual manera mediante la incorporación a sus programas de formación y educación de cursos de capacitación en el campo de la salud ocupacional.

Como se aprecia, existe un amplio campo de acción de las cajas en el terreno de la salud ocupacional, lo cual conserva la lógica del aseguramiento en condiciones de bienestar y protección de la vida laboral, fin al que sirven por esencia tanto el sistema de riesgos profesionales como el de subsidio familiar.

Frente al manejo de servicios para niños, téngase en cuenta como antecedente que de conformidad con la Ley 724 de 2001 y al hacer parte la Superintendencia del Subsidio Familiar de la Comisión Nacional Intersectorial, creada mediante Decreto 1621 de 2002, dicho organismo de inspección, vigilancia y control asumió el liderazgo, de 2003 a 2006, de la celebración del Día de la Niñez y la Recreación, por lo cual estableció los proyectos Colombia Tierra Nuestra y Bibliotecas Viajeras y formuló invitación a las cajas para que tomaran parte en las actividades orientadas a tal fin, para lo cual pudieron hacer uso de recursos del Fonóñez, según lo dispuesto por la Circular Externa 01 del 20 de enero de 2003, publicada en el Diario Oficial 45.088 del 5 de febrero del mismo año. Mediante Circular Externa 03 del 29 de enero de 2003, publicada en Diario Oficial 45.088 del 5 de febrero del mismo año, se cambió el nombre del primero de los aludidos programas, el cual se le denominó Convivencia, Valores y Paz (Covapaz).

Las cajas pudieron entonces hacer parte de los proyectos que se realizaron en el país en esta materia, como celebración en "homenaje a la niñez colombiana y con el propósito de avanzar en la sensibilización de la familia, la sociedad y el Estado sobre su obligación de asistir y proteger a los niños para garantizarles un desarrollo armónico e integral".

En el campo de la educación, conviene señalar con particular detalle la evolución reciente que se ha dado en la materia, al reconocer el papel que juegan y que podrían desarrollar en adición las cajas. De tiempo atrás y para atender el servicio social de educación, algunas cajas desplegaron en forma directa la provisión de servicios educativos para los hijos de sus afiliados, a través de colegios e instituciones propias que obtuvieron importante acreditación en el país. Este esquema se complementó con la integración de redes mediante la asignación de subsidios para que dichos beneficiarios concurren a colegios con el apoyo institucional del sistema.

Pero en lo concerniente a la educación superior, el panorama no era tan claro. Algunas corporaciones del sistema constituyeron instituciones educativas de

dicho nivel particularmente con la modalidad de institutos tecnológicos, cuya operación supera las dos décadas.

Para el nuevo siglo el sistema y en general la sociedad han apreciado con interés el que tales corporaciones incursionen en el fortalecimiento de la educación superior, particularmente en programas relacionados con el desarrollo de competencias, destrezas y habilidades para el desempeño laboral, por lo que se ha apreciado en el campo de la formación técnica y tecnológica un terreno en el que mucho podrían aportar las cajas.

Sabido es que en Colombia, en virtud del régimen del servicio público de educación, este solamente puede ser prestado por fundaciones o corporaciones, en todo caso, por entidades sin ánimo de lucro.

Y entonces surgió el debate sobre la posibilidad para las cajas de tomar parte en dichas instituciones educativas, en la medida en que aquellas tienen prohibido la realización de donaciones y que en caso de invertir recursos para una institución educativa en virtud de la modalidad jurídica de esta, las cajas no podrían ver reflejadas como activos en sus estados financieros dichas inversiones,

La Superintendencia del Subsidio Familiar conceptuó entonces sobre la inviabilidad de realizar operaciones tales, lo que generó preocupación en el sistema en cuanto a la conveniencia de dar vía libre a esta participación del sector en el ámbito educativo, a través de la constitución o participación en universidades o instituciones técnicas y tecnológicas.

Fue así como en desarrollo de las leyes 21 de 1982 y 789 de 2002, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2581 del 6 de julio de 2007 por medio del cual autorizó a las cajas de compensación familiar a *constituir instituciones técnicas profesionales, instituciones tecnológicas, instituciones universitarias o escuelas tecnológicas, especialmente para ofrecer y desarrollar programas académicos de formación técnica profesional y tecnológica, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos para tal fin.*

Para dicho propósito podrán emplear rendimientos y productos líquidos de las operaciones que efectúen, así como los remanentes presupuestales de cada ejercicio, sometiéndose dichas inversiones a aprobación previa de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Se dispuso en el artículo 5° de dicho decreto como mecanismo para asegurar el retorno de las inversiones hechas por las entidades del sistema de subsidio familiar que *en los estatutos de constitución de las Instituciones de Educación Superior, se deberá consignar, en caso de disolución o liquidación, la forma en que retornarán los recursos invertidos, a la respectiva Caja de Compensación Familiar, calculados a valor presente, previo cumplimiento de las obligaciones con la prelación prevista en la ley.*

Será obligación de las instituciones de educación en las que participen las cajas promover el acceso al servicio educativo de los afiliados a estas.

Es claro entonces que las cajas podrán tener participación en instituciones de educación superior, las cuales gozarán de la autonomía que el régimen educativo les reconoce, sin perjuicio que al armonizar su operación con la del sistema de subsidio familiar se establezcan esquemas de colaboración mediante los cuales se garantice que los afiliados al sistema tengan condiciones de fácil acceso a dicho nivel educativo; en este propósito los programas de crédito y de estímulo educativo se tornan de especial importancia.

Valga decir finalmente que, frente a las propuestas gubernamentales que se hicieron en 2011, orientadas a permitir que instituciones con ánimo de lucro del sector privado participen en la ejecución de las actividades de educación superior, la alternativa de reforzar el papel de las cajas de compensación familiar en ese campo se aprecia como de especial importancia y pertinencia.

No se pierda de vista, como se ha indicado, que las cajas de compensación familiar pueden actuar como operadoras de servicios de información bajo el esquema de la planilla integrada de liquidación de aportes (PILA), que se desarrolló a partir del artículo 15 de la Ley 797 de 2003; esto lo harán como administradoras en forma directa y en conjunto con otra institución o mediante su participación en sociedades comerciales o en gremios o mediante sociedades anónimas simplificadas que se creen al efecto.

18. SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR Y PROTECCIÓN A LOS DESEMPLEADOS

El sistema de protección social se entiende como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y mejorar la calidad de vida de los colombianos, por lo cual una de sus prioridades es la materialización de beneficios o coberturas para los desempleados del país.

Será solamente hasta la expedición de la Ley 789 de 2002 que con carácter nacional y como política pública de seguridad social se adopten medidas en ese sentido.

La responsabilidad de cubrir la protección por desempleo fue asignada al sistema de subsidio familiar, con la concurrencia del Ministerio de la Protección Social en cuanto a la creación del fondo de protección como cuenta sin personería adscrita a este.

Las prestaciones para los desempleados ostentan la condición de beneficios de la seguridad social y se cubren contra recursos fiscales y parafiscales, por el Estado y por las cajas de compensación familiar. Lo anterior sin perjuicio del di-

seño y puesta en ejecución de mecanismos adicionales de protección para este sector, o de la consideración futura de opciones en cuanto a estructurar en Colombia un régimen de seguro por desempleo o del fortalecimiento del esquema de protección a través de las cesantías –promovido por el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014–, que se integre al actualmente existente en materia de régimen laboral de terminación de los contratos laborales, y cubra a los trabajadores respecto a la contingencia de la desocupación laboral involuntaria, ya con un estricto carácter de seguro, tal como aconteció en Chile a través de la reforma de 2002⁽⁶⁴⁾.

El régimen jurídico aplicable se fundamenta en el artículo 48 de la Constitución Política, así como en los artículos 6º, 7º, 10, 11 y 16, numerales 3, 11 y 13 de la Ley 789 de 2002, con las modificaciones introducidas por el artículo 47 de la Ley 1438 de 2011 y la adición del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.

La materia es desarrollada reglamentariamente por el Decreto 2340 del 19 de agosto de 2003, con las modificaciones introducidas por los decretos 3450 del 1º de diciembre de 2003 y 586 del 1º de marzo de 2004.

Para ser beneficiario de las prestaciones en este régimen se requiere ser desempleado. El concepto implica la noción del paro forzoso, es decir, la pérdida involuntaria del empleo y la disponibilidad de ocuparse. No obstante que estos criterios están desarrollados por la doctrina y la legislación en otras latitudes⁽⁶⁵⁾, en nuestro caso se aplica una noción normativa que consiste en considerar como sujetos de las coberturas a jefes cabeza de hogar que estuvieron cotizando al sistema de seguridad social y que posteriormente no estén registrados en este, ni como cotizantes ni como beneficiarios y se encuentren en situación de desempleo.

(64) Ver sobre el particular el esquema por el cual se estableció en Chile el seguro de cesantía.

(65) El régimen español por ejemplo consagra que no todos los parados tienen derecho a la prestación. El desempleo protegido es aquel de quienes pudiendo y queriendo trabajar pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo. La cobertura se brinda frente a: desempleo total (definitivo o temporal) y desempleo parcial (reducción de la jornada laboral en una tercera parte al menos).

Los beneficiarios deben reunir los siguientes requisitos:

- a) Trabajadores por cuenta ajena incluidos en el RG55 (salvo contrato para la formación) o en regímenes especiales que tengan prevista la cobertura. No incluye a trabajadores domésticos
- b) Personal en régimen de derecho administrativo
- c) Funcionarios de empleo al servicio de la administración pública
- d) Liberados de prisión
- e) Emigrantes retornados
- f) Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado.

En efecto, el parágrafo 5 del artículo 13 de la Ley 789 de 2002 consagra la definición legal al respecto:

Para efecto de la presente ley se considera jefe cabeza de hogar desempleado la persona que demuestre haber sido afiliada anteriormente (como cotizante y no como beneficiaria) a una EPS o una caja de compensación, con personas a cargo y que en momento de recibir el subsidio no sea afiliada como empleada ni a una EPS, ni a una caja de compensación, ni como cotizante ni como beneficiario”.

Esta condición deberá ser declarada bajo juramento por el jefe cabeza de hogar ante la empresa que lo contrate y que solicite cualquiera de los subsidios de que trata la presente ley, en formulario que al efecto deberá expedir el Gobierno.

Por su parte, el Decreto 2340 de 2003, que reglamenta la Ley 789 de 2002 en materia de administración y gestión de los recursos del Fonede, en sus artículos 12 y 13, desarrolla, más allá de la previsión comentada, los requisitos para acceder a los subsidios en el caso de los desempleados, considerando las dos categorías que establece la norma, a saber:

- a) Carecer de ingreso económico.
- b) Ser jefe cabeza de hogar.
- c) Encontrarse disponible para trabajar en forma inmediata.
- d) Acreditar conductas activas en búsqueda de empleo.
- e) Estar inscrito en el Sistema Nacional de Registro Laboral, una vez se cree.
- f) Para el caso de los desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar, participar en los programas de inserción laboral en la caja correspondiente.

Para suplir una situación práctica que suscitó la aplicación de la norma, en cuanto que las personas que pasaban a condición de desempleo mantenían su continuidad de aseguramiento en salud por el período de protección, el Decreto 586 del 1º de marzo de 2004, en su artículo 1º, modificó el artículo 14 del Decreto 2340 de 2003 y adicionó un parágrafo, del siguiente tenor: *Los interesados que sin encontrarse vinculados a una EPS, pero por hallarse en el período de protección laboral de que trata el artículo 75 del Decreto 806 de 1998, permanezcan en sus sistemas de información, podrán recibir el subsidio al desempleo.*

La acreditación de los requisitos del caso se hará mediante el diligenciamiento del formulario adoptado por la Superintendencia del Subsidio Familiar, el cual se entenderá prestado bajo la gravedad del juramento.

Las coberturas no se aplican a las siguientes categorías de trabajadores, conforme lo preceptuado por el artículo 17 del Decreto 2340 de 2003, modificado por el artículo 3° del Decreto 586 de 2004:

- a) Quienes sean servidores públicos de elección popular o de período fijo.
- b) Quienes cumplan los requisitos para la pensión de jubilación por vejez, invalidez o sobrevivencia.
- c) Quienes sean despedidos como consecuencias de actos delictivos o contravencionales.
- d) Quienes sean beneficiarios de subsidios de desempleo, otorgados directamente por el Estado.
- e) Quienes hubieren utilizado el subsidio anteriormente.

Por su parte, y conforme lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto 2340 de 2003, en la forma en que fue modificado por el artículo 2° del Decreto 586 de 2004, las prestaciones se perderán cuando:

- a) Obtenga el beneficiario un nuevo empleo.
- b) Se reincorpore el beneficiario cesante al trabajo.
- c) Rechazo de una oferta de colocación laboral adecuada a su formación académica.
- d) Llamado al servicio militar obligatorio.
- e) Percepción de remuneración por trabajo.
- f) Condena penal que implique privación de la libertad.
- g) Muerte del trabajador.

Es pertinente así mismo señalar que la legislación distingue dos categorías de desempleados para los efectos de las coberturas y, especialmente, de la fuente de pagos: (i) de un lado, los desempleados sin vinculación anterior a las cajas de compensación familiar, esto es, quienes no acreditan una afiliación de un año al menos dentro de los tres años anteriores, en tratándose de personas que no han hecho parte de la economía laboral formal, a lo menos recientemente, y carezcan de capacidad de pago, y (ii) los desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar, para quienes están en condiciones de acreditar el mencionado requisito, por cuanto han hecho parte de la economía formal de trabajo recientemente.

Esta distinción se justifica al considerar la teleología de la norma, en cuanto buscaba generar un esquema de aseguramiento para quienes pierden su empleo con prioridad y no para aquellas personas que tradicionalmente no han hecho parte de la fuerza laboral formal en el país.

Lo segundo, se trataba de generar un mecanismo de contención frente al desempleo, que se estima impacta mayormente a las personas que vienen ocupando un empleo y no en la misma proporción, frente a aquellas que recurrentemente han estado desocupadas o han permanecido en la informalidad laboral.

La distinción anotada, cuyos efectos prácticos se concretan en que existen disponibles más recursos del fondo para la segunda categoría que para la primera fue criticada ante la Corte Constitucional, tribunal que reconoció la constitucionalidad de la misma, no obstante haber formulado reparos a este respecto en sede de tutela.

Determinó, eso sí, la Corte que, en caso de agotarse los recursos del fondo administrado por las cajas, se dé traslado de la solicitud al Fondo de Subsidio al Empleo y al Desempleo⁽⁶⁶⁾ del Ministerio de la Protección Social, para que, contra él, el Estado cancele los subsidios a que tienen derecho los desempleados, sin importar la suficiencia financiera, en tratándose a nuestro concepto de un amparo de la seguridad social con carácter de derecho y no de una prestación gratuita revocable.

Las cajas de compensación familiar se constituyen en las operadoras de los programas orientados a la atención de los desempleados en Colombia. En ese orden de ideas:

a) Prestarán servicios en programas de educación, capacitación, recreación y turismo social, a los desempleados con vinculación anterior a las cajas, por el término de un año a partir de su acreditación como desempleado y en las mismas condiciones que tenían como afiliados al momento de su retiro: extensión del período de cobertura en el régimen de subsidio familiar.

b) Administrarán los recursos, con destino al apoyo de los desempleados, jefes cabeza de hogar, con base en el Fondo para el Fomento del Empleo y la Protección del Desempleo que crea la Ley 789 de 2002 (art. 6°).

Las cajas de compensación administran pues los recursos y otorgan directamente las prestaciones, por lo cual su papel es esencialmente de administración, si bien prestan un aseguramiento social, bajo el concepto genérico.

(66) Se trata de una cuenta especial adscrita al Ministerio de la Protección Social y creada por el parágrafo artículo 8° de la Ley 789 de 2002.

Adicionalmente y no obstante ser las cajas de compensación familiar las ejecutores por excelencia de la política de protección social a partir de las regulaciones de la Ley 789, téngase en cuenta que el Estado, en su condición de garante de la protección y seguridad social, asume obligaciones respecto al cubrimiento de prestaciones para desempleados.

En ese orden de ideas y conforme lo ordenado por la Corte Constitucional⁽⁶⁷⁾, en el caso de agotarse los recursos del fondo administrado por aquellas para el reconocimiento de los subsidios, le corresponde al Ministerio de la Protección Social, a través del fondo creado por el artículo 8º de la aludida ley, asumir el pago de los beneficios de la seguridad social, que por concepto de subsidio corresponden a los desempleados.

Es menester igualmente señalar que el Sena tiene a su cargo responsabilidades en cuanto hace con el manejo de los desempleados, específicamente en lo concerniente a la provisión de servicios de capacitación para inserción laboral respecto de esta población (art. 12 L. 789/2002).

El modelo para la atención a los desempleados en el país responde a un esquema de administración, descentralizado, con participación preferente de los particulares y soportado en financiación parafiscal.

Implica el reconocimiento de beneficios que consisten en subsidios en especie y en servicios, sin que se trate de mecanismos que aseguren niveles de ingresos a lo menos asimilables a los percibidos por el beneficiario en su condición de trabajador activo. No aplica esquemas de seguros en sentido estricto. El régimen es contributivo en cuanto compromete recursos que provienen de los empleadores, pero no aplica cotizaciones por parte de los trabajadores.

Correspondiendo a prestaciones de la seguridad social, carece el régimen de la condición de aseguramiento económico, por lo que habrá que transitar hacia reformas futuras en la dirección de estructurar un régimen de seguro por desempleo, de particular relevancia en épocas de recesión y de crisis económica, en las que se afecta la empleabilidad.

Las prestaciones a los desempleados se complementan con una estrategia de apoyo al sector microempresarial, orientada a buscar la generación de nuevo empleo, que permita la reubicación laboral; no obstante este objetivo es de difícil cumplimiento, considerando en especial el monto de los recursos de microcrédito y la incapacidad de estos para generar por su aplicación plazas laborales. Así mismo, se comenta sobre la pertinencia o no de incluir una prestación

(67) Sentencia C-393 de 2007, Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda, citada, mediante la cual se declaró la exequibilidad condicionada de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley 789 de 2002.

de esta naturaleza, en sentido directo encaminada al beneficio de los empresarios, dentro de la política de protección al desempleado, siendo que el fin de fomentar la microempresa debe ser provisto por el Estado pero a través de otros mecanismos, relacionados con la política general de empleo y productividad y no cargo a recursos de la seguridad social.

La financiación de las prestaciones para los desempleados conforme al régimen de protección social tiene origen parafiscal, en cuanto proviene del aporte del 4% sobre la nómina que realizan los empleadores del país al sistema de subsidio familiar, por conducto de las cajas de compensación.

Porción de estos recursos o sumas redireccionadas del sistema de subsidio familiar hacia el fin de la protección a desempleados son los que nutren el Fonede, con el cual se pagan las prestaciones.

Una parte de los servicios, no se olvide, la cancelan las cajas con cargo a sus recursos, esto es, por fuera del Fonede pero dentro del sistema de subsidio familiar: se trata de las coberturas para servicios, en las mismas condiciones de afiliación anterior, para los desempleados que hubieren estado afiliados previamente al sistema. Se crea así un período de protección laboral de un año, respecto al subsistema de subsidio familiar.

El Fonede puede ser administrado en forma particular por caja, esto es, no existe una administración centralizada, sino que cada operadora ejerce administración bajo el mismo fondo. Aquella será así mismo (i) individual por caja de compensación o (ii) asociada con otra u otras cajas.

La ejecución de los recursos se realizará mediante la modalidad de aplicación de un monto per cápita, a partir de la definición anual que realice la Superintendencia del Subsidio Familiar (artículo 6º, inciso 2, de la Ley 789 de 2002). La misma implica que la caja aplicará los recursos contra las solicitudes que se presenten, respetando el turno de radicación y hasta que aquellos se agoten.

Solamente se aplican de preferencia recursos para el caso de los artistas, escritores y deportistas, afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esa condición, en lo atinente al otorgamiento de subsidios para desempleados sin vinculación anterior a las cajas, según lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 789. En estos casos, los beneficiarios del privilegio saltan el turno de espera y se ubican en posición preeminente para la aplicación de recursos del fondo en el reconocimiento de subsidios. El establecimiento de este régimen de preferencia fue avalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-393 de 2007 ya comentada.

Lo otro que debe advertirse es que si existen sobrantes de recursos en el fondo bajo administración de una caja de compensación para las prestaciones de

desempleo, por aplicación del principio de solidaridad y en busca del equilibrio “ante la diferente situación de desempleo y recursos disponibles entre las distintas cajas del país”, estos serán trasladados a otras cajas de compensación para su ejecución, conforme a la distribución que realice la Superintendencia del Subsidio Familiar, a lo menos en forma semestral.

Los recursos que las cajas administran de manera individual en relación con el sistema de protección social para atender las necesidades de los desempleados se comprenden en el fondo de apoyo al empleo y protección al desempleado (Fonede), el cual se integrará con las siguientes fuentes:

a) Recursos que fueron aplicados en el año 2002 y que en adelante no se paguen, por concepto de cuota monetaria de subsidio en virtud a la reducción de la lista de personas a cargo de los trabajadores beneficiarios, en relación con personas que sobrepasen los 18 años de edad.

b) Un porcentaje que oscila entre el 1% y el 3% de los recursos que apropián las cajas para el Fondo de Vivienda de Interés Social.

c) Lo que ahorren las cajas en la reducción de gastos de administración, los cuales no podrán ser superiores al 8% de los aportes; como ese porcentaje se ubicaba en el 10% antes de la Ley 789, un 2% se destinará al fondo aludido.

d) Lo que ahorren las cajas en cuanto a menor cuota para el sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar, teniendo en cuenta lo ordenado y ejecutado anualmente, respecto del 1% que legalmente se podría destinar a esa contribución.

e) Los rendimientos financieros del fondo.

Los subsidios y prestaciones cuyos titulares son los desempleados se concretan en los siguientes⁽⁶⁸⁾:

a) Subsidio de desempleo, otorgado en especie, por las cajas y por el Estado, cuando se agoten los recursos del fondo operado por aquellas.

(68) En el caso español, los niveles de protección o planes de beneficios se dan así:

a) Contributivo, cuyo objeto es reconocer al trabajador prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir, por el cumplimiento de un período mínimo de cotización (sin considerar estado de necesidad). Implica abonar a cotizaciones de seguridad social el importe a cargo del empleador.

b) Asistencial, complementario del anterior, comprende el abono de un subsidio y de las cotizaciones a seguridad social.

c) Acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación y reconversión profesionales.

b) Capacitación para reinserción laboral a desempleados (subsidio en servicios) a cargo de: (i) Las cajas de compensación familiar y (ii) El Sena conforme lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 789 de 2002⁽⁶⁹⁾.

c) Crédito microempresarial para la generación de empleo que sea ocupado por desempleados. Se trata de una prestación indirecta, con la cual se estimula la política de generación de empleo en el país.

En Colombia, hasta ahora, la protección frente a desempleo se otorga mediante las modalidades de subsidio en especie y servicios. Esto es, no aplica un esquema de seguro, en la medida en que los recursos que se otorgan no persiguen convertirse en una tasa de reemplazo en relación con los ingresos del trabajador, en su condición de activo, sino que tienen por objeto paliar las necesidades inmediatas que surgen con ocasión del paro forzoso.

Los subsidios en especie se pagarán al beneficiario en seis (6) instalamentos mensuales iguales, tanto para los desempleados con vinculación anterior al sistema, como para aquellos sin dicha vinculación.

Falta la reglamentación en cuanto a la operatividad del Fondo de Subsidio el Empleo y al Desempleo, mediante la cual se indiquen las condiciones, montos y requisitos de selección para el reconocimiento de los subsidios directamente administrados por el Estado (artículo 8° ib.)

Bajo el régimen original de la Ley 789 de 2002, los subsidios se otorgaban con cargo a máximo el treinta por ciento (30%) de los recursos del fondo anteriormente citado, y consistían en una prestación equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, dividida y pagada en seis (6) cuotas mensuales iguales, las que se harán efectivas a través de aportes al sistema de salud, y/o bonos alimenticios y/o educación, según la elección del beneficiario, para aquellos jefes cabeza de hogar que se encuentren en situación de desempleo, luego de haber estado vinculados al sistema de cajas no menos de un año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo.

Dicho subsidio se otorgará por una sola vez al beneficiario y dependerá en su ejecución del agotamiento de los recursos del fondo que administre la caja a

(69) Ley 789 de 2002, "ART. 12.—**Capacitación para inserción laboral.** De las contribuciones parafiscales destinadas al Servicio Nacional de Aprendizaje, se deberá destinar el veinticinco por ciento (25%) de los recursos que recibe por concepto de los aportes de que trata el numeral 2 del artículo 11 y el numeral 2 del artículo 12 de la Ley 21 de 1982, para la capacitación de la población desempleada, en los términos y condiciones que se determinen por el Gobierno Nacional para la administración de estos recursos, así como para los contenidos de estos programas. Para efecto de construir y operar el sistema nacional de registro laboral de que trata el artículo 42 de la presente ley, en los términos y condiciones que se fijen en el reglamento, el Sena apropiará un cero punto uno por ciento (0,1%) del recaudo parafiscal mientras sea necesario".

la cual se encontraba afiliado aquel, en su condición anterior de trabajador. En caso de agotarse los recursos, y como se ha expresado, el reconocimiento del subsidio le corresponderá al Ministerio de la Protección Social, con cargo a los recursos del fondo bajo su administración.

Los desempleados, jefes cabeza de hogar, que acrediten falta de capacidad de pago y sin vinculación anterior a las cajas de compensación familiar, también tendrán derecho al mismo subsidio, pagadero en seis (6) cuotas mensuales iguales, efectivas a elección del beneficiario en aportes al sistema de salud, o bonos alimenticios o educación.

Para este grupo de beneficiarios se utilizará el cinco por ciento (5%) de los recursos del fondo.

Los servicios de capacitación se definieron en la aludida ley con cargo a máximo el veinticinco por ciento (25%) de los recursos del fondo de empleo administrado por cada caja de compensación familiar, para ejecutar programas en tal materia, cuyos beneficiarios serán los jefes cabeza de hogar que queden desempleados y hubieren tenido vinculación anterior con el sistema de subsidio familiar; no aplica para aquellos desempleados sin vinculación anterior a la economía formal.

Igualmente, y con cargo al treinta y cinco (35%) de los recursos del fondo, las cajas otorgarán créditos a microempresas, pequeñas y medianas empresas, con el objeto de promover la creación de empleo adicional, siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

- a) Estar afiliadas a la caja de compensación familiar que deba reconocer los microcréditos.
- b) No tener deudas pendientes por concepto de aportes parafiscales a salud, pensiones, riesgos profesionales, ICBF, Sena ni aportes a cajas de compensación familiar.
- c) Que los trabajadores adicionales que vinculen sean jefes cabeza de hogar que hubieren estado vinculados a las cajas dentro del año inmediatamente anterior a la situación de desempleo.
- d) Que dichos trabajadores no devenguen más de tres salarios mínimos legales vigentes.
- e) No ser beneficiarias las empresas, simultáneamente, del subsidio al empleo que otorgue el Ministerio de la Protección Social, de conformidad con lo establecido por el artículo 2º de la Ley 789 de 2002.

El Decreto 2340 de 2003 reguló lo concerniente a la administración y gestión de los recursos para el crédito, reenviando a las definiciones que sobre micro, pequeña y mediana empresa consagra la Ley 590 de 1990, modificada por la Ley 905 de 2004 y en algunos apartes, por la Ley 1151 de 2007.

Las cajas podrán adelantar dicha actividad bien (i) en forma directa y como programa de la corporación, (ii) a través de personas jurídicas creadas al efecto mediante asociación con terceros, nacionales o extranjeros, o participando en instituciones cuya actividad sea el microcrédito y estén vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y (iii) mediante la gestión del programa con organizaciones no gubernamentales en las que participe la caja.

Dispone el decreto que las cajas podrán igualmente *apoyar al sector microempresarial, mediante una política de compras en la que se creen canales de comercialización que faciliten y den preferencia a la colocación de los bienes y servicios producidos y prestados por los microempresarios del país* (literal d, artículo 2° del Decreto 2340 de 2003).

La Ley 1438 de 2011 reformó el régimen de protección por desempleo y por ende las prestaciones y las cuentas para su financiación dentro del Fonede cambiaron.

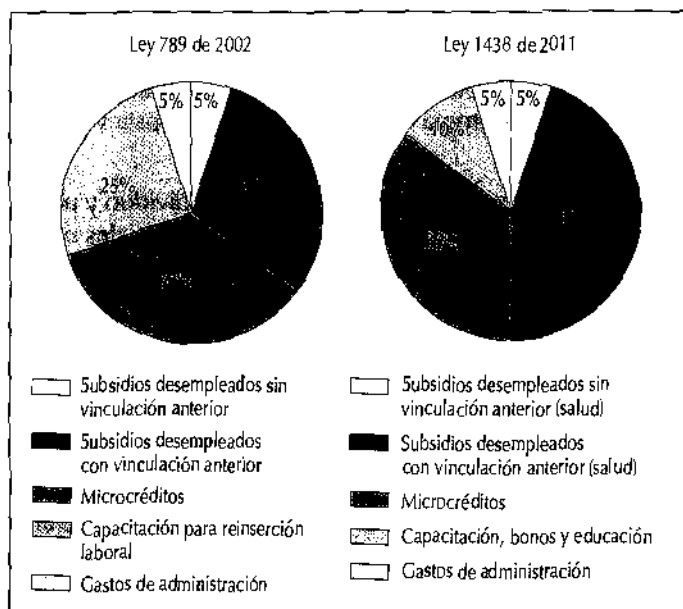
Por vigencia de la nueva ley se reconoció prioridad en el caso de los beneficiarios con vinculación anterior al sistema de subsidio familiar en favor de las mujeres cabeza de hogar. El subsidio se reconocerá prioritariamente a través de aportes al sistema de salud, “siempre que el beneficiario no se encuentre afiliado”. Para ese propósito se aplicarán recursos en un máximo del 45% de los recursos del Fonede.

De otra parte, los beneficios consistentes en capacitación para la reinserción laboral y/o pagos de educación y/o bonos alimentarios se financiarán solamente con un máximo del 10% de los recursos del Fonede, lo que plantea la desfinanciación de servicios de alto impacto para los hogares afectados por el desempleo y la posible acumulación de recursos en el fondo por contar los desempleados con otras opciones de aseguramiento en salud, tales como su incorporación en calidad de beneficiarios o la opción del pago por tercero al sistema de salud o la pertenencia al régimen subsidiado de salud, lo cual desincentiva el uso de la protección comentada.

En el caso de la cobertura para desempleados sin vinculación anterior se mantiene un tope de recursos en el 5% del fondo, señalándose en la misma forma que los beneficios se reconocerán prioritariamente en aportes al sistema de salud.

La dirección del sistema de protección por desempleo está a cargo del Ministerio de la Protección Social. La inspección y vigilancia sobre las actividades de protección a los desempleados corresponden, en cuanto a la operación a cargo de las cajas de compensación familiar, a la Superintendencia del Subsidio Familiar. Lo anterior sin perjuicio de la intervención que ejerza la Superintendencia Financiera de Colombia en lo atinente al otorgamiento de microcréditos por conducto de instituciones sometidas a su control.

Grafico 14
Destinación de recursos para protección por desempleo (Fonede)



19. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y REFORMA AL SISTEMA DE SALUD: DETERMINANTES SOCIALES Y ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN

Es innegable el papel que los sistemas de asignaciones familiares y servicios sociales juegan en el contexto actual en relación con la consolidación de los sistemas de salud.

En efecto, al entender esta como el estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solamente como la ausencia de enfermedad, el papel de los denominados determinantes sociales de la salud se anuncia insustituible.

Es por ello que un sistema como el de la compensación familiar en Colombia, a más de sus finalidades históricas, está llamado a cumplir un rol básico para la consolidación del servicio público de salud, pues por esencia, al tener a su cargo la provisión de beneficios con los cuales asegurar condiciones de bienestar a sus afiliados, contribuye directa e integralmente a la realización de la salud mediante el control de los determinantes sociales de la misma.

El reenfoque sobre la interpretación de los sistemas de salud se da actualmente en torno a dichos determinantes, a través de los cuales se busca mante-

ner más sanas a las personas: se trata de aquellos factores o variables que determinan el nivel de salud de una comunidad a nivel global.

Los tipos de factores determinantes son los siguientes:

a) *Factores biológicos*: son endógenos y no son modificables, por ejemplo el sexo, edad o herencia. Infarto agudo de miocardio es más frecuente en varón, la convulsión febril es más propia de los niños, y la epilepsia y el asma se hereda de padres a hijos.

b) *Medio ambiente*: todo aquello que rodea al individuo y no solo a factores físicos (suelo, aire, agua), sino también factores psicosociales o culturales. Estilo de vida: formado por un conjunto de comportamientos que se repiten, crean estilo o hábito.

c) *Organización de servicios de salud*. Incluye la cantidad y calidad de la organización de los recursos humanos y materiales en los servicios de salud.

Desde de la Declaración en Alma-Ata hasta hoy, el enfoque es tal como lo plantea la declaración de Yakarta sobre la promoción de la salud: "Los requisitos para la salud comprenden la paz, la vivienda, la educación, la seguridad social, las relaciones sociales, la alimentación, el ingreso, el empoderamiento de la mujer, un ecosistema estable, el uso sostenible de recursos, la justicia social, el respeto de los derechos humanos y la equidad. Sobre todo, la pobreza es la mayor amenaza para la salud"⁽⁷⁰⁾.

La Carta de Ottawa (1986) surge de una profunda reflexión crítica sobre la salud pública y reconoce los factores sociales y ambientales, entre estos los estilos de vida como elementos fundamentales de la promoción de la salud. Su influencia ha sido significativa en la teoría de la salud pública en América y ha contribuido al cambio del paradigma biológico de la salud y creado las bases para el entendimiento profundo de los determinantes sociales de la salud. El establecimiento reciente de la Comisión Global de los Determinantes Sociales de la Salud, así como los compromisos de la Carta de Bangkok, han posicionado este importante tema en la agenda de la promoción de la salud"⁽⁷¹⁾.

El sistema de subsidio familiar en Colombia se fundamenta, como lo ha expresado Asocajas en sus documentos de trabajo en la materia, en la redistribución de los aportes de los empresarios entre las familias de los trabajadores de ingresos bajos y medios y cuyo objetivo principal es mejorar la calidad de vida de aquellos y de estas, a través de los servicios prestados. Su misión es en resumen gestionar los determinantes sociales de la salud.

(70) Declaración de Yakarta sobre la Promoción de la Salud en el Siglo XXI (1997).

(71) Organización Panamericana de la Salud, *Promoción de la salud: logros y enseñanzas extraídas entre la carta de Ottawa y la carta de Bangkok y perspectivas para el futuro*, 2006.

En ese sentido y retomando uno de los principios de la Comisión de Determinantes de la Salud de la OMS que reza “mejorar las condiciones de vida, es decir, las circunstancias en que la población nace, crece, vive, trabaja y envejece”⁽⁷²⁾, puede afirmarse que ello es lo que precisamente hacen las cajas de compensación familiar en Colombia.

Dicho de otra forma, la misma comisión afirma que:

“Las desigualdades en la forma en que está organizada la sociedad hacen que las posibilidades de desarrollarse en la vida y gozar de buena salud estén mal distribuidas dentro de una misma sociedad y entre distintas sociedades. Esas desigualdades se observan en las condiciones de vida de la primera infancia, la escolarización, la naturaleza del empleo y las condiciones de trabajo, las características físicas del medio construido y la calidad del medio natural en que vive la población. Según el carácter de esos entornos, las condiciones físicas, el apoyo psicosocial y los esquemas de conducta varían para cada grupo, haciéndoles más o menos vulnerables a la enfermedad”⁽⁷³⁾.

Tomando en cuenta estos parámetros es posible afirmar que las cajas impactan de manera positiva los determinantes sociales de la salud de su población afiliada, lo que la hace menos vulnerable a la enfermedad, en particular para la gran proporción de beneficiarios que tienen ingresos familiares de menos de dos salarios mínimos (la cual representa aproximadamente el 80% del total de afiliados al sistema). El no tener estos beneficios o limitarlos sin lugar a dudas encarecería los costos de la asistencia en salud, si tenemos en cuenta lo planteado por los expertos, en cuanto a que la buena gestión de los determinantes sociales de la salud impacta en más del 50% del costo de atención en salud de las personas.

Las cajas de compensación familiar efectúan acciones sobre los determinantes de la salud en todo su quehacer a través de programas de nutrición, educación formal, educación para el trabajo y desarrollo humano, cultura, bibliotecas, turismo, recreación, deporte, vivienda, crédito, microcrédito, persona mayor y, claro está, salud y salud ocupacional. El compromiso del sistema es pues fortalecer la ejecución de estas prestaciones sociales para generar un mayor efecto positivo en la salud de las personas beneficiarias, lo que permitirá mejor salud, mayor bienestar y mayor ahorro.

Dentro de este contexto y considerando que la Ley 1438 de 2011, contenida en la reforma al sistema de seguridad social en salud, se orientó por redefinir el modelo de aseguramiento con base en la consolidación de redes integradas

(72) Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud, *Subsanar las desigualdades en una generación*, 2008.

(73) *Ibíd.*

de atención y en la aplicación de la estrategia de atención primaria en salud –la cual parte de considerar los determinantes de la salud y la necesidad de intervenir adecuada e integralmente en ellos para impactar positivamente en los indicadores y resultados en salud–, el sistema de subsidio familiar fue incluido dentro de las previsiones de dicha reforma, entendiéndose hoy en nuestro concepto a las cajas de compensación familiar como actores de primera línea para la sustentabilidad y el fortalecimiento del servicio de salud en Colombia.

Así las cosas, la Ley 1438 de 2011 convocó a las cajas e impactó su operación y esquema de financiamiento, tanto porque constituyó un nuevo fondo sobre los aportes del 4% con destinación específica al sistema de seguridad social en salud, como por cuanto introdujo modificaciones al régimen del Fonede, en procura de arbitrar más recursos a la financiación del aseguramiento.

Las normas que en la reforma a la salud tienen que ver en forma inmediata y directa con el sistema de compensación familiar son los artículos 46 y 47 de la Ley 1438 de 2011⁽⁷⁴⁾.

Introduce el artículo 46⁽⁷⁵⁾ una modificación tanto aditiva al régimen de financiación del sistema de seguridad social en salud, como restrictiva al aplicable a la prestación social subsidio familiar en Colombia. En efecto, incluye una fuente adicional de recursos para el sistema, cuya finalidad será exclusivamente la ejecución de actividades de promoción y prevención y/o contribuir a la financiación de la unificación de los planes de beneficios; en todo caso esta segunda será con carácter temporal, pues como se sabe dicha homologación se deberá realizar antes del año 2015.

La historia de la disposición tiene antecedentes próximos en el mecanismo que a partir de la Ley 49 de 1990 se empleó en cuanto a destinar partes del apor-

(74) Para ahondar en el análisis de dicha reforma, ver Cortés González, Juan Carlos, *Reforma al sistema de salud*, Bogotá, Legis Editores, 2011.

(75) ART. 46.—**Recursos de las cajas de compensación familiar.** Sin perjuicio de los recursos de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, se destinará un cuarto (1/4) de punto porcentual de la contribución parafiscal, establecida en la Ley 21 de 1982 en los artículos 11, numeral 1, y 12, numeral 1, a favor de las cajas de compensación familiar, a atender acciones de promoción y prevención dentro del marco de la estrategia de atención primaria en salud y/o en la unificación de los planes de beneficios, de forma concertada entre el Gobierno Nacional y las cajas de compensación familiar, conforme al reglamento.

PAR. 1º—La asignación prevista en el presente artículo, conforme a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, no podrá afectar el cálculo de los recursos que las cajas de compensación familiar deben apropiar para los Fondos para el Subsidio Familiar de Vivienda –FOVIS– y para los programas de infancia y adolescencia.

PAR. 2º—Los recursos del cuarto de punto porcentual (1/4) de la contribución parafiscal que trata el presente artículo serán administrados directamente por las cajas de compensación familiar y harán parte de las deducciones previstas en el parágrafo del artículo 217 la Ley 100 de 1993.

te del 4% que financia el régimen del subsidio familiar en Colombia en finalidades de orden social diferentes; fue entonces cuando por primera vez se dispuso que un porcentaje de esos recursos se aplicara a la financiación de subsidios familiares de vivienda de interés social, también en caso de no haber afiliados al sistema postulantes, para población no afiliada. Posteriormente el mismo expediente se empleó en cuanto a la financiación del régimen subsidiado de salud, de la atención a niños pobres y la protección a desempleados.

En efecto, téngase en cuenta cómo el mismo artículo 46 lo resalta en su inicio, que el sistema de subsidio familiar a través de las cajas de compensación familiar participa desde la Ley 100 de 1993 en la financiación del régimen subsidiado de salud, mediante la aplicación de los recursos a los que alude el artículo 217 de aquella, en proporción del 5 o del 10% de los aportes, conforme el tamaño de la caja de compensación familiar. Dicha aplicación puede darse bien a través de giro de recursos al Fosyga o a una entidad del respectivo departamento, o a través de la administración directa de un programa como entidad promotora de salud subsidiada mediante el cual asuma el aseguramiento de la población que corresponda al monto de tales recursos⁽⁷⁶⁾.

Se reitera la precisión conceptual al artículo en cuanto que la redestinación de los recursos no es en estricto sentido a la contribución parafiscal establecida "a favor de las cajas de compensación familiar", como lo indica la disposición, sino que implica un empleo diferente de parte de los aportes de los empleadores en Colombia con destino a la financiación de la salud en el país. Esto es, los recursos de cuyo uso se trata no son recursos de las cajas de compensación familiar sino de los trabajadores colombianos, sometidos a la administración de aquellas.

La finalidad de los aportes del 4% que ingresan al sistema de subsidio familiar es satisfacer la prestación social de los trabajadores denominada subsidio familiar, con la cual se satisface a su turno una prestación de la seguridad social, reconocida en el Convenio 102 de OIT y en el Código Iberoamericano de Seguridad Social (Ley 516 de 1999), con la denominación de prestaciones por cargas o asignaciones familiares.

De allí que la principal preocupación esbozada por Asocajas, el gremio de las cajas de compensación familiar, se hubiera expresado en torno a la utilización de recursos con destinación constitucional y legal específica, para atender un derecho de los trabajadores y una prestación de la seguridad social, en un fin diferente, expediente que puede conllevar paulatinamente a una desfiguración del sistema de compensación familiar mismo.

(76) Ver artículos 11 y 12 del Decreto 50 de 2003.

Esto además teniendo en cuenta el efecto de la medida el cual, en última instancia, como se precisa por la aplicación del parágrafo 2 del artículo en comento, termina impactando en la cuota monetaria de subsidio familiar que se reconoce a los trabajadores de medianos y menores ingresos y en la asignación de recursos para servicios sociales, pues al contar con los mismos aportes y las mismas destinaciones específicas, el saldo para aplicar el 55% que sobre las aportes deben destinar las cajas al subsidio en dinero se verá reducido, impactando negativamente en el valor del subsidio.

Afirmaban así mismo las cajas que el impacto era mucho mayor respecto a los recursos del sistema de subsidio familiar, que en cuanto a lo logrado para el sistema de seguridad social en salud, por lo cual la medida era ineficiente, pues causaba más daño en un subsistema de la seguridad social que aquel bien que producía en otro.

Se argumentó además, y sobre esto conviene una reflexión detenida, que la medida lo que terminaba produciendo era un incremento a la cotización a salud de los empleadores colombianos y una desfiguración del concepto de parafiscalidad asignado a los aportes del sistema de subsidio familiar. En efecto, se trata de un valor adicional global o sobre la nómina, que tendrán que pagar los empleadores por conducto de las cajas de compensación familiar pero no que redundará en beneficio de su comunidad empresarial, sino que servirá para la provisión de un bien público y meritorio diferente: el acceso a promoción y prevención en salud y/o la homologación de los planes de beneficios.

Entre los antecedentes próximos del artículo conviene reseñar la propuesta contenida en el proyecto de Ley 01 de 2010 a partir de la cual se pretendía redestinar el 25% del aporte, esto es, el 1% del 4% pagado por los empleadores, para que, con cargo a esos recursos frescos para el sistema de salud, se pagaran los beneficios no incluidos dentro del plan obligatorio.

A partir de allí se generó el debate, pasando la propuesta por diferentes momentos.

El artículo 41 de la ponencia para primer debate señalaba que la destinación debía ser de $\frac{1}{4}$ de punto del aporte para financiar el régimen contributivo de salud, en tanto en el artículo 42 de ese articulado se proponía adicionalmente crear lo que se denominaba seguro de salud por desempleo y que comprometía una suma igual al $\frac{1}{4}$ de punto referido⁽⁷⁷⁾. Esto es, de la propuesta inicial

(77) "ART. 47.—**Seguro de salud por desempleo.** Un cuarto ($\frac{1}{4}$) de punto de la contribución parafiscal al pago de salarios, establecida en la Ley 21 de 1982 en los artículos 11, numeral 1, y 12, numeral 1, a favor de las cajas de compensación, se destinará por las cajas a pagar la cotización del régimen contributivo, o el pago de un seguro de salud equivalente, para aquellas personas que pierdan su empleo, hasta que la persona se vincule nuevamente al

de aplicar el 25% del aporte del subsidio familiar para salud se reducía la afectación al 50% de un punto.

En el primer debate se aprobó el compromiso del $\frac{1}{4}$ de punto pero se incluyó una salvaguarda para que esa redestinación no afectara el monto de los recursos destinados por mandato previo del legislador a financiar subsidios familiares de vivienda de interés ni programas en beneficio de la infancia y la adolescencia⁽⁷⁸⁾.

En lo que respecta al denominado seguro de salud por desempleo, este se modificó a efecto de constituirlo pero no como una nueva afectación de recursos sobre el 4% del aporte de los empleadores sino como un ajuste al régimen de la Ley 789 de 2002 en cuanto al fondo de apoyo al empleo y de protección al desempleado Fonedé, propuesta que finalmente prevaleció y que quedó integrada al artículo 47 de la ley.

La ponencia para segundo debate añadió al articulado la salvedad en cuanto a la aplicación de recursos del sistema con base en el artículo 217 y conservó el espíritu de lo aprobado previamente. Finalmente en segundo debate se consideró y aprobó proposición sustitutiva por la cual se reconocía que la utilización de los recursos del $\frac{1}{4}$ de punto porcentual se haría para las finalidades propuestas y de manera concertada entre el Gobierno Nacional y las cajas de compensación familiar, mediante reglamento al efecto. Por su parte, la Cámara de Representantes aprobó un párrafo 2 en el que se señalaba además que la administración

(Cont. nota 77)

mercado laboral formal, sin que en ningún caso se paguen más de 12 cuotas mensuales consecutivas. El IBC será de un salario mínimo mensual vigente y el porcentaje de cotización será de 10,5% sobre esa base.

"Si transcurridos los 12 meses, la persona continúa desempleada y pertenece a los niveles 1 o 2 del Sisbén deberá ser afiliado de forma automática al Régimen Subsidiado en Salud.

"En el evento que las cajas de compensación familiar, mediante mecanismo de alianza, sociedad o unión temporal, logren financiar dicho subsidio con recursos inferiores al cuarto ($\frac{1}{4}$) de punto establecido, los recursos restantes se destinarán a la financiación del régimen subsidiado. Si por el contrario no es suficiente dicho cuarto ($\frac{1}{4}$) de punto, el faltante será asumido con excedentes de ejecución de los recursos del Fonedé o del artículo 217 de la Ley 100 de 1993".

- (78) "ART. 42.—**Recursos de las cajas de compensación familiar.** Sin perjuicio de los recursos de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, se destinará un 0,25% de un punto porcentual de la contribución parafiscal al pago de salarios, establecida en la Ley 21 de 1982 en los artículos 11, numeral 1, y 12, numeral 1, a favor de las cajas de compensación familiar, a atender acciones dentro del marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud y/o en la unificación de los Planes Obligatorios de Salud, conforme al reglamento.

"PAR.—La asignación prevista en el presente artículo, conforme a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, no podrá afectar el cálculo de los recursos que las cajas de compensación familiar deben apropiar para los Fondos para el Subsidio Familiar de Vivienda -FOVIS- y para los programas de infancia y adolescencia".

de tales recursos correspondería en forma directa a las cajas. Este texto fue el conciliado e integrado finalmente al artículo 46 de la ley.

Quedó pues aprobada una nueva modalidad de participación del sistema de subsidio familiar a través de sus administradoras, las cajas de compensación familiar, en el sistema de seguridad social en salud. Se trata de la aplicación del porcentaje de recursos aludido, previamente se realicen los descuentos con destino al FOVIS (programa de subsidios familiares de vivienda de interés social) y al Foníñez (programa de atención a niños y jóvenes en condición de pobreza).

El Gobierno Nacional, previa concertación con las cajas de compensación familiar, deberá expedir el reglamento correspondiente y definir los criterios para la asignación de estas sumas, las cuales tendrán afectación específica, bien para ejecutar acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad y/o para la unificación de los planes de beneficios; esto es, podrán emplearse en una u otra finalidad o en ambas, en la proporción que fije el Gobierno en acuerdo con el sistema.

En todo caso la ejecución de los recursos para cualquiera de las dos finalidades estará a cargo exclusivamente de las cajas de compensación familiar, por lo cual será tarea de estas desarrollar programas y acciones de promoción y prevención, en armonía con los que por la naturaleza de su función vienen cumpliendo en lo atinente al control de los determinantes de la salud o aplicar recursos a la misma función que cumplen dentro del régimen subsidiado conforme lo previsto por el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, si de lo que se trata es de asignar recursos para la homologación de planes.

Si lo primero, la ley condiciona el uso de estos montos a la orientación que se adopte en desarrollo de la estrategia de atención primaria en salud. Igualmente, y de conformidad con lo prevenido por el numeral 42.7 del artículo 42 de la misma ley, si se aplican recursos del sistema de subsidio familiar a actividades de promoción y prevención, tendrán obligatoriamente que arbitrarse recursos adicionales dentro del componente de salud pública del sistema general de participaciones.

Valga referir que el cumplimiento de dicha misión por parte de las cajas de compensación familiar abre un panorama amplio de posibilidades para ellas, pues son las instituciones de seguridad social más dúctiles y comprensivas de la integralidad que demanda un sistema de protección social. La provisión de servicios sociales que vienen cumpliendo y su finalidad como proveedoras de bienestar las ubica como las instituciones de mayor experiencia en el manejo de los determinantes sociales de la salud, de tanta importancia para el desarrollo efectivo del nuevo paradigma en el que se basa el modelo de aseguramiento universal en Colombia, bajo el criterio de la atención primaria en salud.

Respecto a la vigencia de dicha disposición, conviene tener en cuenta la discusión que surgió en cuanto a si la misma se daba en forma inmediata o a partir del año siguiente, dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 338 de la Constitución Política y tomando en cuenta que la promulgación de la Ley se dio el 19 de enero de 2011.

En efecto, se discutió si, por tratarse de un tributo, que tiene el carácter de contribución parafiscal atípica o sui géneris, le es aplicable el inciso final del artículo 338 de la Constitución Política, que categóricamente determina que “las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”.

La interpretación del gremio de cajas de compensación familiar se orientó a precisar que por tratarse de una disposición con efectos tributarios, en relación con el establecimiento de un uso para una contribución parafiscal, su aplicación constitucionalmente procedía a partir del período siguiente, entendiéndose por tal el año 2012, pues en el sistema si bien el recaudo del aporte se realiza en forma mensual, la aplicación de los recursos con destinación específica se realiza de manera anual⁽⁷⁹⁾.

La Superintendencia del Subsidio Familiar, por su parte, profirió la Circular 02 del 25 de enero de 2011, por la cual señaló que la aplicación de los recursos mencionados debía darse desde el año de promulgación de la ley junto al rubro destinado a salud por las cajas conforme lo prevenido por el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.

Precisó ese organismo de inspección que en tanto se diera la reglamentación del artículo por parte del Gobierno Nacional, tales recursos “no deberán ser utilizados ni aplicados por las cajas de compensación familiar”.

Así mismo, mediante la Resolución 0053 del 28 de enero de 2011⁽⁸⁰⁾, la Superintendencia del Subsidio Familiar certificó el cuociente nacional y particular de recaudos correspondiente a las cajas de compensación familiar, para determinar la transferencia al Fondo Obligatorio de Vivienda de Interés Social –FOVIS–; al Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga–; al Fondo para Acciones de Promoción y Prevención de la Atención Primaria en Salud y/o en la unifica-

(79) Consúltese sobre la materia la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, proferido el 1º de noviembre de 2007, mediante la cual había se declaró la nulidad del inciso final del numeral 1º de la Circular Externa 014 de 2003 y 022 del 23 de diciembre de 2003, las cuales señalaban instrucciones precisas para la “presentación de la información contable financiera y de actividades del primer semestre de 2003”.

(80) Publicada en el Diario Oficial 47.973 del 4 de febrero de 2011.

ción de los planes de beneficios; al Fondo para el Fomento del Empleo y Protección al Desempleo –Fonede–; y al Fondo para la Atención Integral a la Niñez y Jornada Escolar Complementaria –Foniñez– para el año 2011.

En el mismo acto la Superintendencia del Subsidio Familiar estableció para cada caja de compensación familiar el porcentaje de los recaudos del subsidio familiar que destinarán durante el año 2011 para financiar el régimen de subsidios en salud de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993 y el porcentaje que se destinará para atender las acciones de promoción y prevención dentro del marco de la estrategia de atención primaria en salud y/o en la unificación de los planes de beneficios de que trata el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011.

Al resolver los recursos de reposición interpuestos por varias cajas de compensación familiar contra dicha decisión, la Superintendencia confirmó su criterio al respecto.

El Ministerio de la Protección Social, entre tanto, conceptuó acogiendo el criterio conforme al cual por período siguiente para el caso debía entenderse el mes de febrero de 2011, siendo a partir de ese momento en que deberían las cajas apropiarse los recursos del 6,25% para la nueva finalidad prevista en la ley.

En cuanto al artículo 47⁽⁸¹⁾ de la Ley 1438 de 2011, téngase en cuenta que este contiene un ajuste a la operación de las cajas de compensación familiar en la protección a los desempleados.

(81) ART. 47.—**Seguro de salud por desempleo.** Modifíquense los artículos 10 y 11 de la Ley 789 de 2002, los cuales quedarán así:

“Artículo 10.—Régimen de apoyo para desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar. Los jefes cabeza de Hogar, y prioritariamente las mujeres que tengan esa condición, que se encuentren en situación de desempleo luego de haber estado vinculados al sistema de cajas de compensación familiar no menos de 1 año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo, tendrán derecho con cargo a los recursos del Fondo para el Fomento del Empleo y la Protección del Desempleo de que trata el artículo 6° de la presente ley a los siguientes beneficios, por una sola vez y hasta que se agoten los recursos del fondo. La reglamentación establecerá los plazos y condiciones a partir de los cuales se reconocerá este subsidio:

a) Un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se dividirá y otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud. Los aportes al sistema de salud serán prioritarios frente a los otros usos siempre que el beneficiario no se encuentre afiliado. Para efectos de esta obligación, las cajas destinarán un máximo del cuarenta y cinco por ciento (45%) de los recursos que les corresponde administrar con cargo al Fondo para el Fomento del Empleo y la Protección al Desempleo;

b) Capacitación para el proceso de inserción laboral y/o educación y/o bonos alimentarios. Para efectos de esta obligación las cajas destinarán un máximo del diez por ciento (10%) de los recursos que les corresponde administrar con cargo al Fondo para el Fomento del Empleo y Protección al Desempleo.

La Ley 789 de 2002, luego de más de 50 años de la implementación del seguro social en Colombia y de la tímida referencia del artículo 263 de la Ley 100 de 1993 a la protección por desocupación laboral, estableció por primera vez un régimen de cobertura en seguridad social para los desempleados, al cual ya se ha hecho referencia.

Una de las primeras modificaciones introducidas por la ley se refiere a que a partir de la reforma se otorga prioridad en el reconocimiento de los subsidios y las prestaciones a las mujeres que tengan la condición de cabeza de hogar. Se incurrió, eso sí, en una omisión legislativa de carácter relativo a este respecto, por cuanto en la modificación al artículo 11 de la Ley 789 de 2002, también incluida en la norma en comentario, no se incorporó el mismo criterio, por lo cual se distingue para efectos de dicha prioridad a favor de las mujeres, si se trata de beneficiarias que estuvieron vinculadas al sistema de subsidio familiar 1 año dentro de los 3 años anteriores o no, para que pueda hacerse valer la prelación, lo cual quebranta a nuestro juicio el principio de igualdad, pues establece un trato diferente sin la razonabilidad debida.

Como se advirtió, el legislador diferenció en la Ley 789 de 2002 dos categorías de desempleados para los efectos de las coberturas y, especialmente, de la fuente de financiación: (i) de un lado, los desempleados sin vinculación anterior a las cajas de compensación familiar, esto es, quienes no acreditan una afiliación de un año al menos dentro de los tres años anteriores, en tratándose de personas que no han hecho parte de la economía laboral formal, a lo menos recientemente, y carecen de capacidad de pago, y (ii) los desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar, para quienes están en condiciones de acreditar el mencionado requisito, por cuanto han hecho parte de la economía formal de trabajo recientemente.

Esta diferenciación fue reiterada por la Ley 1438, pues, como se aprecia, en la sustitución provocada por el artículo 47 bajo análisis se mantienen regímenes

(Cont. nota 81)

Artículo 11.—Régimen de apoyo para desempleados sin vinculación anterior a cajas de compensación familiar. Con cargo al cinco por ciento (5%) del Fondo para el Fomento del Empleo y la Protección del Desempleo de que trata el artículo 6° de la presente ley, las cajas establecerán un régimen de apoyo y fomento al empleo para jefes cabeza de hogar sin vinculación anterior a las cajas de compensación familiar, que se concretará en un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud. Los aportes al sistema de salud serán prioritarios frente a los otros usos siempre que el beneficiario no se encuentre afiliado. Tendrán prioridad, frente a las cajas de compensación familiar, los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional. Para acceder a esta prestación, se deberá acreditar falta de capacidad de pago, conforme términos y condiciones que disponga el reglamento en materia de organización y funcionamiento de este beneficio”.

diferentes para desempleados con y sin vinculación anterior a las cajas de compensación familiar.

La reforma al régimen de protección a desempleados a cargo de las cajas de compensación familiar se concreta en los siguientes ajustes principales:

— Se asigna prioridad en la asignación de beneficios para que estos se materialicen a través del pago de aportes al sistema de seguridad social en salud, “siempre que el beneficiario no se encuentre afiliado”.

Sobre este ajuste conviene formular dos apreciaciones críticas. De una parte la redacción de la norma es equívoca por cuanto, al sustituir la norma los artículos 10 y 11 de la Ley 789 de 2002, derogó las disposiciones anteriores, que eran las que consagraban la existencia de tres usos para la finalidad a) a que se refiere el nuevo artículo 10 de la Ley 789, por tanto es impropio el lenguaje empleado cuando en dicho literal se alude a prioridad de los aportes en salud “frente a los otros usos” pues estos ya no existen en el ordenamiento, lo que genera así un problema interpretativo. En nuestro concepto, la aludida finalidad a) quedó reservada exclusivamente para el beneficio de pago de aportes al sistema de seguridad social en salud, lo cual se confirma al considerar el segundo reparo sobre la redacción del nuevo articulado.

En efecto, la norma reformada alude a prioridad en dichos aportes en el caso de no estar el beneficiario afiliado al sistema de seguridad social. Y es que este el principio general, por cuanto la definición de jefe cabeza de hogar es legal y se encuentra desarrollada por el parágrafo 5 del artículo 13 de la misma Ley 789 de 2002, que atrás se transcribió, en virtud del cual se entiende por tal la persona que habiendo sido afiliada como cotizante deja de serlo y ya no está vinculada ni como cotizante ni como beneficiaria a una EPS. Por tal razón la definición del artículo es tautológica por cuanto, en todos los casos, los beneficiarios para ser titulares del derecho del subsidio por desempleo deben no estar afiliados al sistema de salud, por lo cual el uso de los recursos será siempre para el pago de aportes a dicho sistema, entiéndase bajo el régimen contributivo, sin que a nuestro modo de ver sea posible al beneficiario aplicar el régimen de excepción de continuidad en la afiliación al régimen subsidiado, al que alude el artículo 35 de la Ley 1438.

Entendido así el artículo plantea además inquietudes de índole práctica adicionales. No hubo reflexión sobre la suficiencia o el exceso de recursos destinados al subsidio destinado al pago de aportes a salud; pareciese entonces que van a sobrar recursos si de lo que se trata es de realizar una cotización sobre el ingreso mínimo de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente; o habrá que entender que el beneficio se puede extender en más de las 6 cuotas a que alude expresamente la disposición, esto es, hasta que se agoten los recursos que se asignen por cada beneficiario del subsidio?

—Se modificó el porcentaje de distribución de los recursos del Fonedo para el reconocimiento de los beneficios. El nuevo esquema los compromete de la siguiente manera:

a) Máximo un 45% del fondo para el pago de subsidios por medio de aportes al sistema de seguridad social en salud.

b) Máximo un 10% para cubrir los requerimientos en materia de capacitación para la inserción laboral y/o educación y/o el reconocimiento de bonos alimentarios. Acá se aprecia la modificación práctica y sensible del régimen de protección por desempleo. Hasta ahora en Colombia cerca del 98% de los desempleados beneficiarios (un número cercano a los 450.000 desde la implementación del esquema) había optado —era su derecho— por aplicar el subsidio en bonos de alimentación; ahora, con la reforma, ni aquellos tienen opción ni existen los recursos suficientes para atender esa finalidad. El otro servicio que se verá sensiblemente reducido será el de capacitación para reinserción laboral, pues a él solamente se podrá aplicar el 10% del Fonedo, junto a educación y alimentación. Desaparece así este beneficio, que, fortalecido de otra manera, habría podido ser un bastión de apoyo a la gestión del Gobierno Nacional en cuanto a fomento al empleo y a la formalización laboral.

c) Un 5% del Fonedo se destinará por las cajas de compensación familiar para la atención de los desempleados sin vinculación anterior al sistema. Si se aprecia la redacción de la norma, para estos la única finalidad que queda en cuanto a los beneficios es el pago de la cotización en salud.

d) Un 35% de los recursos del fondo con destino al programa de microcrédito, el cual no sufrió modificación legal alguna pese a ser el de menor impacto dentro de los programas de apoyo al desempleo y fomento al empleo acogidos por la Ley 789 de 2002.

e) Un 5% con cargo a gastos de administración del Fonedo, ítem que tampoco experimentó ajuste.

Vale comentar así mismo que la norma en sus literales a) y b) alude a la aplicación de recursos en un "máximo". ¿Quiere esto decir que podrían variar los porcentajes que se destinen para financiación del aporte a salud y los demás beneficios para desempleados? En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿quién define la variabilidad?, ¿se trata de una decisión discrecional de cada administradora? o ¿tendrá que ser resuelto el tema por medio de un decreto reglamentario? En todo caso, como la materia requiere de desarrollo normativo, será el reglamento el que especifique las particularidades del nuevo régimen de protección a los desempleados en Colombia.

En cuanto al trámite legislativo de este artículo, téngase en cuenta que surgió como sustituto a la propuesta contenida en la ponencia para primer debate

que aludía a un seguro de salud por desempleo, a través de la constitución de un fondo por cada caja de compensación familiar en el que se emplearía $\frac{1}{4}$ de punto del aporte percibido por ella y que serviría para “pagar la cotización del Régimen Contributivo, o el pago de un seguro de salud equivalente, para aquellas personas que pierdan su empleo, hasta que la persona se vincule nuevamente al mercado laboral formal, sin que en ningún caso se paguen más de 12 cuotas mensuales consecutivas. El IBC será de un salario mínimo mensual vigente y el porcentaje de cotización será de 10,5% sobre esa base”.

En segundo debate, la Cámara de Representantes aprobó proposición eliminando el artículo, no obstante en el Senado de la República se votó favorablemente, siendo acogido el texto en la conciliación de los articulados.

La Ley 1438 de 2011 ahonda la participación del sistema de subsidio familiar y de las cajas de compensación familiar en el sistema de seguridad social en salud, propósito que se aprecia bien orientado, pues es clara la injerencia directa y la necesaria conexión que ha de existir entre un sistema tal y uno de asignaciones familiares y servicios sociales.

Seguramente corresponda en el futuro apreciar con mayor integralidad dichas conexiones e interrelaciones, evitando que las mismas se diseñen a partir de esquemas de financiación, esto es, para que no se aprecie al sistema de compensación familiar meramente como fuente inagotable de recursos para la provisión de bienes sociales, sino que se interprete adecuadamente su papel integrador dentro de la protección social.

En materia del servicio de salud entendemos que el sistema de subsidio familiar está llamado a ser piso esencial para su desarrollo y mecanismo insustituible para su fortalecimiento, pues tanto el uno como el otro procuran garantizar el bienestar de la persona.

20. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y RÉGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD

Fue la Ley 100 de 1993, en su artículo 217, la que estableció la participación de las cajas como financiadoras del aludido régimen, con un porcentaje sobre sus ingresos por aportes (10% o 5%, según el tamaño de la corporación), el cual pueden aplicar directamente, operando entonces como administradoras del régimen subsidiado (programa EPS subsidiado) o a través de giro al sistema, a cajas que operen el régimen o al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), en los términos de la Ley 789 de 2002.

A partir de entonces las cajas han asumido un importante papel en la operación del régimen subsidiado de salud, como lo evidencian las cifras en cuanto a participación de cajas con programas EPS, en forma individual o asociada y a cobertura poblacional. En lo que respecta a la generalidad del sistema de segu-

ridad social en salud en Colombia, el 25% de los afiliados lo están por conducto de una caja de compensación familiar.

A través del Acuerdo 244 del 31 de enero de 2003 proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y publicado en Diario Oficial 45.145 del 1º de abril de 2003 se definieron la forma y las condiciones de operación del régimen subsidiado dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSS).

Por su parte, mediante Decreto 515 del 20 de febrero de 2004 se establecieron las condiciones de habilitación para las ARS de entonces, con la exigencia, entre otros elementos, de un número mínimo de afiliados, de 300.000 al primero de abril de 2005 y de 400.000 al primero de abril de 2006; las entidades que se constituyan hacia el futuro deberían acreditar la afiliación de 400.000 personas, por lo menos al segundo año de operación.

De dicha exigencia se excluyeron las cajas cuando afiliaran como límite los usuarios que puedan ser cubiertos en razón de la administración directa de recursos por lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley 100 de 1993. En el evento de que la caja administre como EPS recursos distintos, no podrá tener menos de 200.000 afiliados, igual que en el evento de actuación de dichas corporaciones en forma conjunta, a través de convenios de asociación.

El artículo 12 del Decreto 515 estableció que las entidades que a la entrada en vigencia del presente decreto se encuentren administrando el régimen subsidiado tendrán un plazo máximo de seis meses contados a partir del 1º de marzo de 2004, para solicitar la habilitación. Estas entidades podrán seguir operando, hasta tanto la Superintendencia Nacional de Salud, en un plazo no mayor de seis meses, profiera el acto administrativo de habilitación.

El cumplimiento de las disposiciones de habilitación respecto a número de afiliados y los recientes y reiterados anuncios del Gobierno Nacional en cuanto a procurar el funcionamiento de un menor número de EPS en el país, así como las orientaciones generales de la Ley 1438 de 2011, provocan reflexiones sobre cuál ha de ser el papel de las cajas en el sistema de seguridad social en salud y, en particular, en el ámbito del aseguramiento subsidiado.

Sobre el particular, hemos pensado, constituyen las cajas las mejores operadoras de la orientación conceptual del sistema de salud que la reforma de 2011 pretende. Con este nuevo esquema pierde cada vez mayor fuerza la diferenciación entre régimen contributivo y régimen subsidiado, debiendo hablarse en su lugar de un modelo universal y único de aseguramiento, con fuentes de financiación diversas y complementarias, con plan único de cobertura.

Por su experiencia en salud pero así mismo por la ejecución de actividades como operadoras sociales, las cajas de compensación familiar están llamadas a garantizar la portabilidad nacional en el ámbito del régimen subsidiado y promo-

ver la rápida implementación del esquema de atención primaria en salud (APS), con su capacidad además de intervenir integralmente en el control de los factores determinantes de la salud.

Estos propósitos se lograrán no obstante si son capaces las cajas de identificar esquemas integrados de operación, que permitan, desde las diferencias, ofrecer un proyecto consolidado y nacional de operación para la cobertura subsidiada especialmente, con participación o no de otros actores incluidos estatales que quisieran sumarse a este propósito y mediante la implementación de un modelo de alianza o de integración en una gran EPS nacional con presencia real en las regiones. En una fase inicial debería garantizarse que el carné de afiliación a una EPS subsidiada de caja de compensación familiar genere pleno acceso a servicios en los demás departamentos del país en los que operan a su turno cajas en condición de EPS subsidiadas, integrando además el sistema un gran red nacional de prestación, de incalculables alcances y especial impacto para la salud de los colombianos con mayores necesidades.

A partir de allí y tomando en consideración la crisis de financiación y control que ha empañado el desarrollo del sistema de seguridad social en salud en los últimos tiempos, convendría revisar con las autoridades de gobierno y legislativas los alcances de la participación de las cajas de compensación familiar en el nuevo contexto de la salud en el país, pues existirían varias alternativas interesantes al respecto, algunas de las cuales se han ventilado con antelación, cuando en la administración del presidente Uribe se planteó la posibilidad que el aseguramiento subsidiado fuera asumido por el sistema de compensación familiar preferentemente.

21. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2010-2014

Se ha consolidado la tendencia por regular materias de la protección social en el contexto de los planes nacionales de desarrollo.

En los más recientes se evidencia la inclusión de aspectos directamente referidos a la protección social y que de manera inmediata tocan al sistema de subsidio familiar.

No podemos olvidar que fue la Ley 1151 de 2007, contentiva del Plan de Desarrollo de la segunda administración del presidente Álvaro Uribe Vélez, la que definió el alcance y los componentes del sistema de protección social en Colombia, regulando materias relacionadas con la reorganización institucional del mismo en aspectos como la liquidación del ISS y la creación de la UGPP.

En cuanto a cajas de compensación familiar fue en dicha ley en la que se incluyó referencia expresa a la posibilidad de afiliarse a las cooperativas de trabajo asociado y de reconocer subsidio familiar para los cooperados si la apor-

tante cancelaba el monto total del aporte del 4% sobre las compensaciones de aquellos.

En dicha disposición se reconoció expresamente la condición de las cajas como entidades de la protección social en Colombia.

En efecto, el artículo 6º, capítulo 3, señalaba lo siguiente:

Como partes del sistema de seguridad social integral, las cajas de compensación familiar podrán extender la totalidad de los beneficios, entre ellos los de subsidios y programas sociales, a los asociados a las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado, para lo cual se deberá contemplar previamente en sus estatutos la afiliación al Sistema de Previsión Social incluido el de compensación y el pago de los aportes respectivos de acuerdo con lo dispuesto en la ley para el sector dependiente.

La Ley 1450 de 2011 contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 incorporó en forma más directa referencias a la operación del sistema de compensación familiar que pasamos a exponer y cuyos antecedentes en el debate parlamentario generaron discusiones y la reacción de las cajas en cuanto a precisar sus alcances y preservar la institucionalidad, pues se vislumbraron grandes riesgos al respecto.

En efecto, dentro del proyecto original del Gobierno Nacional se introdujo un párrafo dentro del documento de Bases del Plan en el que había una alusión directa a la operación de las cajas de compensación familiar, el cual fue finalmente avalado y cuyo tenor es el siguiente:

“En el cuatrienio, el Gobierno Nacional bajo el liderazgo y coordinación del Ministerio de la Protección Social (MPS), armonizará y precisará las funciones de las instituciones integrantes del mercado de trabajo, y estudiará la factibilidad de modificar el financiamiento de los servicios de Protección Social con cargo a la nómina, sin perjuicio en la prestación de dichos servicios. De manera particular, las CCF, previo estudio del MPS y el DNP, ajustarán sus funciones a las necesidades del mercado de trabajo del país, para constituirse como prestadores de servicios de empleo y protección social regulados (incluido el subsidio familiar)”.

Pero adicionalmente a esta descripción genérica y amplia, dentro de la ponencia para primer debate del proyecto de plan nacional de desarrollo se introdujo el artículo 188 como nuevo, en el que se sometía la operación del sistema a las definiciones que adoptara el Conpes, lo que causó enorme preocupación por parte de las cajas de compensación familiar.

El artículo que se consideró para el debate fue del siguiente alcance:

“Cajas de compensación familiar. Las Cajas de Compensación Familiar (CCF) harán parte del Sistema de Protección Social del país, de acuerdo a los li-

neamientos definidos en las Bases del Plan Nacional de Desarrollo que hacen parte integral de esta ley. Se integrarán al conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de la población, y armonizarán sus acciones con los lineamientos estipulados para el Sistema.

“El Gobierno Nacional, previa recomendación del Conpes, redefinirá, bajo este marco, las acciones que adelantan las CCF con cargo al 4% del salario, teniendo como principio orientador la compensación familiar, la promoción de empleo y la protección social para los trabajadores y sus familias.

“El Gobierno Nacional actualizará el sistema de reporte de información de las CCF de la Superintendencia de Subsidio Familiar, con el propósito de identificar con mayor claridad la destinación de los recursos con cargo al 4% del salario, los programas, beneficiarios y el sistema de costos implementado.

“Adicionalmente, los programas adelantados y recursos asignados con cargo al 4% del salario se articularán con el resto de acciones del Sistema de Protección Social y apoyarán, según sea el caso, el cumplimiento de las metas que el Gobierno Nacional se fije en materia social.

“El Gobierno Nacional definirá la oportunidad y pertinencia de la utilización de las CCF como operadoras de servicios sociales, en particular en las regiones con baja presencia institucional y operativa o con rezagos en infraestructura social” (resaltado fuera del texto).

Aun cuando, a nuestro parecer, el artículo contenía orientaciones interesantes, en especial por el reconocimiento de la labor de las cajas de compensación familiar como operadoras sociales y su participación en el desarrollo de la política de protección social en el país, la forma de su redacción generó confusiones y determinó la necesidad de su ajuste.

La expresión “en especial” del inciso segundo del artículo propuesto daba a entender que los recursos del aporte del 4% podrían ser redefinidos en su uso por el Conpes, de tal suerte que el sistema pasaría a ser un apéndice gubernamental para la ejecución de la política social que definiera aquel consejo y sin garantizar su autonomía y especificidad para el desarrollo de la prestación social subsidio familiar. Lo anterior sumado al texto de las Bases del Plan hacía intolerable esta disposición, pues se trataba de preservar la institucionalidad del sistema.

Asocajas obtuvo entonces el acuerdo del Departamento Nacional de Planeación en cuanto a reformular el artículo, el cual no había sido incorporado al proyecto inicial, introduciéndose apenas en la ponencia y sin deliberación ni concertación previa con el sector.

El Departamento Nacional de Planeación acogió los argumentos expuestos y defendió el ajuste dentro del trámite posterior del proyecto, adoptándose finalmente una redacción que, al reconocer la adscripción del sistema dentro de la protección social, reafirmó el carácter del subsidio familiar como prestación social y la aplicación al mismo del régimen jurídico vigente a la fecha.

Finalmente el artículo 151 de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 quedó así:

ART. 151.—Cajas de Compensación Familiar. *Las Cajas de Compensación Familiar (CCF) harán parte del Sistema de Protección Social del país, de acuerdo a los lineamientos definidos en las Bases del Plan Nacional de Desarrollo que hacen parte integral de esta ley. Se integrarán al conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de sus afiliados, y armonizarán sus acciones con los lineamientos estipulados para el sistema. En todo caso el Sistema de Compensación Familiar como prestación social seguirá rigiéndose por las normas que lo regulan.*

De otra parte, y no obstante que el artículo 47 de la Ley 1438 de 2011 había reformado la operación del Fonede en cuanto a reorientar recursos de este para la financiación del aseguramiento en salud, dentro del trámite legislativo del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 se incorporó artículo aprobado en primer debate por el cual se buscaba reformar dicho fondo con el fin de destinar sus recursos a la atención de la población cesante.

En efecto, desde el proyecto original el Gobierno Nacional había introducido un artículo en relación con esta materia, cuyos alcances eran los siguientes:

“Artículo 99. Protección al desempleo. El Gobierno Nacional desarrollará un mecanismo para que las cesantías cumplan su función de protección al desempleo. Para este propósito el Gobierno revisará y definirá las causales de retiro de recursos y de liquidación del auxilio de cesantía.

“También se podrá crear un fondo Solidario que complemente la función de protección al desempleo del auxilio de cesantía. El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento y administración de este fondo”.

A partir de allí se estimó conveniente reformular la operación del Fonede, sin considerar su reciente ajuste en virtud de la reforma a la salud de inicios de 2011, por lo cual se aprobó en primer debate el siguiente texto:

“Artículo 95. Protección al desempleo. El Gobierno Nacional desarrollará un mecanismo para que las cesantías cumplan su función de protección al desempleo. Para este propósito el Gobierno definirá un *umbral de ahorro mínimo, por encima del cual operarán* las causales de retiro de recursos del

auxilio de cesantías. El umbral de ahorro mínimo no podrá exceder del equivalente a seis (6) meses de ingreso del trabajador.

“Como complemento a la función de protección contra el desempleo del auxilio de cesantías se estructurará un mecanismo solidario a través del redireccionamiento del Fondo de Fomento al Empleo y Protección al Desempleo –Fonede– y otros recursos que administran las cajas de compensación familiar, que fomentan actividades de entrenamiento, reentrenamiento, búsqueda activa de empleos y la empleabilidad. El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento y administración de este mecanismo”.

La disposición proyectada implicaba en efecto tornar el Fonede en un fondo solidario que complementara la acción protectora de las cesantías, reordenando las finalidades hasta ahora reconocidas para el mismo (subsídios, capacitación para la reinserción y microcrédito) y con la posibilidad de emplear, para tal propósito, otros recursos bajo administración de las cajas de compensación familiar.

Como la norma también colocaba en entredicho la destinación específica de los recursos de aportes con destino al sistema de subsidio familiar y podría interpretarse en el sentido de desmontar las prestaciones reconocidas por la Ley 789 de 2002 a los desempleados, se convalidó por el gremio de las cajas de compensación familiar y se presentó a las fuerzas parlamentarias y al Gobierno Nacional un texto ajustado, que finalmente fue aprobado en el segundo debate por las Plenarias, cuyo tenor es este:

“Artículo 169. Protección al desempleo. El Gobierno Nacional desarrollará un mecanismo para que las cesantías cumplan su función de protección al desempleo. Para este propósito el Gobierno definirá un umbral de ahorro mínimo, por encima del cual operarán las causales de retiro de recursos del auxilio de cesantías. El umbral de ahorro mínimo no podrá exceder del equivalente a seis (6) meses de ingreso del trabajador.

“Como complemento a la función de protección contra el desempleo del auxilio de cesantías se estructurará un mecanismo solidario a través del fortalecimiento del Fondo de Fomento al Empleo y Protección al Desempleo –Fonede– y otros programas que administran las cajas de compensación familiar, que fomentan actividades de entrenamiento, reentrenamiento, búsqueda activa de empleos y la empleabilidad”.

Como se aprecia, no se trata de redireccionar sino de “fortalecer” el Fonede, sin que se aluda ahora al empleo de otros recursos bajo administración de las cajas para el fin de la norma, sino de articular “otros programas” de las mismas, con lo cual se despejaron las dudas que habían surgido de la interpretación del artículo modificadorio del Fonede.

Finalmente, y en cuanto se refiere a las modificaciones introducidas por la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, es preciso tener en cuenta el ajuste que se incorporó en la ponencia para segundo debate a instancia de un grupo de parlamentarios coordinados por el representante a la Cámara Ángel Custodio Cabrera, en relación con la afiliación a las cajas de compensación familiar de las madres comunitarias.

Si bien no existía prohibición alguna a este respecto y por el contrario desde el régimen de afiliación voluntaria consagrado por el artículo 19 de la Ley 789 de 2002 dicha incorporación estaba habilitada, se quiso reconocer de manera expresa esta posibilidad, permitiéndose que las madres que participen en el programa del ICBF se afilien en calidad de voluntarias al sistema, obteniendo los beneficios que la Ley 789 reconoce para este tipo de afiliados y siempre y cuando se realice el pago del aporte que para el caso se concretó en el 0,6% de los ingresos por ellas percibidos.

Algo semejante se había ordenado por la Ley 1151 de 2007 respecto a este grupo de personas en relación con el sistema de riesgos profesionales, procurándose en buena intención ampliar el ámbito de cobertura de la seguridad social. Lo discutible frente a la adopción de disposiciones como estas es si conviene la referencia expresa por colectivos a regímenes especiales, o si de lo que se trata es de disponer los mecanismos generales que permitan aproximarnos a la universalidad en el ámbito del subsidio familiar sin discriminar grupos o poblaciones especiales.

El texto acogido finalmente al respecto es el siguiente:

ART. 167.—*Adiciónese el literal d) al artículo 19 de la Ley 789 de 2002, el cual quedará así:*

“Artículo 19. Régimen de afiliación voluntaria para expansión de cobertura de servicios sociales.

“d) Las madres comunitarias pertenecientes a los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las cuales pagarán el 0,6% sobre el valor real de la bonificación percibidas por estas”.

De la norma en cuestión conviene tener en cuenta las siguientes precisiones.

Por virtud de la reforma, la afiliación de las madres comunitarias —que no ostentan relación laboral dependiente— será de carácter voluntario e individual. A su cargo estará, en caso de afiliarse a la caja de compensación familiar que seleccione, el pago del aporte consistente únicamente en el 0,6% sobre el valor de la bonificación percibida, sin que sea procedente el pago del aporte del 2% por el carácter exceptivo y restrictivo del ajuste legal. Finalmente, la afiliación y el pago del aporte mencionado darán lugar para la madre comunitaria a disfrutar de los servicios de recreación, turismo y capacitación a que se refiere el artículo 19 de

la Ley 789 de 2002, sin que en caso alguno sea admisible para dicha población el reconocimiento de subsidio familiar o los demás servicios de las cajas.

22. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y SECTOR SOLIDARIO

Es fundamental tener en cuenta que la definición legal aplicable a las cajas de compensación familiar debe ser actualizada para entender que aquellas, como corporaciones privadas sin ánimo de lucro, se integran al sector de la economía solidaria o sector social.

En efecto, por su naturaleza y las similitudes esenciales con las entidades que constituyen el sector solidario de la economía, en particular las cooperativas, precooperativas y entidades de segundo y tercer grado cooperativas, considerando así mismo su comunidad de propósitos en el logro de condiciones de un capitalismo social, las cajas son afines a dicho sector, sin que por ello dejen de tener una regulación propia.

No se olvide que a partir de la Ley 100 de 1993 se equipara las cajas a entidades del sector solidario, cuando por su artículo 90 se promueve a entidades de dicho sector a la constitución o participación en sociedades administradoras de fondos de pensiones, señalándose además como tipos de tales entidades a las organizaciones sindicales, las cooperativas, los fondos mutuos de inversión, los bancos cooperativos y los fondos de empleados.

Tal principio es asimilado posteriormente por la Ley 828 de 2003 en materia de control a la evasión y a la elusión en el pago de aportes parafiscales.

La Ley 454 del 4 de agosto de 1998 determina el marco conceptual de la economía solidaria en el país, entendida en los términos de su artículo 2º como el *sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía.*

La semejanza de principio entre tales organizaciones y las que componen el sistema de subsidio familiar, como también de los principios que rigen tales sistemas, a saber principalmente: participación, solidaridad, colaboración empresario trabajador, promoción del hombre y la familia, hacen de ellas instituciones afines, promotoras del desarrollo económico con rostro social.

Más adelante, el artículo 6º de la Ley 454 señala como sujetos de la norma *las personas jurídicas organizadas para realizar actividades sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente sus aportantes y gestores, creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjunta y eficientemente bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general...*

Sin perder de vista el origen histórico de la compensación familiar, es indudable que, como manifestación del capitalismo social, las cajas hoy están calificadas legal y naturalmente como entidades de la economía solidaria, circunstancia que las habilita para tomar parte con preferencia en los procesos de ventas accionarias de entidades societarias con participación pública, así como las ubica en lugar de especial importancia como agentes del sistema de protección y seguridad social.

Es concordante con ello que la Ley 100 les faculte para desarrollar directamente o indirectamente programas como entidades promotoras de salud, como administradoras del régimen subsidiado de salud y para tomar parte en sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías.

Como referente se tiene que en el año 2003 cursó en el Congreso de la República un proyecto de ley para regular integralmente la economía solidaria, precisamente en el cual se recogía un criterio amplio sobre la materia, basado en la noción de empresas de la economía solidaria, con la admisión de variadas formas de operación e integración, con el reconocimiento de posibles grupos empresariales solidarios entendidos como:

“... el conjunto formado por varias empresas u organismos preferencialmente de economía solidaria, cualquiera que sea su objeto social, que da origen o erige a un ente como coordinador del conjunto, el cual realiza actividades o da orientaciones de obligatorio cumplimiento para las organizaciones agrupadas, de tal manera que se produce una unidad en el ámbito de las decisiones”.

Frente a las constantes propuestas en cuanto a reducir o eliminar el pago de contribuciones parafiscales, con destino particularmente al sistema de subsidio familiar, es fácil establecer que dentro de un proceso de ajuste o transición de aquel, y por ende de transformación de las cajas de compensación familiar, el sector de la economía solidaria o mutual abre sus puertas para que las hoy cajas se conviertan u operen bajo el marco del sistema que más afín les resulta y con el cual, además, por preceptiva legal ya están adscritas.

Téngase finalmente en cuenta sobre el particular que la Ley 789, en especial según lo ordenado por su artículo 16, promueve la vinculación de las cajas con entes especializados para el cumplimiento de su misión, entre ellos, claro está, las entidades que integran el sector solidario.

CAPÍTULO VIII

Sistema de compensación familiar en cifras

La rica y compleja estructura organizacional y operativa del sistema de subsidio familiar administrado por las cajas de compensación familiar debe comprenderse así mismo a través de la consideración de algunas cifras relevantes, de una parte en lo que respecta a la situación de la sociedad y el Estado colombianos, y, de otra, en relación con el funcionamiento mismo de las prestaciones y servicios sociales ejecutados por la compensación familiar.

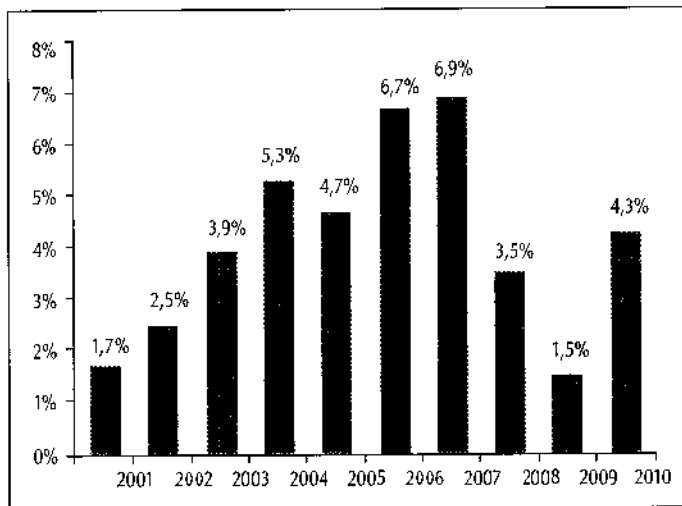
El telón de fondo de este análisis debe partir de considerar las variables macro de la gestión económica del país. El logro de condiciones de crecimiento estable y pronunciado anuncia mejores posibilidades de desarrollo con inclusión; pese a ello, las variables sociales en cuanto distribución del ingreso y equidad no han sido beneficiosas en las últimas décadas. Compite Colombia por los primeros lugares en inequidad en América, hecho al cual hay que sumar la recurrencia de la pobreza y de la indigencia.

Frente a un panorama tal, la efectividad y conveniencia de un sistema como el de compensación familiar y sus posibles ajustes deben ser miradas bajo la óptica de establecer si el mismo ha cumplido o está llamado a cumplir tareas redistributivas y de mejora en las condiciones de vida de la población.

1. CIFRAS RELEVANTES SOBRE LA ECONOMÍA COLOMBIANA Y LOS PRINCIPALES INDICADORES SOCIALES

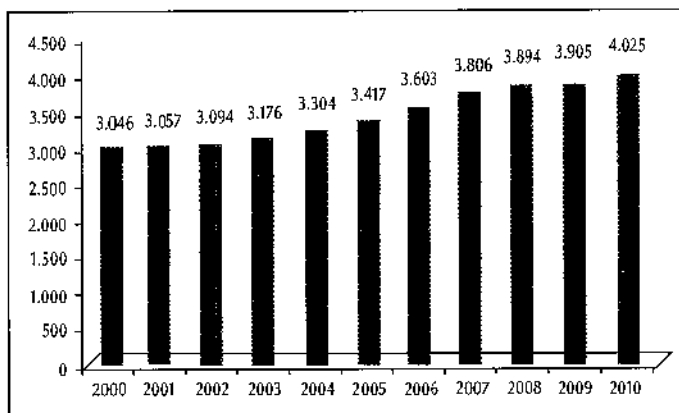
El promedio del PIB per cápita para el período analizado alcanza los US\$3.484; por su parte el crecimiento del PIB per cápita entre 2009 y 2010 fue de 3,09%

Gráfico 15
Variación porcentual anual del PIB



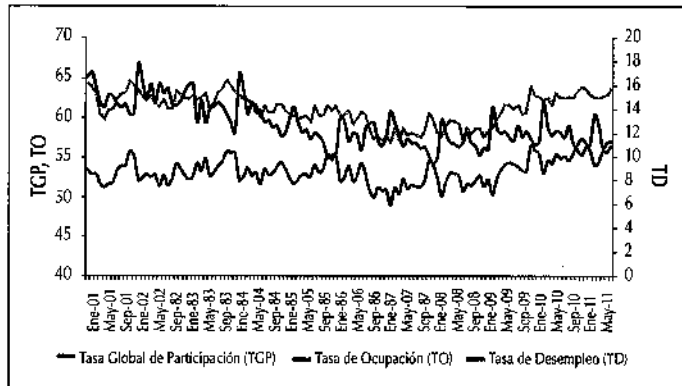
Fuente: DANE, Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales.

Gráfico 16
PIB per cápita en Colombia (en dólares)
(precios constantes de 2005)



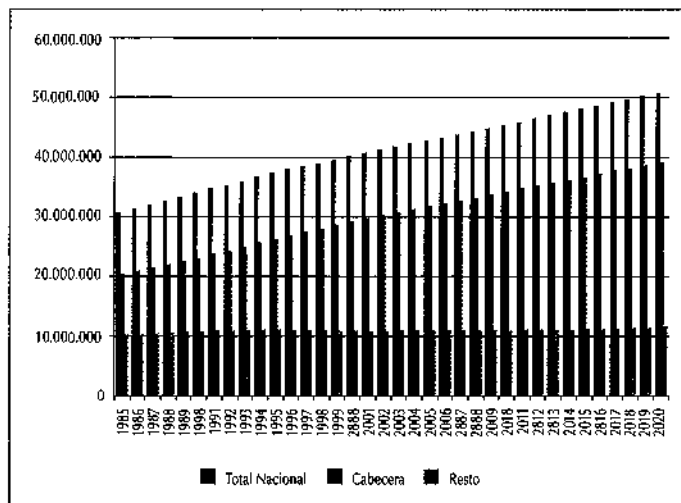
Fuente: DANE, Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales (PIB a precios constantes de 2005 y población). Banco de la República (serie histórica empalmada de la tasa de cambio). Cálculos del autor.

Gráfico 17
Tasa global de participación, tasa de ocupación y tasa de desempleo
(enero 2001-mayo 2011)



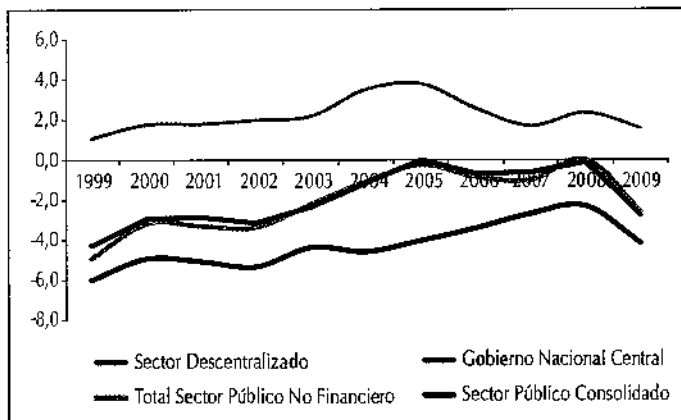
Fuente: DANE. Anexos de Boletín de Prensa (mayo de 2011)

Gráfico 18
Población en Colombia 1985-2020



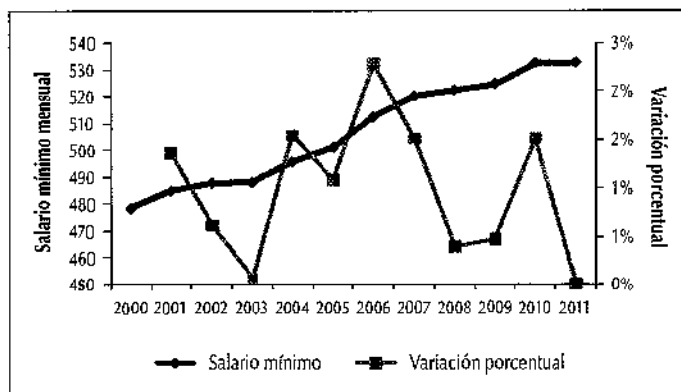
Fuente: DANE. Estimaciones de población 1985-2005. Proyecciones de población 2005-2020.

Gráfico 19
Balance fiscal como % del PIB
1999-2009



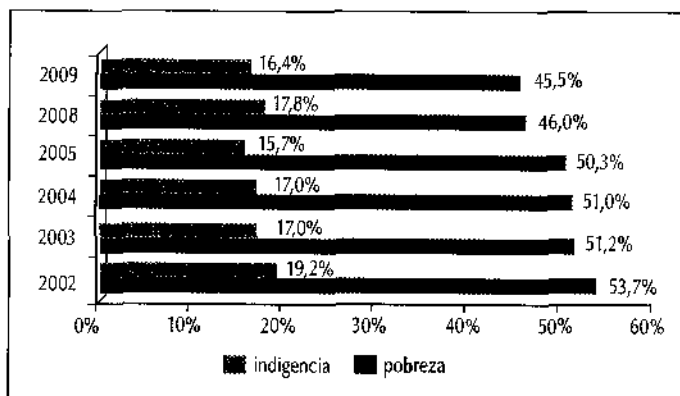
Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Gráfico 20
Salario mínimo legal mensual
Miles de pesos (precios de enero de 2011)



Fuente: Ministerio de la Protección Social, 2010 (salario mínimo mensual de cada año a precios corrientes). DANE (datos de inflación para deflactar). Cálculos del autor.

Gráfico 21
Pobreza e indigencia



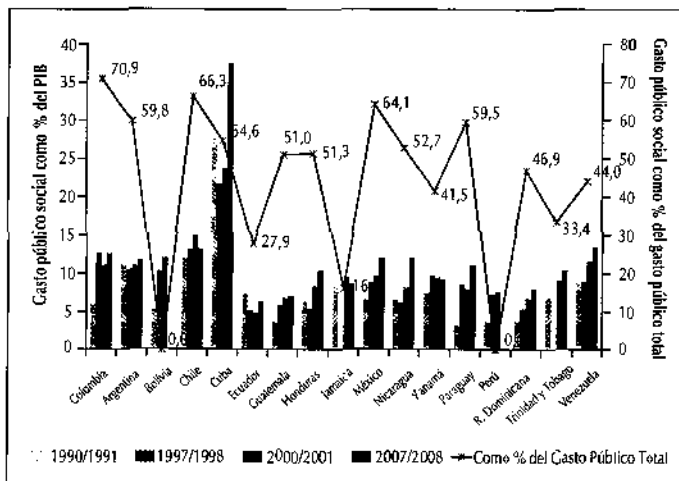
Fuente: Misión para el Empalme de las Series de Empleo, Pobreza, y Desigualdad (2010). No hay datos disponibles para 2006 y 2007.

2. CIFRAS DE GASTO PÚBLICO SOCIAL, CON REFERENCIA A LOS TEMAS DEL SUBSIDIO FAMILIAR

En promedio, el gasto en subsidio familiar ha pesado 5,6% en el total del gasto social.

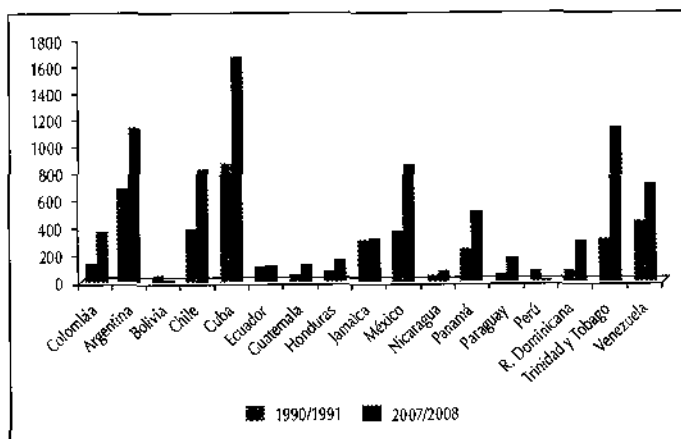
Gráfico 22

Gasto público social como porcentaje del PIB (1990-2008) y como porcentaje del gasto público total (2007-2008)
Promedios bienales, Gobierno Central



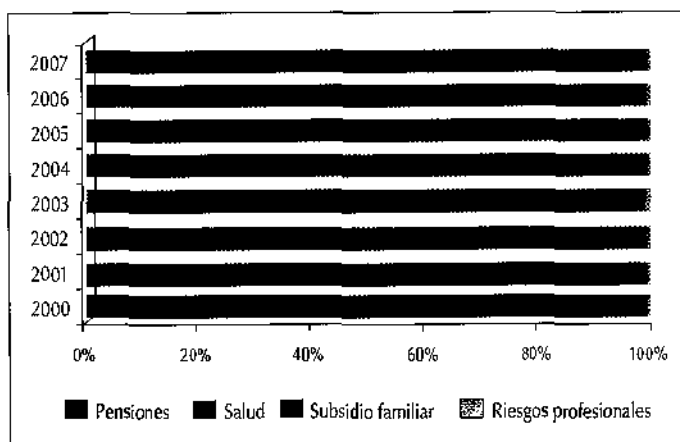
Fuente: CEPAL, Panorama Social de América Latina (2010). Los datos del último bienio de Bolivia no son comparables con los anteriores. Los datos de Ecuador, Jamaica y República Dominicana para el último bienio son de 2006, 2004 y 2007 respectivamente.

Gráfico 23
Gasto público social per cápita (Gobierno Central)
Promedios bienales (dólares de 2000)



Fuente: CEPAL, *Panorama Social de América Latina (2010)*. Los datos del último bienio de Bolivia no son comparables con los anteriores. Los datos de Ecuador, Jamaica y República Dominicana para el último bienio son de 2006, 2004 y 2007 respectivamente.

Gráfico 24
Participación de los componentes del gasto social en Colombia
2000-2007



Fuente: Barón (2009). *Colombia: cuenta de seguridad social*. En "La Seguridad Social en América Latina y el Caribe. Una propuesta metodológica para su medición y aplicación a los casos de Argentina, Chile y Colombia" (Documento de Proyecto, CEPAL).

3. CONTRASTE DEL IMPACTO DEL SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CON OTROS PROGRAMAS

A diferencia de otros programas que tienen por objeto reducir la pobreza o mejorar la distribución del ingreso, el sistema de subsidio familiar o compensación familiar avanza en dos aspectos muy concretos. En primer lugar, las cajas de compensación familiar ofrecen servicios que contribuyen al bienestar de los trabajadores y sus familias. Específicamente, los programas de turismo social, recreación y cultura no son abordados directamente desde otros programas. Por ejemplo, los programas de Acción Social tienen por objeto la disminución de la pobreza (Familias en Acción y Programa Juntos, ahora Unidos), la atención a desplazados, la recuperación y el desarrollo territorial⁽¹⁾. No obstante, no se encargan de aspectos más concretos del bienestar de las familias –por la naturaleza misma de sus objetivos y al mismo tiempo por subsanar otras necesidades básicas– relacionados con sus necesidades de recreación o turismo.

En este mismo sentido, otros programas o sistemas, como el integral de seguridad social en salud, si bien tienen importantes efectos sobre la pobreza y la distribución del ingreso, sólo abordan una dimensión muy concreta del bienestar de las personas (es decir, la salud). De manera similar, los programas del ICBF, como por ejemplo la atención a niños, adolescentes, adultos mayores y madres gestantes, claramente contribuyen a mejorar la calidad de vida de sus beneficiarios. Sin embargo, las cajas de compensación familiar contribuyen a la mejora en la calidad de vida y adicionalmente amplían su radio de acción al enfocarse no sólo en el individuo sino en su grupo familiar, lo cual aumenta su potencial impacto sobre el bienestar de la población.

En segundo lugar, a las aludidas corporaciones se les ha concedido un papel fundamental en el tema de vivienda para la construcción de capital de las familias colombianas, “a través de la asignación de subsidios familiares de vivienda de interés social para la población trabajadora afiliada” (Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, 2010). Como lo indica la Tabla 1 en este aspecto el margen de acción de aquellas para contribuir a la reducción del déficit cuantitativo de vivienda en el país es amplio. No se olvide que a 2005 el déficit cuantitativo de vivienda en Colombia era relevante y, de este, el 79% se ubica en zonas urbanas.

En general, otras estrategias de reducción de pobreza buscan mejorar el ingreso de los hogares con el fin de atender necesidades básicas (alimentación, vestido, vivienda, salud o educación). Sin embargo, el sistema del subsidio familiar, a través de las cajas de compensación, aborda el tema de manera indirecta.

(1) Basado en información obtenida del sitio web de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, disponible en web: <www.accionsocial.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=424&conID=965>.

ta –en tanto su objetivo primordial no es la reducción de la pobreza– y lo hace teniendo en cuenta más dimensiones del bienestar del ser humano. Además de tener dentro de sus planes de acción temas primordiales para la calidad de vida de las personas como la vivienda, la salud y la educación, las cajas de compensación familiar ofrecen servicios de guarderías, atención a discapacitados y servicios de recreación, entre otros, con un alto impacto potencial sobre el bienestar de la población beneficiaria.

Tabla 1
Hogares en déficit cuantitativo de vivienda

	Total	%	Cabecera	%	Resto	%
Antioquia	96.169	6,60	78.751	6,83	17.418	5,71
Atlántico	66.725	14,11	64.942	14,43	1.783	7,73
Bogotá, D.C.	282.678	14,64	282.495	14,66	183	4,60
Bolívar	63.790	15,71	44.923	14,35	18.867	20,28
Boyacá	22.907	7,10	16.828	9,69	6.079	4,07
Caldas	16.268	6,65	9.730	5,39	6.537	10,18
Caquetá	10.544	13,13	8.688	15,85	1.856	7,28
Cauca	38.333	13,18	16.546	13,47	21.787	12,96
Cesar	23.249	11,68	16.074	11,17	7.175	13,01
Córdoba	61.740	19,58	23.910	14,55	37.830	25,07
Cundinamarca	88.401	14,69	68.371	17,57	20.029	9,42
Chocó	10.735	12,10	4.325	8,71	6.410	16,41
Huila	29.690	11,90	18.427	11,83	11.264	12,03
La Guajira	30.874	23,99	18.080	24,07	12.794	23,88
Magdalena	40.725	16,29	25.448	14,75	15.278	19,73
Meta	26.233	14,04	22.515	14,74	3.718	10,92
Nariño	42.203	11,96	24.743	14,33	17.461	9,68
Norte de Santander	30.572	10,35	27.274	11,57	3.299	5,54
Quindío	11.982	8,38	10.329	8,22	1.653	9,56
Risaralda	19.647	8,52	13.088	7,14	6.560	13,85
Santander	60.049	12,04	53.019	14,18	7.030	5,64
Sucre	33.677	20,22	16.017	15,03	17.661	29,44
Tolima	37.433	10,62	27.571	11,26	9.861	9,18
Valle del Cauca	130.754	12,18	113.189	12,15	17.566	12,40
Arauca	6.882	18,59	6.272	19,18	610	14,15
Casanare	11.183	15,40	9.149	17,26	2.034	10,36
Putumayo	2.590	4,19	1.982	6,19	608	2,04
San Andrés	1.235	7,65	1.137	10,05	98	2,02
Amazonas	1.529	15,37	1.094	18,50	435	10,77
Guainía	539	12,06	375	13,97	164	9,19
Guaviare	4.138	27,48	3.855	32,12	283	9,25
Vaupés	1.523	36,18	1.116	34,62	407	41,32
Vichada	2.758	29,27	994	22,55	1.764	35,18
Total	1.307.757	12,37	1.031.256	12,56	276.501	11,71

Fuente: Dane, Censo 2005⁽²⁾.

(2) El 2005 es el año más reciente sobre el que se puede tener datos respecto al déficit de vivienda, por tratarse de información obtenida a través del censo de población.

4. CIFRAS RELEVANTES SOBRE EL SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR

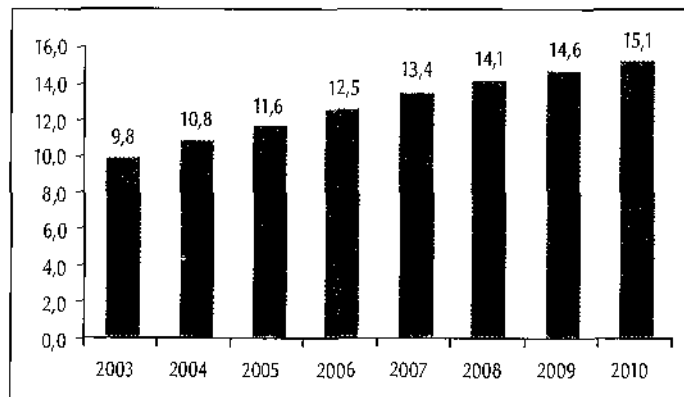
A continuación se presentan las cifras que se consideran relevantes sobre el Sistema de Subsidio Familiar (SSF) en Colombia, basadas en información de la Superintendencia de Subsidio Familiar. Los indicadores utilizados son población cubierta (trabajadores y familias), poblaciones particulares beneficiadas (en programas específicos de Foniñez, guarderías y salud ocupacional), número de subsidios otorgados (de vivienda, de desempleo, en especie), algunos programas de las cajas de compensación familiar (CCF) tales como las bibliotecas y los servicios de recreación. Finalmente se presentan los recursos manejados (total de aportes recibidos y subsidios monetarios pagados).

— Cobertura del SSF

Gráfico 25

A. Población cubierta por las CCF

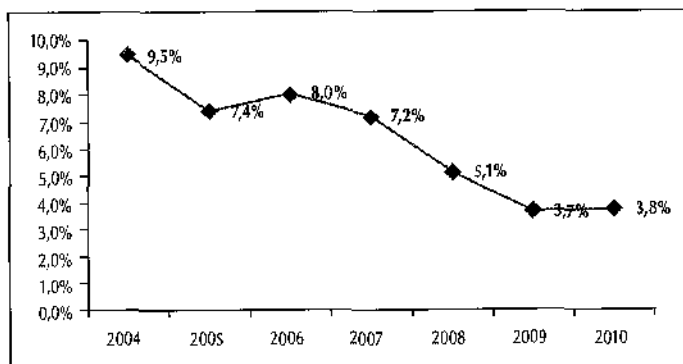
(Millones de personas)



Fuente: Anuarios estadísticos de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Gráfico 26

B. Tasa de crecimiento de la población cubierta por las CCF



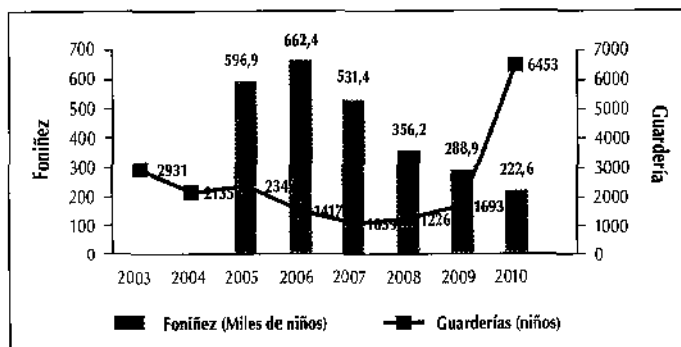
Fuente: Anuarios estadísticos de la Superintendencia de Subsidio Familiar. Cálculos del autor.

La tasa promedio de crecimiento de la población cubierta para el período 2003-2010 es de 6,4%.

— **Poblaciones particulares beneficiadas: niños, adultos mayores y discapacitados**

Gráfico 27

A. Cobertura de población infantil: Foníñez y guarderías



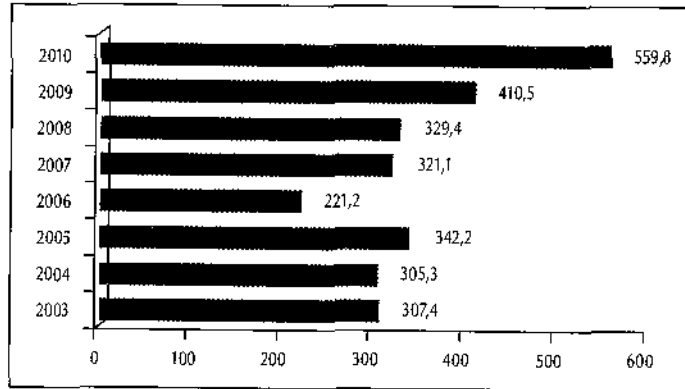
Fuente: Superintendencia de Subsidio Familiar. Anuarios estadísticos de cada año.

Los datos de la cobertura de la población infantil en el programa de Foníñez sólo se tienen disponibles y comparables a partir del año 2005.

Gráfico 28

8. Salud ocupacional

Adultos mayores y discapacitados atendidos (miles de personas)

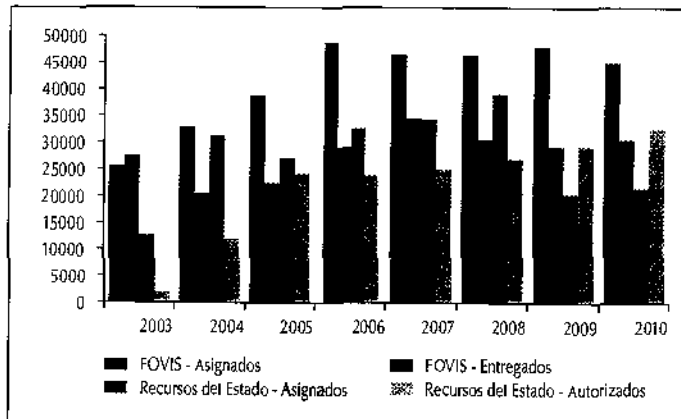


Fuente: Anuarios estadísticos de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

— Número de subsidios otorgados

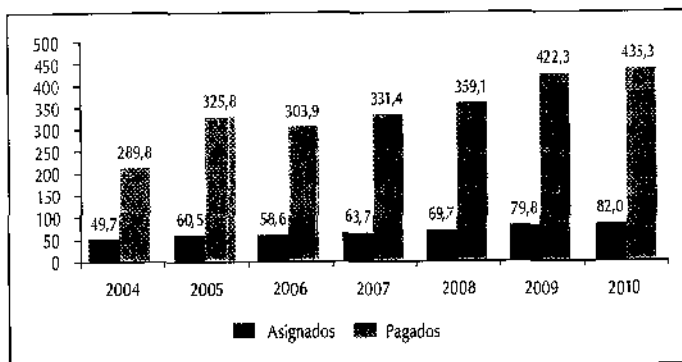
Gráfico 29

A. Número de subsidios vivienda (Fovis y con recursos del Estado)



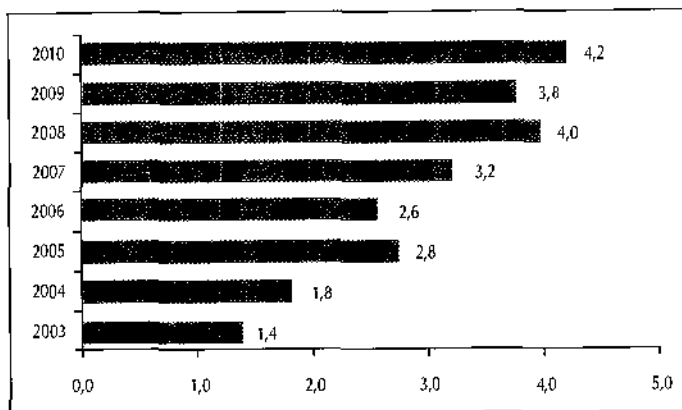
Fuente: Anuarios estadísticos de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Gráfico 30
B. Número de subsidios Fonede con vinculación a cajas
(miles de subsidios)



Fuente: Anuarios estadísticos de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Gráfico 31
C. Número de subsidios en especie
(millones de subsidios)

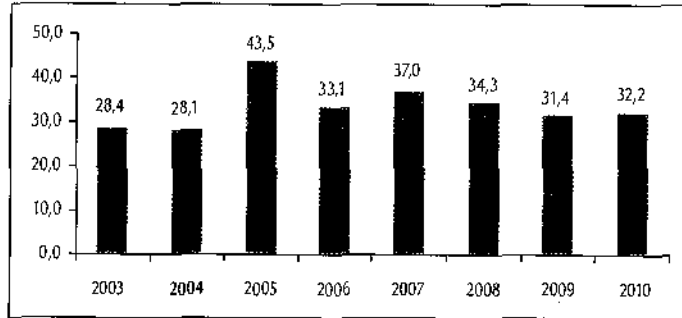


Fuente: Anuarios estadísticos de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

— *Programas de las cajas de compensación familiar*

Gráfico 32

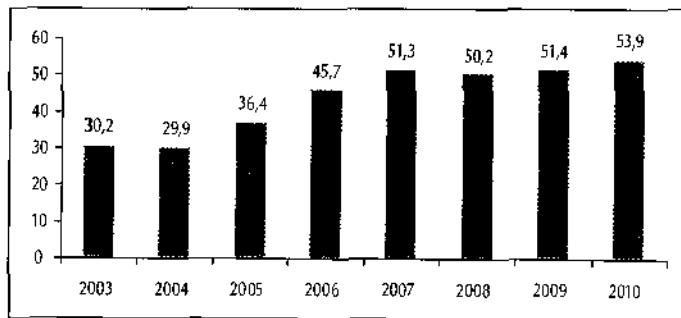
A. Uso de bibliotecas
(millones de usos)



Fuente: Anuarios estadísticos de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Gráfico 33

B. Uso de los servicios de recreación
(millones de usos)

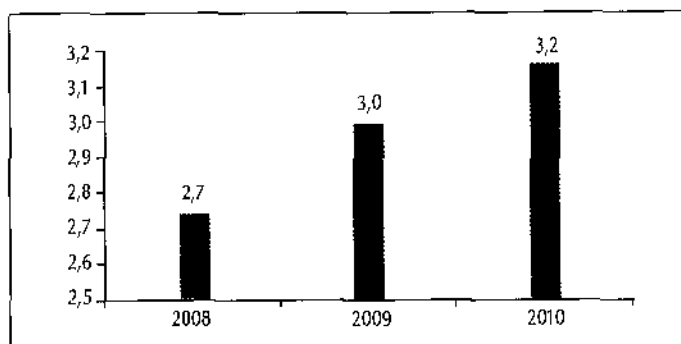


Fuente: Anuarios estadísticos de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

— *Recursos manejados por las CCF*

Gráfico 34

A. Total aportes año a CCF
(billones de pesos constantes de 2010)

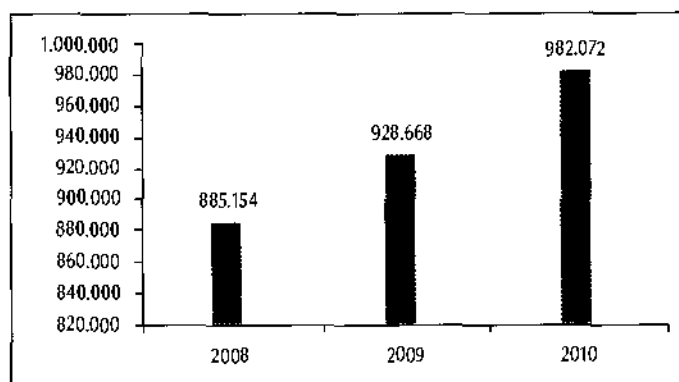


Fuente: Anuario estadístico de la Superintendencia de Subsidio Familiar (2010). Cálculos del autor.

Entre 2008 y 2009 el total de aportes recibidos por las CCF creció en 9,3% y entre 2009 y 2010 en 5,6%. Este crecimiento es explicado principalmente por el comportamiento de los aportes por trabajadores dependientes, que además constituyen el 99,6% del total de aportes recibidos por las cajas. De los otros aportes recaudados –aportes de trabajadores facultativos, afiliados pensionados y aportes voluntarios–, estos últimos han presentado un significativo decrecimiento.

Gráfico 35

B. Subsidio monetario pagado
(millones de pesos constantes de 2010)



Fuente: Anuario estadístico de la Superintendencia de Subsidio Familiar (2010). Cálculos del autor.

5. CIFRAS RELEVANTES EN CUANTO A LA EJECUCIÓN DE LAS POLÍTICAS DE PROMOCIÓN SOCIAL

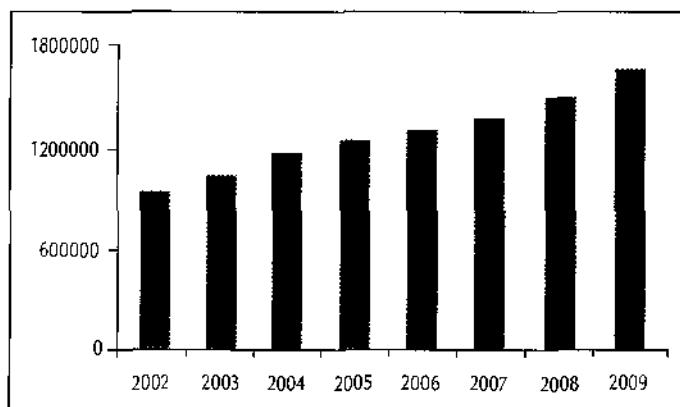
Tabla 2
Gasto público en atención a la niñez (ICBF)

	Como proporción del PIB	Tasa de crecimiento	Participación en el total de GPS
1990	0,40%	-	4,7%
2000	0,50%	4,6%*	3,7%
2007	0,70%	9,3%**	3,8%

*Variación porcentual entre 1990 y 1999;
**Variación porcentual entre 2000 y 2007.

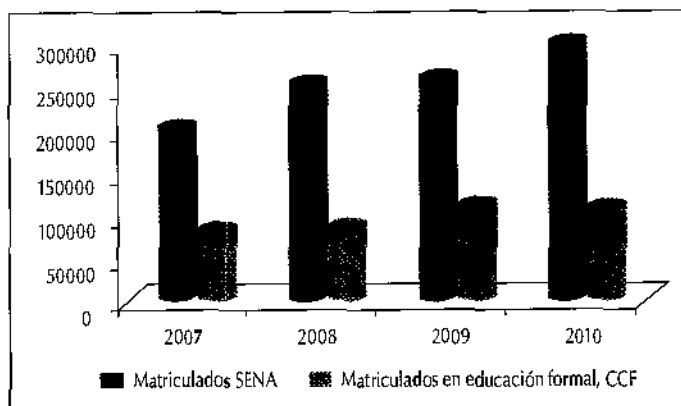
Fuente: Barón (2009). Colombia: cuenta de seguridad social. En "La Seguridad Social en América Latina y el Caribe. Una propuesta metodológica para su medición y aplicación a los casos de Argentina, Chile y Colombia" (Documento de Proyecto, CEPAL).

Gráfico 36
Total presupuesto de ingresos ley - Sena
Ejecución de cada año (millones de pesos de 2010)



Fuente: Sena, Dirección general. Cálculos del autor.

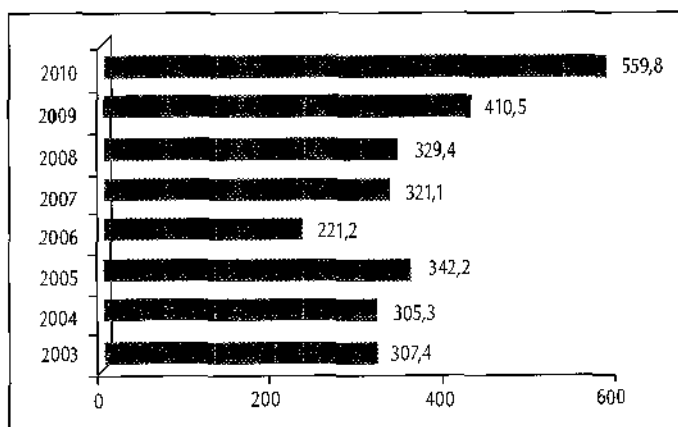
Gráfico 37
Comparación matriculados Sena y CCF (educación formal) 2007-2010



Fuente: Estadísticas de Educación Superior, Subdirección de Desarrollo Sectorial (Matriculados Sena); Anuarios estadísticos de la Superintendencia de Subsidio Familiar (matriculados en educación formal, CCF).

El anterior gráfico deja ver que si bien la función social primordial de las CCF no es la de facilitar el acceso a la educación formal, estas han presentado un buen desempeño en este sentido. Al comparar el número de matriculados en el Sena (que análogamente a las CCF se financia con aportes parafiscales) –cuya principal misión sí es la de proveer educación a los jóvenes colombianos–, se observa que en promedio las CCF han contribuido a matricular 39% de las personas que se encuentran matriculadas en el Sena.

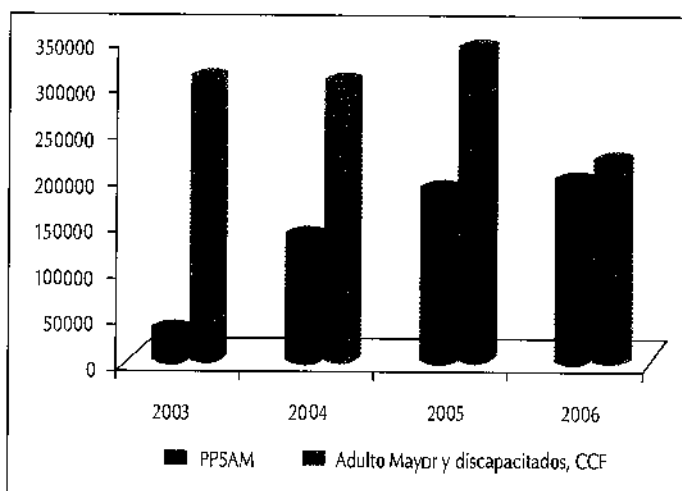
Gráfico 30
Atención adulto mayor
Adultos mayores y discapacitados atendidos (miles de personas)



Fuente: Anuarios estadísticos de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Gráfico 39

Cobertura alcanzada de adultos mayores:
Comparación entre el Programa de Protección Social al Adulto Mayor
y la atención a adultos mayores y discapacitados a través de las CCF

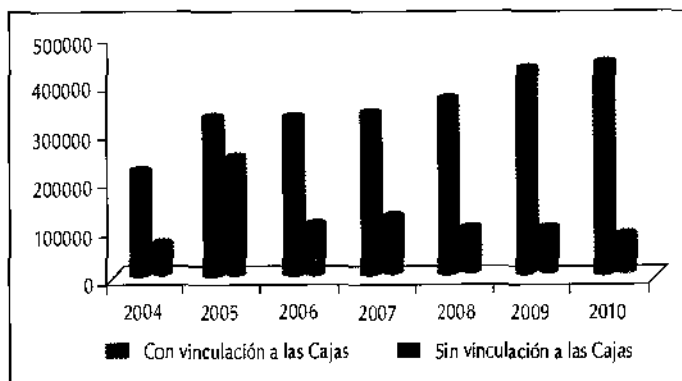


Fuente: Ministerio de la Protección Social, "Estadísticas de Programa de Protección Social al Adulto Mayor", 2006, y anuarios estadísticos de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

En el caso del anterior gráfico, la población cubierta por CCF no sólo incluye adultos mayores, sino población discapacitada. La información no se encontró discriminada para identificar únicamente la población de adultos mayores atendida en el programa de las CCF. El objetivo del programa PPSAM es "proteger al adulto mayor, que se encuentra en estado de indigencia o de extrema pobreza, contra el riesgo económico de la imposibilidad de generar ingresos y contra el riesgo derivado de la exclusión social"⁽³⁾. En este programa trabajan conjuntamente el Ministerio de la Protección Social (como líder del programa) y el ICBF (como ejecutor del mismo). Si bien la información de las CCF ofrecida por la Superintendencia del Subsidio no permite discriminar la población de adultos mayores y la de discapacitados, se puede observar que la atención brindada por las CCF es significativa y se ha mantenido en niveles de atención importantes durante el período observado.

(3) Disponible en web: <www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/php/03.040101.html> (consulta el 24 de junio de 2011).

Gráfico 40
 Comparación número de subsidios Fonede pagados con y sin vinculación a las cajas
 (número de subsidios pagados Fonede)



Fuente: Anuarios estadísticos de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

El gráfico deja ver dos aspectos relevantes: por un lado, los subsidios pagados con vinculación a las CCF con motivo de desempleo son superiores (en número) a los que se pagan sin vinculación a las mismas. Por otro lado, mientras los primeros muestran una tendencia creciente, los segundos sólo han presentado un aumento significativo entre 2004 y 2005.

CAPÍTULO IX

Consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable al sistema de subsidio familiar en Colombia

Ya se han analizado los aspectos generales relacionados con el modelo, los antecedentes y el esquema organizacional del sistema de subsidio familiar en Colombia, por lo que procede ahora considerar de manera detallada las particularidades del régimen vigente, teniendo en cuenta sus más recientes reformas.

1. AFILIACIÓN

La afiliación al sistema de subsidio familiar, entendida como la adscripción o vinculación de sus titulares y beneficiarios a las cajas de compensación familiar para el acceso a las prestaciones, es de naturaleza dual. En efecto, tienen la condición de afiliados los responsables del subsidio familiar, como también quienes son beneficiarios de las prestaciones, por lo cual, cuando en el sistema se alude a dicho término, este puede referirse tanto a los empleadores o responsables del subsidio como a los beneficiarios de sus prestaciones, incluidos quienes se afilian de manera voluntaria.

Así mismo y por efecto de la extensión de funciones a cargo de las cajas, el sistema cubre personas que sin tener la condición de afiliados al mismo perciben beneficios; es el caso de quienes son cubiertos por recursos del 4% en el régimen subsidiado de salud o de los desempleados, que no obstante estar cubiertos por un período de protección de un año en la caja a la que se encontraban afiliados al momento de su retiro, no tienen en sentido estricto la condición de afiliados, salvo que lo hagan por adscripción voluntaria conforme a lo preceptuado por el artículo 19 de la Ley 789 de 2002.

Por ello dividiremos el análisis en las dos grandes categorías anunciadas, para señalar las condiciones jurídicas particulares de cada una.

2. RESPONSABLES DEL SUBSIDIO FAMILIAR

Preferimos el empleo de esta denominación que, si bien no tiene arraigo normativo, expresa de manera más amplia las obligaciones a cargo de los em-

pleadores, pero así mismo de las cooperativas de trabajo asociado, superando la creencia según la cual solamente los primeros son responsables del subsidio familiar, como cotidianamente se expresa al indicar que la afiliación corresponde a los empleadores, pero sin reconocer explícitamente que también el trabajo cooperado está cubierto de manera obligatoria por el sistema.

La afiliación del responsable de la prestación es esencial por cuanto es a través de ella que se harán posibles el reconocimiento y pago del subsidio y de los servicios sociales para los trabajadores dependientes y cooperados, generándose en su virtud derechos y deberes de los afiliados responsables, como pasa a expresarse.

Están obligados a afiliarse al sistema de subsidio familiar —y a afiliar por su conducto a los destinatarios de la prestación—, por cuanto tienen la obligación de pagar el subsidio familiar, los empleadores que tengan contratos laborales en Colombia. Igualmente, y aun cuando respecto de ellas la fuente de la obligación es diferente —pues no puede hablarse en sentido estricto de prestación social para trabajadores cooperados—, deben afiliarse al sistema las cooperativas de trabajo asociado.

Importante es resaltar que la obligación del subsidio familiar como prestación social corresponde al responsable de la afiliación obligatoria. La principal diferencia entre los tipos de afiliación obligatoria y voluntaria radica precisamente en que en aquel caso se está en presencia de una obligación por la cual debe responder el aportante, en tanto que en este prevalece la libre disposición, sin que proceda el reconocimiento de la prestación.

El artículo 15 de la Ley 21 de 1982 preceptúa, en cuanto a la obligatoriedad del subsidio a cargo del responsable, que el mismo solamente puede ser cumplido por conducto de una caja de compensación familiar.

Para atender esa obligación el sistema le exige primeramente afiliarse a una caja de compensación familiar y luego, y en forma rutinaria mensual en tanto se mantenga la nómina, pagar el aporte bajo su exclusivo resorte, en relación con la nómina total de trabajadores dependientes. Si se incumplen estos términos, el pago del subsidio será a cargo del empleador o responsable, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación parafiscal que existe a su cargo, más el reconocimiento de los intereses por la misma y la responsabilidad administrativa que pueda caberle por desatender el régimen del subsidio familiar.

La noción de empleador está recogida por el artículo 14 de la Ley 21 de 1982 a cuyo tenor como norma especial se tiene que: *Para efectos del subsidio familiar se entenderá por empleador toda persona natural o jurídica que tenga trabajadores a su servicio y se encuentre dentro de la enumeración hecha en el artículo 7° de la presente ley.*

Sea lo primero advertir que la disposición recoge el criterio amplio en cuya virtud la obligación surge para todos los empleadores en el país, sean personas naturales o jurídicas, y sin importar el número de trabajadores a su servicio. Desde el momento en que se consolida una relación de carácter laboral sujeta a la jurisdicción colombiana –y sin importar que sea única, por la prestación de servicios personales con carácter subordinado y bajo dependencia–, emerge para el empleador la obligación del subsidio familiar y, por ende, como puerta de acceso a su cumplimiento, la de afiliarse a una caja de compensación familiar.

La mencionada obligación cesa cuando se deja de tener personas a cargo respecto de las cuales se deba realizar el aporte para efectos de cubrir la prestación del subsidio familiar. Esto implica que, cuando el empleador por cualquier circunstancia deja de tener trabajadores bajo su cuidado, no podrá seguir afiliado a una caja de compensación familiar⁽¹⁾. Téngase en cuenta que en todo caso es responsabilidad del afiliado informar tal circunstancia a la caja, lo que en la actualidad se verá reflejado para todos los subsistemas de la seguridad social por vigencia del sistema PILA; no se olvide así mismo que la omisión en el retiro de trabajadores por parte del empleador genera responsabilidades frente al sistema de salud, para el cual seguirán figurando a cargo del responsable que no ha reportado la correspondiente novedad.

En la actualidad, no es aplicable en Colombia un criterio de selección por tamaño de empresa o calidad del empleador, pues el concepto aplica a la generalidad de los empleadores. En efecto y como se verá más adelante, la circunstancia jurídica relacionada con el reconocimiento de un régimen especial de aportes para ciertas empresas de menor tamaño (con hasta un número determinado de trabajadores) no las excluye de la mencionada obligación. Esto es, una cosa es la responsabilidad sobre el subsidio y la obligación de afiliación al sistema y otra, diferente, las condiciones de pago de los aportes que de aquella se derivan y que pueden sujetarse a regímenes especiales por previsión de la ley.

De otro lado cabe resaltar que los empleadores que contraten colaboradores bajo la modalidad del teletrabajo están también obligados a afiliarse y afiliarlos al sistema de subsidio familiar.

(1) Concepto 11811 de 1997 de la Superintendencia del Subsidio Familiar: “Por tanto, de manifestarse, por parte de un empleador afiliado a la Caja de Compensación Familiar, que durante un determinado tiempo no ha tenido trabajadores a su servicio, la Corporación debe presumir la buena fe sobre la afirmación efectuada en tal sentido por el afiliado y en consecuencia durante ese lapso de tiempo no se genera para aquel la obligación del 4% ni para esta la obligación de pagar el Subsidio Familiar en dinero a sus trabajadores beneficiarios, por sustracción de materia”.

En efecto si bien el artículo de la Ley 1221 de 2008⁽²⁾ había omitido la referencia expresa a la obligatoriedad de afiliación al sistema de subsidio familiar, la Corte Constitucional en Sentencia C-337 de 2011, al reconocer en el caso la existencia de una omisión legislativa relativa, declaró exequible la disposición bajo el entendido que la misma cubre dicha obligación a cargo de los empleadores que contraten teletrabajadores.

Aun cuando por la época histórica la Ley 21 no podía cobijar hipótesis relacionadas con supuestos de más reciente creación, entiéndase que el principio general de obligatoriedad en la afiliación aplica a otras modalidades; son ellas las empresas unipersonales y las sociedades por acciones simplificadas (SAS), las cuales, en caso de tener personas a cargo como trabajadores, están en la obligación de afiliarse al sistema por conducto de una caja de compensación familiar.

(2) **“ART. 6º—Garantías laborales, sindicales y de seguridad social para los teletrabajadores.**

“1. A los teletrabajadores, dada la naturaleza especial de sus labores, no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno. No obstante lo anterior, el Ministerio de la Protección Social deberá adelantar una vigilancia especial para garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo. [...]”

“6. Lo dispuesto en este artículo será aplicado de manera que se promueva la igualdad de trato entre los teletrabajadores y los demás trabajadores, teniendo en cuenta las características particulares del teletrabajo y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa.

“La igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de:

“a) El derecho de los teletrabajadores a constituir o afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades;

“b) La protección de la discriminación en el empleo;

“c) La protección en materia de seguridad social (Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud y riesgos profesionales), de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen o adicionen o en las disposiciones que regulen los regímenes especiales;

“d) La remuneración;

“e) La protección por regímenes legales de seguridad social;

“f) El acceso a la formación;

“g) La edad mínima de admisión al empleo o al trabajo;

“h) La protección de la maternidad. Las teletrabajadoras tendrán derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

“i) Respeto al derecho a la intimidad y privacidad del teletrabajador”.

Lo anterior también aplica a los consorcios⁽³⁾ y uniones temporales, conforme al régimen interno que en estas figuras se pacten. No se olvide que estas surgen en aplicación del postulado de libre voluntad contractual, como modalidades de cooperación empresarial para efectos contractuales, bajo la descripción hecha por el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, sin que se genere un ente nuevo. En efecto, si bien ni los consorcios ni las uniones temporales constituyen personas jurídicas y en sentido estricto tampoco son empleadores, pues las responsabilidades laborales se reconocen a las personas naturales o jurídicas que integren el consorcio o conformen la unión temporal (y tampoco son sujetos procesales autónomos para efectos de acreditar la personería adjetiva), en relación con el personal que los mismos contraten para la ejecución de los contratos o proyectos para los que se establezcan, podrán figurar como afiliados al sistema, en caso que la vinculación laboral se exprese directamente con estas figuras y no a cargo directa y exclusivamente de uno de los consorciados, sin perjuicio, claro está, de las responsabilidades directas de los consorciados.

El anterior criterio no es compartido por el Ministerio de la Protección Social, el cual se ha pronunciado sobre los alcances de los consorcios en temas laborales y de salud ocupacional en los siguientes términos:

“Teniendo claro lo anterior, en cuanto a su primer interrogante, al ser un consorcio un contrato, no puede ser una persona jurídica y, por lo tanto, no podría comportarse como tal, es decir, no puede ser sujeto de derechos y obligaciones, motivo por el cual el consorcio no tiene trabajadores a su cargo, pues aquellos que laboran en el desarrollo del contrato de consorcio son en realidad trabajadores de cada uno de los consorciados, luego el pago de la seguridad social de dichos trabajadores corresponderá a su respectivo empleador. Cosa diferente resulta ser que entre los consorciados se dividan algunas gestiones administrativas, respecto de quien desarrolla una u otra labor, pero sin confundir las obligaciones que, común y pro indiviso, le asiste a cada uno”⁽⁴⁾.

No obstante en la práctica y por aplicación de los principios de obligatoriedad de la afiliación y de autoliquidación de aportes, los consorcios son admiti-

(3) En Sentencia C-414 de 1994, la Corte Constitucional ha expresado sobre tal modalidad contractual: “El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, anuar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica”.

(4) Concepto Oficina Jurídica, Grupo de Consultas, Ministerio de la Protección Social, 287079, 26/09/08.

dos en condición de empleadores para efectos del cumplimiento de las obligaciones para con la seguridad social.

Con base en el criterio general señalado, es claro que no son responsables del subsidio familiar quienes no sean titulares de vínculos laborales. Entre ellos, los contratantes de servicios bajo la modalidad de prestación de servicios por contratación civil, comercial o administrativa. No obstante, en caso de configurarse contrato de trabajo realidad, sí serán responsables aquellos, por cuanto quedarían supeditados al régimen general y así habrá de declararse judicialmente en el evento de ventilarse ante esta instancia la configuración del relacionamiento laboral.

De la misma manera, quedan por fuera del régimen de subsidio familiar los socios en relación con las sociedades a las que pertenecen —a menos que entre aquellos y éstas se pacte contrato de trabajo—, lo mismo que los cónyuges entre sí, los miembros de congregaciones religiosas y, en general, los supuestos en que no se presenten los elementos propios de la relación laboral, a saber (i) la prestación personal de servicios, (ii) la remuneración y (iii) la subordinación.

Según lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1233 de 2008⁽⁵⁾, las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado que facturen 435 SMLMV anuales o menos no están obligadas a realizar el pago de la contribución parafiscal especial que dicha ley estableció (equivalente al 4% que aportan los empleadores con destino al sistema de subsidio familiar más las contribuciones al Sena y al ICBF) y por la cual se permite el acceso del resto de los trabajadores cooperados al sistema de subsidio familiar y a sus prestaciones.

Esto es, se trata de una excepción al régimen de afiliación obligatoria de los responsables del subsidio que entraña consecuentemente una exclusión de beneficiarios de la referida prestación y que a nuestro juicio resulta contraria al orden constitucional por violación a los artículos 1º, 53 y 48 de la Carta Política.

Cambiante ha sido la reciente historia del reconocimiento de la prestación social y de seguridad social subsidio familiar para quienes en Colombia realizan trabajado cooperado y por ende la obligación de las cooperativas al respecto.

Desde que se dejaba la misma al criterio de los estatutos y del régimen cooperativo de seguridad social, hasta que mediante norma administrativa se reguló su reconocimiento a favor de los trabajadores cooperados, la que fue de-

(5) "ART. 10.—**Excepciones al pago de las contribuciones especiales.** Las cooperativas de trabajo asociado y las precooperativas de trabajo asociado cuya facturación anual no exceda 435 salarios mínimos legales vigentes quedarán exentas del pago de las contribuciones parafiscales de que trata la presente ley".

clarada nula por el Consejo de Estado, considerando que su fuente en caso de adoptarse, debería ser de rango legal.

En efecto la Ley 79 de 1988 constituye el referente en cuanto a la regulación cooperativa en el país y posteriormente el Decreto 468 de 1990 dispuso la posibilidad de la afiliación de las cooperativas al sistema de compensación familiar⁽⁶⁾.

Por su parte, el parágrafo del artículo 5° del Decreto 2879 de 2004 refiriéndose a las cooperativas de trabajo asociado y a las empresas de servicios temporales preceptuaba que:

“Teniendo en cuenta la naturaleza y características de los recursos parafiscales y en armonía con el principio constitucional de solidaridad, las entidades de que trata este artículo, además de las sanciones previstas legalmente, quedan obligadas a pagar los aportes parafiscales al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar y deberán responder por los intereses moratorios causados a partir del momento en que debió efectuarse el pago del respectivo aporte, en forma solidaria con los usuarios o terceros beneficiarios del servicio”.

Por su parte el Decreto 4588 de 2006, por el cual se reglamentó la organización y el funcionamiento de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, en su artículo 26 prescribió las obligaciones de dichas organizaciones frente al sistema de seguridad social integral y a través del artículo 29 dispuso la obligatoriedad del pago de aportes a los subsistemas de salud, pensiones y riesgos profesionales, sin incluir al de subsidio familiar.

Más adelante, la Ley 1151 de 2007, a través del numeral 3.3 de su artículo 6°, abrió la opción voluntaria de efectuar el aporte del 4% por parte de las cooperativas de trabajo asociado a las cajas que abrieran programas en la materia (era discrecional para la operadora por mandato de su Consejo Directivo y asegurando los adecuados esquemas para la prestación de los servicios), lo que generaba en esos casos el reconocimiento de la prestación para los cooperados de aquellas.

(6) “ART. 1°—**Definición y características.** De conformidad con la Ley 79 de 1988, las cooperativas de trabajo asociado son empresas asociativas sin ánimo de lucro, que vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras de prestación de servicios en forma autogestionada”.

“ART. 17.—**Base para las cotizaciones al ISS y a las cajas de compensación familiar.** La base sobre la cual se liquidarán las cotizaciones para obtener los servicios del Instituto de Seguros Sociales y de las Cajas de Compensación Familiar será la correspondiente a las compensaciones ordinarias permanentes y a las que en forma habitual y periódica perciba el trabajador asociado consagradas en el respectivo régimen de cotizaciones o contribuciones mínimas establecidas en forma general por dichas entidades”.

Vale la pena comentar que en desarrollo de dicha norma se expedieron como reglamentarios los decretos 400 y 1570 de 2008, mediante los cuales se regulaba el procedimiento de aplicación; el segundo de ellos aclaró el artículo 3° de aquel, en cuanto a precisar en materia de cobertura que los servicios ofrecidos por las cajas de compensación familiar a las cooperativas de trabajo asociado con presencia en varios departamentos deberían realizarse por medio de mecanismos tales como alianzas y convenios, para dejar establecido que no se trataba de permitir la operación nacional o extradepartamental de las cajas –como parecía sugerirlo la disposición reformada–.

Finalmente fue la Ley 1233 de 2008 la que, atendiendo el clamor del sector de trabajo cooperativo, reguló lo concerniente a las contribuciones especiales.

La conceptualización al respecto partió de considerar que la “actividad de trabajo desempeñado por parte de los asociados dará origen a las contribuciones especiales, a cargo de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado y con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y a las cajas de compensación familiar”.

Los porcentajes de los aportes se reconocen equivalentes en todos los casos a los pagados por los empleadores.

Es singular sin embargo que la mencionada ley en parte alguna se refiere al reconocimiento del derecho que tienen los trabajadores cooperados al subsidio familiar, el cual se deduce del establecimiento de dicha contribución especial en cuanto respecta al aporte obligatorio del 4% con destino al sistema de cajas de compensación familiar.

No obstante esta falencia, entiéndase que a partir de la Ley 1233 de 2008 se cerró la discusión en la materia, reconociéndose no sólo la pertinencia y oportunidad, sino la necesidad de establecer el régimen de subsidio familiar y su forma de financiación para el sector del trabajo cooperado en Colombia.

Sintetiza las reflexiones en la materia la argumentación contenida en la Sentencia C-182 de 2010 de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Jorge Pretelt, por la cual se reconoció la exequibilidad de la Ley 1233 de 2008 en cuanto al establecimiento de la contribución especial y, por ende, del subsidio familiar para los trabajadores de cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

Algunos apartes esenciales son del siguiente tenor:

“De esta forma, lejos de querer recortar el alcance de los derechos sociales de los trabajadores asociados a las cooperativas y precooperativas de trabajo, lo que el Congreso buscó con la adopción del artículo 6° de la Ley 1233 de 2008 fue mejorar la calidad de esta forma

de trabajo, asegurando la afiliación al Sistema de Seguridad Social de dichos asociados, como quiera que antes no existía la obligación de afiliarlos y simplemente asumían esa carga como trabajador independiente. No puede, por tanto, considerarse como un retroceso o regresión por la simple comparación con otra norma no legal sino reglamentaria que no regula el mismo asunto sino que se refiere a la forma de liquidar la cotización para otro tipo de trabajadores y, por ende, este cargo de inconstitucionalidad no prospera”.

Para la Corte Constitucional la adopción del régimen de contribuciones especiales permite materializar el derecho a la seguridad social pleno de los trabajadores cooperados, quienes ahora deben quedar cobijados por el sistema de subsidio familiar y ser afiliados a las cajas de compensación familiar.

No obstante y como se ha expresado, el artículo 10 de la Ley 1233 de 2008 consagró un régimen exceptivo que a nuestro entender quebranta el orden jurídico pues regula una limitante en cuanto a la obligatoriedad del aporte y, por ende, una restricción al acceso al servicio público de seguridad social en subsidio familiar (no se tiene derecho a la prestación del subsidio familiar), para aquellos cooperados que se integren a entidades cooperativas cuya facturación anual sea igual o inferior a 435 SMLMV.

Esta medida establece en Colombia un tratamiento diferente, desigual y contrario frente a dos grupos de trabajadores, ambos del sector cooperativo, en tanto para unos se abre la opción de la prestación social subsidio familiar, mientras que para otros esta se restringe en la medida en que las cooperativas no tienen la obligación de realizar el aporte que haga materialmente posible el acceso a aquella.

Elo es tanto como sostener que no son obligatorios los aportes al sistema de seguridad social en salud para trabajadores cooperados o subordinados de empresas cuyos ingresos o cuya facturación no excediere determinado monto anual y que, en consecuencia, estos no tuvieran derecho de acceder a las prestaciones del sistema de salud.

Apréciase en el caso cómo el criterio determinante del régimen exceptivo, que lo es tanto desde la perspectiva de la contribución, pero también desde la óptica del derecho al subsidio familiar, que es su consecuencia, se radica en una condición exótica y sin antecedente alguno en el sistema de seguridad social en el país, cual es el nivel de facturación de la entidad cooperativa.

En efecto, no se trata de una determinación precisa, clara y objetiva deducible respecto del trabajador, quien es el beneficiario de la prestación social y de la seguridad social, sino que depende de una condición propia exclusivamente del querer del responsable de la fuente de financiación de la prestación, esto es, de la cooperativa.

Tal medida va en contra además de los criterios de la doctrina constitucional en cuanto al fin constitucional relacionado con la necesidad de extender los efectos de la seguridad social a los trabajadores del sector cooperado.

Sobre esto último, la Corte Constitucional se pronunció indicando con meridiana claridad⁽⁷⁾:

“A pesar de sus diferencias organizacionales, estructurales, y conceptuales, tanto las cooperativas de trabajo asociado como los demás tipos organizacionales obligados a pagar contribuciones parafiscales (que no se reducen a las grandes empresas comerciales), permiten hacer realidad el derecho fundamental al trabajo, materia de protección constitucional. Más allá de la controversia académica sobre la conveniencia e impacto de las contribuciones parafiscales en la generación de empleo formal, lo cierto es que su propósito explícito es brindar a los trabajadores colombianos mecanismos diversos de soporte y apoyo, bien sea en capacitación, bien en respaldo a sus familias, bien en subsidios y servicios básicos para el bienestar de sus miembros. De modo que la semejanza de regímenes entre las contribuciones especiales de que tratan las normas demandadas y los aportes parafiscales del régimen laboral común se explica porque en ambos casos se ofrece a los trabajadores un sistema de protección social, al cual tienen derecho, en la medida en que el trabajo, como tantas veces lo ha señalado la Corte Constitucional, es valor fundante de nuestro estado social (Preámbulo, art. 1º). [...]

“Por el contrario, no hay ninguna razón por la cual los trabajadores asociados a las cooperativas de trabajo asociado tengan que verse excluidos de los beneficios derivados de las contribuciones especiales, o las cooperativas a las que pertenecen deban eximirse de contribuir a su concreción. Así, las normas demandadas realizan el fin constitucionalmente dispuesto de proteger el trabajo en todas sus modalidades y garantizar al trabajador el acceso a servicios de capacitación laboral, atención a la familia, subsidios al ingreso, acceso a la educación y a la vivienda, e incluso a la seguridad social, en desarrollo del principio de solidaridad”.

Con base en estas consideraciones, se presentan en el caso de dicho régimen exceptivo los siguientes reparos constitucionales:

—Quebranto del derecho y del principio de igualdad. Un trabajador cooperado que realiza la misma tarea, bajo la misma condición jurídica, tiene derecho al subsidio familiar porque su cooperativa está obligada a afiliarse y pagar contribución especial a una caja de compensación familiar, mientras que otro trabajador cooperado, en la misma posición, no tiene acceso a ese derecho.

(7) Sentencia C-855 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

—Desconocimiento y restricción de los derechos mínimos de los trabajadores. Entendiéndose que a los trabajadores se les aplican los principios protectores de la Carta Política, en especial los derivados del artículo 53, mismos que en el presente asunto se recortan con el establecimiento del régimen de excepción del artículo 10 de la Ley 1233 de 2008, pues no se reconoce como garantía mínima de la seguridad social el subsidio familiar para trabajadores cooperados de cooperativas con facturación igual o inferior a 435 SMLMV anuales.

—Inviabilidad de establecer una consecuencia jurídica en materia de derecho de los trabajadores y de los beneficiarios de la seguridad social, en razón de circunstancias ajenas a ellos y que dependen exclusiva y arbitrariamente de un tercero, en el caso de la correspondiente cooperativa de trabajo asociado que los agrupa.

—Quebranto de los postulados de universalidad, progresividad y no regresividad de la seguridad social, por cuanto siendo el propósito del sistema de protección social ampliar su cobertura, y a ello apunta la Ley 1233 de 2008, en su artículo 10, sin justificación constitucional válida se restringe ilegítimamente el acceso a la seguridad social para un sector de los cooperados, quienes si están vinculados a una cooperativa que facture 435 SMLMV o menos al año no recibirán la prestación subsidio familiar, pues sobre ellos no se pagará el aporte correspondiente.

—Inconstitucionalidad por los efectos prácticos de la medida, en cuanto que la misma abre la puerta a defraudaciones y elusiones al sistema de subsidio familiar, en cuanto que al establecer un régimen exceptivo que depende exclusivamente del querer comercial y del esquema de facturación de las cooperativas responsables, termina produciendo un efecto contrario a los mandatos constitucionales y atentatorio también de los principios y normas ya mencionados. Si bien el juicio de constitucionalidad implica el cotejo de las normas de diverso rango jurídico, no ha sido ajena la doctrina de la Corte Constitucional a realizar dicho análisis respecto de la situación material y práctica que crea la norma. Esto es, con un análisis fáctico sobre los efectos que genera el artículo 10 aludido, también se quebranta la Constitución, pues los mismos determinan quebrantos a los artículos 1º, 13 y 48 de la Carta Política, en tanto se afecta el sistema de seguridad social y subsidio familiar y se coloca en situación de discriminación intolerable a un sector de los trabajadores cooperados del país, por razones no proporcionadas ni razonables, y, por ende, no justificadas.

—Objetivo legítimo de la medida. No se aprecia ni se registran antecedentes de ese objetivo legítimo; se presume que se trata de favorecer a pequeñas entidades cooperativas y precooperativas de trabajo asociado para evitarles la carga de la contribución parafiscal especial, pero ello no se compadece con los objetivos de fondo de la Ley 1233 de 2008, cuales son garantizar la cobertura más universal e incluyente de la prestación social subsidio familiar para los tra-

bajadores del sector cooperado como lo reconoce la Corte Constitucional en la Sentencia C-182 de 2010.

—Validez del objetivo frente a la Constitución. No existe el aludido objetivo ni hay claridad sobre sus pretensiones, por lo que es superior el objetivo de garantizar el acceso a la seguridad social de los trabajadores cooperados que reflexiones de índole económico para beneficiar a instituciones cooperativas con menores niveles de facturación. Si bien la medida puede representar un alivio para una parte de las entidades cooperativas de trabajo asociado con menor facturación, ella no es una medida necesaria e indispensable para la consecución del fin de la Ley 1233 de 2008, aumentar la cobertura subjetiva y objetiva de la seguridad social para los trabajadores cooperados, en cuanto existen otros medios que permiten lograr el fin de equilibrar los intereses de las cooperativas con menores ingresos institucionales sin afectar principios constitucionales como el de la igualdad de los trabajadores cooperados. No es válido por ende el tratamiento cuyo objeto es regulado por el artículo 10 de la Ley 1233 de 2008. Se desconoce que la contribución parafiscal especial es solamente un medio para lograr el fin constitucional de la seguridad social para los cooperados y que no es proporcional ni razonable que por beneficiar a un sector institucional de las cooperativas se restrinjan derechos fundamentales de los trabajadores, por hechos y circunstancias que no les son atribuibles a estos y que ellos no controlan ni determinan, pero que además, téngase en cuenta, tampoco son objetivos e incontestables, pues como se anunció anteriormente, obedecen a criterios comerciales particulares y mudables; en efecto, la facturación mide un esfuerzo comercial pero no obedece a un criterio exacto sobre la situación de una institución, la cual puede facturar por otros medios o determinar discrecionalmente su nivel de facturación para impedir realizar el pago de dicha contribución, y en todo caso aplicando en este evento un criterio carente de la objetividad necesaria y del nivel de relacionamiento con el directo beneficiario de la cobertura prestacional y de seguridad social: el trabajador cooperado.

Al respecto téngase en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en los siguientes términos⁽⁸⁾:

“Desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional reconoció que ‘...en la Carta del 91 se observa un bien significativo cambio de carácter cualitativo en relación con el trabajo’. En efecto, es ciertamente un derecho humano (art. 25) pero también constituye, al mismo nivel del respeto a la dignidad humana, un principio o elemento fundamental del nuevo orden estatal (art. 1º). Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del

(8) Sentencia C-855 de 2009, Corte Constitucional, M.P. Mauricio González Cuervo.

Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad. De ahí que la Constitución proteja el derecho al trabajo ‘en todas sus modalidades’ (art. 25 C.N.), y de ello se sigue que los mecanismos de protección y apoyo social que se derivan del mismo no dependan, para su aplicación, de la formalidad contractual que le da origen, sino de la condición misma de trabajador, que es, precisamente, lo que tienen en común los trabajadores asociados a las cooperativas de trabajo asociado, y las demás categorías de trabajadores. Este factor de semejanza es el que justifica que las redes de protección social asociadas al trabajo se hagan extensivas a todos ellos, como lo pretenden las normas demandadas”.

—Proporcionalidad del tratamiento. A partir de los tres conceptos a que alude la jurisprudencia:

a) Adecuación de los medios escogidos para lograr el fin. El fin de la ley es extender la protección social a la población cooperada, pero el medio de excepción adoptado por el artículo 10 demandado impide el logro de aquel para un sector de la población trabajadora en esa condición, pues discrimina frente a personas en condición de igualdad real —trabajadores asociados a una cooperativa o precooperativa de trabajo asociado— la fuente de los recursos para la financiación del subsidio familiar. Obligar a unas cooperativas a realizar el aporte, mientras que a otras se les exonera, haciendo con ello que unos trabajadores cooperados accedan a la seguridad social por subsidio familiar, en tanto otros no, por estar vinculados a cooperativas de menor nivel de facturación, constituye un medio no apropiado que además impide lograr el fin constitucional perseguido.

b) La necesidad de utilizar el medio escogido. Si de lo que se trata es de proteger el flujo de recursos de un grupo de organizaciones cooperativas, es evidente que podrían emplearse medios diferentes para lograr el fin que no afecten el derecho a la igualdad y el de acceso a la seguridad social de los trabajadores cooperados y con los cuales se atenderían los preceptos constitucionales contenidos en particular en el artículo 48 de la Carta Política; en efecto, la norma puede señalar, por ejemplo, que se disponga el uso de estímulos fiscales o de recuperación de impuestos para las cooperativas de menor nivel de facturación, pero no tomar respecto de ellas en voluntaria la afiliación y pago al sistema de seguridad social en subsidio familiar e impedir con ello que los trabajadores cooperados accedan a su derecho prestacional.

c) Proporcionalidad, en cuanto que el principio buscado por el fin constitucional no afecte principios constitucionales de mayor trascendencia. En este juicio de ponderación, el artículo demandado no satisface la exigencia constitucional, por cuanto un medio seleccionado para un fin diverso, no necesario ni único, pero tampoco proporcional, termina afectando el principio y el derecho a la igualdad, sacrificando un principio de mayor entidad, así el cometido

buscado sea loable y de importancia social. Igualmente el tratamiento definido quebranta los postulados constitucionales del artículo 48 de la Carta, pues, como se dirá, hace voluntaria la afiliación y pago a un subsistema de la seguridad social.

Ya se advirtió por la Corte Constitucional que la Ley 1233 de 2008 en su propósito integral restauraba un desequilibrio constitucional en tanto la situación previa dejaba por fuera de los beneficios del sistema de subsidio familiar a los trabajadores cooperados, por lo que no es posible admitir que esta medida ampare solamente a un grupo de trabajadores cooperados y, menos aún, que la posibilidad de acceder a ellos dependa de un criterio comercial de facturación bajo discrecionalidad de la cooperativa y que para nada vincula o debe vincular a los cooperados.

“La situación anterior a la expedición de la Ley 1233 de 2008 era la que tenía visos de inconstitucionalidad, pues en ella, a un subconjunto de los trabajadores colombianos –precisamente, los asociados a las cooperativas de trabajo asociado– se les excluía de los beneficios, estímulos e incentivos derivados de los aportes parafiscales. Las normas demandadas subsanan esa discriminación, y les permiten a los trabajadores asociados a las cooperativas de trabajo, como sucede con los trabajadores dependientes, disfrutar de esa red de protección social, a la cual, por el solo hecho de ser trabajadores, tienen derecho”⁽⁹⁾.

Finalmente:

“En cuanto a la razonabilidad del trato diferenciado es posible señalar que la prestación efectiva de uno de los componentes del núcleo esencial del derecho a la seguridad social, como es la protección al empleo, no puede realizarse en detrimento de uno de los principios del Estado social de derecho, al igualdad material. Por consiguiente la protección al empleo que desconoce este principio, de conformidad con lo expuesto, no reviste la proporcionalidad necesaria para que la diferenciación establecida sea considerada como no discriminatoria”⁽¹⁰⁾.

Mutatis mutandi resulta discriminatorio el trato de excepción contenido en el artículo 10 de la Ley 1233 de 2008, pues persigue un fin diferente al de la norma, mediante un mecanismo no único ni necesario per se, y quebranta el principio de igualdad material, afectando a un sector de los trabajadores cooperados, determinando efectos de no obligatoriedad en el pago de la contribución parafiscal especial a las cajas de compensación familiar por razones discrecionales y

(9) Sentencia C-855 de 2009, Corte Constitucional, M.P. Mauricio González Cuervo.

(10) Sentencia T-232 de 2005, Corte Constitucional.

atribuibles a la cooperativa o a condiciones de mercado ajenas a los trabajadores, quienes sí resultan tratados en forma desigual y sin derecho de acceder a la seguridad social, en su manifestación del subsidio familiar.

Controversia particular surge también en el caso de la afiliación de trabajadores del servicio doméstico y por ende de la obligación que tengan sus empleadores al respecto.

No obstante que en general se han venido reconociendo por la jurisprudencia las prestaciones que con ocasión de la relación laboral corresponden a los trabajadores del servicio doméstico, en el caso de su afiliación obligatoria al sistema de subsidio familiar por parte de su empleador no existe un criterio que con autoridad resuelva el punto, prevaleciendo en la práctica la interpretación –que no compartimos– expresada por conceptos del Ministerio de la Protección Social.

A partir de lo señalado por el numeral 4 del artículo 7° de la Ley 21 de 1982 en cuanto a referir la obligatoriedad de afiliación al sistema de los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes y a la definición sobre este particular consagrada por el artículo 19 *ibídem*, en cuanto a que serán tales los que realicen actividades propias del empleador, la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo de dicho ministerio ha conceptuado que no es obligatoria la afiliación de los empleadores del servicio doméstico al sistema de compensación familiar.

“De las normas anteriores es de resaltar que la obligación nace por parte del empleador con respecto de los trabajadores permanentes, entendiéndose como tales aquellos que realizan actividades propias del empleador.

“Por su parte, la familia no es una actividad de explotación económica que implique el cumplimiento de determinadas actividades por parte de sus miembros, y las labores que cumple el servicio doméstico en el hogar no es la que desempeña ordinariamente el empleador, ante lo cual, para los efectos de estas normas, no se entendería como trabajadores permanentes y por ende no estarían obligados a pagar el subsidio familiar y aportes al Sena. [...]

“En este orden de ideas, esta oficina concluye que como el empleador del servicio doméstico no está obligado a afiliarlo (a) a una caja de compensación familiar, tampoco lo está de efectuar aportes parafiscales al ICBF, Sena y a la propia caja de compensación”⁽¹¹⁾.

(11) Concepto 6443 de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social.

En sentido opuesto opinamos que como en el caso se configuran claramente los supuestos de la relación laboral, cuya materialidad se concreta en la ejecución de actividades de hogar que son de carácter permanente y no transitorio (distinto a la contratación del plomero para que restaure las redes hidráulicas del hogar, por ejemplo), sí es obligatoria la afiliación de los empleadores en el caso de sus trabajadores domésticos y con independencia de si aquellos son empleadores de trabajadores diferentes en ejecución de sus actividades profesionales, en forma directa o como representantes de personas jurídicas.

Por ende a nuestro juicio existe una situación inconstitucional por cuanto se presenta una diferencia práctica insostenible entre trabajadores tales que sí están afiliados al sistema y se les reconoce por ende el derecho al subsidio familiar, en tanto en otros casos no se da ese supuesto, negándosele a estos su prestación social y de seguridad social.

No sobra advertir que los empleadores de tales trabajadores pueden acudir al expediente de la afiliación voluntaria para que ellos directamente se incorporen al sistema, lo cual es en todo caso inequitativo por cuanto de hacerlo así, no tienen derecho a la prestación del subsidio familiar, tampoco en su manifestación de subsidio de vivienda de interés social.

3. OBLIGACIONES DE LOS RESPONSABLES DEL SUBSIDIO FAMILIAR

Veamos las principales obligaciones que surgen para los responsables del subsidio familiar y las condiciones para su cumplimiento.

3.1. Afiliación

Corresponde esencialmente a los responsables de la prestación y del pago del aporte afiliarse a una caja de compensación familiar que opere en el departamento en el cual se causen los servicios por los cuales surge la obligación.

Por cuanto el régimen en Colombia no permite el pago del subsidio en forma directa, tan pronto se constituya una relación laboral de dependencia o se genere el contrato de asociación a una cooperativa obligada le corresponde al empleador o a la cooperativa de trabajo asociado solicitar su afiliación a una sola caja de compensación familiar por la nómina o los vinculados que operen por departamento⁽¹²⁾.

(12) Ley 21 de 1982, "ART. 15.—Los empleadores obligados el 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.

Puede afirmarse que dicha obligación se genera materialmente por el hecho de tener el responsable personas a su cargo, lo que implica que la mera constitución de la persona jurídica, por ejemplo, no haga surgir aquella pues será la existencia de nómina a cargo la circunstancia que la genere.

En la lógica del sistema de compensación familiar y como la prestación social subsidio familiar se causa por el mes de labores (en todo caso por la prestación de al menos 96 horas de trabajo mensuales frente a los trabajadores subordinados, sin que este requisito se aplique a los trabajadores cooperados por imposibilidad práctica y lógica de hacerlo), el responsable tendrá que asegurar que, una vez transcurrida la primera mensualidad con personas a su cargo, esté debidamente afiliado a la caja para que, en caso de proceder el pago del subsidio, esta lo asuma una vez cancelado el aporte y dentro del mes siguiente.

Nótese cómo, en el caso de personas naturales, estas podrán estar vinculadas al sistema en diversas condiciones si tienen personas a su cargo. En efecto, en relación con el mismo deberán ser afiliadas como empleadores, pero a la vez podrán estar incorporadas como trabajadores o cooperados por razón del vínculo que tengan con responsables del subsidio y también podrán afiliarse pero en calidad de voluntarios, si actúan como independientes (contratistas o generadores de renta).

Como no es posible cumplir la obligación del subsidio familiar sin estar afiliado a una caja de compensación familiar, surge para los responsables de aquel el derecho de afiliarse y para las cajas de compensación familiar la obligación de admitir la afiliación.

Tal es el principio contenido claramente en el artículo 57 de la Ley 21 de 1982⁽¹³⁾: *Las cajas de compensación familiar tienen obligación de aceptar a todo empleador que solicite afiliación, si cumple con las normas sobre salarios mínimos, debe pagar el subsidio familiar a través de una caja y se aviene al cumplimiento de sus respectivos estatutos*⁽¹⁴⁾.

(Cont. nota 12)

“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”.

- (13) El cual es reiterado por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 89 de 1988.
- (14) Ver como referencia las circulares externas 023 de 2003, 021 de 2004 y 014 de 2007: la aceptación de empleadores como afiliados a las cajas de compensación familiar es obligatoria independiente de si son compensados o descompensados. La solicitud debe radicarse y no pueden pedirse exigencias o requisitos distintos de los señalados en el artículo 39 del Decreto 341 de 1988. El rechazo de la afiliación generará la correspondiente investigación administrativa.

La decisión de afiliación no es discrecional por parte de las cajas de compensación familiar y solamente podrá ser rechazada por las siguientes razones:

- a) Incumplimiento por el solicitante del régimen de salario mínimo.
- b) No obligación de pagar el subsidio por conducto de la caja, frente a empleadores exceptuados del régimen general por ejemplo.
- c) Manifestación de no acatamiento de los estatutos de la caja, lo cual es de exótica ocurrencia.

Para los responsables del subsidio familiar, y como lo consagra el inciso 5 del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, existe un derecho de movilidad que se expresa no solamente en el traslado de caja de compensación o administradora de riesgos profesionales, sino por esencia en la afiliación a una de ellas, siempre y cuando se cumpla el régimen legal. El ejercicio de este derecho en su manifestación de traslado de caja requiere que el responsable esté al día con los sistemas de salud y pensiones.

“Por tanto, se colige sin lugar a equívocos que efectivamente la escogencia de caja de compensación familiar es una facultad legal que el legislador estableció en cabeza del empleador bien sea del sector público o privado que ocupen uno o más trabajadores permanentes, de tal suerte que es este a quien corresponde determinar la corporación a través de la cual pagará a sus trabajadores la prestación social denominada Subsidio Familiar”⁽¹⁵⁾.

Las cajas de compensación familiar tienen prohibido por el régimen de transparencia aplicar “políticas de discriminación o selección adversa en el proceso de adscripción de afiliados u otorgamiento de beneficios, sobre la base de que todas las cajas de compensación familiar deben ser totalmente abiertas a los diferentes sectores empresariales. Basta con la solicitud de paz y salvo para que proceda su afiliación” (numeral 1 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002).

Como se expondrá más adelante en el relacionamiento entre responsables y cajas de compensación familiar, son hipótesis diferentes las relacionadas con la afiliación por primera vez al sistema y el traslado o cambio de caja en ejercicio del derecho de movilidad. Cuando se da la primera hipótesis, no se tendrán en cuenta ni el estado de afiliación y pagos al sistema de seguridad social ni será necesaria la acreditación de paz y salvo alguno, que sí se demanda en el evento de aplicar el traslado de caja.

En coordinación con lo anterior, constituye una función de la Superintendencia del Subsidio Familiar, según lo ordenado por el numeral 20 del artículo 7º del

(15) Ver Concepto 11914 de 1997 de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Decreto 2150 de 1992, *vigilar e intervenir, si lo estima necesario, en el proceso de afiliación de los empleadores y en el acceso de los servicios establecidos en las entidades sometidas a su vigilancia.*

La obligación de aceptar a todo responsable del subsidio familiar que corresponde a las cajas se expresa en un procedimiento reglado en cuanto al trámite de la afiliación, el cual presenta las siguientes características principales:

a) Es potestativa del responsable la selección de caja de compensación familiar.

b) La solicitud debe realizarse por escrito a través del formulario adoptado al efecto por la caja, en tanto opera el mecanismo integrado de afiliación y novedades dentro del sistema de protección social.

c) La solicitud de afiliación debe acompañarse de los documentos mínimos exigidos por la normatividad, sin que le sea dable a la caja pedir el suministro de elementos adicionales⁽¹⁶⁾.

d) La caja de compensación familiar no puede omitir ni impedir la radicación de la solicitud conforme lo previsto por el inciso final del artículo 39 del Decreto 341 de 1988.

e) Las cajas de compensación familiar están obligadas a fijar en lugares visibles al público los requisitos de afiliación de que trata el Decreto 341 de 1988 e indicar el lugar de radicación de las solicitudes (art. 40 D. 341/1988).

f) La decisión sobre la solicitud debe adoptarse por el consejo directivo de la caja o por el director administrativo cuando le haya sido delegada tal facultad (art. 42 D. 341/1988).

g) La decisión que adopte la caja de compensación familiar en todos los casos debe constar por escrito.

h) La decisión debe darse en un término no superior a treinta (30) días contados desde la fecha de radicación de la solicitud, entendiéndose corrientes, pues

(16) En los términos del artículo 39 del Decreto 341 de 1988 tales requisitos son los siguientes:

"1. Comunicación escrita dirigida a la respectiva caja de compensación familiar, en la que informe: nombre del empleador, domicilio, identificación, lugar donde se causen los salarios y manifestación sobre si estaba o no afiliado a alguna caja de compensación familiar.

"2. Prueba de la existencia y representación legal tratándose de personas jurídicas en el caso de las personas naturales bastará la presentación de la cédula de ciudadanía.

"3. Certificado de paz y salvo en el caso de afiliación anterior a otra caja.

"4. Relación de trabajadores y salarios".

como se ha señalado el responsable debe asegurar que al mes de inicio de labores pueda pagar la prestación subsidio familiar.

i) La decisión de rechazo cuenta con un procedimiento especial.

No opera en el caso figura asimilable a la del silencio administrativo positivo; esto es, si transcurren los treinta días y la caja ante la cual se radica la solicitud de afiliación se abstiene de resolverla, no procede la afiliación automática del requiriente. En este evento deberá recurrirse a la Superintendencia del Subsidio Familiar para que en ejercicio de sus atribuciones de inspección e intervención disponga las medidas administrativas del caso.

Bien valdría la pena evaluar la procedencia de una figura tal que facilitara el esquema de afiliación y evitara dilaciones en el caso que pueden perjudicar tanto al responsable como a los beneficiarios del subsidio.

Debe tenerse en cuenta que si la decisión de la caja de compensación familiar es de rechazo en cuanto a la solicitud de afiliación, el ordenamiento jurídico contempla un mecanismo atípico de control que podría considerarse como el ejercicio de un control de tutela por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar respecto a la operación de particulares, como son las cajas de compensación familiar bajo su vigilancia.

En efecto, dicha decisión negativa debe especificar los "motivos determinantes" en que se base conforme lo preceptuado por el inciso 2 del artículo 57 de la Ley 21 de 1982.

Repárese en que dicha disposición se refiere al acto de negativa bajo el nombre de "resolución".

Una copia de la resolución será enviada, dentro del mismo término, a la Superintendencia del Subsidio Familiar, la cual podrá improbar la decisión y ordenar a la caja la afiliación del empleador, en protección de los derechos de los trabajadores beneficiarios (inc. 3, art. 57, L. 21/1982).

Entonces la negativa expresa a la afiliación deberá ser consultada ante la Superintendencia del Subsidio Familiar, organismo que podrá improbar la decisión y disponer la afiliación del solicitante responsable, mediante un acto administrativo. Se estructura en este aspecto un mecanismo especial de intervención en la gestión de entes particulares que ejecutan roles de seguridad social, pues, como se aprecia, se somete la decisión de aquellos a revocatoria por parte del órgano público de inspección, vigilancia y control.

Ello supone una reflexión de base en cuanto al carácter mismo del acto por el cual se resuelve la solicitud de afiliación, con independencia de su contenido.

En uno de los extremos del posicionamiento doctrinario se reconoce en tal acto una decisión de pleno carácter privado, en tanto en la otra orilla se afirma que se trata de un acto administrativo, por cuanto, a pesar de ser dictado por un particular, este obra en el caso investido de autoridad administrativa pues coloca al particular en una situación de subordinación funcional y le resuelve sobre la aplicación de una situación legal y reglamentaria que le posibilita acceder a prestaciones de un servicio público.

En la posición intermedia, aun cuando sin mayores desarrollos doctrinarios, se ubican quienes consideran que en este evento como en otros relacionados con decisiones en temas de seguridad social, se trata de actos especiales denominados actos de seguridad social que deberían ser considerados en forma independiente y justificados en el ámbito de la jurisdicción laboral y de seguridad social.

Como este concepto no tiene desarrollo normativo ni jurisprudencial, a nuestro criterio y en tanto el asunto se aclara, la naturaleza de este tipo de actos se acerca más a las de los de carácter administrativo, los cuales no están reservados a las autoridades públicas, sino que pueden ser dictados por particulares investidos de competencias administrativas. En el caso, lo mismo que cuando se resuelve sobre la liquidación de aportes al sistema de seguridad social y en la hipótesis específica del subsidio familiar, se resuelve en condiciones de superioridad y se define una situación que habilita el ejercicio de derechos y obligaciones.

Pero, a más de ello, en la hipótesis de la negativa a la afiliación el acto se torna controvertible ante la autoridad administrativa, que puede improbarlo, con lo cual si se quisiese demandar la actuación debería acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa y considerar la existencia de un acto complejo.

De otra parte, la adopción del Decreto 1362 de 2011 permite vislumbrar que se recorre el camino hacia un esquema único de afiliación a la protección social, con lo cual tendrán que estandarizarse los procedimientos de vinculación a la compensación familiar.

La materialización de la obligación de afiliación hace que el responsable se integre civilmente, pero por obligación de ley, a una corporación privada sin ánimo de lucro, por lo cual sus derechos y obligaciones respecto de esta, además de lo contemplado por la ley, estarán contenidos en los correspondientes estatutos de la caja de compensación familiar de que se trata, tal como lo expresa el inciso 3 del artículo 42 del Decreto 314 de 1988. Esta calidad se adquiere *a partir de la fecha de comunicación de su admisión y su carácter es personal e intransferible* (inciso 2 ib.)

Es entonces por la afiliación del responsable que la caja de compensación familiar procede a asumir la administración de sus aportes y por ende a pagar el subsidio familiar.

Conviene tener en cuenta los efectos de la no afiliación. El primero de ellos tiene que ver con la sanción que le impone la ley al responsable que, por no estar afiliado a una caja de compensación familiar, no realice correctamente el pago del subsidio. En efecto, según lo prevenido por el artículo 86 de la Ley 21 de 1982, si el responsable es requerido judicialmente y resulta condenado por el no pago del subsidio familiar, "se presume que la suma debida corresponde al doble de la cuota de subsidio en dinero más alta que está pagando dentro de los límites del respectivo departamento, intendencia o comisaría donde se hayan causado los salarios".

Lo anterior sin perjuicio de las demás sanciones que por el no pago oportuno de la prestación se generen, dando aplicación a las regulaciones sustantivas del trabajo.

Así mismo, como efecto de la no afiliación, no aplicará la figura de la caducidad de cuotas monetarias de subsidio en contra de los beneficiarios de la prestación; dicha caducidad se da en el evento de que estos no acrediten las condiciones que los habilitan para ser titulares del derecho, siempre y cuando el empleador o responsable esté afiliado y haya realizado el pago de los aportes.

Uno de los inconvenientes prácticos que ha presentado el sistema de compensación familiar tiene que ver con los tropiezos y fallas en el proceso de afiliación, bien por desconocimiento de los responsables o por acción de las cajas de compensación familiar que, como tienen a su cargo la compensación interna, pueden en algunos casos procurar la dilación u omisión en la acogida de ciertos responsables, principalmente de aquellos denominados descompensados, por cuanto en su caso es más lo que el sistema –la caja de compensación familiar– les devuelve en cuotas de subsidios para sus trabajadores que lo que percibe por concepto de aportes.

Al reiterar la obligatoriedad de la afiliación en doble vía y, por ende, la responsabilidad que al efecto les compete a las cajas de compensación familiar, la Superintendencia del Subsidio en Circular Externa 021 de 2004 expresó entre otras cosas lo siguiente:

"El sistema del subsidio familiar está diseñado desde el punto de vista jurídico, técnico y filosófico, de tal manera que debe recibir tanto a los empleados que ocasionan más ingresos por aportes que egresos por subsidios 'compensados' como a los que generan más egresos por subsidios que ingresos 'descompensados'; el excedente que resulta de los primeros debe compensar el déficit de los segundos, de ahí que se hable del Sistema de Compensación, Cajas de Compensación y que *la Ley obligue a estas a aceptar a unos y otros sin discriminación alguna.*

"El incumplimiento de esta orientación contraría la estructura redistributiva social que el legislador previó y genera una solvencia aparente en muchas

cajas dentro del régimen del subsidio familiar obviamente para el beneficio del conjunto de trabajadores afiliados pero en detrimento y a costa de una cantidad muy superior de trabajadores, también con derecho a la protección social, que por causas ajenas a su voluntad aún no han podido afiliarse a alguna entidad del Subsidio Familiar, debido en ocasiones a la conducta evasora del respectivo patrono pero también en muchos casos al simple hecho de laborar en esas empresas descompensadas que encuentran dificultades para afiliarse a las cajas de compensación”.

El establecimiento de un esquema de compensación universal nacional quizá podría contribuir a solucionar esta problemática, de tal forma que la asignación de recursos entre cajas de compensación familiar dependa de una unidad de pago por trabajador afiliado o beneficiario.

—Regímenes de excepción

Otro aspecto a considerar en lo que se refiere a la obligación de afiliación tiene que ver con la existencia de regímenes exceptuados en el ámbito del subsidio familiar, los cuales excluyen la incorporación del empleador o responsable al esquema ordinario administrado a través de las cajas de compensación familiar.

Se ha mencionado cómo en el sistema se dio mucho tiempo atrás un importante esfuerzo unificador, incorporándose a todos los empleadores del sector privado, así como a los del sector público.

En esa labor de centralización la Ley 21 de 1982 precisó a través de su artículo 13 la vigencia del régimen especial de subsidio familiar en el caso del sector defensa, que nosotros consideramos exceptuado en la medida en que está por fuera de la operación del régimen general del subsidio familiar. Dicha disposición es del siguiente tenor:

El Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y los organismos descentralizados adscritos o vinculados a dicho ministerio continuarán pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que rigen para dichas entidades, pero los aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), escuelas industriales e institutos técnicos se continuarán pagando de acuerdo con las normas generales.

Como se aprecia, el legislador exceptuó de la aplicación de la Ley 21 de 1982 a las entidades del sector central y descentralizado de defensa, que bajo la terminología de la Carta Política de 1991 corresponden al concepto de Fuerza Pública. Estas entidades continuarán pagando el subsidio familiar conforme a las normas que las regulen y no lo harán a través de las cajas de compensación familiar, por tanto las condiciones de prestación serán diferentes.

Tal excepción se mantiene en la actualidad, salvedad hecha de la afiliación de los trabajadores civiles del Ministerio de Defensa, quienes sí se hayan vinculados al sistema de compensación familiar general. En el mismo sentido es preciso referir cómo en los últimos años las diferentes fuerzas del sector defensa han tomado la determinación administrativa de afiliar a sus miembros de manera voluntaria a cajas de compensación familiar, mediante el mecanismo de la celebración de convenios y con carácter de facultativos, esto para posibilitar, en su beneficio, el uso de los servicios sociales ofrecidos por el sistema de compensación familiar.

Las normas que regulan el subsidio familiar para las diversas ramas de la Fuerza Pública tienen por referente los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214⁽¹⁷⁾ de

(17) "ART. 49.—**Subsidio familiar.** A partir de la vigencia del presente decreto, los empleados públicos del ministerio tendrán derecho al pago de un subsidio familiar, que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

"a) Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c) de este artículo;

"b) Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c) del presente artículo;

"c) Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

"PAR.—El límite establecido en el literal c) de este artículo no afectará a los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1972 estuviesen disfrutando, o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores a diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

"ART. 50.—**Extinción del subsidio familiar.** El subsidio familiar se extingue por razón del cónyuge en los siguientes casos:

"a) Por muerte del cónyuge;

"b) Por cesación de la vida conyugal en los siguientes casos:

"1. Por declaración judicial de nulidad o inexistencia del matrimonio.

"2. Por sentencia judicial de divorcio válida en Colombia.

"3. Separación judicial de cuerpos.

"PAR.—Se ordenará la extinción cuando se presente alguno de los casos anteriores, siempre que no hubiere hijos a cargo por los que exista el derecho a percibir el subsidio familiar.

"ART. 51.—**Disminución del subsidio familiar.** Disminuye por razón de los hijos, así:

"a) Por muerte;

"b) Por matrimonio;

"c) Por independencia económica;

"d) Por haber llegado a la edad de veintiún (21) años.

"PAR. 1º—Se exceptúa de lo contemplado en el literal d) cuando se compruebe que dependen económicamente del empleado: los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años y los inválidos absolutos.

1990. En síntesis se acogen criterios comunes para el reconocimiento de la prestación, la cual, se reitera, está en todo caso a cargo del empleador estatal.

De otro lado, el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 dispuso que las entidades públicas que venían pagando el subsidio familiar en forma directa por habilitación jurídica anterior lo continuaran haciendo, habilitación que cubrió a instituciones como Ecopetrol⁽¹⁸⁾, Telecom, el Instituto de Seguros Sociales (ISS) y algunas universidades.

(Cont. nota 17)

"PAR. 2°—Para los efectos de este estatuto se entiende por:

"Estudiante: la persona que concurre regularmente a un centro de educación, capacitación o especialización, por períodos anuales o semestrales, durante todos los días académicos hábiles de cada una de las semanas comprendidas en dichos períodos, con una intensidad de cuatro (4) horas diarias como mínimo.

"Dependencia económica: aquella situación en que la persona no puede atender por sí misma a su congrua subsistencia, debiendo recurrir para ello al sostenimiento económico que pueda ofrecerle el empleado del cual aparece como dependiente.

"ART. 52.—**Descuento de subsidio familiar.** La extinción del subsidio familiar tendrá efecto desde que se presente el hecho, en caso de muerte o desde la fecha de ejecutoria de la sentencia o fallo respectivo en los demás eventos; la disminución regirá a partir de la fecha en que se haya producido el hecho que la determina. En uno y otro caso, los interesados están en la obligación de dar el aviso correspondiente dentro de los noventa (90) días siguientes, si no lo hiciere, se ordenará el descuento de una suma igual al doble de lo que hubiere recibido en exceso.

"ART. 53.—**Prohibición pago doble subsidio familiar.** En ningún caso habrá doble reconocimiento de subsidio familiar. Cuando los dos (2) cónyuges presten sus servicios en el Ministerio de Defensa o en la Policía Nacional, se reconoce en favor de quien perciba mayor asignación básica. Si esta fuere igual, recibirá el subsidio quien acredite más tiempo de servicio al Ministerio de Defensa o a la Policía Nacional.

"Si uno de los cónyuges presta sus servicios en entidad oficial diferente y en tal condición recibe subsidio familiar, no se reconoce este beneficio en favor del cónyuge empleado del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, salvo que aquel acredite que ha renunciado a tal beneficio en la entidad en donde trabaja, mediante certificación expedida por esta última".

- (18) Pese que se aplica a Ecopetrol un régimen de excepción, el subsidio familiar para ella se rige por lo establecido en la Ley 21 de 1982, excepto en que el pago de la prestación se encuentra a cargo de la Cooperativa de Trabajadores y no a través de una caja de compensación familiar.

Conforme lo informado por la empresa, está regulado en Ecopetrol S.A. por el artículo 114 de la Convención Colectiva de Trabajo:

"Artículo 114. La empresa pagará a los trabajadores por intermedio de su propia caja de compensación el subsidio familiar sin tener en cuenta el tope legal. Mientras se obtiene el reconocimiento de la personería jurídica de la caja de compensación, este subsidio se continuará pagando como se ha venido haciendo. Asimismo, facilitará al sindicato la información necesaria para revisar el manejo del subsidio familiar".

Manual de Normas y Procedimientos Administrativos (MNYP A)

"(1356) La Empresa reconocerá y pagará el Subsidio Familiar de conformidad con lo ordenado por la Ley 21/82 por las siguientes personas a cargo del trabajador: hijos legi-

La liquidación de Telecom dejó por fuera del régimen de excepción a esta entidad, por cuanto la empresa que la sustituyó se incorporó en forma plena al régimen ordinario de subsidio familiar.

En lo que respecta al Instituto de Seguros Sociales, es de registrar que, por aplicación del régimen convencional que ampara a sus trabajadores, estos tienen acceso a las prestaciones de subsidio familiar que en forma directa les provee la entidad; no obstante los colaboradores a quienes no cubre la convención no acceden a dichas prestaciones, pese a lo cual tampoco pueden ser incorporados al régimen ordinario a través de su afiliación a cajas de compensación familiar por la vigencia del principio de no fraccionamiento de nómina. Por lo demás se ha dispuesto por la Ley 1151 de 2007 la liquidación de esa entidad, sin que se haya materializado. En lo que respecta a las personas jurídicas surgidas para asumir su rol en el ámbito del aseguramiento en salud y de los riesgos pro-

(Cont. nota 18)

timos, naturales, adoptivos, hijastros (hijos de uno de los esposos), hermanos huérfanos de padre y padres del empleado, que llenen los requisitos que se detallan a continuación (1357)*...".

Las anteriores disposiciones encuentran sustento en el contexto que se reseña a continuación:

- En el año 1975, la empresa adquirió la obligación de reconocer un subsidio familiar para sus trabajadores y el compromiso de iniciar los trámites para la creación y el reconocimiento de personería jurídica de su propia caja de compensación familiar.
- Mediante Resolución 0755 del 11 de marzo de 1977, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorizó a Ecopetrol para pagar el subsidio familiar por intermedio de la cooperativa de trabajadores.
- La Ley 21 de 1982 ratificó el carácter de prestación social que tiene el subsidio familiar, amplió la cobertura de este régimen, extendiéndolo a toda la población asalariada del país, asignándoles a las cajas de compensación familiar funciones de seguridad social y pago del subsidio familiar.
- El artículo 17 de la Ley 344 de 1996 señaló que "las entidades públicas que vienen atendiendo en forma directa y por convención colectiva el pago del subsidio familiar podrán seguirlo haciendo de esa forma, sin que sea obligatorio hacerlo a través de una caja de compensación familiar".

*Con fundamento en lo anterior, Ecopetrol S.A. atiende los criterios definidos en la Convención Colectiva de Trabajo y MNYP, remitiendo en los aspectos no regulados a las leyes 21 de 1982 y 789 de 2002 y sus reglamentarios".

*Se benefician de este subsidio:

Hijos, hijastros y hermanos huérfanos de padre, menores de 12 años.

Hijos, hijastros y hermanos huérfanos de padre, de 12 a 18 años que estén estudiando en establecimientos docentes debidamente aprobados.

Padres mayores de 60 años, siempre que ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna.

Los padres, hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o con capacidad física disminuida que les impida trabajar causarán doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas conviven con él.

fesionales, cabe señalar que estas se sometieron al régimen ordinario del subsidio familiar, por lo cual tanto NUEVA EPS como POSITIVA Compañía de Seguros se encuentran afiliadas a cajas de compensación familiar bajo las condiciones generales del sistema.

Conforme al régimen contenido en la Ley 789 de 2002 para los aprendices, a los cuales excluye del contrato de trabajo, es menester reconocer que no existe obligación de afiliación al sistema por aquellos. Claro, entiéndase que esta excepción aplica más de manera subjetiva y no en términos del responsable del subsidio, pues el empleador tendrá que estar afiliado al sistema, no obstante no reportará la afiliación de los aprendices que vincule, cuya incorporación precisamente se da tomando en cuenta la existencia de un determinado número de trabajadores subordinados.

En materia exceptiva habrá que señalar igualmente que, conforme lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1233 de 2008, las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado con facturación igual o inferior a 435 SMLMV al año no están obligadas a pagar las contribuciones especiales con destino a la financiación del sistema de compensación familiar, Sena e ICBF, motivo por el cual las mismas están excluidas del sistema y constituyen un esquema de excepción, con el agravante que adicionalmente y a diferencia de lo ocurrido con las entidades que aplican un régimen especial, en el caso de dichas cooperativas los trabajadores cooperados asociados no tienen derecho a prestación alguna por concepto de subsidio familiar.

3.2. Información

Los responsables del subsidio familiar asumen la obligación de informar a la caja de compensación familiar sobre “todo hecho que modifique la calidad de afiliado al régimen del subsidio familiar, respecto de los trabajadores a su servicio”, según lo preceptuado por el artículo 2° del Decreto 784 de 1989. El suministro de esta información debe ser oportuno y veraz, pues en caso contrario emergerá una responsabilidad civil para este si por culpa o dolo omitió o retardó el conocimiento de tal información a la caja, generándose para esta perjuicios, como en el caso de no reportar un incremento salarial que excluye al trabajador del derecho a la cuota monetaria de subsidio; hipótesis como esta se aprecia de ocurrencia menos probable en la actualidad por la vigencia del sistema de planilla integrada de liquidación de aportes.

La obligación de información se expresa inicialmente desde el acto de afiliación, pues debe el responsable suministrar la información básica que el ordenamiento jurídico le exige, con los datos esenciales sobre su existencia y representación legal, así como sobre las condiciones de su nómina para efectos del subsidio familiar.

No pueden confundirse estas obligaciones con la carga que se impone a los trabajadores dependientes y cooperados en cuanto acreditar ante la caja de compensación familiar correspondiente la ocurrencia de las condiciones que lo hacen beneficiario del subsidio familiar. Esto es, no corresponde al responsable (empleador o cooperativa de trabajo asociado) informar a la caja sobre dichas circunstancias ni menos probarlas, pues tal actuación es exclusiva de quien pretenda beneficiarse con el subsidio.

Es por ello recomendable que los responsables del subsidio acrediten su afiliación en forma inmediata a su constitución y reporten a la caja su nómina, aún sin que con dicho reporte inicial se acrediten las condiciones de los beneficiarios, pues este será un proceso que estará a cargo de los trabajadores mismos. Ello sin desconocer que los responsables del subsidio familiar deberán suscribir los formularios de actualización de información de los trabajadores y no permitir demoras en ese trámite, que puede causar perjuicios a estos, tales como la caducidad de cuotas de subsidio monetario.

El artículo 50 del Decreto 341 de 1988 como emanación de la obligación de información establece: "Los empleadores tienen la obligación de enviar la respectiva nómina de salarios, cuando lo solicite la caja a que estuvieron afiliados y deben permitirle la revisión de las mismas en la sede de la empresa o domicilio del patrono".

Expresión especial de la obligación de información a cargo de los responsables del subsidio es la contenida en el artículo 35 de la Ley 21 de 1982, en cuanto a la prestación del subsidio extraordinario por causa de muerte de un trabajador beneficiario. En este evento, el empleador o la cooperativa deben "dar aviso inmediato" de la muerte del trabajador, para que a partir de dicho reporte se pueda hacer efectiva la prestación. En casos excepcionales de desaparecimiento de la persona y aun cuando no se constate su fallecimiento o se declare su muerte presunta, es recomendable dar aviso a la corporación. Vale la pena así mismo mencionar que no hay referencia expresa al sistema de compensación familiar en el régimen especial de protección a secuestrados ni a la información que debe suministrar el responsable.

El no cumplimiento de la obligación de información genera el efecto de la posible imposición de multa por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar⁽¹⁹⁾. Igualmente el reporte de información falsa o el envío de informes que den lugar a la disminución de aportes o al pago fraudulento del subsidio, es con-

(19) Conforme lo preceptuado por el numeral 18 del artículo 24 de la Ley 789 de 2002, la Superintendencia del Subsidio Familiar podrá imponer multas sucesivas hasta de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Fonede a los empleadores que incurran, entre otras causas, en "no informar las novedades laborales de sus trabajadores frente a las cajas".

siderado causa grave que genera expulsión de la caja de compensación familiar, conforme lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 21 de 1982.

3.3. Pago del aporte

El artículo 9° de la Ley 21 de 1982 reiteró y actualizó la obligación del aporte a cargo de los responsables del subsidio: *Los empleadores señalados en los artículos 7° y 8° de la presente ley pagarán una suma equivalente al seis por ciento (6%) del monto de sus respectivas nóminas, que se distribuirán en la forma dispuesta en los artículos siguientes.*

Y por su parte, para los responsables del sector público central, el artículo 11 ib. numeral 1 dispone que el 4% de dicho aporte será "para proveer el pago del subsidio familiar", en tanto el artículo 12 de la Ley 21 consagra igual principio para las entidades descentralizadas y para los responsables del sector privado.

Téngase en cuenta que si no se acredita la afiliación no procede realizar el pago del aporte, pues no existiría centro jurídico de imputación del mismo en la caja de compensación familiar de que se trate, debiendo la corporación restituir los pagos frente al pedido que realice el responsable y salvo el caso que se admita la afiliación retroactiva en procura de salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Por su parte la aplicación de regímenes especiales de aportes no entraña el desconocimiento de la obligación de afiliación tanto del responsable, como del registro de los trabajadores cubiertos por dicho régimen, lo que significa que la exoneración o reducción en el pago del aporte no apareja la exclusión en el cumplimiento de la afiliación al sistema ni del reporte debido de información.

En relación con la obligación de pago de aportes por parte de los responsables del subsidio familiar es menester considerar dos aspectos esenciales, de un lado el término para hacerlo y, de otro, el régimen de liquidación, considerando que ya con anticipación se formularon suficientes comentarios en cuanto a la naturaleza jurídica de los mismos.

En cuanto al pago de aportes cabe mencionar que el artículo 10 de la Ley 21 de 1982 establecía que el pago oportuno de estos debería hacerse dentro de los diez (10) primeros días del mes siguiente al que se satisface, pues como ya se ha indicado la prestación se causa por mensualidades, con la misma periodicidad que el pago de aportes, no obstante que para la liquidación del importe de la prestación monetaria y la distribución global de los recursos del sistema se recurre a una metodología anual de provisión y cálculo respecto de cada caja de compensación familiar.

La implementación del sistema de planilla integrada de liquidación de aportes que aplica el mecanismo de la autodeclaración y que se dio a partir de lo pre-

ceptuado por el artículo 15 de la Ley 797 de 2003 ha conllevado a una modificación de dicho término, sin que exista norma de rango legal en que se sustente.

Recordemos que fue progresiva la aplicación de dicho mecanismo. El Decreto 1464 de 2005 incorporó la obligatoriedad para los aportantes al sistema de presentar conforme lo establecido por el Decreto 1406 de 1999, las declaraciones de autoliquidación y pago, en tanto el Decreto 1465 de 2005 reglamentó entre otros el artículo 9° de la Ley 21 de 1982 y, en desarrollo de lo regulado por los Decretos 3667 de 2004 y 187 de 2005, obligó a las cajas de compensación familiar, al Sena y al ICBF a permitir el pago de aportes mediante planilla integrada de liquidación de aportes PILA.

En efecto, el Decreto 1670 de 2007 definió las fechas en que debe realizarse el pago de aportes, según se trate de responsables con más o menos de 200 trabajadores y según los últimos dos dígitos del documento de identificación o número de registro tributario NIT.

El criterio uniforme de pago frente al sistema se modificó, aplicándose entonces términos diferenciados por empleador o responsable y fechas de vencimiento que se definen por días hábiles en cada mes.

Para responsables de más de 200 trabajadores aplica la siguiente tabla:

Tabla 3

Dos últimos dígitos NIT o documento de identificación	Día hábil de vencimiento
00 al 10	1°
11 al 23	2°
24 al 36	3°
37 al 49	4°
50 al 62	5°
63 al 75	6°
76 al 88	7°
89 al 99	8°

Para responsables de menos de 200 trabajadores aplica la siguiente tabla:

Tabla 4

Dos últimos dígitos NIT o documento de identificación	Día hábil de vencimiento
00 al 08	1°
09 al 16	2°
17 al 24	3°

Dos últimos dígitos NIT o documento de identificación	Día hábil de vencimiento
25 al 32	4°
33 al 40	5°
41 al 48	6°
49 al 56	7°
57 al 64	8°
65 al 72	9°
73 al 79	10
80 al 86	11
87 al 93	12
94 al 99	13

El no pago oportuno de los aportes genera cuatro efectos principales:

a) La suspensión en la condición de afiliación del responsable y, por ende, la suspensión en los beneficios de los trabajadores, en particular la interrupción en el pago de la cuota monetaria de subsidio familiar y demás prestaciones económicas, incluido el subsidio familiar de vivienda de interés social.

b) Retiro por expulsión de la caja de compensación familiar en caso de reincidencia en la mora.

c) La causación de intereses de mora⁽²⁰⁾, liquidados conforme lo ordena el Estatuto Tributario en su artículo 635, tal como fue modificado por el artículo 12 de la Ley 1066 de 2006⁽²¹⁾, a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera.

(20) Sobre la causación de intereses en el sistema existían dudas. Con la referencia del artículo 54 de la Ley 383 de 1997 en cuanto a remisión de normas de administración y control tributario en relación con el pago de aportes parafiscales sobre la nómina, se abrió el entendimiento a la posible causación de aquellos (Concepto 13586 de 1997 de la Superintendencia del Subsidio Familiar). Dichos intereses fueron definidos en forma inequívoca a partir de la adopción de la Ley 1066 de 2006, en cuyo artículo 3° se establecía:

“Intereses moratorios sobre obligaciones. A partir de la vigencia de la presente ley, los contribuyentes o responsables de las tasas, contribuciones fiscales y contribuciones parafiscales que no las cancelen oportunamente deberán liquidar y pagar intereses moratorios a la tasa prevista en el Estatuto Tributario”.

En la actualidad la liquidación de los mismos se realiza ...

(21) “ART. 12.—Modifíquese el artículo 635 del Estatuto Tributario, el cual queda así:

“Artículo 635. Determinación de la tasa de interés moratorio. Para efectos tributarios y frente a obligaciones cuyo vencimiento legal sea a partir del 1° de enero de 2006, la tasa de interés moratorio será la tasa equivalente a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora.

d) La imposición de multas por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar⁽²²⁾.

El otro aspecto a considerar en cuanto a la obligación de pago de aportes tiene que ver con la base de liquidación del mismo y sus condiciones.

Se ha comentado ya cómo el aporte al sistema de compensación familiar para el reconocimiento del subsidio corresponde exclusivamente al empleador, por lo cual se afirma que se aplica en este sistema un esquema de contribución patronal.

Pero adicionalmente, y a diferencia de lo ocurrido en el ámbito de las pensiones y la salud, el pago de las contribuciones parafiscales atípicas en este caso se realiza sobre un referente colectivo o grupal, esto es, no se liquidan los aportes por individuo sino en bloque en relación con el concepto de nómina.

Dicho concepto fue desarrollado expresamente por el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, para el cual por nómina mensual se entiende "la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y, además, los verificados por descansos remunerados y convencionales o contractuales".

También dispone dicha norma que los pagos salariales que se realicen en moneda extranjera deberán ser considerados en la nómina, "liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago".

Los artículos 127⁽²³⁾ y 128⁽²⁴⁾ del Código Sustantivo del Trabajo definen lo que se entiende por salario y los factores de tal en el régimen laboral del sector pri-

(Cont. nota 21)

"Las obligaciones con vencimiento anterior al 1° de enero de 2006 y que se encuentren pendientes de pago a 31 de diciembre de 2005 deberán liquidar y pagar intereses moratorios a la tasa vigente el 31 de diciembre de 2005 por el tiempo de mora trascurrido hasta este día, sin perjuicio de los intereses que se generen a partir de esa fecha a la tasa y condiciones establecidas en el inciso anterior".

(22) Conforme lo preceptuado por el numeral 18 del artículo 24 de la Ley 789 de 2002, la Superintendencia del Subsidio Familiar podrá imponer multas sucesivas hasta de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Fonede a los empleadores que incurran entre otras causas en "no pagar cumplidamente los aportes de las cajas y no girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la caja de compensación familiar de acuerdo con las disposiciones legales".

(23) "ART. 127.—Subrogado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones".

(24) "ART. 128.—Subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. No constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador,

vado, en tanto la Ley 4 de 1992 establece los criterios generales en lo referente a la remuneración de los servidores públicos⁽²⁵⁾.

En concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicado 923 de 1996, se aclara que como base para liquidar los aportes parafiscales con destino al Sena no se deben incluir conceptos que a la luz de la ley laboral no sean salario.

Por su parte en concepto 11001-03-06-000-2010-00060-00 de la misma sala del 8 de febrero de 2011 y con ponencia del consejero Luis Fernando Álvarez Jaramillo, se aclaran los conceptos de salario tanto para el sector privado como para el público, en relación con los elementos que sirven de base para liquidar el aporte al ICBF y la noción de vacaciones compensadas en dinero.

A partir de allí se han ido aclarando los conceptos, tras distinguir los ítems que constituyen prestaciones sociales y los que quedan excluidos de los componentes de lo que se entiende por salario como suma retributiva de los servicios prestados.

Las incapacidades por carecer del carácter salarial no deben ser tenidas en cuenta para efectos de la base de cálculo para el pago de aportes parafiscales⁽²⁶⁾.

En cuanto a las vacaciones, se tiene que en su carácter de descanso obligatorio sí deben ser consideradas para efectos de liquidar dichos aportes, teniendo en cuenta además que la parte final del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 incorpora para estos efectos la noción de pagos verificados por descansos remunerados de ley. Lo mismo acontece con los pagos por vacaciones compensadas en dinero⁽²⁷⁾.

Sobre este último ítem, el Ministerio de la Protección Social había señalado que en cuanto a las vacaciones no disfrutadas por el trabajador y pagadas al fi-

(Cont. nota 24)

como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones o de servicios o de navidad”.

(25) Artículo 4° del Decreto Ley 1042 de 1978.

(26) Conceptos 12871 de 1996 y 4602 de 1998 de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

(27) Concepto 1714 de 1998 de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

nal de la relación laboral, surgía discusión por tener carácter indemnizatorio y no de descanso remunerado. A partir del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 2011, la Superintendencia del Subsidio Familiar mediante Circular Externa 009 de 2011 orientó a las cajas de compensación familiar sobre la materia señalando que dichas vacaciones compensadas en dinero sí hacen parte de la base para efectos de liquidar los aportes parafiscales con destino a la financiación del sistema.

No ocurre así en el sector privado respecto de las primas de vacaciones, pues el artículo 128 del C.S.T. señala que ellas no constituyen salario⁽²⁸⁾.

Es de mencionar que el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 reiteró lo señalado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 y estableció que no integran la base para liquidar aportes con destino al Sena, al ICBF, a la ESAP, al régimen del subsidio familiar y a las contribuciones a la seguridad social establecidas en la Ley 100 de 1993, “los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte”.

Así las cosas, el auxilio de transporte no se considera para estos efectos en el sector privado, pero sí en el ámbito de las relaciones laborales del sector público⁽²⁹⁾.

No sobra señalar que la base de liquidación de este tipo de aportes se considera a partir de los conceptos que por salario se paguen a todos los trabajadores vinculados por contrato laboral y no toma en cuenta otro tipo de vinculaciones ni de contrataciones por terceras personas, las cuales tendrán que pagar los correspondientes aportes por los trabajadores bajo su cargo.

Las validaciones y controles al respecto se han refinado en grado sumo con la implementación de PILA, lo que permite superar dificultades que antes eran frecuentes. Según este esquema, no hay posibilidad que el responsable fraccione el cumplimiento de sus obligaciones parafiscales con el sistema de protección social o que emplee bases diferentes por subsistema, por ejemplo.

En lo que se refiere a las cooperativas de trabajo asociado, la base de liquidación del aporte que se denomina contribución especial se calcula sobre la suma de las compensaciones ordinarias y extraordinarias mensuales devengadas por los asociados, conforme al artículo 2º de la Ley 1233 de 2008⁽³⁰⁾. En ningún

(28) Concepto 4482 de 1997 de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

(29) Concepto 6377 de 1997 de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

(30) “ART. 22.—Elementos esenciales de las contribuciones especiales. La actividad de trabajo desempeñada por parte de los asociados dará origen a las contribuciones especiales, a cargo de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado y con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena–, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– y a las cajas de compensación familiar.

caso podrán establecerse mecanismos para que dichas contribuciones especiales sean financiadas totalmente o parcialmente por los trabajadores asociados.

Si el aportante cancela demás a una caja de compensación familiar, tendrá derecho a solicitar el reembolso en la medida en que obre de buena fe y para evitar un enriquecimiento sin causa de la administradora, como en el evento de no retirar trabajadores que han dejado materialmente de prestar servicios. De otro lado, ocurre con relativa frecuencia que el retraso en la actualización de la base de datos de trabajadores hace que los aportes se imputen por personas no vinculadas a la caja de compensación familiar, por lo cual se trasladan a una cuenta especial para identificación, de tal forma que debe el empleador proceder a realizar las aclaraciones del caso, considerando que en este evento no hay lugar a reembolso pues materialmente sí era responsable de aporte sobre ellos, no obstante que los mismos no figuraban inscritos o actualizados en la base de información de la caja.

Finalmente, en lo que se refiere al cumplimiento de la obligación de pagar los aportes, conviene considerar como referencia histórica que las cajas de compensación familiar estaban habilitadas para recaudar los dineros que los empleadores debían cancelar al Sena⁽³¹⁾ y al ICBF⁽³²⁾ y que constituyen el célebre 9% de

(Cont. nota 30)

"Para todos los efectos, el ingreso base de cotización para la liquidación de las contribuciones especiales con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena- y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- será la compensación ordinaria mensual establecida en el régimen de compensaciones, y para las cajas de compensación familiar será la suma de la compensación ordinaria y extraordinaria mensual devengadas.

"La tarifa será igual al nueve por ciento (9%) y se distribuirá así: tres por ciento (3%) para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, dos por ciento (2%) para el Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena- y cuatro por ciento (4%) para la caja de compensación. En ningún caso las contribuciones de que trata esta ley serán asumidas por el trabajador o asociado".

- (31) En sus orígenes el aporte al Sena era del 1%. El artículo 11 de la Ley 21 de 1982 dispuso que éste equivaliera para el caso de las entidades estatales nacionales y territoriales al 1/2%, en tanto otro tanto se destina a la ESAP y un 1% para las Escuelas Industriales e Institutos Técnicos Nacionales. En el caso de las entidades descentralizadas por servicios y los responsables particulares el artículo 12 de la misma Ley dispuso que el aporte al Sena fuera del 2%, pudiendo recaudarse también por conducto de las cajas de compensación familiar.
- (32) Ley 89 de 1988, "ART. 1º—A partir del 1º de enero de 1989 los aportes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, ordenado por las leyes 27 de 1974 y 7 de 1979, se aumentan al tres por ciento (3%) del valor de la nómina mensual de salarios.
- "PAR. 1º—Estos aportes se calcularán y pagarán teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios establecidos en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y se recaudarán en forma conjunta con los aportes al Instituto de Seguros Sociales -ISS- o los del Subsidio Familiar hechos a las cajas de compensación familiar o a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Estas entidades quedan obligadas a aceptar la afiliación de todo empleador que lo solicite.

contribución parafiscal a su cargo, cobrando una comisión a dichas entidades por la operación del recaudo⁽³³⁾. Se debe entender a nuestro juicio esta figura como antecedente de los esquemas de recaudación centralizada que se ejecutan por conducto de los operadores de información a través del sistema PILA. En la actualidad ya no opera este mecanismo, precisamente por cuanto a partir de lo ordenado por el artículo 15 de la Ley 797 de 2003 se ha estructurado un proceso integrado de autoliquidación de aportes, desde el cual se recaudan y transfieren directamente los aportes parafiscales a los diferentes destinatarios.

3.3.1. Régimen de mora en el pago de aportes

Capítulo aparte merece la consideración sobre el efecto del retiro de la caja de compensación familiar cuando el responsable no cancela los aportes debidos.

Anteriormente era el artículo 45 de la Ley 21 de 1982 el que regulaba el efecto de la reincidencia en la mora en el pago de aportes al sistema. Dicha norma preceptuaba que se perdía la calidad de afiliado a la caja de compensación familiar, por medio de resolución motivada del consejo directivo respectivo, cuando el empleador o responsable incurría en causa grave, entendiéndose por esta además del suministro de información falsa, de la violación al régimen de salarios mínimos y del envío de informes que den lugar a la disminución de aportes o al pago fraudulento del subsidio, la "reincidencia en la mora del pago de los aportes".

Según lo indicado por el artículo 46 del Decreto 341 de 1988, se consideraba reincidente en la mora el responsable que dejaba de cancelar tres (3) mensualidades consecutivas de aportes al sistema de compensación familiar, pasados los cuales se consolidaba la causa grave para decretar la expulsión.

Adicionalmente el inciso tercero del artículo 45 de la Ley 21 de 1982 consagraba otro efecto para el caso de los empleadores que eran expulsados por el no pago de aportes o por su defraudación, consistente en no ser aceptados por otra caja de compensación familiar "hasta tanto no satisfaga los aportes debidos o reintegre los valores cobrados fraudulentamente a la respectiva caja".

(Cont. nota 32)

"El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– también podrá recaudar los aportes. Los recibos expedidos por las entidades recaudadoras constituirán prueba del pago de los aportes para fines tributarios".

(33) El monto de dicha comisión era de hasta el ½ % de lo recaudado para el caso del Sena (art. 69 D. 341/1988) y del ICBF (art. 2º L. 89/1988), debiendo girarse los dineros recaudados en un término no más allá de los 20 días del mes siguiente a aquel en que se hubieren recibido por la caja de compensación familiar.

Esta medida generaba un impacto directo sobre los trabajadores de aquellos empleadores, pues, por hecho de estos, aquellos quedaban descubiertos del sistema.

Importantes modificaciones en estas materias introdujo la Ley 789 de 2002. En efecto, en lo que respecta a la mora como causal de retiro de los empleadores y responsables del aporte en el sistema, el parágrafo 4 del artículo 21 consagró un nuevo régimen⁽³⁴⁾.

La norma estableció directamente el procedimiento que debe seguirse, señalando asimismo los términos y recursos que proceden en este trámite, acercándolo al ejercicio de función administrativa en la materia por parte de las cajas de compensación familiar frente a la condición del responsable del aporte, como deudor de recursos parafiscales especiales.

La mora será considerada una vez transcurridos dos (2) meses de cesación en el pago de aportes. Igualmente, cuando se acredite por la caja con aplicación, no sobra decirlo, de los postulados del debido proceso, la inexactitud en los aportes declarados y pagados en el mismo término, se deberá dar oportunidad al responsable de colocarse al día o ajustar los pagos realizados en forma incorrecta, dentro del término de un (1) mes, contado a partir de la liquidación de lo debido, la cual deberá constar en escrito debidamente comunicado al afiliado. Pasado este plazo, procederá la desafiliación del empleador o responsable afiliado, conforme al procedimiento interno que se tenga establecido por la caja de compensación familiar.

La Ley 789, en su artículo 21, parágrafo cuarto, prescribió que la liquidación de aportes deberá hacerse por quien tenga a su cargo esa función dentro de la caja —nominalmente, el jefe de aportes— y establece como recurso para el responsable afiliado el de apelación que se resolverá por el representante legal de la corporación, esto es, su director administrativo. Proferida la decisión de este o en firme el acto expedido por el encargado de los aportes, la liquidación tendrá efectos de título ejecutivo frente al cobro de lo adeudado. Por la naturaleza de la función, a nuestro juicio en este procedimiento se deben aplicar los prin-

(34) "PAR. 4º—Cuando una caja deba desafiliar a una empresa o afiliado, por mora de dos (2) meses en el pago de sus aportes o inexactitud en los mismos, deberá previamente darle oportunidad de que se ponga al día o corrija las inconsistencias, para lo cual otorgará un término de 1 mes contado a partir del recibo de la liquidación escrita de lo adeudado. Pasado el término, procederá a su desafiliación, pero deberá volver a recibir la afiliación si se la solicitan, previa cancelación de lo adeudado, más los aportes correspondientes al tiempo de la desafiliación.

"La liquidación realizada por el jefe de aportes de la caja, con recurso de apelación ante el representante legal de la misma, será título ejecutivo para el cobro de los aportes adeudados".

ceptos constitucionales pertinentes, así como los contenidos en la primera parte del Código Contencioso Administrativo vigente y los generales del nuevo estatuto administrativo.

Con la liquidación de aportes que presta mérito ejecutivo, equiparándose en esto a las decisiones adoptadas por otras operadoras de la seguridad social como las entidades promotoras de salud, procederá el cobro judicial de la deuda bien por no pago o por pago inexacto de los aportes⁽³⁵⁾.

Conforme lo establecido por la Ley 712 de 2001, dicho cobro judicial deberá adelantarse ante la justicia laboral y de seguridad social y se surtirá por el proceso ejecutivo.

Conviene tener presente que los jueces han sido especialmente estrictos en la acreditación del título para dar vía al cobro ejecutivo; en particular cuando se instauran este tipo de actuaciones, requieren a la parte actora que acredite la existencia de un título ejecutivo de carácter complejo.

Ello supone entonces que se soporten documentalmente en el proceso:

- a) La liquidación de la deuda expedida por el jefe de aportes de la respectiva caja de compensación familiar.
- b) La prueba de su radicación en las dependencias del empleador o afiliado, donde se acredite la fecha de su recibo.
- c) La constancia de ejecutoria de la liquidación proferida por el mismo funcionario que la emitió, en la cual se indique si la decisión fue apelada.
- d) En caso de haberse apelado la liquidación, deberá adjuntarse la decisión de segunda instancia (consideramos, además, con la constancia de su radicación en las dependencias del interesado).

Los jueces han considerado que solamente un mes después de entregada la liquidación al deudor o una vez decidido el recurso de apelación –si se interpuso– es procedente llevar a cabo el trámite de ejecución.

(35) No sobra señalar que, con antelación a que se expidiera la Ley 789 de 2002, había dudas sobre el procedimiento a seguir en el caso de mora en el pago de aportes. El artículo 51 del Decreto 341 de 1988 tímidamente establecía al respecto que: “Las cajas de compensación, el Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena–, la Escuela Superior de Administración Pública y los trabajadores beneficiarios del empleador desafiliado por mora en el pago de sus aportes podrán exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación”. Así mismo el artículo 6° del Decreto 562 de 1990 establecía la posibilidad para que las cajas de compensación familiar se integraran como litisconsortes voluntarios en los procesos adelantados por trabajadores contra empleadores incumplidos en el pago del aporte y del subsidio familiar.

En cuanto a la procedencia del recurso de apelación consideramos el mismo debe intentarse dentro de los cinco (5) días posteriores al recibo de la comunicación del acto de liquidación de aportes, por aplicación analógica del régimen contencioso administrativo y no en el plazo del mes para pagar o ajustar el aporte, pues repárese en que este se reconoce en la ley para efectos de la procedencia de la expulsión del responsable, pero no para lo concerniente al ejercicio del derecho de contradicción.

Es pertinente tener en cuenta que la realización de acciones de cobro por aportes insolutos o pagados en forma inexacta constituye una obligación de las cajas de compensación familiar, corporaciones que en su carácter de administradoras deben ejecutar todas las acciones que un hombre prudente en los negocios realizaría para garantizar el adecuado recaudo de los recursos del sistema.

Bajo la nueva institucionalidad, conviene considerar además que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP– tiene a su cargo, entre otras, la función de “adelantar, de manera principal o subsidiaria, acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social” (num. 22, art. 6º, D. 5021/2009), así como coordinar entre las instituciones del sistema los esquemas de recaudo y fiscalización.

No obstante que en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 se le otorgaban amplias funciones a dicho organismo en cuanto a la ejecución del cobro coactivo a deudores de contribuciones parafiscales, el Decreto Ley 169 de 2008 y las disposiciones que lo desarrollaron acotaron su campo de acción para disponer que las entidades estatales que continúen en la operación de la protección social ejercerán su función de cobro coactivo, en tanto las operadoras particulares, como en el caso las cajas de compensación familiar, mantendrán sus esquemas de fiscalización, recaudo y cobro. Por esta razón continúan las cajas con la responsabilidad de ejecutar las acciones prejudiciales de cobranza, la actuación administrativa que concluya con la emisión del título ejecutivo correspondiente y el adelantamiento del proceso ejecutivo judicial que corresponda en el caso de acreencias por aportes parafiscales.

3.3.2. *Regímenes especiales de aportes*

Apartado especial merece la consideración sobre regímenes especiales de aporte dentro del sistema de compensación familiar.

En efecto, no se trata de considerar el caso de regímenes exceptuados o de apreciar poblaciones que no deban ser afiliadas al sistema, sino de analizar las normas que establecen condiciones o niveles especiales en cuanto al pago de aportes del 4% y los efectos de ellos en el sistema y en las prestaciones a los trabajadores.

Sea lo primero tener en cuenta que en Colombia es atípico el establecimiento de categorías diferenciales de aportes al sistema de seguridad social, excepción hecha de lo concerniente al pago de los parafiscales atípicos que nutren al sistema de compensación familiar, al Sena y al ICBF. No se han considerado reducciones o exoneraciones en el pago de cotizaciones pensionales o de salud, por ejemplo estimando el tamaño de los empleadores.

Como se ha apreciado con antelación, el debate sobre el impacto de dichos aportes en la generación de empleo formal en el país ha dejado huellas. Entre ellas las concernientes a la ejecución de propuestas orientadas a la exoneración o reducción de aportes parafiscales para ciertas categorías de empresas o por vinculación de determinada tipología de trabajadores.

Conviene tener presente que el sistema mismo se erigió inicialmente como de alcance limitado a cierto tipo de empresas, considerando aquellas de mayor tamaño que tuvieran un capital superior a cien mil pesos (\$100.000) o que ocuparan no menos de veinte (20) trabajadores permanentes. Desde esa perspectiva los empleadores que no se incluyeran en las mencionadas categorías no estaban obligados a afiliarse al sistema y tampoco lo estaban a realizar el pago del aporte del 4% sobre su nómina.

Con el correr de los años, el sistema de compensación familiar se extendió al sector público y a todos los empleadores, sin discriminación en cuanto a la afiliación ni al aporte, modelo que se conservó hasta el nuevo siglo, cuando las presiones relacionadas con las tasas recurrentes de desempleo y la elevada informalidad laboral colocaron sobre la mesa de la discusión pública el impacto de los costos extrasalariales como factor causante de aquellos fenómenos; de hecho también se ha discutido la inflexibilidad del salario mínimo y su alto importe en comparación con otros países de la región y la productividad de los trabajadores, como factor que influye en la contratación laboral informal.

No existe en Colombia aún o en forma institucionalizada un régimen del subsidio familiar subsidiado; esto es, el sistema de compensación familiar se basa en la contribución de los responsables afiliados, sin que sus prestaciones se nutran mediante la asignación de recursos de origen fiscal. Alguna de las instituciones contenidas en la Ley 1429 de 2010 en cuanto al manejo de aportes por ciertos trabajadores, que resultan descontables del impuesto de renta, constituyen, como se verá adelante, un anticipo en esa dirección, que representa una opción válida e interesante para asegurar la universalización del sistema sin afectar su financiación ni impactar negativamente en sus coberturas materiales.

En el año 2000 se expidió la Ley 590 por la cual se dictaron disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas.

El desarrollo del mercado laboral en el país ha estado ampliamente influido por la gestión de dichas empresas; en el caso específico del sistema de com-

pensación familiar, aquellas representan cerca del 95% (79% MIPYMES y 16% para empresas de hasta 49 trabajadores) de los responsables afiliados y generan el 33% de los puestos laborales que corresponden a los trabajadores afiliados al sistema.

Bastante tinta se ha gastado en la consideración sobre las mejores formas de impulsar el desarrollo de dichas empresas. En particular, los estudios han señalado las grandes dificultades que aquellas tienen para consolidarse, por lo que se han ejecutado proyectos de incubación de empresas tales y más recientemente se han diseñado estrategias para favorecer la consolidación de mercados en los que puedan intervenir, así como se han proyectado mecanismos para hacer más productivas a las mismas; factores estos últimos que estimamos críticos, más allá de los referidos a la reducción de costos empresariales, en especial en los frentes de la seguridad social.

La aludida Ley 590 de 2000 definió dichas categorías de empresas considerando dos parámetros, planta de personal y activos totales, este segundo como factor predominante en caso de combinaciones diferentes a las de la tipología, así:

Mediana empresa: entre 51 y 200 trabajadores y activos totales por valor entre 5.001 y 15.000 SMLMV.

Pequeña empresa: entre 11 y 50 trabajadores y activos totales por valor entre 501 y menos de 5.001 SMLMV.

Microempresa: planta de personal no superior a 10 trabajadores y activos totales por valor inferior a 501 SMLMV.

Vale la pena referir que se presentaron casos de controversia sobre la incorporación de empresas a los programas de beneficios, pues algunas aludían a que su incorporación en las categorías mencionadas se daba únicamente por el cumplimiento de uno de los dos parámetros, más allá del texto mismo de la ley.

Como incentivo a la creación de empresas de tales condiciones, el artículo 43 de la Ley 590 estableció un régimen de exoneración parcial, temporal y decreciente, en virtud del cual se aplicaban las siguientes reducciones en el pago de aportes al Sena, al ICBF y al sistema de compensación familiar (9% sobre la nómina) para empresas que se constituyeran e instalaran a la partir de la promulgación de la ley: 75% para el primer año de operación, 50% para el segundo año de operación y 25% para el tercer año de operación.

El acceso a estos beneficios no era automático y dependía de la solicitud del empresario.

Para efectos de acceder a los beneficios, la norma requería que la empresa se constituyera e instalara; lo primero implicaba su constitución a través de es-

critura pública en el caso de las personas jurídicas y del registro en la cámara de comercio en los demás eventos.

A su turno, la instalación de la empresa requería de memorial dirigido a la Administración de Impuestos y Aduanas respectiva, en el que se expresara lo siguiente:

- a) Intención de acogerse a los beneficios de la norma.
- b) Actividad económica de la empresa.
- c) Capital de la empresa.
- d) Lugar de ubicación de su planta física o inmueble en el cual se ejecutará la actividad económica.
- e) Domicilio principal.

El parágrafo 2 del citado artículo 43 excluía de los beneficios de la ley a las empresas constituidas con anterioridad a su promulgación, en tanto el parágrafo 3 disponía un régimen sancionatorio para quienes hicieran uso abusivo de los beneficios⁽³⁶⁾.

La efectividad de la medida fue muy limitada; durante una década el número de empresas que se acogieron a los beneficios era prácticamente inexistente, lo que algunos explicaban por el desconocimiento de la norma, en tanto otros atribuían a la exigencia de instalación que implicaba un trámite adicional ante la DIAN. Se reitera, los beneficios eran rogados, en la medida en que si los empresarios no los solicitaban no procedían.

De otro lado, téngase en cuenta que nada se preveía en la disposición comentada sobre las prestaciones que el sistema habría de dispensar a los trabajadores de las empresas que se acogieran a los beneficios por reducciones del aporte parafiscal. Lo anterior implicaba que así se redujera el aporte durante los 3 primeros años de constitución e instalación de la empresa, en forma decreciente, los trabajadores afiliados por estas empresas a las cajas de compensación familiar gozarían de los derechos plenos en subsidios y servicios.

Fruto de la preocupación por la inoperancia de la medida y a instancia especialmente del Departamento Nacional de Planeación y el comité de competitividad, se dictó el Decreto 525 de 2009 por el cual se reglamentó el citado artículo 43 de la Ley 590 de 2000.

(36) "Parágrafo 3. Quienes suministren información falsa con el propósito de obtener los beneficios previstos en el presente artículo deberán pagar el valor de las reducciones de las obligaciones parafiscales obtenidas, y además una sanción correspondiente al doscientos por ciento (200%) del valor de tales beneficios, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar".

Una de las principales medidas de dicho decreto se concretó en interpretar que el acto de instalación de las empresas beneficiarias era equivalente a la expedición del RUT en el cual conste que se cumple con los requisitos exigidos en la ley, sin que se requiriese documento independiente dirigido a la DIAN con los datos a los que aludía el artículo 43 reglamentado.

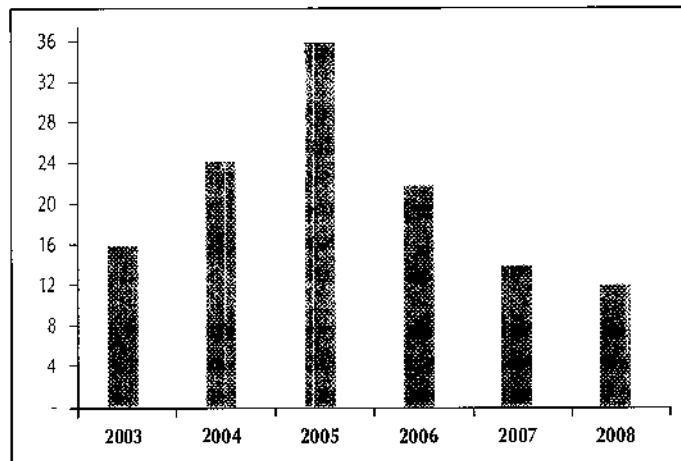
No sobra advertir que a nuestro juicio este desarrollo reglamentario presenta vicios de ilegalidad, en la medida en que hizo caso omiso a un requisito que no obstante su posible inconveniencia había sido definido en forma explícita por el legislador. Esto es, la ley había requerido memorial independiente ante la DIAN para la instalación de la empresa, y el decreto reglamentario lo sustituía por el acto de inscripción o de actualización en el RUT.

A su turno, el Decreto 525 de 2009 reguló algunos otros aspectos concernientes al acceso a los beneficios, entre ellos: i) se entenderá que el primer año de operación de las empresas beneficiarias se contará a partir de la fecha reportada como de inicio de la actividad económica principal conforme al formulario del registro único tributario –RUT–, ii) las empresas que hubiesen iniciado actividades durante los 3 años anteriores al 23 de abril de 2009 (dos meses después de la fecha de vigencia del decreto) y deseen gozar del beneficio podrán hacerlo, actualizando el RUT como requisito de instalación, iii) conforme lo previsto por el artículo 4º del decreto, “las empresas constituidas, instaladas y que estén operando tendrán derecho al beneficio consagrado en el artículo 43 de la Ley 590 de 2000 en el porcentaje que resulte aplicable dependiendo del tiempo transcurrido desde la fecha de inicio de la operación, iv) lo dispuesto en el decreto se aplicará sin perjuicio de la situación de las empresas con derecho a solicitar la devolución de lo pagado en exceso, disposición del artículo 5º que generaba dificultades interpretativas en cuanto que como el beneficio era rogado y dependía de la constitución e instalación de la empresa, no se entendía fácilmente la existencia de casos de reembolso, y v) la DIAN y la Superintendencia de Sociedades deberían suministrar información al Ministerio de la Protección Social para el control en la aplicación de los beneficios.

La implementación del nuevo régimen reglamentario tampoco causó un incremento considerable en el uso de los beneficios.

El siguiente gráfico muestra la poca utilización del régimen especial consagrado a partir de la Ley 590.

Gráfico 41
Empresas con exención



Fuente: *Informes Estadísticos C.C.F. Superintendencia del Subsidio Familiar - Oficina de Planeación Grupo de Estadística.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo, habilita al Gobierno Nacional para establecer un nuevo régimen de tipificación de empresas modificando lo definido en la Ley 590; en tanto se dictan los actos reglamentarios continuará vigente el artículo 2° de la citada Ley 590 de 2000.

Más allá de las disposiciones especialmente orientadas a la reducción de aportes parafiscales en beneficio de medianas, pequeñas y micro empresas, que aún están vigentes como se explicará más adelante, la Ley 789 de 2002 estableció regímenes especiales de aportes en disposiciones contenidas en sus artículos 13 y 14 –que pasamos a analizar–, no obstante la vigencia del esquema contemplado en la primera de estas disposiciones ya se extinguió.

El capítulo IV de la Ley 789 de 2002 se estructuró sobre la base de adoptar un régimen especial de aportes para la promoción del empleo. Dentro de aquel, el objeto del artículo 13 era excluir del pago de los correspondientes aportes sobre la nómina a los empleadores, respecto de los nuevos trabajadores, cuando cumplieran las siguientes condiciones⁽³⁷⁾:

(37) "Régimen especial de aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Servicio Nacional de Aprendizaje y a las cajas de compensación familiar. Estarán excluidos del pago de los correspondientes aportes al Régimen del Subsidio Familiar Servicio Nacional

a) Que vincularan trabajadores adicionales a los que tenían en promedio en 2002, incluyendo los contratados indirectamente o en misión.

(Cont. nota 37)

de Aprendizaje, Sena, e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, los empleadores que vinculen trabajadores adicionales a los que tenían en promedio en el año 2002, con las siguientes características o condiciones, siempre que estos no devenguen más de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes:

"1. Personas que hayan sido vinculadas para prestar un servicio a las empresas desde los lugares donde se encontraran privadas de la libertad o fueren vinculadas, mediante contrato de trabajo sin solución de continuidad, después de haber recobrado su libertad.

"2. Personas con disminución de su capacidad laboral superior al veinticinco por ciento (25%) debidamente calificada por la entidad competente.

"3. Reinsertados de grupos al margen de la ley, debidamente certificados por la entidad competente.

"4. Personas entre los 16 y los 25 años y trabajadores mayores de 50 años.

"5. Jefes cabeza de hogar según la definición de que trata la presente ley.

"Parágrafo 1º. Las empresas que pretendan contratar conforme a la presente disposición deberán acreditar las siguientes condiciones:

"a) El valor de los aportes al Sena, ICBF y cajas de compensación al momento y durante toda la ejecución del contrato debe ser igual o superior a la suma aportada durante el período inmediatamente anterior a la contratación, ajustada por el IPC certificado por el DANE.

"Se entiende como período de contratación el promedio de los últimos doce (12) meses causados anteriores a la contratación;

"b) Que no tengan deudas pendientes frente a períodos anteriores por concepto de aportes parafiscales a pensiones, salud, riesgos profesionales, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje y cajas de compensación familiar.

"Parágrafo 2º. El valor de los aportes exentos no podrá representar más del diez por ciento (10%) de los aportes que la empresa deba realizar en forma ordinaria con relación a cada uno de los aportes parafiscales objeto de exención temporal. Empresas entre cinco y diez trabajadores tendrán derecho a la exención de aportes por un trabajador adicional.

"Parágrafo 3º. El Gobierno podrá definir períodos de permanencia adicional de los trabajadores beneficiarios de la exención, conforme la duración del beneficio a favor del empleador. En los períodos adicionales, conforme las reglas que el Gobierno defina para su aplicación, habrá lugar al pago pleno de aportes.

"Parágrafo 4º. La exención prevista en este artículo se aplicará siempre que la tasa de desempleo certificada por el DANE sea superior al doce (12%) mientras persista la situación en la respectiva región en la que opere el sistema de cajas y máximo tendrá una vigencia de 4 años contados a partir de la fecha en que entre a regir la presente ley.

"Parágrafo 5º. Para efecto de la presente ley se considera jefe cabeza de hogar desempleado la persona que demuestre haber sido afiliada anteriormente (como cotizante y no como beneficiaria) a una EPS o una caja de compensación, con personas a cargo y que en momento de recibir el subsidio no sea afiliada como empleada ni a una EPS, ni a una caja de compensación, ni como cotizante ni como beneficiario.

"Esta condición deberá ser declarada bajo juramento por el jefe cabeza de hogar ante la empresa que lo contrate y que solicite cualquiera de los subsidios de que trata la presente ley, en formulario que al efecto deberá expedir el Gobierno.

- b) Que dichos trabajadores no devengaran más de tres SMLMV.
- c) Que los trabajadores adicionales vinculados como jefes cabeza de hogar se ubicaran en una de las siguientes categorías: (i) Personas que presten servicios desde los lugares en los que se encuentren privados de la libertad o después de recobrada su libertad; (ii) Personas con disminución de su capacidad laboral superior al 25%, debidamente calificada; (iii) Personas reinsertadas, debidamente certificadas; y (iv) Personas entre los 16 y 25 años de edad y mayores de 50 años.
- d) Que el monto de los aportes al momento de la contratación adicional y durante toda la ejecución de la misma fuera igual o superior a la suma aportada en promedio durante los últimos 12 meses, ajustada por el IPC.
- e) Que no tuvieran deudas pendientes por concepto de aportes al sistema de seguridad social integral.

Como límite de la exención se estableció que el valor de los aportes exentos no podría representar más del 10% de los aportes que la empresa debía en forma ordinaria. Empresas entre 5 y 10 trabajadores tendrían derecho a exención por un trabajador adicional.

Como condición general del incentivo se tenía que el régimen especial se aplicaría mientras que la tasa de desempleo fuera superior al 12% en la respectiva región y, en todo caso, se incorporó una vigencia temporal para el régimen especial, pues el mismo solamente se aplicaría por cuatro años a partir de la vigencia de la ley.

Por jefe cabeza de hogar entendió la ley a la persona que demuestre haber sido afiliada anteriormente, como cotizante y no como beneficiaria, a una EPS o a una caja de compensación, con personas a cargo y que en momento de recibir el subsidio no sea afiliada como empleada ni a una EPS ni a una caja de compensación, ni como cotizante ni como beneficiaria.

(Cont. nota 37)

"Parágrafo 6°. Para los propósitos de este artículo, se consideran trabajadores adicionales aquellos que sobrepasen la suma de los contratados directamente y registrados de acuerdo con el promedio del año 2002 en las cajas de compensación familiar más los contratados indirectamente o en misión, a través de empresas temporales, cooperativas, empresas de vigilancia o similares. Para tal efecto, estas empresas intermediarias reportarán a las cajas de compensación el número de trabajadores que tenían en misión para cada empleador en el año 2002".

El interesado declarará bajo juramento esta situación ante la empresa que lo contrate⁽³⁸⁾.

Uno de los elementos de especial mención en lo relativo a esta disposición es el relacionado con la acreditación de las condiciones que daban lugar a la aplicación del régimen especial de aportes y al sistema de control correspondiente⁽³⁹⁾, para evitar que por él se presentaran fenómenos de elusión o fraude, de los cuales quiso cuidarse el legislador al fijar, entre otras prescripciones, las siguientes:

a) Condición para la procedencia del régimen especial de aportes consistente en la vinculación de trabajadores adicionales, que no devenguen más de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes. El punto de referencia se toma según el promedio de trabajadores a cargo del empleador durante el año 2002. Cobraba importancia el señalamiento del aludido promedio, para lo cual se exigían pruebas sobre la nómina anual anterior, si esta no reposaba en la caja.

b) Se asume que la vinculación a los trabajadores adicionales debía darse bajo el régimen laboral, con cumplimiento de las normas y garantías del Código Sustantivo del Trabajo.

c) En complemento de lo anterior, el literal a) del párrafo 1 del comentado artículo 13 disponía que el monto de los aportes del empleador al momento de aplicar el beneficio frente a trabajadores adicionales debía ser igual al del período anterior, o superior, y en todo caso incrementado según el IPC. Por período de contratación se tomaba el promedio de los últimos 12 meses previos a la contratación adicional. Para la fijación del promedio del año anterior se tendrían en cuenta, según lo dispone el párrafo 6 del artículo, los trabajadores—según el régimen del Código Sustantivo del Trabajo— que hayan sido contratados en forma indirecta por el empleador, recurriendo a empresas tempora-

(38) Para establecer la condición de jefe cabeza de hogar habrá de tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 14 del Decreto 586 del 1º de marzo de 2004, que a su vez modifica el artículo 14 del Decreto 2340 de 2003, el cual quedará así: "Artículo 14. Jefes cabeza de hogar desempleados. Para efectos del presente decreto, se considera Jefe Cabeza de Hogar Desempleado la persona que acredite esta condición conforme lo señalado en el párrafo 5 del artículo 13 de la Ley 789 de 2002.

"Dicha condición se acreditará, de conformidad con lo señalado en el párrafo 2 del artículo 15 del presente decreto.

"Párrafo. Los interesados que sin encontrarse vinculados a una EPS, pero por hallarse en el período de protección laboral de que trata el artículo 75 del Decreto 806 de 1998 permanezcan en sus sistemas de información, podrán recibir el subsidio al desempleo".

(39) Decreto 2286 de 2003, ART. 7º—Verificación de las condiciones y requisitos para la exclusión del pago de aportes. Corresponde a las cajas de compensación familiar, mientras dure la exclusión del pago de los aportes, verificar mensualmente el cumplimiento por parte de los empleadores, de las condiciones y requisitos que para tal efecto señala el presente decreto".

les, cooperativas, de vigilancia o similares, lo que implica las de similar naturaleza tales como aseo y mantenimiento y, en general, bajo la modalidad de *out sourcing*. Estas empresas intermediarias deberían reportar, a solicitud –se entiende– del empleador interesado, el número de trabajadores que tenía aplicado al aludido empleador.

d) Existía un máximo aplicable para la procedencia del régimen especial. El 10% del monto total de los aportes del empleador no podría ser excedido por la vinculación de personal adicional. Si la contratación es superior a dicho monto, se ajustaría en todo caso el régimen especial al porcentaje señalado y los trabajadores adicionales por sobre ese nivel quedarían cubiertos por el régimen ordinario de aportes.

e) Si el gobierno fijaba períodos adicionales de permanencia del trabajador bajo el régimen especial, por tales períodos se cancelarían los aportes que correspondieran en forma plena bajo el régimen ordinario (par. 3, art. 13, L. 789/2002). Se le otorgaban entonces al gobierno facultades para establecer condiciones adicionales para la procedencia del beneficio como períodos de vinculación laboral superiores.

f) La duración de los efectos del régimen especial de aportes se extendería durante el período en que se encontrare vigente la contratación y se cumpliría con los requisitos señalados por el artículo 13 de la ley (esto es, que se mantenga el nivel salarial y se dé aplicación a lo dispuesto por el párrafo 1 de la norma).

g) En todo caso se fijó un término para la extensión del régimen general de cuatro años, esto es hasta el 27 de diciembre del año 2006, fecha en la cual los trabajadores que se encontraren bajo dicha modalidad pasarían por obra de la ley al régimen ordinario y el empleador asumirá las obligaciones del caso.

La existencia del régimen especial de aportes se encontraba sometida a una condición, en virtud de la cual se aplicaría hasta que la tasa de desempleo en la región en la que operara la caja, según certificación del DANE, fuera superior al 12%⁽⁴⁰⁾. Si dicha tasa se ubica en el aludido porcentaje o en uno menor, operarían los efectos del paso al régimen ordinario de aportes. Es posible que pos-

(40) Decreto 2286 de 2003, ART. 4º—Aplicación del beneficio de exclusión de aportes. El beneficio de la exclusión de aportes se aplicará siempre y cuando la tasa de desempleo en la región en la que funcione la caja de compensación familiar supere el doce por ciento (12%), de acuerdo con el párrafo 4 del artículo 13 de la Ley 789 de 2002.

“Para tal efecto, la caja de compensación familiar a la cual se encuentre afiliada la empresa deberá solicitar la certificación expedida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, en la que conste la tasa de desempleo de la región donde funcione la respectiva caja de compensación familiar”.

teriormente la tasa de desempleo se incrementara, por lo cual se podría aplicar nuevamente el régimen especial, estando dentro del término de cuatro años atrás citado, pero en todo caso frente a trabajadores adicionales –a ese momento– y con el lleno de los requisitos de ley.

El régimen especial de aportes coexistía, sin que se pudieran duplicar los beneficios por las mismas personas, con el régimen establecido para el pago de aportes por parte de las micro, pequeñas y medianas empresas en los términos de la Ley 590 de 2000. Vale la pena anotar que esta disposición no contemplaba exigencias en materia de calidad de los trabajadores, mantenimiento de nómina y temporalidad señaladas sí por la Ley 789 de 2002, por lo cual era posible que una empresa de aquellas aplicara el beneficio de la Ley 590 frente a una porción de sus trabajadores y el régimen especial de aportes previsto por la Ley 789 en relación con otra, siempre y cuando, se reitera, acreditara los requisitos del caso.

Este régimen especial de aportes se estableció como un beneficio a favor del empleador, con el propósito de facilitar la generación de empleo adicional formal, por lo cual su establecimiento se dio desde la óptica de la empresa y tuvo carácter, por ello, excepcional y transitorio.

Esta consideración permitió concluir que si bien no quedó expreso en el texto final del artículo comentado, como sí en el texto de la ponencia para primer debate, que la exclusión del pago de aportes conllevaba el no reconocimiento de cuota monetaria para los trabajadores que se vincularan en las condiciones mencionadas, dicho efecto era necesario pues lo contrario implicaba romper el principio del sistema de subsidio y compensación familiar y establecer a cargo de las cajas una obligación sin soporte financiero, que no fue expresamente atribuida por ley⁽⁴¹⁾.

Esa conclusión se reforzaba con la interpretación integral de la Ley 789, en particular al revisar la norma que corresponde al literal a) del artículo 19, en cuanto a afiliación voluntaria de los trabajadores que se hayan incorporado a la nómina del empleador bajo el régimen especial de aportes, los cuales podrían acceder a servicios de la corporación en recreación, capacitación y turismo social, pero no a cuota monetaria (la norma alude al pago de subsidios: inciso pri-

(41) La redacción del artículo 6º del Decreto reglamentario 2286 de 2003 parecería asumir una postura contraria, si bien tal consecuencia no tiene asidero legal: “Efectos del beneficio de la exclusión del pago de aportes. Los trabajadores adicionales por lo cuales se aplica el beneficio de exclusión del pago de aportes de que trata el presente decreto gozarán de las mismas prestaciones sociales o beneficios que otorga la caja de compensación familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena– y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, a los demás trabajadores” (cursivas fuera del texto). Habrá de entenderse sin cobertura con subsidio en dinero o cuota monetaria, en los términos de la Ley 789 de 2002.

mero del artículo 19 ib.) Si los trabajadores del régimen especial de aportes hubieran podido percibir por mandato legal cuota monetaria, sobraría y sería incongruente dicha disposición, posterior, además, de la Ley 789⁽⁴²⁾.

No obstante, no hubo debates prácticos sobre este punto pues el empleo del régimen especial de aportes fue también insignificante dentro del sistema en tanto estuvo vigente. Para algunos, la inoperancia del mismo también se debió al desconocimiento sobre sus alcances, en tanto otros argumentaron el desinterés de los empleadores por someter a parte de sus trabajadores a un régimen exceptivo que les restringía el acceso a servicios dentro del sistema de compensación familiar.

El 12 de agosto de 2003 el Ministerio de la Protección Social expidió el Decreto 2286, por el cual reglamentó el artículo 13 de la Ley 789. El decreto tuvo por objeto establecer el procedimiento de acreditación de las condiciones para la exclusión del pago de aportes por parte de los empleadores, de conformidad con la referida norma.

La Superintendencia del Subsidio Familiar por su parte profirió la Circular Externa 08 del 16 de junio de 2004 por medio de la cual instruyó a las cajas de compensación familiar sobre el desarrollo de actividades de promoción y publicidad en cuanto al régimen especial establecido por el artículo 13 de la ley, con el propósito de ampliar su cobertura⁽⁴³⁾.

La experiencia en lo atinente a la aplicación de la norma evidenció la poca efectividad de esta, entre otras razones por las expresadas por los empleadores, en cuanto al no cumplimiento de los requisitos en relación con la generación de nuevos empleos, el no resultarles representativa la exclusión de aportes en un

(42) Como quedó expresado, los trabajadores del régimen especial no accedían a cuota monetaria. A esta materia, sin embargo, se refirió el artículo 6° del Decreto 2286 de 2003, a través de redacción que ofreció alguna duda, por cuanto daba a entender conclusión contraria. En efecto, la norma dispone: "Efectos del beneficio de la exclusión del pago de aportes. Los trabajadores adicionales por los cuales se aplica el beneficio de exclusión del pago de aportes de que trata el presente decreto, gozarán de las mismas prestaciones sociales o beneficios que otorga la Caja de Compensación Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, a los demás trabajadores".

(43) "Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 789 de 2002 y Decreto 2286 del 1° de agosto de 2003, relacionado con la exclusión del pago de aportes por parte de los empresarios al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Servicio Nacional de Aprendizaje y a las cajas de compensación familiar, las entidades vigiladas por esta Superintendencia deberán a partir de la fecha contemplar, dentro de las actividades de promoción que adelantan y en el plan de publicidad establecido para las Corporaciones, la divulgación amplia y suficiente sobre el beneficio determinado en las citadas normas. De igual forma, deben atender de manera eficiente y oportuna las solicitudes presentadas al respecto por los diferentes empleadores".

10% o el no querer excluir a un grupo de sus trabajadores de la prestación subsidio familiar en cuota monetaria, lo que generaba situaciones de inequidad al interior de las empresas.

Por su parte el artículo 14 de la misma ley estableció un régimen especial de aportes para estudiantes⁽⁴⁴⁾.

En efecto, una modalidad particular del régimen especial de aportes lo constituye la establecida por el artículo 14 de la Ley 789 de 2002 en relación con estudiantes menores de 25 años y mayores de 16 años, que tengan jornada de estudio mínima diaria de cuatro horas y que se encuentre vigente. Si tales estudiantes trabajan en jornadas hasta de cuatro horas diarias o jornadas flexibles de 24 horas semanales, sin exceder la jornada diaria de seis horas, quedarán exonerados los empleadores que los vinculen laboralmente de realizar por ellos pagos de aportes por el 9% con destino al Sena, al ICBF y al sistema de compensación familiar. El beneficio por los trabajadores estudiantes en estas condiciones no se extenderá más allá de un número de vinculados que represente el 10% de la nómina a cargo del empleador. Para esta categoría de trabajadores bajo régimen exceptuado de aportes se fijó un régimen sin limitación temporal ni condicionamientos en cuanto a índices de desarrollo del país o niveles de desempleo.

Recientemente la recurrencia en la informalidad laboral llevó al Gobierno del presidente Juan Manuel Santos a impulsar la adopción de un nuevo régimen para estimular el empleo y la formalización laboral y empresarial, lo que concluyó con la adopción de la Ley 1429 de 2010.

Este instrumento contiene cuatro grandes estrategias para el logro de sus objetivos: i) la adopción de incentivos para la formalización empresarial, ii) la adopción de incentivos para la generación de empleo y la formalización laboral, iii) la simplificación de trámites para la formalización empresarial y iv) el sistema nacional de información sobre demanda de empleo.

(44) "Régimen especial de aportes para estudiantes. Los estudiantes menores de 25 años y mayores de 16 años con jornada de estudio diaria no inferior a cuatro (4) horas, que a su vez trabajen en jornadas hasta de cuatro (4) horas diarias o jornadas flexibles de veinticuatro (24) horas semanales, sin exceder la jornada diaria de seis (6) horas, se regirán por las siguientes normas:

- a) Estarán excluidos de los aportes al ICBF, Sena y cajas de compensación familiar, siempre que no representen más del diez (10%) por ciento del valor de la nómina de la respectiva empresa;
- b) Sus empleadores deberán efectuar los aportes para pensiones, salud y riesgos profesionales, en las proporciones y porcentajes establecidos en las leyes que rigen el Sistema de Seguridad Social, y su base de cotización será como mínimo un (1) salario mínimo mensual legal vigente, SMLMV".

En los términos de su artículo 1º, el propósito de la Ley 1429 es “la formalización y la generación de empleo, con el fin de generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas; de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse”.

Para los efectos de cobertura, la norma define como pequeñas empresas sujetas de la misma a “aquellas cuyo personal no sea superior a 50 trabajadores y cuyos activos totales no superen los 5.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes” (art. 2º L. 1429/2010). El inicio de la actividad económica de estas se hace coincidir con la fecha de inscripción en el registro mercantil.

La disposición contiene, en el ámbito de los incentivos a la formalización, variados esquemas que pasan por la adopción de un régimen progresivo creciente para el pago de impuesto de renta y derechos de registro mercantil, la simplificación de trámites y normas referentes a la gradualidad en el pago de aportes parafiscales.

El artículo 5º de la ley establece lo siguiente:

Progresividad en el pago de los parafiscales y otras contribuciones de nómina. Las pequeñas empresas que inicien su actividad económica principal a partir de la promulgación de la presente ley realizarán sus aportes al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, así como el aporte en salud a la subcuenta de solidaridad del Fosyga de forma progresiva, siguiendo los parámetros mencionados a continuación:

Cero por ciento (0%) del total de los aportes mencionados en los dos primeros años gravables, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Veinticinco por ciento (25%) del total de los aportes mencionados en el tercer año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Cincuenta por ciento (50%) del total de los aportes mencionados en el cuarto año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Setenta y cinco por ciento (75%) del total de los aportes mencionados en el quinto año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Ciento por ciento (100%) del total de los aportes mencionados del sexto año gravable en adelante, a partir del inicio de su actividad económica principal.

PAR. 1º—Para el caso de las pequeñas empresas que inicien su actividad económica principal a partir de la presente ley, que tengan su

domicilio principal y desarrollen toda su actividad económica en los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, la progresividad seguirá los siguientes parámetros:

Cero por ciento (0%) del total de los aportes mencionados en los ocho (8) primeros años gravables, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Cincuenta por ciento (50%) del total de los aportes mencionados en el noveno (9°) año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Setenta y cinco por ciento (75%) del total de los aportes mencionados en el décimo (10) año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Ciento por ciento (100%) del total de los aportes mencionados del undécimo (11) año gravable en adelante, a partir del inicio de su actividad económica principal.

PAR. 2°—Los trabajadores gozarán de todos los beneficios y servicios derivados de los aportes mencionados en el presente artículo desde el inicio de su relación laboral, sin perjuicio de los trabajadores actuales.

PAR. 3°—Los trabajadores de las empresas beneficiarias del régimen de progresividad de aportes a que se refiere el presente artículo tendrán derecho durante los dos (2) primeros años a los servicios sociales referentes a recreación, turismo social y capacitación otorgados por las cajas de compensación familiar. A partir del tercer año, además de los anteriores servicios sociales, tendrán derecho a percibir la cuota monetaria de subsidio en proporción al aporte realizado y subsidio de vivienda. Una vez se alcance el pleno aporte por parte de sus empleadores, gozarán de la plenitud de los servicios del sistema.

Siguiendo el derrotero de la Ley 590 de 2000, se fijó un régimen escalonado y progresivo de pago de aportes parafiscales para pequeñas empresas en los términos de la definición que la propia norma consagra, la cual incluye la exoneración de los mismos por los dos primeros años desde el inicio de su actividad económica y el pago creciente hasta alcanzar la totalidad de la contribución parafiscal en el sexto año.

Este mecanismo no considera tipo de trabajadores vinculados y se refiere objetivamente al apoyo a empresas que se constituyan, entendiéndose que las mismas demandan del Estado una reducción de las cargas fiscales y parafiscales.

Como no se aplican en este caso recursos de impuestos para cubrir las prestaciones específicamente en el sistema de subsidio familiar, se dispone en paralelo un acceso progresivo y escalonado a los servicios de la compensación familiar, con lo cual se persiguió atender criterios de sustentabilidad y no impactar desfavorablemente el funcionamiento de las cajas de compensación familiar en perjuicio de los trabajadores ya afiliados. Entre los cálculos debatidos al momento de la consideración del proyecto de ley, Asocajas refería que por la aplicación futura de la ley se dejarían de percibir ingresos calculados entre un 8% y un 10% de los aportes actuales.

Repárese que en el caso de las entidades territoriales exceptuadas, prácticamente se elimina la parafiscalidad para financiar estos servicios de la protección social por cuanto se dispone una exoneración plena por espacio de ocho años.

Por los dos primeros años de la exoneración total temporal, los trabajadores de las pequeñas empresas que hagan uso de ella accederán exclusivamente a los servicios sociales de recreación, turismo social y capacitación; a partir del tercer año, cuando la exoneración se vuelve parcial, tendrán derecho al subsidio familiar de vivienda de interés social –pleno– y a cuota monetaria de subsidio en forma proporcional al monto del aporte realizado y creciente en los años siguientes, hasta alcanzar en el sexto la plenitud tanto del aporte como del disfrute del subsidio en dinero.

Equilibra pues la norma los intereses de empleadores de medianas empresas, trabajadores y cajas de compensación familiar, en la medida en que adopta exoneraciones de aportes acordes con el acceso a servicios y aplica criterios de progresividad.

No obstante se planteaba la discusión constitucional sobre la validez de la adopción de medidas tales que por algunos años implican la diferenciación en el acceso a una prestación social y de la seguridad social a trabajadores, por el hecho de ser contratados por empresas beneficiarias de incentivos estatales; en efecto, un trabajador de estas no percibirá cuota monetaria de subsidio por los dos primeros años de su vinculación con una empresa que se constituya en los términos de la Ley 1429 de 2010 y a partir del tercero lo recibirá en forma proporcional, esto es en monto del 25% de la cuota ordinaria para ese año, del 50% para el cuarto año y del 75% para el quinto año y solamente a partir de la sexta anualidad percibirá la misma cuota de subsidio de que disfruta otro trabajador que realice la misma actividad para una empresa no catalogada dentro de las beneficiarias de la ley. Los análisis sobre igualdad, razonabilidad del tratamiento y progresividad de la seguridad social tendrán que hacerse en esta materia, aplicando además la consideración del criterio de sostenibilidad fiscal contenido en el Acto Legislativo 3 de 2011.

Sobre este tema, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-629 de 2011 con ponencia del magistrado Humberto Sierra Por-

to, declaró exequible el artículo 5° de la Ley 1429 de 2011 en cuanto a la aludida progresividad de aportes y de beneficios señalando entre otros aspectos, según puede establecerse del comunicado de prensa correspondiente:

“La Corte reiteró que una restricción de un derecho social puede justificarse si con esa medida se promueve efectivamente otro derecho, siempre y cuando la restricción resulte adecuada y proporcionada a la promoción del otro derecho. A su vez, la promoción del empleo es una finalidad de importancia constitucional suficiente para autorizar una reforma laboral que reduzca ciertas protecciones a los trabajadores, siempre y cuando esa reducción resulte adecuada, indispensable y proporcionada al propósito buscado.

“Efectuado el juicio de igualdad del trato diferenciado que se establece en la norma bajo examen, la Corte encontró que: (i) Según lo sostenido en la exposición de motivos de la ley, la progresividad en los aportes parafiscales (entre otros, los que se realizan a las cajas de compensación), busca garantizar la supervivencia y la formalización de las pequeñas empresas, lo que a su vez repercute en la generación del empleo formal, finalidades que guardan estrecha relación con numerosos preceptos constitucionales, tales como el principio de Estado social de derecho, el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social, entre otros. Esto permite afirmar que la medida persigue propósitos imperiosos a la luz del ordenamiento constitucional vigente. (ii) De acuerdo con los estudios que se citan en la ponencia para el primer debate del proyecto, que finalmente se convertiría en la Ley 1429 de 2010, existe un alto porcentaje de desaparición de empresas durante los tres primeros años contados desde la fecha de su creación, por lo tanto la disminución de los costos que deben afrontar durante este período es conducente para garantizar su supervivencia. Igualmente, los mismos estudios señalan que la disminución de las cargas tributarias es un incentivo para la formalización de aquellas empresas que operan de manera informal. Al mismo tiempo, tanto la supervivencia empresarial como la formalización permiten la generación de empleo formal, que es la finalidad última perseguida por el precepto demandado, de manera que la medida prevista en la norma legal resulta adecuada para este propósito. (iii) En cuanto a la necesidad de la medida, la Corte reiteró que en esta materia el legislador goza de un amplio margen de configuración y que como lo ha señalado la jurisprudencia, ante las diversas opciones que existen, en principio, el juez constitucional debe aceptar los argumentos económicos propuestos en las estrategias para combatir el desempleo adoptadas por el Congreso y el instrumento adoptado, producto del debate democrático, que en el caso concreto no son manifiestamente irrazonables, sino que configura una de las medidas tomadas después de un estudio cuidadoso. Observó que el precepto demandado hace parte de un cuerpo normativo que prevé una pluralidad de medidas que apuntan al mismo propósito: la generación de empleo formal y como tal, puede argumentarse que este fin último sólo puede alcanzarse mediante la combinación de

los mecanismos previstos por el legislador para tales efectos. (iv) Finalmente, en lo que hace referencia al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, la Corte señaló que si bien la progresividad en el pago de la cuota monetaria puede reducir sensiblemente los ingresos de los trabajadores, máxime si se tiene en cuenta que el subsidio familiar es una prestación social reconocida a trabajadores cuya remuneración no supera los cuatro (4) salarios mínimos mensuales, en todo caso, la previsión demandada no resulta desproporcionada, porque se trata de una afectación de carácter temporal que sólo se aplicará durante un período determinado en un ámbito delimitado, no generalizado y cesará una vez finalice el período de ajuste señalado en la ley, pues la posibilidad de acogerse a este incentivo por parte de los empleadores cesa el 31 de diciembre de 2014. Además, la medida no afecta el núcleo fundamental del derecho a percibir el subsidio familiar, pues esta prestación tiene componentes extrapatrimoniales que se garantizan a todos los trabajadores del país, inclusive a aquellos vinculados a empresas que no están haciendo contribuciones parafiscales”.

Conforme lo preceptuado por el parágrafo 1 del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010, la vigencia de este régimen especial será hasta el 31 de diciembre del año 2014, es decir, cobijará a las pequeñas empresas que se constituyan hasta esa fecha.

El desarrollo reglamentario de la disposición fue incorporado en el Decreto 545 de 2011; dentro del mismo se alude con especial detenimiento al mecanismo para hacer efectivos los incentivos en tanto se adoptan las medidas informáticas del caso y se dispone que las cámaras de comercio divulguen el alcance del régimen. En el artículo 4º de dicho decreto se dispone como condición para preservar los beneficios que el aportante conserve su calidad en cuanto a la acreditación de los requisitos habilitantes para el régimen especial, lo cual acreditará mediante manifestación al momento de realizar la renovación anual de la matrícula mercantil. El artículo 6º, por su parte, se refiere a la exclusión de los beneficios del régimen especial de aportes⁽⁴⁵⁾.

(45) “ART. 6º—Exclusión de la aplicación de los beneficios de los artículos 5º y 7º la Ley 1429 de 2010. No podrán acceder o mantener los beneficios de que tratan los artículos 5º y 7º de la Ley 1429 de 2010 las personas naturales o jurídicas que desarrollan pequeña empresa que se encuentren en las siguientes situaciones:

“a. Las personas naturales, que con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, cancelen su matrícula mercantil y soliciten una nueva matrícula como persona natural siempre y cuando se refiera a la misma actividad económica;

“b. Las personas naturales y jurídicas que se hayan acogido a los beneficios previstos en los artículos 5º y 7º de la Ley 1429 de 2010 y adquieran la calidad de inactivas en los términos del artículo 7º del presente decreto;

“c. Las personas jurídicas creadas como consecuencia de la escisión de una o más personas jurídicas existentes;

Para la operatividad de este mecanismo de incentivo, el Ministerio de la Protección Social adoptó la Resolución 0773 del 15 de marzo de 2011 por medio de la cual se modificó el campo 7 sobre descripción detallada del registro del archivo tipo 1 Datos Generales del Aportante y se incluyó la aclaración correspondiente para dar cabida en la planilla integrada de liquidación de aportes PILA a este tipo de responsables del subsidio que estarán exentos de aportes —por un término— o que pagarán parcialmente los aportes según el régimen expuesto. Los aportantes en tal condición deberán registrarse como clase de aportante D y los operadores de información tendrán a su cargo que verificar “consultando la información que suministre el Ministerio de la Protección Social, si la empresa se encuentra en el listado de aportantes beneficiarios del artículo 5º de la Ley 1429 de 2010” (art. 4º, Res. 0773/2011, Miniprotección Social).

En cuanto a restricciones para el acceso a los beneficios, la norma dispone que se prohíbe su disfrute a empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de la ley y que tengan el mismo objeto social, la misma nómina y establecimiento (s) de comercio, el mismo domicilio, los intangibles o los activos de una empresa liquidada. Se refiere así mismo una especial vigilancia de la Uni-

(Cont. nota 45)

“d. Las personas jurídicas creadas a partir de la vigencia de la ley como consecuencia de una fusión.

“e. Las personas jurídicas reconstituidas después de la entrada en vigencia de la ley en los términos del artículo 250 del Código de Comercio.

“f. Las personas jurídicas creadas después de la entrada en vigencia de la Ley 1429 de 2010, en cuyos aportes se encuentren establecimientos de comercio, sucursales o agencias transferidos por una persona jurídica existente o una persona natural y que hubieran sido destinados a desarrollar una empresa existente;

“g. Las personas jurídicas que adquieran, con posterioridad a su constitución, establecimientos de comercio, sucursales o agencias de propiedad de una persona jurídica existente o una persona natural que desarrolle una empresa existente;

“h. Las personas naturales que desarrollen empresas creadas después de la entrada en vigencia de la Ley 1429 de 2010, en cuyos activos se encuentren establecimientos de comercio, sucursales o agencias que hayan sido transferidos por una persona jurídica existente o una persona natural que desarrolle una empresa existente.

“i. Las personas naturales o jurídicas existentes antes de la vigencia de la ley y que creen sucursales, agencias o establecimientos de comercio después de la vigencia de la ley.

“PAR.—Las autoridades responsables de la aplicación de los beneficios de que tratan los artículos 5º y 7º de la Ley 1429 de 2010, en ejercicio de las funciones de control y vigilancia que sean de su competencia podrán requerir información adicional para comprobar que una persona natural o jurídica reúne las calidades para acceder al beneficio o para conservarlo.

“2. Las cámaras de comercio, en los términos establecidos en el artículo 36 del Código de Comercio, podrán exigir a la persona natural o jurídica, información que acredite lo declarado en el formulario relativa al cumplimiento de las condiciones prescritas en el artículo 1º del presente decreto”.

dad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) sobre este aspecto del control.

Como no hubo precisión en la Ley 1429 de 2010, procede considerar el relacionamiento de esta con las previsiones que sobre incentivos a Mipymes contiene la Ley 590 de 2000. A nuestro criterio y en cuanto se refiera a empresas no cobijadas por la Ley de 2010 o a las que les resulte más favorable, el régimen de aquella mantiene vigencia; esto es, para el caso de empresas de hasta 200 trabajadores por ejemplo, será posible que, con el cumplimiento de los requisitos y procedimientos del anterior régimen, accedan a los beneficios en la reducción de aportes a que dicha norma se refiere.

A diferencia de lo señalado para el régimen especial de aportes de la Ley 590 que opera por petición del interesado, en el que consagra la Ley 1429 de 2011 se procura que este sea automático, esto es, que no implique procedimiento especial ni solicitud particular del aportante beneficiario, lo que se reitera en la práctica al considerar las instrucciones dadas a los operadores de información de la planilla integrada de liquidación de aportes.

Por otro lado la Ley 1429 de 2010 contiene regulaciones adicionales en procura de incentivar la generación de empleo y la formalización laboral en los sectores urbano y rural.

Para lograr dicho fin respecto de grupos vulnerables establece un descuento en el impuesto sobre la renta y complementarios equivalente al valor de los aportes parafiscales (Sena, ICBF y sistema de compensación familiar), aportes en salud a la subcuenta de solidaridad del Fosyga y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima que realicen los contribuyentes por la contratación de i) personas menores de 28 que no sean reemplazo de personal contratado con anterioridad (hasta por 2 años), ii) personas en situación de desplazamiento, en proceso de reintegración o en condición de discapacidad, que no sean reemplazo de personal contratado con anterioridad (hasta por 3 años) y iii) mujeres que al momento de la contratación sean mayores de 40 años y durante los últimos 12 meses hayan estado sin contrato de trabajo (hasta por 2 años).

Repárese en que la adopción de estos incentivos impacta directamente la masa del recaudo fiscal y no tiene que ver con la operación y financiación del sistema de compensación familiar. Es decir, el responsable del subsidio contrata nuevo personal dentro de las categorías expuestas y paga regularmente los aportes parafiscales atípicos; posteriormente en su proceso de declaración de renta procederá a descontar los pagos que por aportes haya realizado respecto de dichos nuevos trabajadores, sin que en momento alguno se impacten las prestaciones que el sistema de subsidio familiar haya de reconocerles a estos.

La aplicación de mecanismos tales de incentivo resulta de alto provecho pues demanda un esfuerzo no solamente de trabajadores y cajas de compensa-

ción familiar, sino que compromete el empeño fiscal, lo cual es deseable cuando se trata de extender beneficios de la seguridad social y a la vez amparar la formalización laboral o lograr otros objetivos de la política pública.

En lo que se refiere a los incentivos para la generación de empleo y la formalización laboral frente a personas de bajos ingresos, la Ley 1429 de 2010 dispone un descuento hasta por dos años en el impuesto de renta y complementarios equivalente al valor de los aportes parafiscales (Sena, ICBF y sistema de compensación familiar), aportes en salud a la subcuenta de solidaridad del Fosyga y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima que realicen los contribuyentes por la contratación de trabajadores nuevos que devenguen menos de 1,5 SMLMV, siempre que el empleador responsable del impuesto (i) incremente el número de empleados con relación al número que cotizaban a diciembre del año anterior y (ii) incremente el valor total de la nómina con relación al valor de dicha nómina del mes de diciembre del año gravable. Le corresponderá al sistema integrado de información PILA acreditar la condición de novedad de dichos trabajadores de bajos ingresos, la cual podrá acreditarse aun cuando hubiesen estado incorporados a PILA en calidad de trabajadores independientes.

Conforme lo prescrito por el artículo 12 de la Ley 1429 de 2011, los beneficios causados por la contratación de ciertas categorías de personas no serán acumulables. Téngase en cuenta precisamente que mientras aquellos consagrados por el artículo 5º en cuanto a exoneración o reducción temporal de aportes se originan en forma objetiva, en estos últimos eventos el incentivo se causa en consideración al tipo de trabajadores vinculados y sin que, a diferencia de aquel, se reduzcan los beneficios prestacionales en el sistema pues los aportes se mantienen, con la variante según la cual su importe podrá ser descontado en renta por el aportante contribuyente de este tributo.

Como se aprecia, de esta recopilación histórica existen en el sistema varias categorías en cuanto al pago de aportes y, por ende, distintos grupos de trabajadores afiliados al mismo según su incorporación a la compensación familiar se dé por conducto de un responsable u otro. Hay que precisar entre empleadores y cooperativas y, respecto de estas, tener en cuenta el monto de su facturación anual; igualmente debe considerarse si se trata de Mipymes o de pequeñas empresas en los términos de lo regulado por las leyes 590 de 2000 y 1429 de 2011 o del régimen que se adopte a partir de lo prescrito por el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, en cuanto a la modificación de la tipología empresarial que se recoge en dicha Ley 590.

3.4. Cumplimiento de los estatutos de la caja de compensación familiar

Constituye otra obligación a cargo de los empleadores y responsables del subsidio familiar.

Como el acto de afiliación se concreta en la incorporación del empleador o responsable a una corporación sin ánimo de lucro, sometida al régimen privado de organización, surge entre ellos un relacionamiento corporativo en los mismos términos del que se origina cuando un asociado se integra a una entidad tal. La diferencia es que, en el caso del sistema de compensación familiar, la adscripción a la caja es de carácter obligatorio, por lo que puede afirmarse la existencia de una relación de carácter legal y reglamentario.

En virtud de dicho relacionamiento y como acontece en el caso de toda vinculación a una corporación, los afiliados están en la obligación de cumplir y respetar los estatutos de la entidad y de abstenerse de realizar cualquier acto en su contra sin fundamento jurídico⁽⁴⁶⁾.

Los estatutos de las cajas de compensación familiar y sus reformas deben ser expedidos por la asamblea general de afiliados y, a su turno, tienen que ser aprobados por la Superintendencia del Subsidio Familiar, según lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 47 de la Ley 21 de 1982.

4. POBLACIÓN CUBIERTA POR EL SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR

Así como hemos empleado una terminología general no normativa para identificar a los responsables del subsidio familiar, preferimos referirnos a quienes son cubiertos por el sistema en términos amplios como poblaciones atendidas.

Elo además en consonancia con la extensión de las funciones asignadas al sistema, la cual ha determinado la vinculación de nuevos colectivos a las cajas de compensación familiar.

En efecto, si bien el sistema de compensación familiar nació para cubrir a los trabajadores dependientes del sector formal, amparando con las prestaciones –inicialmente solo de orden económico– a aquellos de menores y medianos ingresos, hoy son más amplias las poblaciones atendidas por las cajas de compensación familiar, por lo cual proponemos la siguiente clasificación, con referencia al régimen aplicable a cada una de las categorías identificadas.

4.1. Afiliados obligatorios

Aquellas personas naturales cuya vinculación es dispuesta por el régimen jurídico en tanto tienen derecho a percibir la prestación del subsidio familiar por

(46) Artículo 641 del Código Civil: “Los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan”.

ejecutar actividades de trabajo en el ámbito de la subordinación laboral o del trabajo cooperado.

Es obligación de los responsables del subsidio reportar la vinculación de los afiliados obligatorios al sistema y facilitar su incorporación a este. En caso de no hacerlo serán responsables tanto del pago de los aportes con los correspondientes intereses, como del reconocimiento de la prestación con la sanción de mora y de los demás efectos que por perjuicios se causen.

Esta afiliación es familiar, lo que implica que los afiliados obligatorios tienen derecho a vincularse al sistema junto con su grupo familiar.

Igualmente se trata de una afiliación particular por cada uno de los vínculos que generan el derecho, esto es, si la persona presta servicios para varios empleadores o para un empleador y a la vez es trabajador asociado a una cooperativa, se afiliará tantas veces al sistema, por conducto de una o de varias cajas, sin que pueda impetrarse improcedencia de la multifiliación, pues por el contrario, en el sistema de compensación familiar, aquella es de carácter obligatorio en consideración a las diferentes situaciones que hagan generar la condición de obligatoriedad en el vínculo del trabajador con una caja de compensación familiar.

El artículo 58 del Decreto 341 se refiere dando validez a lo expresado en materia de multifiliación al cómputo del límite de remuneración para efectos de acceder al subsidio monetario, en el caso de los trabajadores que prestan sus servicios a varios empleadores⁽⁴⁷⁾.

Repárese así mismo en que pueden concurrir la calidad de afiliado obligatorio con la de afiliado voluntario, en la medida en que, por ejemplo, un trabajador dependiente decida vincularse como independiente a otra o a la misma caja de compensación familiar, aportando bajo las reglas del artículo 19 de la Ley 789 de 2002. Aun cuando esta hipótesis es menos probable, su ocurrencia no está prohibida y puede ser una opción válida para cuando el trabajador desea acceder en forma voluntaria a los servicios de otra corporación respecto de la cual no tiene vínculo obligatorio.

En relación con el vínculo de afiliación de los trabajadores expresa el artículo 4° del Decreto 784 de 1989:

La afiliación de los trabajadores se entiende con relación a una determinada caja de compensación familiar en cuanto el respectivo em-

(47) "Artículo 58. Para efectos del límite de remuneración a que hace referencia el artículo 20 de la Ley 21 de 1982, en el caso de trabajadores que prestan sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta la suma de los valores recibidos en los distintos empleos".

pleador haya sido aceptado y permanezca vigente su vinculación por no haber sido objeto de retiro voluntario debidamente aceptado, expulsión o suspensión de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la citada Ley 21 de 1982.

El sistema no exige que los cónyuges o compañeros permanentes estén afiliados a una misma caja de compensación familiar, por cuanto se parte del supuesto según el cual la decisión sobre caja de compensación familiar es de carácter patronal y corresponde al derecho de movilidad que tiene cada empleador respecto de sus trabajadores a cargo, por lo cual el acto de afiliación de trabajadores no es individual sino grupal, en armonía con la afiliación a las cajas por parte de los responsables.

La condición de afiliados obligatorios al sistema la comparten también los trabajadores cooperados, al menos aquellos vinculados a cooperativas de trabajo asociado que facturen más de 435 SMLMV al año, pues si bien respecto de ellos las CTA no ostentan la condición de empleadores, al haberse reconocido por la Ley 1233 de 2008 la obligatoriedad en la realización del pago por la contribución especial del 4% sobre la nómina de compensaciones ordinarias y extraordinarias causadas al mes, surge el derecho al disfrute de la prestación del subsidio familiar y de los servicios sociales que brinda el sistema a través de las cajas de compensación familiar.

La principal característica de los afiliados obligatorios al sistema de subsidio familiar desde la perspectiva de los trabajadores subordinados o cooperados en relación con la demás población atendida por el sistema de compensación familiar es que solamente en su caso el régimen jurídico consagra la posibilidad de percibir cuota monetaria de subsidio. Esto es, a diferencia de los afiliados voluntarios, en sus diferentes categorías, los obligatorios tienen la vocación de ser titulares del subsidio familiar, siempre y cuando cumplan los requisitos fijados por la ley al respecto.

Si bien los afiliados obligatorios al sistema de subsidio familiar son tanto los trabajadores subordinados como los cooperados, nos referiremos a ellos en un solo concepto a partir de la idea de trabajadores.

Dichos afiliados obligatorios son de dos grandes categorías en los términos de lo expresado por el artículo 3° del Decreto 784 de 1989:

- a) Trabajadores afiliados
- b) Trabajadores beneficiarios

La diferencia de denominación se da por cuanto la primera expresa la condición general de todos los afiliados, bajo el entendimiento que se trata de "todos los trabajadores de carácter permanente que prestan sus servicios personales a

un empleador público o privado, afiliado a una caja de compensación familiar o a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero”.

Es decir por trabajadores afiliados entendemos, en la terminología del sistema, a todos los afiliados obligatorios.

La condición para ello es que se trata de trabajadores permanentes, esto es que no realicen actividades no propias del empleador o de la empresa, con carácter temporal, como en el evento de quienes desarrollan servicios personales con vocación de excepcionalidad: el plomero en el hogar o el constructor encargado de mejoras locativas en la oficina (art. 7° L. 21/1982).

De otra parte se reconocen como trabajadores beneficiarios a los afiliados obligatorios al sistema que tienen derecho a percibir la prestación del subsidio familiar, por cuanto su remuneración está dentro del límite fijado como requisito para acceder a ella y tienen personas a cargo (num. 2, art. 3°, D. 784/1989).

No todos los trabajadores afiliados obligatorios al sistema de compensación familiar son beneficiarios por cuanto no todos reúnen los requisitos para acceder al subsidio familiar. Desde otra perspectiva todos los trabajadores beneficiarios son afiliados al sistema.

Por efectos de la multifiliación, no obstante, no puede admitirse que un trabajador ostente las dos calidades, esto es, trabajador afiliado obligatorio de una caja de compensación familiar y trabajador beneficiario de otra, por cuanto su condición de beneficiario, en tanto depende de la acreditación de los requisitos para acceder a la prestación social subsidio familiar, no puede cambiar de una caja a otra y deberá en todo caso consultar su situación material y objetiva, tanto en la existencia de personas a cargo como en lo concerniente al número de horas laboradas y de las remuneraciones obtenidas, las cuales deben sumarse para efectos de constatar el límite de remuneración. No se pierda de vista, de otro lado, que la expresión beneficiarios en el sistema de subsidio familiar reviste otra connotación. En efecto, se entiende por aquellos a las personas a cargo del trabajador afiliado beneficiario, cuya existencia permite a este precisamente acreditar su condición de tal frente al sistema.

Frecuentemente se emplea entonces el término en los dos sentidos, de un lado para aludir a los trabajadores con derecho a subsidio y, de otro, para hacer mención de los miembros del grupo familiar del trabajador que dan derecho a dicha prestación, a saber los hijos, los hermanos y los padres de aquel.

Se reitera que la condición de afiliado obligatorio al sistema depende por esencia de la existencia de una relación de trabajo en la cual se presten servicios personales a cambio de una remuneración, bien bajo el esquema de subordinación o mediante el trabajo autogestionado que se integra en un ámbito cooperativo. Por ello no son afiliados obligatorios al sistema de compensación familiar

quienes, a pesar de realizar actividades de trabajo, lo hagan por finalidades distintas a la obtención de una remuneración, como en el caso de las amas y los amos de casa, los miembros de congregaciones religiosas vinculados sin ánimo de lucro, quienes integran organizaciones no gubernamentales y donan su tiempo y servicios, lo mismo que las personas que ostentan la condición de dueños de empresa o socios o gestores de proyectos económicos, pues respecto de ellos no se causa la relación de trabajo.

En cuanto a afiliados obligatorios al sistema de subsidio familiar, téngase en cuenta así mismo que en virtud de las disposiciones que regulan en la actualidad los regímenes especiales de aportes (L. 590/2000 y 1429/2011) apreciaremos la hipótesis de trabajadores afiliados respecto de los cuales no se realiza aporte o se paga en forma disminuida por un tiempo determinado; es decir, cuenta el sistema a partir de dichas disposiciones con afiliados obligatorios sometidos a régimen especial de aportes.

4.2. Afiliados voluntarios

Son aquellas personas naturales vinculadas al sistema de compensación familiar sin mandato de ley pero con autorización normativa, que no son titulares de la prestación subsidio familiar y que están habilitados para el disfrute de algunos o de todos los servicios que brindan las cajas de compensación familiar.

Respecto de ellas no se da materialmente relación de trabajo subordinado o autogestionado bajo el esquema cooperativo, por lo que tienen la opción de vincularse en forma voluntaria al sistema. Su incorporación al mismo en principio es de orden individual, esto es, no responde al esquema colectivo o grupal propio de la afiliación de los trabajadores afiliados obligatorios, respecto de los cuales su empleador o la cooperativa que los asocia efectúa una vinculación en grupo, excepto el caso de afiliados facultativos, que por convenio, como veremos, pueden integrarse de manera opcional a las cajas de compensación familiar en forma parecida a la vinculación grupal propia del relacionamiento obligatorio.

La principal diferencia de estos afiliados es que en ningún caso tienen derecho a percibir la prestación social subsidio familiar.

De otra parte, la selección de caja de compensación familiar es libre por parte del aspirante y no corresponde a un tercero⁽⁴⁸⁾. En oportunidades se ha

(48) No obstante se advierte que, en el caso de la afiliación de desempleados, por aplicación del literal c) del artículo 19 de la Ley 789 de 2002, habrá de entenderse que la vinculación procederá en la caja a la cual se encontraba afiliada la persona en su condición de trabajador activo.

pretendido aplicarle el criterio de territorialidad a la selección de caja, criterio que no compartimos pues precisamente se trata de un esquema voluntario de adscripción que para nada compromete la operación ordinaria del sistema en su carácter obligatorio. Repárese en que, por ejemplo, un afiliado obligatorio a una caja de compensación familiar en un departamento pudiera tener interés en vincularse con carácter voluntario a una caja del departamento vecino, sin que exista norma que le restrinja esa alternativa, siendo el espíritu de la cuestión el facilitar precisamente la prestación de los servicios sociales a diferentes poblaciones.

La cotización la paga en forma exclusiva el afiliado⁽⁴⁹⁾ y su importe no se considera para efectos de la distribución legal de los recursos que por aportes obligatorios perciben las cajas de compensación familiar. Esto significa que los aportes a cargo de los afiliados voluntarios ingresan al patrimonio de la caja seleccionada y que los mismos son empleadas en la ampliación de los servicios sociales, en consideración a la naturaleza de dichas corporaciones, sin que sean tenidos en cuenta para efectos de la distribución de aportes ni para la financiación del subsidio familiar. En este frente, las cajas de compensación familiar obran en lo que a nuestro juicio constituye un esquema adicional de cobertura, regido por principios y reglas de derecho privado.

Ni los recursos provenientes de los aportes obligatorios pueden ser empleados en la financiación de servicios para afiliados voluntarios, ni los recursos que por concepto de aportes de estos afiliados han de ser considerados para efectos de financiar las prestaciones del sistema de subsidio familiar en su categoría de obligatorio.

Existe pues en Colombia el esbozo de un régimen de cobertura adicional en servicios sociales, por el cual cancelan los interesados un importe que está por fuera de la cotización obligatoria y cuya naturaleza es diferente a la de los recursos parafiscales atípicos con que se nutre en lo esencial el sistema.

El surgimiento de las categorías de afiliados voluntarios al sistema se dio por el interés de universalizar los servicios sociales y ampliar la cobertura de la seguridad social, no obstante que este propósito se enfrenta a nuestro juicio con una barrera que con el tiempo será preciso flanquear, esto es, el desconocimiento para estas poblaciones del derecho al subsidio familiar.

A este respecto conviene referir una inconsistencia al interior del sistema en lo relacionado con el reconocimiento o no de la prestación subsidio

(49) Conforme el parágrafo 2 del artículo 19 de la Ley 789 de 2002, los aportes voluntarios a las cajas de compensación familiar se regirán en materia de impuesto de renta por las reglas tributarias que aplican frente a los aportes obligatorios.

familiar de vivienda de interés social para los afiliados voluntarios. En efecto, no existe disposición expresa que se refiera a la materia por lo cual el asunto ha quedado librado a la decisión particular que cada caja de compensación familiar adopte y determinado por las circunstancias externas de suficiencia o no de recursos y presiones de demanda por los mencionados subsidios.

Para algunas cajas de compensación familiar amparadas en concepto de la Superintendencia del Subsidio Familiar, por tratarse de afiliados en sentido llano, los voluntarios tendrían derecho al subsidio familiar de vivienda de interés social, no obstante no puedan disfrutar del subsidio familiar como tal. Para otras, en cambio, precisamente el que el ordenamiento jurídico les haya vedado a esta categoría de afiliados el derecho a la cuota monetaria de subsidio hace que por interpretación lógica y analógica se les proscriba de la posibilidad de postularse el subsidio de vivienda de interés social. En la práctica, y con grave quebranto del principio de igualdad, en algunos casos se les habilita como titulares de este subsidio, en tanto en otros se les rechaza esa posibilidad, lo cual depende además de las condiciones del mercado de la vivienda de interés social y de la suficiencia o no de los fondos de vivienda de interés social –FOVIS– que administren las cajas de compensación familiar, lo que demanda una intervención normativa pronta para solucionar este presunto vacío normativo⁽⁵⁰⁾.

Vale la pena anotar que nosotros consideramos procedente el reconocimiento de dicha prestación para afiliados voluntarios, no obstante también estimamos de la mayor importancia regular la materia, a efecto de asegurar condiciones de financiación del sistema de vivienda de interés social, en especial estableciendo períodos mínimos de permanencia para efectos de acceder a dicho subsidio, lo mismo que períodos de permanencia en cuanto al disfrute de aquel y mecanismos eficaces de control para evitar que la habilitación general al respecto cause presiones hacia la elusión y el fraude al sistema de subsidio familiar y de vivienda de interés social.

Las categorías de afiliados voluntarios al subsidio familiar son las siguientes:

(50) Mediante Concepto 1925 emitido el 11 febrero de 2004 por la Oficina Jurídica de la Superintendencia del Subsidio Familiar con destino a Fedecajas se reconoce que los desempleados e independientes que coticen 2% en afiliación voluntaria, por tener todos los mismos derechos que tienen los demás afiliados, salvo el subsidio monetario, sí pueden acceder a subsidio de vivienda de interés social por ser un servicio prestado por las cajas y por cuanto este es de naturaleza distinta al subsidio familiar o cuota de subsidio monetario. Agrega además la Superintendencia en su concepto no obligatorio que tal conclusión es forzosa teniendo en cuenta lo establecido por la Ley 633 de 2000, en su artículo 72, por virtud del cual se establece la posibilidad de que las cajas ofrezcan programas de ahorro programado para que los trabajadores independientes accedan a la vivienda.

— *Pensionados*

Fue la Ley 71 de 1988⁽⁵¹⁾ —la misma que adoptó medidas esenciales en el campo pensional como el reconocimiento de la pensión mínima— la que habilitó la prestación de servicios sociales para los pensionados del país como mecanismo de extensión de la cobertura en seguridad social, tal como lo reconoció la Corte Constitucional.

En efecto se debatió ante esa instancia judicial la medida citada, por considerar que la misma quebrantaba el orden constitucional al restringir para los pensionados el acceso al subsidio familiar en dinero. La Corte Constitucional consideró que el hecho que los pensionados que se afilien a las cajas de compensación familiar no tengan derecho al pago del subsidio familiar en dinero no quebrantaba el principio de igualdad⁽⁵²⁾.

“En el caso de los pensionados, lo pretendido por el legislador se contrajo a ampliar los beneficios de la seguridad social que bajo la modalidad de servicios prestan las cajas de compensación familiar a este sector olvidado y necesitado de la población, sin que el mejoramiento opcional implique la cancelación o pago de subsidio familiar alguno. Es por ello que la Ley 71 de 1988 no restringe el ingreso, de por sí voluntario, a los servicios que prestan las mencionadas entidades a los pensionados que tengan personas a su cargo, sino que lo ofrece a todos en general a cambio del pago de un porcentaje de la mesada pensional”.

Por la época del pronunciamiento resulta normal que el organismo de cierre constitucional no se hubiera referido a la prestación subsidio familiar como emanación de la seguridad social, derecho que al ser reconocido como propio de la persona demanda su extensión progresiva a todos. Prevalció en ese análisis la consideración sobre el régimen legal del subsidio familiar y su naturaleza histórica, desconociéndose las proyecciones del mismo como prestación por esencia universalizable. Es claro que el hecho de aplicarse en el caso de los pensionados cotizaciones voluntarias individuales va en vía distinta a la cotización grupal patronal que sustenta el proceso de compensación al interior del sistema, pero esta circunstancia que tiene que ver con el régimen interno de organización del sistema no puede ser suficiente para apreciar la conveniencia y va-

(51) “ART. 6°—Las cajas de compensación familiar deberán prestar a los pensionados, mediante previa solicitud, los servicios a que tienen derecho los trabajadores activos. Para estos efectos los pensionados cotizarán de acuerdo con los reglamentos que expida el Gobierno Nacional, sin que en ningún caso la cuantía de la cotización sea superior al dos por ciento (2%) de la correspondiente mesada.

“Los pensionados que se acojan a este beneficio no recibirán subsidio en dinero”.

(52) Sentencia C-149 de 1994, Corte Constitucional.

lidez constitucional de promover el acceso al subsidio familiar pleno también para estas poblaciones.

Las características principales de este tipo de afiliación se pueden resumir en las siguientes:

a) Se establece con carácter obligatorio para las cajas de compensación familiar, lo cual significa que, en los términos de la Ley 71 de 1988, es deber de aquellas diseñar y establecer programas para los pensionados y admitir su afiliación cuando la soliciten.

b) La afiliación requiere solicitud previa del pensionado, no tiene carácter automático ni puede convalidarse, pues previamente a la aceptación debe mediar requerimiento del interesado.

c) La afiliación es individual.

d) Los pensionados afiliados cotizarán sobre su mesada pensional un aporte que no podrá ser superior al 2% de aquella.

e) Los pensionados afiliados tendrán los mismos derechos que reconoce el sistema para los trabajadores activos.

f) Los pensionados afiliados en caso alguno podrán ser titulares ni percibir subsidio familiar en dinero.

g) En los términos de lo establecido por el parágrafo 2 del artículo 9° de la Ley 789 de 2002, los pensionados que pudieren acreditar en su condición de trabajadores activos afiliación al sistema de compensación familiar por 25 o más años "tendrán derecho a los programas de capacitación, recreación y turismo social a las tarifas más bajas de cada caja de compensación". Se trata esta medida de la primera ocasión en que dentro del sistema de subsidio familiar se hace uso del término de afiliación o período de cotización para generar un efecto jurídico, en este caso reflejado en el reconocimiento de subsidios a las tarifas para el disfrute de algunos de los servicios sociales ofrecidos por las cajas de compensación familiar.

Referencia especial demanda lo relacionado con el monto de la cotización que deberán realizar los pensionados que voluntariamente se afilien a las cajas de compensación familiar.

El artículo 6° de la Ley 71 claramente dispuso que el mismo no podría ser superior al 2% de la correspondiente mesada pensional, sin haber empleado el mecanismo de establecer un porcentaje fijo, sino recurriendo al expediente de señalar un techo.

No obstante lo anterior, el artículo 33 del Decreto 784 de 1989, reglamentario de la mencionada ley, señaló que los pensionados cotizarán a las cajas de

compensación familiar “el dos por ciento (2%) de la respectiva mesada pensional”, volviendo fijo el porcentaje que la Ley 71 había considerado como límite máximo. Con esta medida administrativa se restringió la capacidad de negociación que el legislador había dejado en manos del Gobierno Nacional –para el reglamento correspondiente– y de las cajas de compensación familiar en cuanto a emplear opciones alternativas de afiliación con porcentajes de aporte diversos, dentro del límite del 2% acotado por el pluricitado artículo 6° de la Ley de 1988.

La Superintendencia del Subsidio Familiar se ha pronunciado sobre el particular considerando la vigencia de la norma reglamentaria, la cual demanda aplicación a su juicio en virtud de la presunción de legalidad de los actos administrativos y autoriza que el cobro de la cotización en estos casos se realice en todo momento por el 2% respecto de la mesada pensional.

Lo que legalmente se estableció con carácter amplio se restringió injustificadamente en el reglamento, de tal suerte que en la operación del sistema el célebre 2% de cotización para pensionados se convirtió en referente obligatorio. El mismo resultó fue acogido por el artículo 19 de la Ley 789 de 2002 como techo para la cotización de otras categorías de afiliados voluntarios.

Contrasta el manejo dado en Colombia a este tema con el surtido en Chile respecto a la afiliación de pensionados a las cajas de compensación de asignaciones familiares; en ese país el referente de cotización para este tipo de afiliados se ubicó en el 1%. Por su parte alguna caja determinó como criterio comercial no cobrarlo, frente a lo cual las restantes operadores consideraron no ser posible este comportamiento pues atentaba contra la competencia; para solucionar el impase, la caja procedió a modificar su conducta de tal forma que requirió a los pensionados afiliados el pago del aporte en cuantía del 1% sobre su mesada, retornándolo en los servicios ofrecidos a aquellos. No es de sorprender que en ese país más de 600.000 pensionados estén afiliados al sistema de asignaciones familiares, mientras que en Colombia, tanto por las circunstancias estructurales del sistema de pensiones, como por las condiciones de operación del esquema de afiliación voluntaria al del subsidio familiar, la población cubierta por este concepto sea mínima.

— *Afiliados facultativos*

Conforme la definición contenida en el numeral 4 del artículo 3° del Decreto 784 de 1989 se trata de “las personas que no encontrándose dentro de las categorías anteriores pueden tener acceso a los servicios sociales de las cajas de compensación familiar por disposición de la ley o en desarrollo de convenios celebrados por las mismas”.

Como se aprecia, esta categoría de afiliados fue reconocida de tiempo atrás en el sistema y respondía a casos diversos a los que hasta el momento se reco-

nocían como afiliados de las cajas de compensación familiar, los trabajadores afiliados, los trabajadores beneficiarios y los pensionados.

No obstante que el artículo 19 de la Ley 789 de 2002 modificó el régimen de afiliación en el sistema, no derogó ni dejó sin efectos esta clase de afiliación voluntaria, la cual sigue existiendo como mecanismo idóneo para facilitar la ampliación de la cobertura en el campo de los servicios sociales.

La misma cobija con criterio amplio aquellas personas que por mandato de la ley o por convenio con las cajas de compensación familiar y sin tener la condición de afiliados obligatorios se vinculen a dichas corporaciones para acceder a los servicios sociales que brindan.

Desde una mirada exegética, se considerarían afiliados facultativos todos los afiliados diversos a los obligatorios, por cuanto en el caso de las diferentes categorías de aquellos su vinculación se da por autorización legal; en ese sentido estricto, los pensionados al afiliarse por facultad del legislador caerían en la categoría genérica de facultativos.

No obstante nos parece oportuno clarificar la cuestión de tal suerte que se entiendan por estos a las personas que se vinculan voluntariamente a las cajas de compensación familiar por medio de convenios suscritos con estas y que no están obligados a afiliarse al sistema.

En norma alguna se precisa los alcances de estos convenios ni se definen las condiciones de quienes los hayan de suscribir. Por ello puede hablarse de convenios suscritos con carácter individual, como procedería por ejemplo en el caso de colombianos migrantes en el exterior que quisieran mantener su vinculación con el sistema de compensación familiar en Colombia, en especial para el acceso a los servicios por parte de sus beneficiarios, pero también de aquellos con carácter colectivo, como en el caso de grupos de contratistas o trabajadores independientes no obligatoriamente afiliados.

Es más típica la interpretación según la cual esta categoría procede para la adscripción de colectivos no obligatorios al sistema; en efecto, es la hipótesis aplicable por ejemplo frente a grupos de trabajadores independientes como los taxistas, o de contratistas como aquellos que por relaciones civiles o administrativas de prestación de servicios atienden necesidades de entidades públicas o privadas.

De hecho este mecanismo de afiliación facultativa fue el empleado por las cooperativas de trabajo asociado mientras se carecía de norma que habilitara su afiliación al sistema.

El mismo se emplea en el caso de organizaciones o congregaciones religiosas y de la afiliación de los miembros del clero, como también en la hipótesis de

vinculación de miembros de la Fuerza Pública que, como sabemos, están amparados por un régimen de excepción en materia de subsidio familiar, pero que para el disfrute de los servicios sociales de las cajas han sido vinculados como facultativos, conforme los términos de un convenio celebrado entre cada fuerza y la caja o las cajas de compensación familiar seleccionadas en el país.

En ningún caso existe habilitación legal expresa para que esta categoría de afiliados perciba cuota monetaria. Por lo demás, el señalamiento de los servicios sociales a los que pueden acceder en cada caja dependerá de los términos del convenio que se suscriba, los cuales en nuestro criterio no tienen límites diferentes al cumplimiento del orden legal y las buenas costumbres, conforme al amplio alcance del objeto social de las cajas de compensación familiar.

Por ejemplo, estimamos que contra estos recursos de las cotizaciones sufragadas por los afiliados voluntarios o facultativos podrían establecerse esquemas de subsidio familiar alternativo o modalidades de seguro para prevenir y superar contingencias relacionadas con desempleo o salud, para no citar sino algunos ejemplos.

—*Trabajadores independientes*⁽⁵³⁾

La Ley 789 de 2002 modificó el régimen de afiliación voluntaria al sistema y a través de su artículo 19 reguló lo concerniente al mismo con miras a garantizar la expansión de cobertura de servicios sociales⁽⁵⁴⁾.

(53) Como referencia de lo que se entiende en seguridad social por trabajador independiente, considérese la definición que al efecto consagra el Decreto 2800 de 2006 en el ámbito del sistema de riesgos profesionales:

“ART. 2°—**Definición de trabajador independiente.** Para efecto de la aplicación del presente decreto, se entiende como trabajador independiente toda persona natural que realice una actividad económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo, mediante contratos de carácter civil, comercial o administrativo, distintos al laboral”.

(54) “Régimen de afiliación voluntaria para expansión de cobertura de servicios sociales. Habrá lugar a un aporte a las cajas de compensación familiar del 0,6% sobre una base de un salario mínimo legal mensual vigente, sin que dicha suma otorgue derechos para el pago de subsidios, limitándose el beneficio a las actividades de recreación, capacitación y turismo social en igualdad de condiciones frente a los demás afiliados a la caja, cuando se presente uno cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de los períodos de protección previstos en esta ley por fidelidad:

“a) Cuando los empleadores que no estando obligados a cotizar a las cajas de compensación familiar respecto de trabajadores beneficiarios del régimen especial de aportes de que trata el artículo 13 de esta Ley decidan realizar el aporte mencionado, por el trabajador beneficiario del régimen especial de aportes;

“b) Los trabajadores independientes que decidan afiliarse a una caja de compensación familiar, conforme el principio de libertad de escogencia que deberá ser respetado por parte de la respectiva caja. Para que un trabajador independiente se afilie, con su grupo

En virtud de dicha disposición los trabajadores independientes podrán afiliarse con su grupo familiar a una caja de compensación familiar que libremente elijan, siempre y cuando i) conserve su afiliación al sistema de seguridad social en salud y ii) se utilice el mismo ingreso de cotización en ambos subsistemas (que será en todo caso igual al empleado para la cotización en pensiones).

En los términos del artículo 19, inciso primero de la ley, el aporte de 0,6% sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente –que es el mínimo de cotización exigido para este tipo de afiliados–, sin perjuicio del deber de aportar sobre la misma base en que el independiente contribuye para pensiones y salud, limita específicamente la cobertura a las actividades de recreación, capacitación y turismo, las cuales tendrán que prestarse en las mismas condiciones que para el resto de afiliados y sin perjuicio del período de protección a que alude el artículo 9° ib.

Las tarifas que se aplicarán para esta categoría serán las de afiliados no beneficiarios en los servicios cubiertos, mientras que en los no cubiertos tendrán que ser las de particulares, pues se entiende que la vinculación es limitada en los términos del artículo referido.

Nótese, además, que expresamente la ley elimina la posibilidad de cubrir “el pago de subsidios”, lo cual incluye todo tipo de estas prestaciones, bien en dinero, especie o servicios.

Por su parte, el párrafo primero del artículo en referencia alude a la cotización especial para independientes, que si se eleva a 2% sobre los ingresos efecti-

(Cont. nota 54)

familiar, y mantenga su vinculación con una caja, se hace exigible su afiliación previa al sistema de salud, siendo la base de ingresos para aportar al sistema de cajas la misma base de aporte que exista para el sistema de salud y en todo caso no inferior a la que se utilice dentro del sistema de pensiones;

“c) Las personas que estando vinculadas a una caja de compensación familiar pierdan el empleo y decidan continuar vinculados a la entidad en los términos previstos en esta norma en su calidad de desempleados, una vez vencido su período de protección.

“Parágrafo 1°. Cuando el desempleado aporte el ciento por ciento (100%) de la cotización del dos por ciento (2%) sobre la base de dos (2) salarios mínimos, tendrá todos los mismos derechos que tienen los demás afiliados salvo el subsidio monetario. Esta misma regla se aplicará al trabajador independiente que aporte el dos por ciento (2%) sobre sus ingresos, conforme el sistema de presunciones establecido dentro del régimen de salud. En todo caso las cajas podrán verificar la calidad de la información sobre los ingresos del afiliado para dar cumplimiento a lo previsto en esta ley, o para hacerle dar cumplimiento a las normas generales sobre aporte.

“Parágrafo 2°. Los aportes voluntarios a las cajas de compensación familiar, conforme el régimen de excepción, se registrarán por las reglas tributarias dispuestas para los aportes obligatorios en materia de impuesto de renta”.

vos permite el acceso a todas las prestaciones que se ofrecen a los afiliados obligatorios, excepción hecha del subsidio monetario.

En todo caso los independientes bajo esquemas de grupo pueden afiliarse a las cajas de compensación familiar mediante convenio, con aporte del 2% sobre sus ingresos y aplicando la modalidad de facultativos a que alude el Decreto 784 de 1989 ya comentado⁽⁵⁵⁾.

—Desempleados

Como novedad el referido artículo 19 de la Ley 789 de 2002 consagró la alternativa para que los trabajadores que estando vinculados a una caja de compensación familiar pierdan su empleo puedan seguir vinculados a dicha caja si lo desean, una vez vencido el término de protección laboral.

En efecto, se establece en el artículo 19 de la Ley 789 que la afiliación voluntaria se ejecutará sin perjuicio de los períodos de protección, los cuales tienen relación exclusiva con el artículo 9º de la misma ley —fidelidad con la misma caja y prestación de servicios a cargo de los recursos administrados por esta— por el término de un año a partir de la acreditación como desempleado del beneficiario⁽⁵⁶⁾. Ello significa que en la práctica los desempleados que deseen continuar afiliados a la caja de compensación familiar solamente se verán motivados a la afiliación voluntaria, luego que transcurra el año durante el cual son amparados por el citado artículo 9º, además por cuanto el listado de los servicios que esta última norma consagra incluye el de educación, no contemplado para los efectos de los afiliados voluntarios.

Los desempleados que decidan mantener su afiliación bajo este régimen deberán pagar un aporte equivalente al aporte de 0,6% sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente, para acceder a los servicios de recreación, capacitación y turismo, los cuales tendrán que prestarse en las mismas condiciones que para el resto de afiliados y sin perjuicio del período de protección a que alude el artículo 9º ib.

(55) Sobre el tema de afiliación de independientes al sistema, ver Circular Externa 08 de 1995 de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

(56) "ART. 9º—Servicios para desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar. Con cargo a los recursos propios de las cajas, los desempleados con vinculación anterior a estas entidades tendrán derecho a los programas de educación, capacitación, recreación y turismo social, en las mismas condiciones que tenía como afiliado al momento de su retiro, durante 1 año a partir de su acreditación como desempleado y en la última caja en la que estuvo afiliado". No sobra advertir que con antelación a este amplio régimen de protección, el Decreto 784 de 1989 establecía en su artículo 9º la figura de la prórroga automática del carné de afiliación para que, durante los dos (2) meses siguientes a la terminación del vínculo del trabajador con la caja de compensación familiar, pudiera hacer uso de los programas sociales.

Por su parte, el párrafo primero del artículo en referencia alude a la cotización especial del 2% sobre la base de dos salarios mínimos legales mensuales, que en el evento de aplicarse les generará la posibilidad de contar con "... todos los mismos derechos que tienen los demás afiliados salvo el subsidio monetario". Es decir, se hacen acreedores a la cobertura que las cajas ofrecen en sus servicios a los demás afiliados, en las categorías de no beneficiarios, sin incluir, por supuesto, la percepción de cuota monetaria.

—*Madres comunitarias*

La Ley 1450 de 2011 que contiene el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 en su artículo 167 modificó el citado artículo 19 de la Ley 789 de 2002 para incorporar en el listado de personas con posibilidad de afiliarse en forma voluntaria al sistema de compensación familiar a las madres comunitarias⁽⁵⁷⁾.

Es de reseñar que, como las madres comunitarias no tienen relación laboral subordinada, respecto de ellas no es exigible la afiliación obligatoria al sistema. Así lo había interpretado la Superintendencia del Subsidio Familiar en pronunciamientos anteriores⁽⁵⁸⁾.

En efecto, la norma dispuso dicha opción para que las madres comunitarias paguen el 0,6% sobre las bonificaciones efectivamente percibidas y puedan acceder a los servicios de recreación, capacitación y turismo social a los que se refiere el analizado artículo 19.

Si bien esta alternativa ya era viable en los términos de la propia Ley 789 de 2002, pues las madres comunitarias cabían en la descripción genérica de trabajadores independientes o podían ser articuladas al sistema por la vía de la afiliación facultativa o por convenio, quiso el legislador señalar expresamente su incorporación.

(57) "Artículo 167°. Adiciónese el literal d) al artículo 19 de la Ley 789 de 2002, el cual quedará así:

"ART. 19.—Régimen de afiliación voluntaria para expansión de cobertura de servicios sociales.

"d) Las madres comunitarias pertenecientes a los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las cuales pagarán el 0,6% sobre el valor real de la bonificación percibidas por estas".

(58) Concepto 13252 de 1997: "... por tanto [...] ni la Asociación de Padres de Familia ni el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tienen la calidad de empleador frente a las Madres Comunitarias, en concepto de este despacho, no les asiste obligación legal de proceder a su afiliación a una caja de compensación familiar, por cuanto no existe relación laboral alguna entre estas y la mencionada Asociación de Padres de Familia como tampoco entre estas y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar".

La materialidad del literal que se adiciona hace pensar que para este caso no procede el pago del 2% y que por tanto no es viable la extensión de servicios adicionales para este grupo de personas; sin embargo, una interpretación finalista de la disposición haría pensar en sentido contrario, para permitir que la realización de un mayor aporte permita dicha expansión, tal como acontece en el caso de los independientes y los desempleados, conforme lo prevenido por el párrafo 1 del artículo 19 de la Ley 789 de 2002.

Cabe mencionar finalmente que la Ley 789 contemplaba otra categoría de afiliados voluntarios, que ya no tiene vigencia. Se trata de la correspondiente a los trabajadores del régimen especial de aportes que creó el artículo 13 del mismo ordenamiento cuyos empleadores decidieran realizar el aporte del 0,6% o del 2% por ellos.

Sirve este comentario como referencia para considerar posibles opciones de afiliación para el caso de los trabajadores cooperados que en los términos del artículo 10 de la Ley 1233 de 2008 estén incorporados a cooperativas de trabajo asociado no obligadas a pagar la contribución especial al sistema de subsidio familiar.

5. SITUACIONES EN EL RELACIONAMIENTO DE LOS RESPONSABLES Y LA POBLACIÓN CUBIERTA CON LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

Diferentes momentos se dan en el relacionamiento entre los afiliados –responsables y personas cubiertas– y las cajas de compensación familiar, que van desde la afiliación hasta el retiro, pasando por la suspensión, a las cuales nos referiremos a continuación, sin perjuicio de considerar inicialmente un aspecto poco revisado en cuanto a la naturaleza de la relación que se genera entre los empleadores y responsables del subsidio y las mencionadas cajas.

En efecto, queremos llamar la atención sobre la condición jurídica especial que tiene la afiliación del responsable a las cajas de compensación familiar.

Como ha quedado establecido, por el modelo de asignaciones familiares en Colombia el cumplimiento de la obligación del subsidio familiar solamente procede a través de las cajas de compensación familiar. Ello supone que tanto los empleadores públicos como los privados y algunas cooperativas de trabajo asociado deban afiliarse obligatoriamente a una persona jurídica sin ánimo de lucro denominada caja de compensación familiar.

Se trata a nuestro juicio de una situación homologable a las de carácter legal y reglamentario del derecho administrativo por la cual el responsable debe cumplir una obligación de fuente legal y para ello obligatoriamente se ha de co-

locar en una situación jurídica, que en el caso le supone integrarse a una corporación sometida al régimen privado.

Nótese cómo para el responsable del subsidio dicha situación lo ubica como sujeto de un régimen público y de derecho de la seguridad social, en cuanto habrá de cumplir obligaciones legales de afiliación y pago de aportes parafiscales a una caja de compensación familiar, pero así mismo le genera un relacionamiento de orden civil, pues, independiente del régimen obligatorio de adscripción, se torna corporado de una asociación sin ánimo de lucro, cuyos estatutos debe respetar y respecto de la cual es titular de derechos y obligaciones⁽⁵⁹⁾.

Esta amalgama de conceptos hace sin duda al sistema un esquema *sui generis* en cuanto a organización y prestación del servicio. En efecto, los responsables de la prestación –empleadores y CTA– pagan aportes pero además se afilian a una tercera persona de carácter privado y sin ánimo de lucro, que ejecuta aquella y que desarrolla actividades de seguridad social.

El punto nos parece de interés en tanto referente para la operación de otros roles colectivos, pero así mismo es provocador de análisis sobre las responsabilidades que surgen entre empleadores y cajas de compensación familiar y entre los dos y la atención de las prestaciones a cargo de estas. Un retardo u omisión injustificado en la afiliación de un empleador genera impactos de todo orden, tanto desde el derecho administrativo –pues a lo menos se causan intereses y eventuales sanciones para el empleador– como desde el derecho privado –pues puede provocar perjuicios resarcibles–.

No existe un contrato entre el responsable y la caja de que se trate; la afiliación se da por obligación legal provocándose la inclusión del afiliado a una corporación y la adhesión a los estatutos de la misma; esto es, prevalece una cierta modalidad de contrato corporacional sin que haya un relacionamiento ni administrativo ni civil o comercial entre el empleador o la cooperativa de trabajo asociado y la caja de compensación familiar. Por ende, dicho responsable no es ni titular ni dueño de la caja ni de los aportes que a ella traslada, pero tampoco es sujeto activo de obligaciones que ella deba ejecutar a favor de aquel; es decir, no hay un relacionamiento de intercambio jurídico sinalagmático entre tales partes, prevaleciendo en el caso el régimen especial aplicable al sistema por el cual la caja es titular de funciones y obligaciones que debe cumplir por efecto de ley pero no por haberlo pactado con sus afiliados.

Pasemos a reflexionar pues sobre los diferentes momentos y condiciones del relacionamiento entre empleadores y CTA y cajas de compensación familiar y sobre sus efectos frente al sistema.

(59) Inciso 3 del artículo 42 del Decreto 341 de 1988: “Los estatutos de las cajas de compensación señalarán los derechos y las obligaciones de sus miembros afiliados”.

No se pierda de vista que, en el caso de las afiliaciones voluntarias, los criterios que pasan a exponerse no se aplican, considerando la particularidad de las mismas. Los pagos en estos casos se dan por fuera del régimen de cobertura obligatoria de seguridad social; si se suspenden los pagos, opera el retiro y hay menor impacto en cuanto a suspensiones por cuanto quienes se vinculen en forma voluntaria no tienen derecho a las prestaciones económicas del sistema⁽⁶⁰⁾.

5.1. Afiliación

Ya se ha desarrollado en extenso la materia, no obstante para este apartado téngase en cuenta que la afiliación es el primer momento del relacionamiento entre responsables del subsidio y cajas de compensación familiar.

La misma debe ser decidida por la caja en un término breve (30 días) para efectos de asegurar el reconocimiento de la prestación social a los trabajadores beneficiarios del empleador afiliado.

La afiliación del responsable es la que posibilita, por su parte, la vinculación de los trabajadores que de él dependen y que se integran a la caja correspondiente.

Frente a los empleadores del sector público se resalta que la afiliación a una caja de compensación familiar no constituye un acto contractual ni se somete a las reglas de la contratación estatal.

La afiliación se extiende hasta que el responsable tenga trabajadores a cargo o hasta que se produzca el retiro de la caja.

En cuanto a lo primera es recomendable y necesario que cuando el responsable desactive su nómina lo informe a la caja de compensación familiar para efectos de proceder a la desafiliación. Lo mismo cuando por cualquier causa proceda la liquidación de la empresa o institución.

Cuando el responsable ingresa en un régimen de insolvencia y se dan los supuestos del acuerdo de acreedores y de la liquidación obligatoria, se causarán los efectos de terminación en cuanto el personal a su cargo deje de operar, no así frente a quienes deban continuar actuando; es por ello que en estas circunstancias las deudas que se tengan por aportes sobre la nómina se liquiden hacia atrás y que en curso de la administración liquidatoria deban cancelarse los aportes de quienes continúen al servicio de la organización.

(60) Pese a ello el parágrafo 4 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002 empleó al referirse al retiro por desafiliación las expresiones "empresa" o "afiliado", lo que hace pensar que también se aplicará el régimen de desafiliación a los casos de afiliados voluntarios.

5.2. Suspensión

Se trata de la situación en la que incurre un responsable del subsidio que deja de pagar el aporte al sistema de compensación familiar.

En efecto, el artículo 45 de la Ley 21 de 1982 dispone que "la calidad de miembro o afiliado de la respectiva caja se suspende por mora en el pago de los aportes...".

El artículo 53 del Decreto 341 de 1988 obligaba a las cajas de compensación familiar a informar al Sena las novedades de afiliación de los responsables, entre ellas las relacionadas con suspensión, no obstante por vigencia del sistema de planilla integrada de liquidación de aportes habrá que entender que tal obligación, aun cuando vigente la norma en que se funda, es lógicamente innecesaria. En igual sentido, el inciso 2 del artículo 45 aludido dispone la obligación de las cajas de reportar estas novedades a la Superintendencia del Subsidio Familiar. Por su parte el artículo 48, inciso 2, del Decreto 341 de 1988 aún vigente, ordena a las cajas en los casos de suspensión por mora o de expulsión informar dichos sucesos al inspector de trabajo que tenga competencia en el domicilio del empleador.

La mora para efectos de suspensión en el sistema opera en forma automática, esto es, concurrentemente y a partir del momento en que el responsable deja de cumplir con su obligación de pago del aporte conforme los términos del recaudo y sin que se considere un período de gracia.

Si causado el mes, dentro del plazo que se reconoce en seguridad social para pagar las contribuciones parafiscales al siguiente período, el responsable no cancela el aporte, su afiliación se suspende para el sistema en relación con la caja correspondiente y, en forma consecencial y directa, se suspende la afiliación de los trabajadores vinculados a la caja por su conducto.

Como consecuencia del no pago del aporte entonces opera la suspensión en el reconocimiento de las prestaciones y servicios para los trabajadores, lo cual es altamente sensible en el caso de las cuotas monetarias de subsidio.

La reactivación de servicios a través del pago de los aportes adeudados implica el reconocimiento de las cuotas monetarias de subsidio que se dejaron de pagar a los trabajadores por efecto de la suspensión y cobija los períodos respecto de los cuales el responsable se haya puesto al día.

Esto es, si el empleador o responsable adeuda dos períodos de aportes a la caja de compensación familiar, se hallará en condición de suspensión de su afiliación y sus trabajadores estarán en igualdad de estatus; los beneficiarios no recibirán las cuotas monetarias de subsidio por los meses adeudados. No obstante si dicho responsable cancela el importe de los aportes de un mes más los intereses causados, la caja procederá a pagar las cuotas monetarias debidamente acre-

ditadas de ese mes, no obstante que siga el responsable en condición de suspendido, pues aún adeuda los aportes del otro mes⁽⁶¹⁾.

Conforme lo prescrito por el parágrafo 4 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002, la suspensión solamente podrá extenderse por el término de dos (2) meses, por cuanto transcurrido ese lapso en mora deberá la caja desplegar el procedimiento de desafiliación por retiro o expulsión; considerando que se debe otorgar en virtud de la aludida norma un mes para que el empleador se ponga al día o ajuste su conducta omisiva en el caso de la inexactitud en el pago de aportes. Puede afirmarse en todo caso que la condición de suspensión solamente procede por un término de hasta tres (3) meses, más el tiempo que tarde la caja en comunicar el acto de liquidación de aportes y resolución del recurso de apelación sobre aquella que se intente.

Repárese así mismo en que la hipótesis de suspensión solamente procede por mora en el pago de aportes y no por otra circunstancia, ni siquiera inexactitud en el pago de los mismos –pues no hay efecto expreso en las normas– ni por disposición estatutaria –pues se trata de una materia regulada legal y reglamentariamente–.

Como legalmente no es posible el fraccionamiento de nómina ni la realización de pagos parciales de aportes, entiéndase que el efecto de la suspensión opera para el responsable frente a todas las personas a su cargo. En ciertos casos excepcionales, por vía de tutela se ha llegado a admitir el pago parcial de aportes y por ende el pago de cuotas monetarias a un grupo de los trabajadores vinculados por un empleador (caso de los fondos educativos regionales y la transferencia parcial de recursos para el pago de las nóminas educativas, con discriminación de los grupos administrativo y de docentes).

5.3. Retiro

El retiro de una caja de compensación familiar puede presentarse por las siguientes causas:

a) *Terminación de la persona responsable o inexistencia de nómina (retiro voluntario)*

Se trata de las hipótesis relacionadas con la liquidación del responsable o la extinción de las relaciones laborales o cooperadas que dieron lugar a su afiliación al sistema y la de las personas bajo su cargo.

(61) Artículo 49 del Decreto 341 de 1988: “Cuando el empleador incurso en suspensión o pérdida de la calidad de afiliado a una caja por no pago de aportes cancele lo debido a la caja, esta pagará a los trabajadores beneficiarios de aquel tantas cuotas de subsidiado cuantas mensualidades haya satisfecho.

“En la misma obligación estará la caja cuando afilie empleadores que paguen aportes retroactivos”.

Por sustracción de materia queda sin efectos la afiliación, no obstante, como se ha señalado, es menester que se informe a la respectiva caja de compensación familiar como en general al sistema de seguridad social, con los diferentes efectos frente a los distintos subsistemas de este.

Si el responsable del subsidio deja de tener personas a cargo, habrá de retirarse del sistema y no figurar más como afiliado, sin que al respecto se requiera una decisión en sentido estricto de la caja, como sí la expresión voluntaria del responsable.

b) *Desafiliación por mora o inexactitud en el pago de aportes*

Es la hipótesis a la que se refería el artículo 45 de la Ley 21 de 1982, modificado por el párrafo 4 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002.

Constituye una obligación de la caja de compensación familiar aplicar la modalidad de retiro por desafiliación cuando (i) el afiliado incurra en mora de dos (2) meses en el pago de aportes o (ii) sea inexacto en el pago de los mismos.

Se debe aplicar un procedimiento al respecto, el cual consiste en la expedición de una liquidación escrita de lo adeudado por parte del jefe de aportes de la corporación, la cual debe ser comunicada al interesado (nosotros creemos que en el caso debe proceder la caja a realizar notificación personal del acto unilateral de liquidación). Recuérdese que el empleador o responsable puede hacer uso del recurso de apelación ante el director de la caja de compensación familiar en lo que respecta a la liquidación unilateral de adeudo. El acto del jefe de aportes y la decisión del director constituyen título ejecutivo para el cobro de los aportes adeudados por mora o inexactitud, como se ha señalado.

Se otorga un (1) mes contado a partir del recibo de la liquidación por el interesado para que este se ponga al día o corrija las inconsistencias. Vencido este término, "procederá a su desafiliación".

Conforme lo prevenido por el artículo 45 de la Ley 21 de 1982, la desafiliación es una decisión motivada que debe adoptar el consejo directivo de la caja de compensación familiar y de la cual debe quedar constancia en resolución. A este respecto considérese entonces que se estará en presencia de dos actos: i) uno expedido por el jefe de aportes y el director de la caja con el cual se conforma el título ejecutivo para el cobro de los aportes adeudados y ii) la resolución de desafiliación que corresponde al consejo directivo y que termina la vinculación del responsable con la caja.

c) *Desafiliación por expulsión ocasionada por causa grave*

Según el artículo 45 citado, corresponderá al consejo directivo de la caja expedir la resolución de expulsión cuando por causa grave así proceda, conside-

rando por tal, “entre otras, el suministro de datos falsos por parte del empleador a la respectiva caja, la violación de las normas sobre salarios mínimos [...] y el envío de informes que den lugar a la disminución de aportes o al pago fraudulento del subsidio”.

La aludida norma incorporaba además dentro de las tipologías de causas graves la reincidencia en la mora en el pago de aportes, no obstante esta hipótesis cuenta con el régimen legal propio, ya comentado.

Nótese que los estatutos de las cajas de compensación familiar podrán contener causales que determinen la expulsión de sus afiliados responsables, pues en este campo el régimen legal abrió la posibilidad a otras hipótesis que concluyan con ese efecto de desafiliación. Así mismo se prevé que el consejo directivo adopte el procedimiento para la referida expulsión⁽⁶²⁾.

Frente a lo que se comentaba en cuanto a la naturaleza del relacionamiento entre el responsable y la caja, la posibilidad de la expulsión motiva por su parte el ahondamiento en la reflexión planteada. No se olvide que dicha decisión conlleva efectos prácticos de hondo calado, pues sin la afiliación el responsable no puede pagar el subsidio familiar. Con esta perspectiva, ¿ante quién se demandaría la resolución de un consejo directivo de caja que expulse por causa grave a un empleador?

Esta alternativa encuentra su fundamento en el poder policivo correccional que respecto a sus miembros le reconoce el artículo 642 del Código Civil a las corporaciones⁽⁶³⁾.

d) *Retiro por traslado*

Por los principios que rigen el sistema de subsidio familiar en Colombia, es claro que el retiro voluntario de caja de compensación familiar no procede sino en los casos de liquidación de la persona responsable o de extinción de la nómina. Ello por cuanto un responsable del subsidio familiar no está habilitado para pagar el subsidio en forma directa y por ende no puede libremente tomar la decisión de dejar de estar afiliado a una caja.

La única opción que tiene ese responsable es la de cambio de caja, operando en el caso la hipótesis del retiro por traslado.

(62) Decreto 341 de 1988, “ART. 47.—La calidad de afiliado se pierde por retiro voluntario o por expulsión mediante decisión motivada del consejo directivo de la Caja de Compensación Familiar, fundada en causa grave.

“Corresponde al Consejo Directivo adoptar el procedimiento para la expulsión de afiliados”.

(63) “ART. 642.—Toda corporación tiene sobre sus miembros el derecho de policía correccional que sus estatutos le confieran, y ejercerá este derecho en conformidad con ellos”.

Dicho traslado es reconocido como expresión del derecho de movilidad del responsable del subsidio familiar, tal como ya se ha descrito.

El artículo 48 del Decreto 341 de 1988 regulaba la desafiliación voluntaria a una caja de compensación familiar⁽⁶⁴⁾.

Se trata de una de las circunstancias de mayor cuidado al interior del sistema de compensación familiar, por cuanto se refiere a los casos de traslado de responsables entre cajas de compensación familiar, con las afectaciones que ello implica frente al régimen de competencia y transparencia. De hecho, en los últimos años, la Superintendencia del Subsidio Familiar –no obstante ser incompetente al respecto, por haberse trasladado esa función a la Superintendencia de Industria y Comercio por efectos de lo previsto por el parágrafo 5 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002– ha intervenido en los mercados de cajas de compensación familiar de Cundinamarca, Antioquia y Valle por la ocurrencia a su juicio de circunstancias que impedían el libre traslado y afectaban la competencia entre cajas.

Esta materia está relacionada esencialmente con el régimen competencia entre cajas y con el procedimiento de ofrecimiento de servicios de una caja a empleadores que se encuentren afiliados a otra.

Las circulares externas 019 de 1999, 011 de 1997 y 023 de 2003 se han referido al tema de los criterios normativos y al procedimiento que debe surtir cuando un empleador desea conocer el portafolio de servicios de una caja de compensación familiar distinta a aquella en que se encuentra afiliado⁽⁶⁵⁾.

Dicho procedimiento implica que la solicitud de visita para ofrecimiento de servicios y presentación del portafolio debe constar por escrito. El director de la caja de compensación familiar a la que se requiera el portafolio por parte de un afiliado o responsable tiene la obligación de remitir copia de la solicitud al di-

(64) “ART. 48.—El afiliado a una Caja de Compensación Familiar puede desafiliarse mediante aviso escrito dirigido al Consejo Directivo. Las Cajas de Compensación Familiar no podrán exigir un término superior a tres meses para efectos de desafiliación, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud correspondiente”

(65) Al respecto podría echarse mano de la atribución contenida en el artículo 88 de la Ley 21 de 1982 para la Superintendencia del Subsidio Familiar, por la cual se otorga competencia a esta para fijar criterios objetivos en cuanto a número de afiliados por caja de compensación familiar. La norma es del siguiente tenor:

“ART. 88.—Para los efectos de garantizar a los trabajadores beneficiarios el reconocimiento de asignaciones monetarias equivalentes, y para evitar que se concentre en algunas Cajas la afiliación de los empleadores que a partir de la esta Ley queden obligados al pago del subsidio familiar, la autoridad competente de la Superintendencia del Subsidio Familiar, previo el debido estudio estadístico financiero, señalará a cada Caja el número de aportantes que necesariamente deberá admitir como afiliados”

rector de la caja en la que se encuentra afiliado el requiriente, dejando constancia de la entrega.

El director administrativo de la caja donde se encuentra afiliada la empresa en el transcurso de ocho (8) días debe tomar las medidas que considere, a fin de establecer las razones que existen para solicitar la visita, buscando del representante legal el desistimiento e informarle a la otra caja dentro de este término del mismo.

Si no se recibe por parte de la caja invitada el desistimiento en dicho término, se podrá efectuar la visita y presentar el correspondiente portafolio de servicios. En todo caso, se prohíben en la presentación del portafolio de servicios los cuadros comparativos, o la utilización de aseveraciones incorrectas o falsas.

Las cajas no pueden, motu proprio o desconociendo esta directriz, efectuar visitas a empresas afiliadas al sistema. Tampoco podrán destinar recursos o realizar campañas para promover la desafiliación de empresas afiliadas a otras cajas⁽⁶⁶⁾.

El retiro por traslado de una caja de compensación familiar está condicionado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

—Que se haga mediante solicitud escrita dirigida al consejo directivo de la caja de compensación familiar correspondiente.

—Que el responsable se encuentre al día con el pago de los aportes al sistema de riesgos profesionales y de subsidio familiar (inc. 5, art. 50, L. 789/2002) o que haya celebrado y esté ejecutando debidamente acuerdo de pago de sus acreencias para con la caja de compensación familiar.

Lo concerniente a la acreditación del segundo requisito se concreta para las obligaciones internas con el sistema, en la solicitud y expedición de paz y salvo por parte de la caja de la cual se retira el responsable y puede sustituirse por la celebración de acuerdo de pago.

El paz y salvo debe solicitarse junto al requerimiento de retiro y debe constar que se trata de desvinculación de la caja.

Para su expedición, el numeral 10 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002 le otorga a la caja de que se trate un término máximo de 60 días —entiéndanse hábiles—, contados a partir de la solicitud.

Para la consideración material del paz y salvo deben tenerse en cuenta todas las obligaciones existentes con la caja de las cuales sea responsable el afiliado

(66) Artículo 41 del Decreto 341 de 1988.

empleador o la cooperativa de trabajo asociado, no aquellas cuya titularidad corresponda a terceros o a los trabajadores afiliados, por las cuales seguirán respondiendo estos o serán transferidas a la caja de compensación familiar receptora.

Retardar injustificadamente el paz y salvo para efectos de retiro de un empleador o responsable constituye una conducta que viola el régimen de transparencia establecido por el artículo 21 de la Ley 789 de 2002 (numeral 10). Sobre el particular sobreviene un efecto de especial relevancia, que está ordenado por el parágrafo 3 del mencionado artículo, en los siguientes términos:

Quando se compruebe el traslado o retención de empleadores mediante violación de alguna de las normas vigentes además de la sanción personal al representante legal, que será proporcional al monto de los aportes, la Superintendencia ordenará que la afiliación regrese a la caja de afiliación anterior con devolución de los aportes menos los subsidios pagados.

No obstante el término de los 60 días a que alude la Ley 789 de 2002, no es preclusivo y pueden presentarse situaciones relacionadas con dilación en el otorgamiento del paz y salvo, frente a las cuales termina restringiéndose el derecho de movilidad pues sin el paz y salvo no procede la afiliación a una nueva caja de compensación familiar. Frente a esta circunstancia se ha abierto camino ya la posibilidad de realizar el traslado cuando, no existiendo acreencia alguna y presentándose un fenómeno de reticencia por parte de la caja, se omite o retarde dicho paz y salvo.

Conviene de otro lado hacer referencia expresa al régimen aplicable en materia de acuerdos de pago, el cual no tiene asidero legal, pero se encuentra establecido en el Decreto 827 de 2003.

En efecto, el artículo 10 de dicho decreto para dar cumplimiento a lo preceptuado por el parágrafo 3 del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y como mecanismo para facilitar el cumplimiento de las obligaciones por recursos parafiscales dispone que *el paz y salvo otorgado por parte de las cajas de compensación familiar podrá ser reemplazado con los acuerdos de pago que hayan celebrado estas con los empleadores atrasados en el pago de aportes. El acuerdo de que trata este artículo deberá estar debidamente firmado por los representantes legales tanto de la caja como del empleador y este deberá encontrarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones.*

Se trata de un esquema opcional que permite la movilidad de empleadores en el sistema de subsidio familiar, siempre y cuando se haya suscrito el aludido acuerdo y el mismo se esté cumpliendo.

Con el paz y salvo o el acuerdo de pago podrá tramitarse la afiliación del responsable a otra caja de compensación familiar para garantizar así la continuidad en el sistema de compensación familiar.

De otra parte considérese que si bien no existe norma legal que disponga en este la aplicación de períodos mínimos de permanencia, la consideración práctica sobre el instituto del paz y salvo para retiro y traslado de una caja de compensación familiar termina convirtiéndose en un esquema tal. Es claro que la norma no se refiere a un término fijo sino a uno máximo, esto es, el otorgamiento del paz y salvo puede darse en forma inmediata.

Pese a ello se ha convertido en un período de retención o de permanencia obligatoria en la caja de compensación familiar, pues esta termina tomando el término máximo de los 60 días, período dentro del cual no procede el traslado a la otra caja seleccionada, operando una restricción temporal al derecho de movilidad.

6. PRESTACIONES DEL SUBSIDIO FAMILIAR CUBIERTAS POR EL SISTEMA DE COMPENSACIÓN

6.1. Generalidades

Las prestaciones que el sistema de compensación familiar reconoce en Colombia pueden clasificarse en dos grandes categorías. De un lado aquellas de contenido dinerario a las que llamaremos *prestaciones económicas* y, de otra parte, las que corresponden al suministro de bienes o la atención de servicios, en cuya denominación emplearemos el concepto de *prestaciones asistenciales*.

Cada una de estas ramas presenta particularidades, así como demanda el cumplimiento de requisitos establecidos normativamente, a cuyos aspectos centrales pasaremos ahora a referirnos.

6.1.1. *Prestaciones económicas*

Las prestaciones económicas del sistema de compensación son:

- a) Cuota monetaria de subsidio familiar de carácter ordinario.
- b) Doble cuota monetaria de subsidio familiar por los mismos hijos.
- c) Cuota monetaria doble de subsidio familiar por personas a cargo con discapacidad.
- d) Subsidio extraordinario por muerte de persona a cargo.
- e) Subsidio extraordinario por muerte del trabajador beneficiario.
- f) Subsidio familiar de vivienda de interés social.

6.1.2. *Prestaciones asistenciales*

Las prestaciones asistenciales del sistema de compensación son:

- a) Servicios sociales subsidiados.
- b) Servicios sociales no subsidiados.
- c) Subsidio por pago de cotización al sistema de seguridad social en salud.
- d) Subsidios en especie para desempleados⁽⁶⁷⁾.
- e) Servicios de capacitación para la reinserción laboral de desempleados.
- f) Servicios financieros.

Antes de referirnos a dichas coberturas que representan el contenido material del sistema de compensación familiar en Colombia, conviene repasar los requisitos para acceder a los subsidios del mismo, a fin de responder la pregunta sobre quiénes tienen derecho a las prestaciones subsidiadas, en los tres frentes: i) subsidio familiar, ii) subsidio por desempleo y iii) subsidio familiar de vivienda de interés social.

Lo anterior sin perjuicio de reiterar que el acceso a las prestaciones relacionadas con servicios sociales, que no comprometen la aplicación de subsidios, está abierto para todos los afiliados al sistema, inclusive posibilitándose en algunos casos el disfrute de los mismos por personas no afiliadas, evento en el cual tendrán acceso a ellos en condiciones de mercado.

6.2. **Requisitos para acceder al subsidio familiar**

El artículo 1º de la Ley 21 de 1982 definió la condición general de acceso a esta prestación al prescribir que dicha prestación social se establecía a favor de los "trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo", siendo su objetivo principal el alivio de las cargas económicas.

En efecto, como se ha sostenido y en la forma en que Asocajas ha venido interpretando la naturaleza de esta prestación, se trata de un componente esen-

(67) Vale la pena aclarar que estos pueden ser pagados por las cajas de compensación familiar contra los recursos del Fonede bajo su cargo, lo mismo que el fondo de apoyo al empleo y protección al desempleado cuya naturaleza es la de ser un fondo cuenta sin personería jurídica, adscrito al Ministerio de la Protección Social, para el caso de los desempleados sin vinculación anterior al sistema de compensación familiar que no alcancen a ser atendidos por las cajas contra recursos del Fonede.

cial del salario social, cuyo objetivo se concreta en garantizar condiciones de equidad e inclusión.

Por su parte los artículos 18, 20, 23 y 27 de la Ley 21 de 1982, reformados por la Ley 789 de 2002, fijaban los requisitos legales para el subsidio familiar.

El mencionado artículo 18 prescribía:

“Son beneficiarios del régimen del subsidio familiar los trabajadores al servicio de los empleadores señalados en el artículo 7° que, además, reúnan los siguientes requisitos:

- “1. Tener el carácter de permanentes;
- “2. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;
- “3. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23, y
- “4. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el capítulo IV de esta ley”.

Esta norma fue subrogada por el artículo 3° de la Ley 789 de 2002⁽⁶⁸⁾.

(68) “ART. 3°—Régimen del subsidio familiar en dinero. Tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable, no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta para efectos del cómputo anterior el tiempo laborado para todos ellos y lo pagará la caja de compensación familiar a la que está afiliado el empleador de quien el trabajador reciba mayor remuneración mensual. Si las remuneraciones fueren iguales, el trabajador tendrá la opción de escoger la caja de compensación. En todo caso el trabajador no podrá recibir doble subsidio.

“El trabajador beneficiario tendrá derecho a recibir el subsidio familiar en dinero durante el período de vacaciones anuales y en los días de descanso o permiso remunerado de ley, convencionales o contractuales; períodos de incapacidad por motivo de enfermedad no profesional, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

“PAR. 1°—Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

“1. A los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se les 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.

Conocemos que la prestación del subsidio familiar se restringe a trabajadores subordinados —y ahora diremos cooperados—, de ingresos inferiores; esto implica que no se trata de una prestación universal y que su reconocimiento depende de la condición de necesidad del trabajador, la cual se presume a partir del nivel de ingresos de este y de la existencia de personas a su cargo.

Es por ello que pueden clasificarse en tres categorías los requisitos exigidos por el sistema colombiano para tener derecho al subsidio familiar, a saber (i) la condición de trabajador y la prestación efectiva del servicio, (ii) el nivel individual y familiar de ingresos y (iii) la existencia de personas a su cargo. Estos dos últimos incorporan al sistema la condición de representar una prestación por necesidad, esto es, no aplica a todos sino a personas en condiciones que demandan atención por el menor nivel de ingresos y, simultáneamente, por la existencia de mayores cargas de familia.

Desarrollemos estos requisitos:

(Cont. nota 68)

"3. Los padres del trabajador beneficiario mayores de 60 años de edad, 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.

"4. Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, causarán doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas se encuentran a su cargo y conviven con él.

"5. En caso de muerte de una persona a cargo por la cual el trabajador estuviere recibiendo subsidio familiar se pagará un subsidio extraordinario por el mes en que este ocurra, equivalente a 12 mensualidades del subsidio en dinero que viniere recibiendo por el fallecido.

"6. En caso de muerte de un trabajador beneficiario, la caja de compensación familiar continuará pagando durante 12 meses el monto del subsidio por personas a cargo, a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidado de ellos. El empleador dará aviso inmediato de la muerte de un trabajador afiliado a la caja de compensación.

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

"Parágrafo 2°. Tendrán derecho a subsidio familiar en especie y servicios para todos los demás servicios sociales los trabajadores cuya remuneración mensual fija o variable no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, y tendrán derecho a estos subsidios las personas a cargo enunciadas en el parágrafo 1° del presente artículo, incluyendo el (la) cónyuge y el trabajador.

"En el caso del parágrafo 1, los consejos directivos de las cajas de compensación familiar fijarán las tarifas y montos subsidiados que deberán ser inversamente proporcionales al salario devengado".

a) *Requisito de materialidad de la labor: ser trabajador permanente y haber laborado al menos 96 horas al mes*

La Ley 21 de 1982 dispuso que la obligación de afiliación que los empleadores tienen y de la que se desprende la realización de aportes para cubrir el subsidio familiar, recaía sobre trabajadores permanentes.

Por tal motivo una primera distinción que debe hacerse es que no toda relación de trabajo subordinado genera el derecho al subsidio familiar, en la medida en que, para que se dé dicho derecho, se requiere que se trate de trabajadores permanentes.

A estos efectos el artículo 19 de la Ley 21 de 1982 definió lo que se entiende por trabajadores permanentes, bajo los criterios de tratarse de personas que presten servicios no en forma ocasional, accidental o transitoria y que atiendan labores propias de las actividades normales del empleador, esto es, de aquellas bajo el giro ordinario de su desempeño. Y no se entienda que este criterio cobija solamente a los trabajadores que desarrollen el objeto social o que ejecuten actividades de orden misional, sino en general todas aquellos que sirvan al desarrollo del rol del empleador, según la noción de actividades normales o consuetudinarias propias de este⁽⁶⁹⁾.

Pero a más de esta exigencia de base, el ordenamiento impone para la causalización del derecho al subsidio familiar (entiéndase, no para la afiliación al sistema) que los trabajadores laboren una jornada mínima.

Al respecto, el artículo 23 de la Ley 21 de 1982 disponía que tenían derecho al subsidio los trabajadores "que laboren diariamente más de la mitad de la jornada máxima legal ordinaria o totalicen un mínimo de noventa y seis (96) horas de labor durante el respectivo mes".

Con mayor simplicidad el artículo 3° de la Ley 789 de 2002 dispone que este requisito se concreta en la prestación de servicios por jornada de al menos 96 horas al mes.

Para los efectos de la acreditación de esta condición, se tendrán en cuenta los días que corresponden a descansos, permisos remunerados de ley, convencionales o contractuales, por lo que la prestación se pagará durante el período de vacaciones o de disfrute de dichos permisos (art. 24 L. 21/1982).

(69) Como referencia y para aplicar el criterio distintivo expuesto, apréciase que en relación con el régimen de las cooperativas de trabajo asociado, el Decreto 2025 de 2011 entiende las actividades misionales permanentes como aquellas "actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa" (art. 1° inc. 3).

Como se admite la multifiliación al sistema, la causación del subsidio frente a este requisito tendrá que considerar el tiempo efectivamente laborado para el empleador responsable de que se trate.

En cuanto al cumplimiento de esta condición téngase en cuenta que no afectará para nada la aplicación de horarios de labor variables, debiendo considerarse el neto de prestación laboral por mes.

De otro lado, los períodos de incapacidad no afectan la causación del subsidio. Por el contrario, en el disfrute de las licencias por incapacidad –de origen común o profesional–, maternidad o paternidad el trabajador tendrá derecho al subsidio familiar, tal como lo preceptúa el artículo 25 de la Ley 21 de 1982. Interpretando con actualidad esta disposición, deberá entenderse que el trabajador deberá acreditar por el organismo de seguridad social correspondiente (EPS o ARP) la incapacidad de que se trate, en caso de haber disputa por el cumplimiento del requisito de jornada mínima laborada.

En efecto, el inciso final del artículo 23 de la Ley 21, el artículo 24 en su inciso primero parte final e inciso segundo, y el artículo 25 de la misma fueron subrogados por el inciso tercero del artículo 3° de la Ley 789 de 2002, manteniéndose, para lo atinente al reconocimiento de subsidio en períodos de vacaciones, descanso, permiso, incapacidades y maternidad, el mismo criterio aplicado por la normatividad anterior, en cuanto a la procedencia del beneficio en dichos períodos.

Si bien se elimina la expresión final del artículo 25 de la Ley 21 de 1982, es evidente que en los eventos de incapacidades y licencias por maternidad deberá acreditarse dicha condición en los términos previstos por el régimen aplicable al sistema de seguridad social en salud.

Si el trabajador presta servicios a varios empleadores, se tendrá en cuenta para la acreditación del requisito de jornada mínima laborada los tiempos servidos para todos ellos, percibiendo una sola cuota de subsidio por conducto de la caja de compensación familiar “a que esté afiliado el empleador de quien el trabajador reciba mayor remuneración mensual”. Esta condición estaba contenida en el artículo 23 de la Ley 21 de 1982 y fue reafirmada por el artículo 3° de la Ley 789 de 2002, no obstante representar una limitación a nuestro juicio inconveniente, considerando los niveles de remuneración salarial que harían pensar en la pertinencia de reconocer subsidio por varias cajas a un mismo trabajador, siempre y cuando, claro, no sobrepase los límites generales de ingresos y tenga personas a cargo.

Tendrá el trabajador la libertad de escoger la caja responsable del pago del subsidio si las remuneraciones que recibe de los varios empleadores son iguales. Es, valga anotar, el único evento dentro del sistema en el cual se permite la elección al trabajador.

El inciso segundo del artículo 3° de la Ley 789 de 2002, por su parte, consagra como principio general aquel en virtud del cual “en todo caso el trabajador no podrá recibir doble subsidio”, mismo que no se encontraba expreso en el anterior artículo 23 de la Ley 21.

Tal postulado se aplica sin perjuicio de la posibilidad contemplada en el numeral 7 del citado artículo, que subroga el artículo 36 de la Ley 21 de 1982, en cuanto al cobro simultáneo de la cuota de subsidio por los mismos hijos, por parte del padre y la madre, cuyas remuneraciones mensuales sumadas no excedan los cuatro salarios mínimos legales mensuales⁽⁷⁰⁾.

b) *Requisito de ingresos máximos: devengar ingresos mensuales que no sobrepasen 4 SMLMV personales ni los 6 SMLMV familiares*

El artículo 20 de la Ley 21 de 1982 contenía la limitación de ingresos, señalando que la misma aplicaba sobre el monto de remuneración fija o variable mensual, criterio que es recogido por la Ley 789 de 2002, la cual incorpora el límite de ingresos familiares, medido por los que se perciban sumando los del cónyuge o compañero permanente.

Para efectos del cálculo, el artículo 21 de la Ley 21 de 1982 dispone que se considerarán como ingresos las remuneraciones percibidas por el trabajador que tengan el carácter de ordinarias o fijas conforme los criterios del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. Así mismo deberán ser tenidos en cuenta los porcentajes sobre ventas, comisiones y las participaciones de utilidades que se paguen mensualmente.

Se ha planteado que el pago por horas extras no debe ser tenido en cuenta para efectos del aludido cálculo, pues si bien constituye remuneración por los servicios prestados, no tiene el carácter de pago fijo u ordinario a que alude el artículo 21 de la Ley 21 de 1982. El mismo criterio se aplica en el caso de primas, sobresueldos, bonificaciones o valor de trabajo suplementario⁽⁷¹⁾.

Es de advertir que la medición del nivel de ingresos familiar debería considerar los obtenidos por todo título –esto es, no solamente los de origen laboral–, no obstante en la práctica el control sobre este aspecto es nulo. Con un sistema integrado de control de ingresos, debería evitarse que se perciba subsidio por hogares que, por ejemplo, en actividades de renta o comerciales perciban ingresos muy superiores a los límites contemplados por el régimen de subsidio familiar.

(70) La Circular Externa 023 de 2003 proferida por la Superintendencia del Subsidio Familiar en su aparte 1.1 así lo reafirma: “Si los trabajadores: devengan menos de cuatro SMLMV, sumados a los de su cónyuge o compañero (a), podrán cobrar simultáneamente la cuota monetaria por los mismos hijos”.

(71) Conceptos 9744 de 1997 y 1667 de 1998 de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Frente a salarios variables, la determinación del requisito de ingresos se hará tomando en cuenta el promedio de los salarios devengados en el año inmediatamente anterior o durante el tiempo laborado, si fuere inferior a ese lapso (art. 22 L. 21/1982), lo que supone un ejercicio de liquidación periódico por parte de la caja de compensación familiar.

Si se perciben salarios de más de un empleador, como lo prescribe el artículo 58 del Decreto 341 de 1988 deberá considerarse la suma de las remuneraciones percibidas. Nótese que, por la naturaleza de la prestación, no interesa que la persona pueda percibir recursos por otros orígenes, pues lo que se tiene en cuenta es la causación de salarios.

No sobra señalar que ha habido algún debate sobre la conveniencia de aplicar este límite de remuneración para efectos del reconocimiento de la prestación subsidio familiar. En cuanto a las críticas de inequidad y no focalización que se hacen al sistema de compensación familiar, se plantea que el monto máximo de ingresos debía ser inferior. De hecho durante el debate de la que se convertirá en la Ley 789 de 2002, se propuso reducir la cobertura del sistema a trabajadores que devengaran hasta 3 SMLMV, lo que finalmente no fue acogido.

c) *Requisito de cargas familiares: tener el trabajador personas a cargo*

En los términos del parágrafo primero del artículo 3° de la Ley 789 de 2002, el cual subroga el numeral 4 del artículo 18 y modifica y deroga las disposiciones contenidas en los artículos 27, 28, 29, 30, 31 y 32 de la Ley 21 de 1982, para efectos del subsidio familiar podrán ser consideradas personas a cargo del trabajador exclusivamente: los hijos, los hermanos y los padres, siempre y cuando cumplan las siguientes condiciones.

— Hijos

No sobrepasar la edad de 18 años. La edad de 18 años comprende el período hasta la media noche del día anterior al que "cumplan 19 años", según el criterio de la Superintendencia del Subsidio Familiar, recogido por el numeral 1.1 de la Circular Externa 02 del 27 de enero de 2003 y reiterado en la Circular Externa 023 del 23 de diciembre de 2003, que derogó la anterior, l, 1.1.

Acreditar escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado, si el hijo cuenta con más de 12 años de edad. El numeral 1 del título I de la Circular 02 de la Superintendencia del Subsidio Familiar exigía la acreditación de la escolaridad para todas edades, lo cual es contrario a la Ley 789. El mismo criterio fue recogido por la Circular Externa 023 de 2003⁽⁷²⁾.

(72) "De conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 3° de la Ley 789, los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos naturales, adoptivos y los hijastros,

En cuanto a la denominación de hijos, es importante resaltar que la misma se hace equivalente para efectos del subsidio familiar, a la de hijastro, esto es “el hijo o hija de uno de los cónyuges con respecto del otro que no lo procreó”, entendiéndose por cónyuge exclusivamente al relacionado por vínculo matrimonial. Lo anterior en criterio que fue expuesto por la Superintendencia del Subsidio Familiar, mediante Circular 002 de 1990, en armonía con el Concepto 3279 de 1998.

Los hijos aportados a la unión libre por uno de los compañeros permanentes no se considerarían como hijastros, siendo personas a cargo del miembro de la unión que los procreó y, por ende, sujetos beneficiarios de este en los términos de la legislación del subsidio⁽⁷³⁾.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-586/99, expediente T-213042, del 11 de agosto, reconoció el derecho a percibir subsidio familiar por los hijastros aportados a la unión libre, considerando inaplicable el concepto de la Superintendencia del Subsidio Familiar. En dicho pronunciamiento se lee:

“Para esta Sala de Decisión, la anterior doctrina elaborada por la Superintendencia del Subsidio Familiar resulta manifiestamente contraria a la Constitución y por ello debe ser inaplicada. Si el constituyente quiso equiparar la familia que procede del matrimonio con la familia que surge de la unión de hecho, y a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, forzoso es concluir que proscribiera cualquier tipo de discriminación procedente de la clase de vínculo que da origen a la familia. Por lo tanto, establecer que son ‘hijastros’ los hijos que aporta uno de los cónyuges al matrimonio, pero que no lo son los que aporte al compañero de la unión de hecho, se erige en un trato discriminatorio que el orden jurídico no puede tolerar, por lo cual se revocará la decisión de segunda instancia que denegó el amparo solicitado”.

Por lo demás, la terminología empleada en el párrafo primero, numeral 1, de la Ley 789 en cuanto a los hijos amparados por la prestación del subsidio familiar, es transcrita de la Ley 21 de 1982 y no se ajusta a la preceptiva cons-

(Cont. nota 72)

tendrán derecho a percibir la cuota monetaria siempre y cuando acrediten la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado”, numeral 1, aparte I, Circular 002 de 2003, Superintendencia del Subsidio Familiar. Y en la Circular Externa 023 de 2003, I, 1 se lee: “De conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 3º de la Ley 789 de 2002, los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos naturales, adoptivos y los hijastros, tendrán derecho a percibir la cuota monetaria siempre y cuando acrediten la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado”.

(73) Artículo 1º de la Ley 54 de 1990.

titucional contenida en el artículo 42 de la Carta Política⁽⁷⁴⁾, a la vez que no es concordante con la establecida por la Ley 29 de 1982, a la cual modificó en el punto, norma aquella que varió la denominación de hijo natural por la de extramatrimonial.

En efecto, habría bastado con señalar que son personas a cargo los hijos del trabajador, entendiéndose en tal categoría a los hijastros, y en todo caso con la eliminación de la odiosa distinción entre hijos legítimos y naturales, ya superada. La aludida terminología fue recogida, sin embargo, por la Circular Externa 023 de 2003 de la Superintendencia del Subsidio Familiar, apartado I, 1.

No se olvide que, a la luz del texto constitucional señalado, los hijos son habidos en el matrimonio o fuera de él, esto es, extramatrimoniales, que no naturales, condición esta que todos ostentan en estricto sentido; igualmente tienen la condición de hijos los adoptados y los procreados con asistencia científica, categoría específica que faltó en la enunciación mencionada. Todos ellos tienen iguales derechos y deberes según el ordenamiento colombiano.

— Hermanos

No sobrepasar la edad de 18 años.

Ser huérfanos de padres.

Convivir y depender económicamente del trabajador.

Acreditar escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado, si el hermano a cargo cuenta con más de 12 años de edad.

— Padres

Ser mayores de 60 años de edad.

No percibir el padre y la madre salario, renta o pensión.

Depender ambos económicamente del trabajador.

(74) “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

“El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

“La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

“La honra, la dignidad y la intimidad de la familia con inviolables.

“Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

“Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”.

Las principales modificaciones experimentadas en relación con el régimen anterior en esta materia se pueden sintetizar en las siguientes:

La exclusión de la categoría de personas a cargo y, por ende, como beneficiarias, de los hijos y los hermanos del trabajador que sobrepasen los 18 años de edad. Se derogó así, por oposición con la nueva ley, el inciso tercero del artículo 28 de la Ley 21 de 1982 y la parte pertinente del artículo 31 *ib.*, normas que posibilitaban reconocer como personas a cargo los hijos y hermanos del trabajador hasta la edad de 23 años cumplidos, siempre y cuando adelantaran estudios post-secundarios, intermedios o técnicos.

La orfandad se exige en la nueva ley para los hermanos del trabajador beneficiario, en relación con los dos padres. En la anterior disposición se aludía al hermano huérfano de padre (arts. 27 y 31 L. 21/1982) y que dependiera económicamente del trabajador, circunstancia que fue variada por la expresión del texto legal contenido en la nueva norma. Por lo tanto se deberá acreditar por el trabajador, en el caso de tener hermanos a cargo, la orfandad en el sentido amplio aquí señalado, con el medio idóneo para ello, esto es, el registro civil de nacimiento del hermano y el registro de defunción de quienes figuren en aquel como sus padres, excepto, por supuesto, el caso de hijos inscritos exclusivamente por uno de los padres, respecto de los cuales la orfandad habrá de predicarse del padre que figure en el registro civil. Así se reconocía por el numeral 1.3 de la Circular Externa 02 de 2003 proferida por la Superintendencia del Subsidio Familiar y por el aparte I, 1.2 de la Circular Externa 023 de 2003, que ratificó dicho criterio⁽⁷⁵⁾.

Eliminación del requisito de convivencia aplicado a las categorías de hijos y padres del trabajador beneficiario, que anteriormente se ordenaba por el inciso segundo del artículo 27 de la Ley 21 de 1982 y que en la actualidad se aplica solamente en los términos del artículo 3° de la Ley 789 de 2002, numerales 2 y 4 del párrafo primero.

Eliminación de las condiciones de la escolaridad, tanto de las consagradas por el inciso segundo del artículo 28, en cuanto a estudios para los mayores de 12 años de edad con un mínimo de cuatro horas diarias o de 80 mensuales, como de aquellas previstas por el artículo 30 de la misma Ley 21 de 1982, en los términos de su redacción final a la luz del fallo de la Corte Constitucional⁽⁷⁶⁾, en cuan-

(75) "Para la aplicación del artículo 3° de la Ley 789 de 2002, se entenderá vigente lo preceptuado en el artículo 56 del Decreto 341 de 1988. Así mismo, se entiende que el hermano huérfano es de padre y madre [...] Así mismo, se entiende que el hermano huérfano es de padre y madre".

(76) Mediante Sentencia C-559 del 31 de mayo de 2001, con ponencia del magistrado Jaime Araújo Rentería, la Corte Constitucional declaró exequible la parte final del artículo 30 de la Ley 21 de 1982 en relación con la doble cuota de subsidio por razón de incapacidad,

to al requisito de educación o formación para acceder a la doble cuota de subsidio por beneficiarios inválidos o con capacidad física disminuida.

El derecho a la doble cuota de subsidio en razón de beneficiarios inválidos o de capacidad física disminuida se estableció en forma amplia respecto a esta última condicionante, pues en el anterior régimen, a la luz de lo dispuesto por los artículos 30 –para hijos y hermanos– y artículo 32 –para padres–, se exigía que la disminución de la capacidad normal de trabajo se afectara en más de 60%.

El criterio de la convivencia y la dependencia económica que se consagraba de manera general frente a las diferentes categorías de personas a cargo, en virtud del inciso segundo del artículo 27 de la Ley 21 de 1982, se incorporó para las categorías de hermanos huérfanos y padres, en los numerales 2 y 3 del párrafo primero del artículo 3º de la Ley 789 de 2002. Tal exigencia no se aplica a los hijos, pues no se incorporó en el numeral 1 de la nueva norma, sin que fuera menester entonces introducir la presunción legal de convivencia a la que aludía el inciso primero del artículo 28 de la Ley 21 en cuanto a los hijos hasta la edad de 18 años.

De otro lado y pese a la imprecisa redacción del numeral 3, párrafo 1 del artículo 3º, debe entenderse que quien podrá cobrar la cuota monetaria en el caso de los padres será solamente uno de los hijos trabajadores, de quien dependan aquellos; pudiera darse el caso de situaciones de apoyo y sostenimiento para los padres en las que colaboraren más de un hijo, hipótesis que en todo caso no posibilitaría sino a uno de ellos el cobro de la citada cuota.

Se encuentra vigente, en virtud del principio de presunción de legalidad el artículo 56 del Decreto 341 de 1988, norma de carácter reglamentaria que interpreta, en nuestro concepto más allá del texto de la propia ley, la Ley 21 de 1982 en concordancia con la Ley 789 de 2002, en cuanto a la expresión convivencia, para establecer que la misma no implica la cohabitación permanente entre el trabajador beneficiario y la persona a cargo.

La Circular Externa 023 del 23 de diciembre de 2003 de la Superintendencia del Subsidio Familiar recoge tal postura al señalar en su apartado I, 1.2: “Para

(Cont. nota 76)

salvo la expresión “profesional especializada” que en ella se recogía para calificar el tipo de formación que debían recibir las personas a cargo que dieran lugar a dicho subsidio especial, por establecer una discriminación no tolerable entre discapacitados. Sostuvo la Corte en su pronunciamiento que, “por lo mismo, todos los discapacitados que estudien tienen derecho a percibir doble cuota de subsidio familiar, sin que para nada importe el nivel de educación o formación al cual se hallen vinculados, ni el carácter formal o no formal de la respectiva educación o formación. Siempre y cuando adelanten sus estudios en establecimiento idóneo”.

la aplicación del artículo 3° de la Ley 789 de 2002, se entenderá vigente lo preceptuado por el artículo 56 del Decreto 341 de 1988”.

En todo caso, el mandato de la norma con rango legal establece como requisito dicha convivencia, en la actualidad exclusivamente para la categoría de hermanos huérfanos de padre y en el evento de personas a cargo inválidas o de capacidad física disminuida que les impida trabajar.

Los requisitos establecidos por la ley para efectos de ser considerado un trabajador como beneficiario del subsidio familiar son copulativos y complementarios, esto es, no se excluyen o sustituyen unos por otros, sino que deben concurrir en forma simultánea y permanente mientras se reclame la prestación.

Por ende, adquiere especial relevancia la obligación del trabajador de dar aviso oportuno –dentro del mes en que ocurran los hechos– a la caja de compensación familiar correspondiente, sobre circunstancias que alteren su condición de beneficiario y, por ende, la cuantía del subsidio que deba cancelársele.

Como la prestación del subsidio familiar se causa en forma mensual y se cubre con los aportes que mes vencido realiza el empleador en los términos de ley, esto es, dentro de los diez primeros días del mes siguiente de aquel que se pretende satisfacer según el artículo 10 de la Ley 21 de 1982 y ahora en el cronograma de aplicación PILA, toda circunstancia que afecte en el mes de que se trate la condición del trabajador beneficiario hará que el derecho a la cuota mensual respectiva no se cause, como por ejemplo cuando no labore el número mínimo de horas exigidas, o cuando en curso de dicho período se rompa la convivencia y dependencia económica con los hermanos o los padres, o cuando el hijo sobrepase los 18 años de edad.

La enunciación de tales requisitos y, en particular, el listado de las categorías de personas que pueden ser consideradas, para los efectos del subsidio familiar, beneficiarios a cargo, es taxativa, lo cual implica la imposibilidad de aplicar de manera extensiva o a través de una interpretación ampliada la generación del beneficio del subsidio al trabajador a cuyo cargo económico y con convivencia con él se encuentren parientes en grados más allá del segundo de consanguinidad, primero de afinidad o civil, sin que puedan considerarse entonces para estos efectos los menores entregados en custodia del trabajador, los sobrinos, los padrastros o hermanastros y demás personas que no cumplan con los requisitos de ley.

Una sola reflexión en este punto en relación con los menores de edad que se declaren en situación de abandono o que se encuentren en trámite de adopción. Es claro que legalmente están excluidos de considerarse personas a cargo para efecto del subsidio si se considera el catálogo legal; empero por aplicación

preferente del artículo 44 de la Constitución Política y del principio constitucional de la prevalencia de los derechos de los niños, como mecanismo transitorio para evitar la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, sería factible considerar que por mandato tutelar de juez, que llene el vacío legal sobre el punto, pueda decretarse el pago de cuota monetaria de subsidio familiar en el caso de menores a cargo del trabajador, particularmente cuando sobre ellos recaiga custodia decretada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en tanto se concluya el proceso de adopción y se den las condiciones de desprotección requeridas. Mientras ello no ocurra, las cajas deberán en todo caso abstenerse de reconocer cuota monetaria en el evento comentado, a menos que medie orden de autoridad judicial.

Finalmente, a este respecto de los requisitos, téngase en cuenta lo prevenido por el artículo 55 del Decreto 341 de 1988 en cuanto a que “para acreditar las calidades que dan derecho al subsidio familiar será suficiente el medio idóneo previsto por la ley”.

6.3. Requisitos para acceder al subsidio por desempleo

Están señalados por el artículo 12 del Decreto 2340 del 19 de agosto de 2003, a partir de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 789 de 2002⁽⁷⁷⁾, modificado por la Ley 1438 de 2011, así:

- a) Carecer de un ingreso económico.
- b) Encontrarse disponible para trabajar en forma inmediata.
- c) Acreditar conductas activas de búsqueda de empleo.
- d) Estar inscrito como demandante en el Sistema Nacional de Registro Laboral, una vez se cree⁽⁷⁸⁾.

(77) El texto de dicho artículo preceptuaba en cuanto a los beneficiarios del subsidio lo siguiente:

“Régimen de apoyo para desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar. Los jefes cabeza de hogar que se encuentren en situación de desempleo, luego de haber estado vinculados al sistema de cajas de compensación familiar no menos de 1 año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo, tendrán derecho con cargo a los recursos del fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6° de la presente ley a los siguientes beneficios, por una sola vez y hasta que se agoten los recursos del fondo. La reglamentación establecerá los plazos y condiciones a partir de los cuales se reconocerá este subsidio...”

(78) Ver artículo 42 de la Ley 789 de 2002.

e) Participar en los programas de inserción laboral en la respectiva caja⁽⁷⁹⁾.

f) Ser jefe cabeza de hogar⁽⁸⁰⁾.

Para acceder a los subsidios a que alude el artículo 10 de la Ley 789 de 2002, se exige al postulante haber estado afiliado por lo menos un año dentro de los tres años anteriores al sistema de compensación familiar.

La acreditación de las condiciones señaladas en los numerales 1 y 2 se efectuará mediante el diligenciamiento del formulario previsto en el artículo 15 del aludido decreto, entendiéndose presentado bajo la gravedad del juramento por el interesado.

El formulario a que se hace referencia fue adoptado inicialmente por la Superintendencia del Subsidio Familiar, en los términos de lo establecido por el párrafo 3 del artículo 15 del Decreto 2340 de 2003 y por el artículo 3° del Decreto 3450 del 1° de diciembre de 2003, mediante Resolución 058 del 4 de marzo de 2004 bajo la denominación de Formulario Único de Postulación de subsidio al desempleo, complementado por los instructivos "Información de interés para los postulantes al subsidio de desempleo" e "instrucciones generales", instrumentos que no podrán ser modificados por las cajas de compensación familiar.

Una vez se dé en operación el Sistema Nacional de Registro Laboral, en los términos del artículo 42 de la Ley 789 de 2002, cesará la utilización del formulario comentado, al igual que en caso de operar el sistema integrado de afiliación a la protección social.

En el caso de desempleados sin vinculación anterior al sistema de compensación familiar, esto es, de aquellos que no puedan acreditar afiliación de por lo menos un año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de los beneficios, su régimen corresponde a lo prescrito por el artículo 11 de la Ley 789 de 2002, tal como fue modificado por la Ley 1438 de 2011.

(79) Este requisito no es condición determinante para el reconocimiento de los subsidios a que se refiere la Ley 789 de 2002 para desempleados, tal como lo reafirma el artículo 18 del Decreto 2340 de 2003 al establecer: "Capacitación para el proceso de inserción laboral. Se propenderá a que los beneficiarios del subsidio de que trata el artículo 10 de la Ley 789 de 2002 reciban simultáneamente el beneficio de la formación para la inserción laboral y el subsidio redimible en salud y/o bonos alimenticios y/o educación". Como se aprecia, no hay obligatoriedad en cuanto a que el beneficiario del subsidio deba participar en los aludidos cursos para percibir el subsidio.

(80) Según la definición del párrafo 5 del artículo 13 de la Ley 789 de 2002 y de conformidad con lo prescrito por el artículo 14 del Decreto 2340 de 2003, modificado por el artículo 1° del Decreto 586 de 2004.

En este evento los requisitos están consagrados en el artículo 13 del Decreto 2340 de 2003 y se concretan en:

- a) Carecer el beneficiario de un ingreso económico.
- b) Encontrarse disponible para trabajar en forma inmediata.
- c) Acreditar conductas activas de búsqueda de empleo.
- d) No ser beneficiario del régimen de subsidios a que se refiere el artículo 8° de la Ley 789 de 2002.
- e) Estar inscrito como demandante en el Sistema Nacional de Registro Laboral, una vez se expida su régimen de organización, administración y funcionamiento, conforme al artículo 42 de la Ley 789 de 2002.
- f) Ser jefe cabeza de hogar desempleado.

Las condiciones de acreditación de las calidades, las exclusiones del régimen y las causales de terminación del subsidio se rigen por los decretos 2340 de 2003 y 0586 de 2004, en la forma como se aplican paralos desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar.

Debe referirse la presentación ante el Congreso de la República de proyecto de ley para regular el sistema de protección al desempleado, “el cual tiene por objeto integrar los elementos de protección social al desempleado y apoyarlos en la generación de opciones alternativas de trabajo formal en que usen sus capacidades”, el cual se identifica como PL 80 de 2011 Senado y cuyo acogimiento implicaría un cambio estructural en el manejo de las coberturas y del régimen comentado.

6.4. Requisitos para acceder al subsidio familiar de vivienda de interés social

Según el artículo 28 de la Ley 1469 del 30 de junio de 2011, mediante el cual se modificó el artículo 6° de la Ley 3ª de 1991, se define el subsidio familiar de vivienda como:

Un aporte estatal en dinero o en especie que podrá aplicarse en lotes con servicios para programas de desarrollo de autoconstrucción, entre otros, otorgado por una sola vez al beneficiario con el objeto de facilitar el acceso a una solución de vivienda de interés social o interés prioritario de las señaladas en el artículo 5° de la presente ley, sin cargo de restitución, siempre que el beneficiario cumpla con las condiciones que establece esta ley.

La cuantía del subsidio será determinada por el Gobierno Nacional de acuerdo con los recursos disponibles, el valor final de la solución de vivienda y las condiciones socioeconómicas de los beneficiarios, en cuya postulación se dará un tratamiento preferente a las mujeres cabeza de familia de los estratos más pobres de la población, a las trabajadoras del sector informal y a las madres comunitarias.

Los recursos de los subsidios familiares de vivienda, una vez adjudicados y transferidos a los beneficiarios o a las personas que estos indiquen, independientemente del mecanismo financiero de recepción, pertenecen a estos, y se sujetarán a las normas propias que regulan la actividad de los particulares.

Conforme el artículo 33 de la Ley 546 de 1999: “Los beneficiarios de subsidio de vivienda que habiendo perdido la misma por imposibilidad de pago podrán obtener de nuevo el subsidio de vivienda por una sola vez más y previa solicitud a las instituciones encargadas de su asignación”.

Adicionalmente, según el artículo 4º del Decreto 2190 de 2009, “Las personas que formen parte de hogares beneficiarios del subsidio podrán postular nuevamente a este, cuando en el futuro conformen un nuevo hogar, siempre y cuando cumplan con las condiciones exigidas para ello. Para el efecto, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial establecerá las condiciones y requisitos para acreditar tal situación”.

De acuerdo con el artículo 27 de la Ley 1469 del 30 de junio de 2011, mediante el cual se modificó el artículo 5º de la Ley 3ª de 1991, se define la solución de vivienda como⁽⁸¹⁾:

(81) Ver así mismo el artículo 117 de la Ley 1450 de 2011: “Definición de vivienda de interés social. De conformidad con el artículo 91 de la Ley 388 de 1997, la vivienda de interés social es la unidad habitacional que cumple con los estándares de calidad en diseño urbanístico, arquitectónico y de construcción y cuyo valor no exceda ciento treinta y cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes (135 SMLMV).

“Parágrafo 1º. Se establecerá un tipo de vivienda denominada Vivienda de Interés Social Prioritaria, cuyo valor máximo será de setenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (70 SMLMV). Las entidades territoriales que financien vivienda en los municipios de categorías 3, 4, 5 y 6 de la Ley 617 de 2000 sólo podrán hacerlo en Vivienda de Interés Social Prioritaria.

“Parágrafo 2º. En el caso de programas y/o proyectos de renovación urbana, el Gobierno Nacional podrá definir un tipo de vivienda de interés social con un precio superior a los ciento treinta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (135 SMLMV), sin que este exceda los ciento setenta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (175 SMLMV). Para esto, definirá las características de esta vivienda de interés social, los requisitos que deben cumplir los programas y/o proyectos de renovación urbana que la aplicarán y las condiciones para la participación de las entidades vinculadas a la política de vivienda y para la aplicación de recursos del Subsidio Familiar de Vivienda.

El conjunto de operaciones que permite a un hogar disponer de habitación en condiciones sanitarias satisfactorias de espacio, servicios públicos y calidad de estructura, o iniciar el proceso para obtenerlas en el futuro.

Son acciones conducentes a la obtención de soluciones de vivienda, entre otras, las siguientes:

- Construcción, o adquisición de vivienda;*
- Construcción o adquisición de unidades básicas de vivienda para el desarrollo progresivo;*
- Adquisición de lotes destinados a programas de autoconstrucción de vivienda de interés social y VIP;*
- Celebración de contratos de leasing habitacional para adquisición de vivienda familiar de interés social;*
- Celebración de contratos de arrendamiento con opción de compra de vivienda de interés social y vivienda de interés prioritario a favor del arrendatario;*
- Adquisición o urbanización de terrenos para desarrollo progresivo;*
- Adquisición de terrenos destinados a vivienda;*
- Adquisición de materiales de construcción;*
- Mejoramiento, habilitación y subdivisión de vivienda;*
- Habilitación legal de los títulos de inmuebles destinados a la vivienda”.*

Pueden solicitar el subsidio establecido en el Decreto 2620 de 2000 los hogares no vinculados al sistema formal de trabajo o las personas afiliadas a las cajas de compensación familiar, que carezcan de recursos suficientes para obtener

(Cont. nota 81)

“Parágrafo 3º. Con el propósito de incentivar la construcción de vivienda de interés social para ser destinada a arrendamiento o arrendamiento con opción de compra, mediante leasing habitacional o libranza, el Gobierno Nacional reglamentará sus características que incluya los criterios de construcción sostenible, incentivos, mecanismos y condiciones para su implementación y articulación con el subsidio familiar de vivienda, garantizando siempre su focalización en hogares de bajos ingresos. La reglamentación referida en este parágrafo se expedirá en un plazo no mayor de 6 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley”.

o mejorar una única solución de vivienda de interés social, cuyos ingresos totales mensuales no sean superiores al equivalente a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales y cumplan con los requisitos señalados en la ley.

Para los anteriores efectos, se entiende por hogar el conformado por los cónyuges, las uniones maritales de hecho y/o el grupo de personas unidas por vínculos de parentesco hasta tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, que compartan un mismo espacio habitacional (arts. 5° y 6°, D. 2620/2000; art. 4°, D. 2480/2002).

Para aspirar a la asignación de un subsidio familiar de vivienda, los solicitantes debían cumplir las condiciones de ahorro previo y evaluación de su capacidad de crédito para la adquisición, construcción o mejoramiento de la solución de vivienda, salvo que dicho crédito no se requiera (arts. 23 y 31, D. 2620/2000). No obstante la Ley 1469 de 2011 (de Suelo Urbanizable) señaló que no se requiere ahorro, en tanto la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo⁽⁸²⁾, contiene una excepción al régimen de ahorro. Esta transición normativa implica desarrollo reglamentario por parte del Gobierno Nacional.

El Decreto 951 de 2001, “por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 3ª de 1991 y 387 de 1997, en lo relacionado con la vivienda y el subsidio de vivienda para la población desplazada”, extendió el beneficio de subsidio de vivienda a los hogares desplazados que estén inscritos en el Registro Único de Población Desplazada, disponiendo que el otorgante en el área urbana es Fonvivienda⁽⁸³⁾.

Por su parte, la Resolución 21 del 18 de enero de 2007 del Fondo Nacional de Vivienda contiene los requisitos para acceder al subsidio familiar de vivienda de interés social, los que se complementan con algunos fijados por otras normas específicas.

(82) “ART. 128.—Incentivos para el ahorro y para el otorgamiento de crédito para adquisición de vivienda. El Gobierno Nacional podrá definir incentivos para las entidades debidamente autorizadas que otorguen crédito para adquisición de vivienda que beneficie a personas no vinculadas al mercado formal del trabajo, y/o que ofrezcan cuentas de ahorro programado que vinculen de manera efectiva el ahorro con el otorgamiento de crédito para adquisición de vivienda.

“PAR. 1°—En los programas de vivienda de interés social no se exigirá la cuota de ahorro programado para los hogares que tengan ingresos iguales o inferiores a dos salarios mínimos vigentes, que no tengan capacidad de ahorro y no estén vinculados al mercado formal. En todo caso, el Gobierno Nacional definirá incentivos al ahorro programado para estos hogares.

“PAR. 2°—El Gobierno Nacional y las Entidades Territoriales diseñarán mecanismos para atraer el ahorro y la inversión de los colombianos en el exterior mediante la canalización de remesas para la adquisición y construcción de vivienda y proyectos productivos”.

(83) Creado por el Decreto 555 del 10 de marzo de 2003.

En síntesis, los requisitos generales para solicitar el subsidio familiar de vivienda de interés social a través de las cajas de compensación familiar y contra recursos provenientes del 4% de aporte patronal son los siguientes:

a) Ser afiliado a la caja de compensación familiar y estar el responsable del subsidio familiar al día en aportes.

b) Tener conformado un hogar con vínculo matrimonial o compañero permanente incluyendo parejas del mismo sexo, grupo de familia con vínculo de parentesco hasta tercer grado de consanguinidad (hijos, padres, hermanos, tíos, sobrinos, nietos, abuelos), segundo de afinidad (cuñados, suegros, hijastros) o primero civil (hijos adoptivos, padres adoptantes) que compartan un mismo espacio habitacional.

c) Los ingresos del grupo familiar solicitante del subsidio deben ser iguales o inferiores a cuatro (4) salarios mínimos legales vigentes.

d) Ninguna de las personas que conforman el hogar puede ser propietario o poseedor de inmueble alguno ni haber sido adjudicatarias del Instituto de Crédito Territorial, así se haya transferido la vivienda.

e) Ningún integrante del hogar puede haber recibido subsidio por parte del Fondo Nacional de Vivienda, el Instituto Nacional de Vivienda y Reforma Urbana (INURBE) hoy en liquidación, la Caja Agraria hoy en liquidación, el Banco Agrario, Focafe, las cajas de compensación familiar ni el FOREC o tener derecho a solicitar otros subsidios para vivienda (Caja de Vivienda Militar). Salvo las excepciones contempladas en la ley.

f) La solución de vivienda en la que se aplicará el subsidio debe corresponder a un programa de vivienda de interés social aprobado por la entidad competente y su valor no puede exceder los 135 salarios mínimos legales vigentes, a menos que se trate de un proyecto de renovación urbana, en cuyo caso se considera que el precio máximo de la solución de vivienda puede ser de 175 SMLMV, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1450 de 2011.

La Ley 1469 de 2011 por su parte estableció un régimen de excepción para los requisitos enunciados en los siguientes términos:

a) Los beneficiarios del subsidio familiar de vivienda en cualquiera de sus modalidades, cuyas viviendas hayan sido o fueren afectadas por desastres naturales o accidentales, por la declaratoria de calamidad pública o estado de emergencia, o por atentados terroristas, debidamente justificados y tramitados ante las autoridades competentes, tendrán derecho a postularse nuevamente, para acceder al subsidio familiar de vivienda, de acuerdo con las condiciones que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

b) Los usuarios de los créditos de vivienda de interés social o interés prioritario, que sean cabeza de hogar, que hayan perdido su vivienda de habitación

como consecuencia de una dación en pago o por efectos de un remate judicial, podrán postularse por una sola vez, para el reconocimiento del subsidio familiar de vivienda, previa acreditación de calamidad doméstica o pérdida de empleo y trámite ante las autoridades competentes.

La Ley 1448 de 2011 de protección a las víctimas del conflicto armado por su parte, contiene un capítulo dedicado a la regulación del subsidio de vivienda de interés social para población cubierta por sus regulaciones⁽⁸⁴⁾.

(84) "ART. 123.—Medidas de restitución en materia de vivienda. Las víctimas cuyas viviendas hayan sido afectadas por despojo, abandono, pérdida o menoscabo tendrán prioridad y acceso preferente a programas de subsidios de vivienda en las modalidades de mejoramiento, construcción en sitio propio y adquisición de vivienda, establecidos por el Estado. Lo anterior, sin perjuicio de que el victimario sea condenado a la construcción, reconstrucción o indemnización.

"Las víctimas podrán acceder al subsidio familiar de vivienda de conformidad con la normatividad vigente que regula la materia y a los mecanismos especiales previstos en la Ley 418 de 1997 o las normas que la prorrogan, modifican o adicionan.

"El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, o la entidad que haga sus veces, o el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, o la entidad que haga sus veces, según corresponda, ejercerá las funciones que le otorga la normatividad vigente que regula la materia con relación al subsidio familiar de vivienda de que trata este capítulo, teniendo en cuenta el deber constitucional de proteger a las personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual deberá dar prioridad a las solicitudes que presenten los hogares que hayan sido víctimas en los términos de la presente ley.

"El Gobierno Nacional realizará las gestiones necesarias para generar oferta de vivienda con el fin de que los subsidios que se asignen, en virtud del presente artículo, tengan aplicación efectiva en soluciones habitacionales.

"PAR. 1—La población víctima del desplazamiento forzado accederá a los programas y proyectos diseñados por el Gobierno, privilegiando a la población mujeres cabeza de familia desplazadas, los adultos mayores desplazados y la población discapacitada desplazada.

"PAR. 2—Se priorizará el acceso a programas de subsidio familiar de vivienda a aquellos hogares que decidan retornar a los predios afectados, previa verificación de condiciones de seguridad por parte de la autoridad competente.

"ART. 124.—**Postulaciones al subsidio familiar de vivienda.** Los postulantes al subsidio familiar de vivienda en las condiciones de que trata este capítulo podrán acogerse a cualquiera de los planes declarados elegibles por el Fondo Nacional de Vivienda o la entidad que haga sus veces, o por el Banco Agrario o la entidad que haga sus veces, según corresponda.

"ART. 125.—**Cuantía máxima.** La cuantía máxima del subsidio familiar de vivienda de que trata este capítulo será el que se otorgue en el momento de la solicitud a los beneficiarios de viviendas de interés social.

"ART. 126.—**Entidad encargada de tramitar postulaciones.** Las postulaciones al Subsidio Familiar de Vivienda de que trata este capítulo serán atendidas por el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial si el predio es urbano, o por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural si el predio es rural, con cargo a los recursos asignados por el Gobierno Nacional para el Subsidio de Vivienda de Interés Social.

"ART. 127.—**Normatividad aplicable.** Se aplicará al Subsidio Familiar de Vivienda de que trata este capítulo, lo establecido en la normatividad vigente que regula la materia, en cuanto no sea contraria a lo que aquí se dispone".

6.5. Contenido de las prestaciones

Analicemos pues los alcances principales de cada una de las coberturas del sistema de compensación familiar:

6.5.1. *Cuota monetaria de subsidio familiar de carácter ordinario*

Corresponde al pago económico dinerario que realiza el sistema de compensación familiar a través de las cajas y a nombre de los responsables del subsidio (empleadores y cooperativas de trabajo asociado), a los afiliados obligatorios beneficiarios de la prestación, que se causa y paga en forma mensual.

Su *naturaleza* responde al pago de la asignación familiar por cargas y su finalidad consiste en aliviar la economía familiar de los trabajadores que, con menores ingresos, tienen mayores obligaciones de manutención en sus hogares.

El subsidio familiar *no es salario* ni se computa como factor de salario en ningún caso (art. 2º L. 21/1982).

Conforme lo ordenado por el artículo 4º de la Ley 21 de 1982, dicho subsidio es *inembargable* salvo i) en procesos de alimentos que se instauren a favor de beneficiarios del trabajador que dan derecho a la prestación y ii) en procesos ejecutivos adelantados por el Fondo Nacional de Ahorro, las cooperativas y las cajas de compensación familiar frente a obligaciones por vivienda.

El subsidio familiar no podrá “compensarse, deducirse ni retenerse salvo autorización expresa del trabajador beneficiario”.

Este atributo de *intangibilidad del subsidio* fue reiterado por el artículo 1º de la Ley 920 de 2004, que modificó el artículo 16 de la Ley 789 de 2002 y adicionó un numeral 14 a esta disposición. En efecto en el numeral 14.1, apartado 2, se prohíbe a las cajas de compensación familiar y a las secciones especializadas de ahorro y crédito “obligar a los afiliados, directa o indirectamente, al ahorro de la Cuota Monetaria del Subsidio Familiar, la cual continuará siendo de libre utilización por parte de los mismos”.

El subsidio familiar *se paga al trabajador* en razón de los beneficiarios, lo que ha llevado a pensar que en sentido estricto el mismo corresponda a estos.

No obstante el artículo 33 de la Ley 21 de 1982 consagra la autorización para que las cajas de compensación familiar paguen el subsidio a persona distinta del trabajador “que ofrezca mejores seguridades del empleo del subsidio”; esto en eventos de excepción, aplicados especialmente en el evento de pérdida de la patria potestad de uno de los padres o circunstancias similares que impidan el efectivo goce del derecho en bien de la familia.

En el mismo sentido, el artículo 26 de la aludida ley dispone que el subsidio se pague al cónyuge a cuyo cargo esté la guarda y sostenimiento de los hi-

jos, prefiriéndose a la madre en caso que ambos cónyuges o compañeros la ejerzan; no obstante este criterio ha de compaginarse con la igualdad de derechos en cabeza de los padres y, en la medida en que los dos sean titulares de la patria potestad sobre los hijos, tendrán derecho a percibir el subsidio, pudiendo en casos de excepción, como se ha mencionado, pagarse el subsidio no al trabajador sino a otra persona, como el cónyuge no afiliado que ejerza efectivamente la guarda del menor.

Si el sistema evoluciona a reconocer la prestación en razón de los menores con vocación universal, la consideración de estos aspectos perderá relevancia pues el derecho se estructurará sobre las personas protegidas por el subsidio y no sobre los trabajadores, siendo de menor importancia definir el titular del pago, pues en últimas será el beneficiario el que deba percibir la prestación, bien por conducto de sus padres, de un tercero responsable o de una institución de custodia.

Las acciones para cobrar el subsidio a los empleadores remisos *prescriben* en el término de tres años conforme lo previsto al respecto por el régimen general del Código Sustantivo del Trabajo (art. 6° L. 21/1982).

Por su parte y como figura diferente de la prescripción de la acción de cobro judicial, las cuotas monetarias de subsidio familiar correspondientes a un mes determinado *caducarán* "al vencimiento del mes subsiguiente" frente a los trabajadores que no hayan acreditado el derecho, siempre y cuando el responsable haya pagado oportunamente los aportes.

Se trata de un efecto que opera en contra del beneficiario que por su omisión no acredita las condiciones para acceder a la prestación. Como las cuotas de subsidio se causan y pagan mensualmente, el trabajador debe evidenciar ante la caja de compensación familiar su condición de tal mediante la presentación de los documentos y pruebas del caso; si no lo hace pierde las cuotas de subsidio del mes transanterior, lo que implica que las cuotas causadas en enero deben ser cobradas por el beneficiario, una vez acreditados los requisitos, hasta el mes de marzo, luego del cual caduca el derecho a la cuota de dicho mes por efecto de ley. En este evento, los recursos acrecen los del sistema, esto es, se incorporan al flujo de los administrados por las cajas de compensación familiar como excedentes para la aplicación en inversiones y programas sociales, sin que se devuelvan ni al empleador ni al trabajador en forma alguna.

No existen en el régimen general de subsidio familiar en Colombia diferencias de cuota monetaria en razón de la primogenitura o a favor de uno u otro beneficiario, excepto el pago de doble cuota por condición de discapacidad.

Tampoco hay límites en el reconocimiento de cuotas de subsidio, lo cual implica que un beneficiario puede ser titular de un número indefinido de cuotas, sin que se disminuya o aumente el valor de cada una de ellas en razón de la cantidad de beneficiarios amparados.

Esto último fue criticado en los momentos iniciales del sistema moderno por los años ochenta, cuando las tasas de natalidad en el país estaban por fuera de los referentes. En general, no puede perderse de vista que una de las funciones propias de un sistema de asignaciones familiares como se ha visto tiene que ver con el manejo poblacional, por lo cual impactará en la evolución demográfica de la sociedad a la que sirve. No es gratuito que los países empleen los mecanismos de estos subsidios como estímulos al crecimiento demográfico, como ha ocurrido en Italia e Israel.

Durante 2011 se discute, con ocasión de una iniciativa parlamentaria sobre progeneración responsable, la posibilidad de fijar criterios diferenciales en el monto de la cuota monetaria de subsidio para las parejas que cuentan con más de dos hijos y siempre y cuando se hayan vinculado en forma voluntaria al programa, que contiene, por su parte, un régimen de estímulos para limitar la progeneración a dos hijos, en el caso de familias con menores ingresos.

Procede ahora que repasemos el *régimen del subsidio familiar en dinero*, hoy denominado cuota monetaria de subsidio.

En vigencia de la normativa anterior, correspondía a los consejos directivos de las cajas de compensación familiar fijar la cuota de subsidio en dinero, a partir del reconocimiento que correspondiere como efecto de aplicar el 55% de los aportes a ese fin. Tal era lo preceptuado por el artículo 50, numeral 3, de la Ley 21 de 1982.

Es decir, hasta el año 2002 regía en Colombia un esquema libre de fijación de cuota de subsidio a cargo de cada caja de compensación familiar, regulado especialmente en cuanto al mínimo de los recursos de aportes que debían destinarse a la aplicación en subsidios monetarios.

Las bases del nuevo régimen de cuota monetaria de subsidio familiar se encuentran en el artículo 4° de la Ley 789 de 2002⁽⁸⁵⁾ y se expresan en la transición

(85) "ART. 4°—Cuota monetaria. A partir del 1° de julio de 2003, el subsidio familiar en dinero que las cajas de compensación familiar deben pagar a los trabajadores que la ley considera beneficiarios será cancelado en función de cada una de las personas a cargo que dan derecho a percibirlo, con una suma mensual, la cual se denominará, para los efectos de la presente ley, cuota monetaria.

"PAR. 1°—Para los efectos de la presente ley se entiende por personas a cargo aquellas que dan derecho al trabajador beneficiario a recibir subsidio en dinero, siempre que se haya pagado durante el respectivo ejercicio.

"PAR. 2°—Con el fin de garantizar el régimen de transparencia y propiciar las condiciones apropiadas para el desarrollo de lo dispuesto en la presente ley en relación con el diseño y estructuración de la cuota monetaria, en aquellas regiones, departamentos o ciudades en donde existan cuotas monetarias ordinarias diferenciales, a partir de la vigencia de esta ley y hasta el 30 de junio de 2003, queda prohibido darles curso a las nuevas solicitudes de

hacia un esquema obligatorio de cuota controlada, homogénea por departamento, que se integra a un esquema de control sobre el funcionamiento de las cajas de compensación familiar, con miras a permitir entre ellas traslados de recursos hacia un modelo de compensación común y sistemático.

Constituye el mencionado artículo 4º una de las normas de mayor impacto de la reforma al sistema del subsidio familiar de inicios del milenio, así como lo fue de mayor debate, al menos en cuanto se refiere a las reacciones de las cajas de compensación familiar y al análisis de la comisión accidental que se creó por parte de la Cámara de Representantes para evaluar las 70 proposiciones que se presentaron, en relación con el articulado sometido a consideración de aquella para segundo debate, proveniente de las Comisiones Séptimas Conjuntas.

El otro elemento histórico que debe tenerse en cuenta al hacer referencia a dicho artículo tiene que ver con el carácter intempestivo y sorpresivo de la inclusión de propuestas en relación con la cuota monetaria del subsidio familiar y que derivaron en los artículos 4º y 5º de la Ley 789 de 2002.

En efecto, el proyecto del Gobierno Nacional no hacía referencia al punto ni se había analizado con respecto a las asociaciones de cajas, ni había sido colocado sobre la mesa de la discusión previa.

Luego del debate en primera instancia en el seno de las comisiones del Congreso de la República, la ponencia para estudio en segundo debate incorporó la propuesta de introducir en el articulado de la ley el establecimiento de una cuota monetaria única para el pago del subsidio familiar a escala nacional, que sería definida por el Gobierno Nacional.

(Cont. nota 85)

desafiliación de cualquier empleador de la caja en que actualmente se encuentre afiliado, para afiliarse a otra caja. Si se llegare a dar, tal afiliación será nula, no surtirá efectos y deberá regresar el empleador a la caja donde se encontraba afiliado. Se excepcionan aquellas cajas cuya creación sea inferior a dos años contados hacia atrás de la vigencia de la presente ley.

"La Superintendencia del Subsidio Familiar velará por el cumplimiento de esta norma. La Superintendencia de Subsidio Familiar declarará antes del 15 de enero de 2003 las Entidades Territoriales, en donde quedará congelado por seis meses el traslado de empresas entre cajas de compensación, previa verificación de que existían diferencias en las cuotas monetarias ordinarias que se aplicaban a 31 de diciembre del año 2002 en las cajas de compensación creadas en la respectiva entidad territorial y regidas por la Ley 21 de 1982.

"Durante del período de congelación las cajas podrán, con sujeción a la lealtad, competencia y las normas establecidas, mercadear y publicitar su portafolio de servicios.

"PAR. 3º—Para acortar las diferencias entre cuotas de cajas localizadas en un mismo departamento o ciudad, la Superintendencia tendrá facultades para limitar o disminuir la cuota monetaria de las cajas con cuotas más altas y los excedentes frente al porcentaje obligatorio de 55% se destinarán a programas de inversión social de la misma caja".

El ajuste propuesto al sistema implicaba un régimen de transferencias de recursos entre cajas sin importar su nivel, ni condiciones, ni ubicación regional, considerando que aquellas que tuvieran vigentes cuotas más altas debían trasladar recursos a efecto que las cajas con menores cuotas de subsidio cubrieran la diferencia, respecto de la cuota declarada como única nacional.

Un modelo tal implicaba el análisis sobre la procedencia de replantear sustancialmente la forma en que venía operando el sistema. En efecto, la compensación se ejecuta a través de un esquema individual por cada caja de compensación familiar, esto es, al interior de cada corporación opera el cruce de aportes sobre nóminas y según los niveles salariales, lo que permite financiar los subsidios a los trabajadores afiliados de menores ingresos y mayores cargas familiares. Distinta fuera la operación proyectando un sistema de bolsa común o única, con proceso de compensación ejecutado en forma universal, como acontece al interior del sistema general de seguridad social en salud (SGSSS), dentro del cual las cajas compensarían por sus afiliados y pagarían la cuota monetaria que se definiera en forma universal o aplicando variables por regiones o por características de los beneficiarios, pero ya no a través de un procedimiento individual.

La iniciativa que años atrás había sido discutida al interior del sistema, se reitera, no había sido considerada por el Gobierno ni había sido objeto de consenso o al menos reflexión al interior del sistema de cajas, por lo cual su introducción en la ponencia para segundo debate generó amplia preocupación, considerando los efectos de una eventual aplicación de la medida dentro de las operadoras, sin perjuicio de registrar la pertinencia que pueda tener un esquema universal y homogéneo de prestaciones de subsidio, evitando las distorsiones regionales y promoviendo mayor equidad dentro del propio sistema.

En efecto, tal medida como se contemplaba inicialmente implicaba una severa afectación para un número importante de cajas, la desnaturalización de algunas de ellas, en particular de aquellas con mayores cuotas, establecidas por las condiciones particulares de su desarrollo. Igualmente generaba distorsiones tales como hacer que cajas de regiones con menores niveles de desarrollo, tuvieran la obligación de transferir recursos a cajas ubicadas en regiones con niveles de desarrollo mayor.

Ante tal circunstancia se inició el seguimiento a la iniciativa, previa a su consideración en segundo debate por parte de la Cámara de Representantes y con la preocupación de un alto número de cajas.

La forma en que había procedido el análisis del proyecto y la participación de las agremiaciones de cajas dentro del mismo proceso determinó la desafiliación temporal de varias de ellas de la Asociación.

Tal es la razón precisamente para que dentro de la Comisión Técnica encargada de asesorar al Gobierno Nacional para la expedición de normas en mate-

ria de cuota monetaria, a la que alude el párrafo transitorio del artículo 5° de la Ley 789 de 2002, se hubiese garantizado la presencia a través de un representante, de las cajas no agremiadas, lo que constituye un reconocimiento de la especial circunstancia generada en el análisis sobre el proyecto y de las discrepancias suscitadas al interior del sistema, carente por la propia diversidad de las corporaciones que lo componen, de una orientación única.

A esta circunstancia se sumó coyunturalmente la transitoriedad en la dirección del organismo de inspección y vigilancia; en efecto, la Superintendencia del Subsidio Familiar contó con varios titulares durante los meses cercanos al estudio y promulgación de la Ley 789, en armonía con la propuesta gubernamental de entonces en cuanto integrar tal dependencia en una Superintendencia de la Seguridad o la Protección Social.

Estas reflexiones históricas facilitan la comprensión de los textos que correspondieron finalmente a los artículos 4° y 5° de la Ley 789.

Nótese pues cómo la redacción del artículo 4° proviene de una propuesta en la cual se establecía una cuota monetaria única, la cual entraría a regir en una fecha determinada, motivo por el cual se alude en el texto final a que a partir del 1° de julio de 2003 operará el cambio de denominación y el “establecimiento” de la cuota monetaria.

Igualmente la evolución del proyecto explica la transición entre un esquema propuesto de cuota única nacional para el sistema hacia la adopción de un sistema de cuota monetaria regulada, en cuya determinación se aplican los términos y condiciones contenidos en decreto con fuerza de ley expedido por el Gobierno Nacional dentro de los seis meses posteriores a la vigencia de la ley.

Tal regulación en lo concerniente a la cuota monetaria, debía soportarse en la aplicación de los principios señalados por el artículo 5° de la ley⁽⁸⁶⁾, cuya ar-

(86) **“ART. 5°—Cálculo de la cuota monetaria.** Se conceden precisas facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para que en un término máximo de seis meses, contados a partir de la fecha de vigencia de la presente ley, expida las normas frente a los términos y condiciones a que debe sujetarse la cuota monetaria en el sistema de compensación familiar, así como su régimen de organización, funcionamiento y tiempo de implantación, con sujeción a estudio técnico y a los siguientes principios:

“Sana competencia. La cuota monetaria debe buscar una sana competencia en el mercado, con objeto de evitar un exceso en el otorgamiento de subsidios en dinero, como instrumento prioritario en el proceso de afiliación ajustando al sistema en un sano equilibrio entre servicios y recursos otorgados directamente en dinero a los beneficiarios.

“Solidaridad. Es la práctica de la mutua colaboración y apoyo entre las diferentes cajas de compensación familiar, lo cual se concreta en la prohibición de establecer transferencias de recursos por parte de las cajas de compensación con ingresos y/o cuocientes inferiores al promedio a favor de las cajas de compensación con ingresos y/o cuocientes superiores al promedio para pago de subsidio en dinero o cualquier otro concepto. Para realizar este

monización resultaba ser una tarea compleja, pues implicaba una labor de compatibilización entre postulados de sana competencia, solidaridad y equidad, entre otros.

El señalamiento de tales principios se constituyó en una fórmula de transacción a través de la cual se posibilitó desechar la propuesta de cuota nacional única de subsidio, pero en todo caso se procedió a recoger la idea de controlar, regular y modificar las cuotas de subsidio fijadas por las cajas, a efectos de alcanzar algún nivel de homogeneización o, en los términos de la ley, de equidad entre ellas.

Existe un fuerte componente intencional, que se refleja al apreciar los términos de los citados principios, en prevenir la aplicación de cuota nacional, fortaleciendo el carácter regional/departamental de las cajas de compensación familiar.

(Cont. nota 86)

principio, se podrán establecer cuotas regionales, departamentales, mínimos, máximos o cualquier otro mecanismo que se considere procedente con este principio.

"Equidad. Se concreta como mecanismo de redistribución y compensación regional o departamental, que se desarrolla en la prohibición de obligar a cajas ubicadas en regiones de menor desarrollo socioeconómico a girar recursos por cualquier concepto a cajas que se encuentren operando en regiones con mayores índices de desarrollo socioeconómico, sin perjuicio de establecer, respetando el anterior parámetro, transferencias financieras entre cajas para lograr cuota monetaria equitativa al interior de cada departamento o región, dentro de los principios descritos en el presente artículo. Se concreta igualmente, en la necesidad de evaluar el total de los ingresos disponibles de la caja, cuando se examinen o determinen transferencias a otras cajas. Para efecto de la evaluación de las transferencias, se deberá examinar la capacidad de apalancamiento de la caja en sus propias fuentes de recursos para financiar la cuota monetaria, conforme al monto de los subsidios que hubieren otorgado.

"Gradualidad. Los procesos de cambio o ajuste de la cuota monetaria deberán implantarse en forma progresiva, evitando un deterioro relevante en las condiciones de los trabajadores tanto en forma directa como indirecta con relación a los demás servicios que les corresponde prestar a las cajas.

"Integralidad. La cuota monetaria debe ser analizada en relación directa con las demás modalidades del subsidio en servicios y especie.

"Solidaridad de la ciudad con el campo. Las cajas de compensación pagarán como subsidio al trabajador del sector agropecuario 15% sobre lo que paguen al trabajador urbano, para lo cual se podrán establecer mecanismos de gradualidad no superior a dos años.

"Parágrafo transitorio. Para efecto del ejercicio de las facultades extraordinarias, se deberá emitir, dentro de los tres meses siguientes a la presente ley, concepto técnico por una comisión accidental que será integrada por un representante de Asocajas, un representante de Fedecajas, un representante de las cajas no agremiadas, dos representantes por cada una de las Comisiones VII de Senado y Cámara, el Superintendente del Subsidio Familiar o su delegado, el Ministro de Trabajo o su delegado y un representante de las centrales obreras que será designado por ellas mismas. Este concepto técnico será considerado por el Gobierno como instrumento fundamental de apoyo en el ejercicio de sus facultades. La comisión establecida en la presente ley velará por la plena realización de los principios mencionados en las fórmulas y regulación que proyecten como apoyo al gobierno".

En efecto, no existe definición previa y precisa sobre el alcance de lo regional. La región en términos constitucionales se tiene por una entidad territorial que podrá nacer en virtud de decisión legislativa, como la provincia, según lo mandado por el inciso segundo del artículo 286 de la Carta Política.

El artículo 306 ib. establece que las regiones tendrán objetivos de desarrollo económico y social y se constituirán a partir de dos o más departamentos; la ley de ordenamiento territorial fijará las condiciones para que la región, integración de departamentos, se convierta en entidad territorial, con el estatus y atribuciones que la Constitución reconoce a estas (art. 287 C.N.). Es claro que en los términos constitucionales no existen aún regiones constituidas.

La Ley 21 de 1982, artículo 15, vigente por no derogatoria de la Ley 789, establece el principio general en lo atinente al pago de aportes por parte de los empleadores a través de una caja 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...”. Ello implica que el criterio aplicable en lo territorial dentro del sistema ha sido el relacionado con el espacio geográfico, de conformidad con la división territorial de la República, municipio o distrito (lo que equivale a ciudad o localidad) y departamentos (eliminadas las intendencias y comisarías en los términos del artículo 309 de la Constitución Política).

El concepto regional en sentido estricto se habrá de aplicar cuando se erijan tales divisiones territoriales y se constituyan en entidades de tal orden.

De otro lado, con los aludidos principios se cerró la puerta legal a la ocurrencia de algunos de los fenómenos previstos como problemas en la posible aplicación de un sistema de cuota única, entre ellos la transferencia de recursos entre cajas con ingresos y/o cocientes inferiores al promedio a favor de aquellas cajas con ingresos y/o cocientes superiores a dicho promedio o entre las ubicadas en regiones de menor nivel de desarrollo y otras con cobertura en regiones de mayor desarrollo.

Como postulado general que sirve a la interpretación de los artículos finales de la Ley 789 de 2002 deben tenerse en cuenta tales antecedentes históricos, considerando la superación de la propuesta de crear una cuota única, para en su lugar, respetando las diferencias entre departamentos y el carácter de tal de las cajas según su ámbito de operación, propender por el establecimiento de cuotas equitativas de subsidio monetario.

La homogeneidad en la cuota se sustituyó por el criterio de la equidad. Por ello en la definición del principio de equidad se lee: “... para lograr cuota monetaria equitativa al interior de cada departamento o región, dentro de los principios descritos en el presente artículo...”. Cuota equitativa, se reitera, no única.

Por su parte, el parágrafo 3 del artículo 4° de la Ley 789 consagra la facultad de la Superintendencia para “acortar las diferencias entre cuotas de cajas localizadas en un mismo departamento o ciudad...”, no para señalar cuota única.

Las principales implicaciones jurídicas del artículo 4° de la Ley 789 de 2002 se concretan en que a partir de su inciso primero operó una precisión terminológica con aplicación a partir del 1° de julio de 2003. El subsidio monetario, como una de las modalidades de cubrimiento de la prestación en los términos del artículo 5° de la Ley 21 de 1982, se cancelará en igual forma a la del anterior sistema, esto es, una cuota mensual por persona a cargo, bajo la denominación de *cuota monetaria*.

Se estandarizó la denominación de cuota monetaria para el cubrimiento de la prestación del subsidio familiar en dinero, si bien se mantiene su forma de aplicación, esto es, una cuota de dinero por persona a cargo del trabajador beneficiario. El parágrafo 1 del artículo 4° es reiterativo en cuanto al concepto de personas a cargo e incluye en su parte final una expresión de no muy adecuada sintaxis: “siempre que se haya pagado durante el respectivo ejercicio”.

¿Qué es lo que se ha debido pagar dentro del respectivo ejercicio? No cabe otra interpretación acudiendo a las normas del sistema que entender el aludido condicionante como el pago que hace el empleador de los aportes que correspondan a su nómina, pues en caso que este no se realice se suspende la liquidación y pago de las cuotas monetarias a que haya lugar frente a sus trabajadores beneficiarios, por parte de la caja responsable y en relación con los períodos correspondientes.

El parágrafo 2 del artículo comentado dispuso una congelación temporal de traslado de empresas entre cajas, con excepción del traslado que opere en cajas cuya constitución se hubiere dado entre el 27 de junio del año 2000 y el 27 de junio de 2002, es decir en el caso de la Caja de Compensación Familiar de Casanare.

La congelación en el traslado de empresas afiliadas al sistema entre cajas de compensación regida en forma directa y plena por el parágrafo segundo del artículo 4° operó en las regiones, departamentos o ciudades “en donde existan cuotas monetarias ordinarias diferenciales” al 31 de diciembre de 2002. Este era el supuesto material de la prohibición del traslado entre empresas. La medida tuvo por finalidad garantizar la aplicación del régimen de transparencia y propiciar condiciones adecuadas para el desarrollo de las nuevas condiciones fijadas por el Gobierno Nacional, en cuanto al diseño y estructuración del nuevo régimen de cuota monetaria.

El alcance temporal de la medida restrictiva fue establecido en forma inequívoca por la ley. Inició a partir de la vigencia de la norma, el 27 de diciembre de

2002, y se extendió hasta el 30 de junio de 2003. El objeto de la medida implicaba el no dar curso “a las nuevas solicitudes de desafiliación” que presentara un empleador a la caja en la que se encontrare afiliado, para afiliarse a otra.

Ello implicó varias consecuencias evidentes: en primer término, que la medida restrictiva solamente cobijaba el caso de traslados de empresa entre cajas; una restricción al derecho de movilidad al que alude la Ley 789, artículo 50, inciso quinto.

En diferentes hipótesis no aplicaba la medida, esto es, en tratándose de afiliación de empresas por primera vez al sistema, aun cuando la creación de la empresa fuera anterior y se tratara de legalizar su vinculación al mismo. Igualmente no operaba en el evento de retiro de empresas por liquidación o fusión o figuras similares; ni en lo relacionado con las medidas administrativas que se adoptaran con ocasión del proceso de renovación de la administración pública, a partir de la Ley 790 del 27 de diciembre de 2002. En estos eventos procedía el trámite de la desafiliación y nueva afiliación.

Los efectos de la vulneración del mandato prohibitivo indicado se contraían a la nulidad de la afiliación realizada dentro del término y condiciones aludidas; se entiende que la nulidad aplica de pleno derecho, por cuanto la ley señaló que la misma no surtiría efectos y debería regresar el empleador a la caja en la cual se encontraba anteriormente afiliado. La vigilancia en la materia de traslado de cajas en relación con la prohibición y la declaración de aquellos efectos, correspondió a la Superintendencia del Subsidio Familiar, según el inciso segundo del parágrafo 2 del artículo 4º de la Ley 789 de 2002.

Igualmente, se establecieron efectos de responsabilidad para las cajas que incumplieran lo preceptuado en la ley, aplicándose en el caso de realizarse traslados en contravía del mandato, lo dispuesto por el parágrafo 3 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002, en cuanto a devolución de los aportes a la caja a la que se encontraba afiliado anteriormente el empleador, menos el monto de los subsidios pagados. Para el empleador no se generaron responsabilidades ni solución de continuidad en su vinculación al sistema, como tampoco frente a los trabajadores a su cargo.

Por su parte, el parágrafo 3 del artículo en comento estableció una facultad bajo responsabilidad de la Superintendencia del Subsidio Familiar, para limitar o disminuir la cuota monetaria de las cajas con cuotas más altas. La comparación de cuotas entre cajas en que debe soportarse la Superintendencia se realizará entre aquellas que operen en un mismo departamento o ciudad.

El propósito de la función a cargo de la Superintendencia se concreta por mandato legal en “acortar” las diferencias entre cuotas de cajas. Es la búsqueda entonces de la equidad en el respeto por la diferencia. En todo caso, deberán

prevalecer al momento de hacerse uso de esta facultad adecuados y claros criterios de razonabilidad, combinados con la teleología de la Ley 789 de 2002, en virtud de la cual no se habilita a la Superintendencia para intervenir en el ejercicio de la autonomía que es propia de las cajas ni se posibilita la afectación de derechos de los trabajadores beneficiarios, limitándose a considerar casos en los cuales pueda haber excesos que vayan en detrimento del sistema; es decir, el uso de tal atribución implica respetar las pautas de autonomía y las garantías mínimas laborales, debiendo expresarse las razones que lleguen a sustentar el acto administrativo que al efecto emita la Superintendencia. El párrafo en mención habrá de considerarse dentro de las funciones ordinarias de la Superintendencia del Subsidio Familiar, ubicándose en lógica en el catálogo de las prescripciones contenidas en el artículo 24 de la Ley 789 de 2002.

— *Regulación de la cuota monetaria de subsidio*

Está contenida en el Decreto 1769 del 26 de junio de 2003, disposición que desarrolló las previsiones y facultades extraordinarias consagradas en el artículo 5º de la Ley 789 de 2002 y que por lo tanto cuenta con fuerza de ley.

La norma expedida en ejercicio de las facultades extraordinarias previstas constitucionalmente para el presidente de la República regula dos materias en su contenido; de un lado, lo atinente al establecimiento de la cuota monetaria de referencia departamental y el congelamiento de las cuotas de subsidio que sean superiores a aquella, y, de otra parte, el señalamiento de un nivel general y obligatorio de cociente para las cajas de compensación familiar, a partir del 31 de diciembre de 2008, con un período de transición con vigencia inmediata.

La orientación del cambio normativo en la materia, con modificación de la facultad asignada por la Ley 21 de 1982, artículo 50, en los términos del artículo 1º de la Ley 31 de 1984⁽⁸⁷⁾, consistió en establecer dos cuotas monetarias aplicables al interior de las cajas, por lo menos mientras se igualaban las cuotas de las diversas corporaciones existentes en el departamento correspondiente.

Una es la cuota que venían pagando las cajas a los trabajadores de las empresas afiliadas y activas, la cual continuaría en el mismo nivel de la existente. Esta podría mantenerse o incrementarse siempre y cuando fuera inferior a la cuota de referencia departamental y el porcentaje de subsidio familiar en dinero pa-

(87) Artículo 50, Ley 21 de 1982, párrafo numeral 3, modificado por el artículo 1º de la Ley 31 de 1984: "Párrafo. Los consejos directivos requerirán de una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros para tomar determinaciones concernientes a: [...]"

"3. Fijación de la cuota del subsidio en dinero, pagadera por personas a cargo, cuando ella resultara de la asignación de un porcentaje superior previsto en el artículo 43 para este propósito...".

gado fuera superior al porcentaje obligatorio del 55%, dependiendo del criterio del consejo directivo respectivo⁽⁸⁸⁾.

Se trataba de la denominada cuota ordinaria o particular de las cajas⁽⁸⁹⁾. Su existencia se entendía como temporal, pues una vez vencido el período de transición determinado por el Decreto 1769 de 2003 y que las cajas no pudieran exceder el 105% del cociente departamental, no habría cuotas diferentes o que excedan la de referencia⁽⁹⁰⁾.

La cuota ordinaria entonces tuvo carácter temporal y se aplicaba a los trabajadores vinculados a las cajas en empresas activas al 27 de junio de 2003, fecha de publicación del decreto 1769 en el Diario Oficial 45231, y su cuantía no podía exceder la cuota de referencia departamental pero sí ser inferior a esta –creciente según las condiciones de la caja hasta aquella–, siempre y cuando la corporación que la aplicara se ajustase al porcentaje obligatorio del 55% de destinación específica sobre aportes para el pago de subsidio monetario.

Por otro lado, la norma creó la denominada cuota monetaria de referencia⁽⁹¹⁾. En efecto, el artículo 3º del Decreto 1769 estableció un procedimiento para la fijación de dicha cuota teniendo en cuenta las definiciones señaladas por el artículo 2º, el cual básicamente consistió en aplicar a los aportes totales del departamento de que se trate –incluyendo el distrito capital, en Cundinamarca– los descuentos por destinación específica de ley, dividiendo este resultado por el número efectivamente pagado promedio de personas a cargo –cuotas– con derecho a percibir subsidio en dinero en el departamento.

La cuota patrón o de referencia por departamento se aplicó, a partir de la vigencia del decreto, a un grupo de trabajadores afiliados a la caja integrado por aquellos:

(88) Artículo 4º, parágrafo 1, Decreto 1769 de 2003: “Las cajas de compensación familiar cuya cuota ordinaria o particular sea inferior a la cuota de referencia departamental y el porcentaje de subsidio familiar en dinero pagado sea superior al porcentaje obligatorio del 55% podrán continuar pagando la última cuota ordinaria o incrementarla en la medida de sus capacidades hasta el máximo de la cuota de referencia departamental”.

(89) Artículo 2º, inciso 5, Decreto 1769: “Cuota ordinaria o particular. Es la cuota monetaria pagada por cada caja de compensación familiar a los trabajadores beneficiarios, en razón de las personas a cargo, fijada por el consejo directivo de cada caja en el período anterior”. Definición legal imprecisa, pues debe ser entendida con las características que más adelante el mismo decreto concreta.

(90) Artículo 4º, parágrafo 3, Decreto 1769 de 2003.

(91) Artículo 2º, inciso cuarto: “Cuota de referencia. Equivale al 55% de los aportes recaudados por las cajas de compensación familiar del departamento, descontadas las apropiaciones legales, dividido entre el total de cuotas del subsidio pagadas por las cajas de compensación familiar, por personas a cargo beneficiarias en el mismo departamento”.

a) Que se vincularan a empleadores por primera vez afiliadas al sistema de subsidio familiar, o

b) Que fueran trabajadores vinculados a empleadores que solicitaran su reafiliación a una caja y esta procediera en los términos del parágrafo cuarto del artículo 21 de la Ley 789 de 2002, o

c) Que se tratara de trabajadores vinculados con un empleador que se hubiese trasladado a otra caja de compensación familiar, a partir del 1° de julio de 2003, y aplicaba respecto a la caja que recibiera como nuevo afiliado al empleador.

A partir del 31 de diciembre de 2008 a todos los trabajadores se les aplica la cuota de referencia departamental.

Nótese cómo la cuota de referencia terminó convirtiéndose en cuota única, pese a que ese no fue el sentido primigenio de la Ley 789 y, precisamente, cuando del debate se concluyó en punto distinto, al no acogerse la propuesta de señalar cuota monetaria única. A partir de 2009 se produjo en nuestro criterio un conflicto normativo, pues recobró vigencia el artículo 50 de la Ley 21 de 1982, en cuanto a la facultad de los consejos directivos de las cajas para establecer la cuota monetaria por sobre el 55% obligatorio de aportes, además frente a un mandato contrario al precepto legal originario o de facultades, contenido en el artículo 5° de la Ley 789 de 2002. En la práctica el sistema asumió el esquema de cuota de referencia departamental, el cual es el actualmente vigente.

El Decreto 1769 de 2003 estableció, además, un procedimiento de traslado de recursos entre cajas, con orden de prioridad inicial hacia corporaciones que actúen en el mismo departamento, cuando una de ellas no alcance a superar el 55% obligatorio sobre aportes en cuanto al desembolso de subsidios en dinero, luego de pagar las cuotas monetarias que le correspondieren en el año, para que la diferencia respecto a la cuota de referencia departamental se transfiera, según lo disponga la Superintendencia del Subsidio Familiar a 31 de diciembre de cada año⁽⁹²⁾.

En cuanto al cumplimiento de cociente obligatorio por parte de las cajas y período de transición, el artículo 7° del Decreto 1769 de 2003 determinó por su parte que "a partir del 31 de diciembre de 2008 ninguna caja de compensación familiar podrá superar el 105% del cociente departamental establecido por la Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces, en el mes de enero de cada año con los valores totales del año inmediatamente anterior y con el mismo método que se sigue para determinar el cociente nacional".

(92) Ver artículo 5° del Decreto 1769 de 2003.

La aludida disposición normativa que intervino el sistema de cajas de compensación e impactó el principio de autonomía frente a aquellas con miras a estructurar un modelo más sistémico e integrado estableció una medida de freno al crecimiento de las corporaciones, soportada en el decreto por la idea de redistribuir recursos hacia cajas con cociente inferior⁽⁹³⁾.

Para las cajas que al 27 de junio de 2003 tenían un cociente particular menor al 105% del departamental, se aplicó la restricción en el sentido que no podían con su operación superar aquel. Téngase en cuenta, además, que en caso de no existir cajas a las cuales transferir los recursos generados por aportes que les hicieran superar los límites señalados, también frente al régimen de transición, las corporaciones que los generasen podrían invertir esos excedentes para “aumentar los subsidios en los programas de inversión social de la misma caja”⁽⁹⁴⁾.

La norma estableció además un período de transición de aplicación para las cajas que al 31 de diciembre de 2002 tuvieran un cociente particular superior al 105% departamental, con la obligación de ejecutar un proceso de ajuste anual sobre el exceso, según la tabla contenida en el artículo 8° del Decreto 1769, así:

- a) Reducción del 10% sobre el exceso del 105% para el cierre del año 2003.
- b) Reducción de 30% sobre el exceso de 105% para el cierre del año 2004.
- c) Reducción de 50% sobre el exceso de 105% para el cierre del año 2005.
- d) Reducción de 70% sobre el exceso de 105% para el cierre del año 2006.
- e) Reducción de 90% sobre el exceso de 105% para el cierre del año 2007.
- f) Reducción de 100% sobre el exceso de 105% para el cierre del año 2008.

(93) Decreto 1769 de 2003, “ART. 9°—Los aportes empresariales que lleven a superar los límites anuales en el cociente departamental establecido en el presente decreto deberán apropiarse una vez descontadas las obligaciones de ley.

“Los valores apropiados se girarán a las cajas de compensación familiar con cociente particular inferior al 80% del cociente nacional, en proporción a las personas a cargo beneficiarias de la cuota monetaria en cada caja de compensación familiar, para el pago de un valor adicional como cuota monetaria, sin que esta supere la cuota de referencia departamental...”.

(94) Ver parágrafo, artículo 9° del Decreto 1769 de 2003.

No se aplicó esta obligación de ajuste a la Caja de Compensación Familiar del Casanare, creada dentro de los dos años anteriores a la expedición de la Ley 789 de 2002, según lo dispone en forma imprecisa el artículo 11 del Decreto 1769 de 2003. Tampoco a Comcaja⁽⁹⁵⁾, única con cobertura nacional, si bien se le obligó a no aplicar una cuota monetaria superior al 10% de la cuota de referencia de cada departamento.

En la actualidad el régimen de cuota monetaria de subsidio es el regulado por la Superintendencia del Subsidio Familiar en forma anual y aplica con ámbito departamental según un esquema de cuota de referencia de carácter obligatorio para las corporaciones que operan en el sistema. Por ejemplo, para el año 2011 la Superintendencia expidió, el 28 de enero de 2011, la Resolución 054 por la cual se estableció el cociente departamental, se fijó la cuota monetaria por departamento y se definieron las cajas de compensación familiar con excedentes que se aplicarán para aumentar los subsidios en programas de inversión social.

Desde esta perspectiva la prestación básica del sistema ha terminado siendo homogénea con carácter departamental. Su importe, que representa un alivio para las cargas económicas familiares, no obstante es menor, pues no alcanza en promedio nacional a los US\$10 mensuales por persona a cargo. Ello contrasta con el valor que puede reconocerse en países como Argentina por asignación familiar, superiores en cuatro veces al aplicado en Colombia. La marginalidad de la cuota constituye uno de los elementos que debe ser considerado en el replanteamiento del sistema, con miras a conseguir incrementos paulatinos de aquella a fin de asegurar su contribución mayor en la ejecución de programas sociales y de seguridad social universales en el país, así como a la apropiación de la misma como un derecho independiente de los trabajadores, pues hoy parece refundirse como un ingreso salarial más. Repárese que en la actualidad pueden considerarse mayores en cuantía los subsidios que se asignan a familias por conducto de los programas ejecutados por Acción Social, que aquellos reconocidos a través del sistema de compensación familiar, situación que amerita ser analizada y remediada.

Como referencia se incorpora la tabla en la que se contienen los valores de cuota monetaria en los distintos departamentos del país para el año 2011:

(95) La Caja de Compensación Familiar Campesina (Comcaja) fue creada por la Ley 101 de 1993 como una corporación de subsidio familiar y con personería jurídica, perteneciente al sector agropecuario y vinculada al Ministerio de Agricultura.

Tabla 5

Departamento	Cuota monetaria (en pesos)
Antioquia	20.063
Atlántico	17.619
Bolívar	18.862
Boyacá	19.631
Caldas	18.829
Caquetá	20.838
Cauca	21.290
Cesar	22.320
Córdoba	20.119
Cundinamarca	22.760
Chocó	20.815
Guajira	26.232
Huila	22.203
Magdalena	20.346
Meta	25.792
Nariño	19.310
Norte de Santander	21.318
Santander	23.840
Sucre	20.409
Quindío	19.677
Risaralda	19.167
Tolima	19.739
Valle	19.259
Putumayo	22.834
San Andrés Islas	24.452
Amazonas	19.042
Arauca	32.744
Casanare	25.581

— *Doble cuota monetaria de subsidio familiar por los mismos hijos*

Se trata de una cobertura orientada para las familias de más bajos ingresos, por la cual se reconoce la posibilidad que tienen los dos padres trabajadores y afiliados al sistema de compensación familiar, a través de la misma o de dife-

rente caja, para “cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos”, siempre y cuando sus remuneraciones mensuales sumadas no excedan los 4 SMLMV, conforme lo previsto por el numeral 7, del parágrafo 1 del artículo 3º de la Ley 789 de 2002. Esta prestación estaba regulada por el artículo 36 de la Ley 21 de 1982.

Se aclara entonces que si solamente uno de los cónyuges o compañeros está afiliado al sistema, percibirá el subsidio por los hijos si sus ingresos son de 4 SMLMV o sumados a los de su cónyuge o compañero permanente no excede los 6 SMLMV, pero si los dos están afiliados, por principio general uno solo de ellos tendrá derecho a percibir el subsidio por los mismos hijos, lo cual procederá si sus ingresos sumados no exceden los 6 SMLMV aludidos. No obstante, en el caso de familias de hasta 4 SMLMV, se reconoce una doble cuota de subsidio por los mismos hijos pagadera a cada uno de los padres afiliados.

La acreditación de este derecho representa un beneficio importante para estas familias, pero se enfrenta a problemas prácticos para el sistema en cuanto se refiere a la recomposición familiar que se ha venido dando en la sociedad y que implica la coexistencia de uniones matrimoniales con uniones de hecho o de varias de estas últimas, lo que dificulta el seguimiento en cuanto a la acreditación del subsidio por hijos.

Ya se ha hecho notar que a criterio de la Corte Constitucional los hijos aportados tanto al matrimonio como a la unión marital de hecho dan lugar al subsidio familiar, aplicándose en este evento la norma contenida en el numeral 7 del parágrafo 1 del artículo 3º de la Ley 789 de 2002 en cuanto a pago de doble subsidio por los mismos hijos, si los dos compañeros están afiliados al sistema. En caso de coexistir varias uniones maritales de hecho, podría terminar reconociéndose varios subsidios por los mismos hijos, sin olvidar que la nueva regulación no exige en caso alguno frente a ellos la convivencia.

No es posible el cobro simultáneo de cuota monetaria de subsidio familiar por los mismos hermanos huérfanos o por los padres, en consideración a que en estos eventos se exige la dependencia económica, la cual se predica de una persona. Tal criterio era recogido expresamente por el inciso final del aludido artículo 36 de la Ley 21 de 1982.

— Cuota monetaria doble de subsidio familiar por personas a cargo con discapacidad

El numeral 4 del artículo 3º de la Ley 789 de 2002 señala la causación de doble cuota monetaria de subsidio familiar por hijos, hermanos o padres que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar —en términos abiertos. En esta hipótesis se causará doble cuota de subsidio sin importar la edad de los beneficiarios, bajo responsabilidad del trabajador, esto es, bien con edad superior a los 18 años tratándose de hijos y hermanos huérfanos de pa-

dres o con edad inferior a los 60 años, en el caso de los padres que dependan del trabajador beneficiario.

La pérdida de la capacidad para trabajar en el evento de la causación de doble cuota monetaria de subsidio se deberá acreditar por el trabajador a través de los medios idóneos y, en todo caso, según las disposiciones aplicables en materia de atención y prestación de servicios de salud, a través de la administradora de riesgos profesionales o de la entidad promotora de salud o institución de previsión social a la que se encontrare afiliado quien haya sufrido la invalidez o la disminución de capacidad o por médico legista, en últimas si no se encuadra en las hipótesis anteriores, como lo establece el artículo 61 del Decreto 341 de 1988.⁽⁹⁶⁾

En relación con la entidad que debe certificar la invalidez, la Superintendencia del Subsidio Familiar ha señalado:

“En tratándose de las personas a cargo es la correspondiente entidad promotora de salud o la administradora del régimen subsidiado, según el caso, la que puede certificar la invalidez o disminución física, por lo que con la certificación que remita el trabajador padre del niño [...] de la EPS respectiva basta para que la caja de compensación familiar proceda a la cancelación del subsidio familiar a que tiene derecho”⁽⁹⁷⁾.

En esta materia, como en todas las relacionadas con aviso a las cajas de informaciones que afectan el nivel de subsidio, a cargo de los trabajadores, se debe dar aplicación a lo establecido por el artículo 37 de la Ley 21 de 1982.

Como referencia téngase en cuenta que el artículo 30 de la Ley 21 de 1982 regulaba el derecho a esta prestación, exigiendo para su ejercicio que la persona

(96) Respecto de “que sean inválidos” a la luz del Manual Único de Calificación de la Invalidez (Decreto 917 de 1999), es muy clara la definición que se da en el Numeral A del artículo 2° que dice: “Invalidez: Se considera con invalidez la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral”. Esto quiere decir que cualquier valoración que arroje 50% o más de pérdida de capacidad laboral (PCL), está indicando que la persona es inválida y por lo tanto beneficiaria del derecho.

Respecto de la “capacidad física disminuida que le impida trabajar”, bueno es afirmar que el sentido de la norma podría permitir un juego de criterio, entre el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la profesión u oficio del valorado, pues, por ejemplo, una lesión de mano (dedos) que represente 35% de PCL en un pianista es determinante para que le impida trabajar, mas no así para un vigilante con la misma lesión y el mismo porcentaje de PCL, pues este sí podría ejercer su labor. En ese caso, para aquellos eventos con porcentaje de PCL inferior a 50%, si se considera “que le impide trabajar”, deberá acreditarse así en la certificación; en caso contrario, no clasificaría en este rango para la doble cuota de subsidio.

(97) Concepto contenido en oficio 3458 del 15 de mayo de 2006, Superintendencia del Subsidio Familiar.

discapacitada recibiera educación o formación profesional especializada en establecimiento idóneo. Este condicionante fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-559 de 2001, con ponencia del magistrado Jaime Araújo Rentería.

6.5.2. *Subsidio extraordinario por muerte de persona a cargo*

Constituye una prestación poco conocida como el subsidio extraordinario por muerte del trabajador, que sin embargo representa un importante beneficio para la población cubierta por el sistema.

Su consagración correspondía al artículo 34 de la Ley 21 de 1982 y ahora en los mismos términos a lo preceptuado por el numeral 5 del párrafo 1 del artículo 3º de la Ley 789 de 2002, a cuyo tenor: "En caso de muerte de una persona a cargo por la cual el trabajador estuviere recibiendo subsidio familiar, se pagará un subsidio extraordinario por el mes en que este ocurra, equivalente a doce (12) mensualidades del subsidio en dinero que viniera recibiendo por el fallecido".

La causa de la prestación se concreta en el fallecimiento de una de las personas a cargo de la trabajador –hijos, hermanos o padres–, con la condición de que por ella se estuviere percibiendo subsidio familiar; esto es, si no se había registrado dicho beneficiario o no se había acreditado su condición de tal ante la caja de compensación familiar, no procede el reconocimiento de la cuota de subsidio extraordinario.

La naturaleza de esta cuota es la de contribuir a los gastos excepcionales surgidos en la familia por la pérdida de uno de sus miembros. El pago se realiza en un solo instalamento, cuyo cálculo se obtiene de multiplicar por doce el valor de la cuota monetaria de subsidio vigente al momento del fallecimiento del beneficiario.

No existen regulaciones expresas ni para esta prestación ni para la extraordinaria por muerte del trabajador beneficiario, en cuanto a caducidad del beneficio. Por la naturaleza general del subsidio entiéndase que la misma es obligación del empleador, que se paga a partir del aporte que aquel realiza al sistema y se cubre por conducto de la caja de compensación familiar a la que se encuentre afiliado. En caso de incumplimiento de sus obligaciones, le corresponderá responder por la prestación. Y si el trabajador no reclama su importe, estimamos tendrá un término de tres años para reclamar a la caja de compensación familiar o al empleador su pago, dando aplicación al criterio general de prescripción de acciones dentro del sistema, por cuanto a nuestro juicio la caducidad de cuota monetaria que es un instituto excepcional no puede aplicarse en forma analógica para el presente caso, como tampoco para las prestaciones derivadas de la muerte del trabajador beneficiario.

6.5.3. *Subsidio extraordinario por muerte del trabajador beneficiario*

Corresponde a una prestación adicional que, con carácter extraordinario, tiene por fin proveer protección a la familia durante el término de un año con posterioridad a la muerte del afiliado beneficiario del subsidio.

Tiene la condición de una prestación asimilable a la pensión de sobrevivientes, siendo en todo caso de carácter temporal (a diferencia de aquella, excepto en el caso de la transmisión a cónyuge con edad inferior a 30 años, evento en el cual, recordemos, la pensión se extiende solamente por 20 años, excepto haya procreado hijos con el causante). Esto es, se trata de una prestación de subsidio familiar de carácter posvital.

El artículo 35 de la Ley 21 de 1982 es la norma que sirvió de sustento jurídico a dicha prestación⁽⁹⁸⁾, cuya consolidación se da al momento del fallecimiento del trabajador cubierto por el sistema. En el mismo sentido, el numeral 6 del párrafo 1 del artículo 3° de la Ley 789 de 2002 acogió la prestación comentada.

Lo anterior significa que si opera un traslado de caja de compensación familiar por decisión del empleador, la responsable de cubrir el aludido pago será la corporación que era titular de la afiliación al momento del deceso, hipótesis en la cual una caja de compensación pagará prestaciones del subsidio a un grupo familiar no afiliado con carácter excepcional⁽⁹⁹⁾.

Impone la norma una obligación especial a cargo del responsable del subsidio, cual es la de informar en forma inmediata de la muerte del afiliado a la caja de compensación familiar, lo cual procederá por medio escrito, sin que exista aún un mecanismo electrónico al respecto. Omitir tal reporte convierte al empleador en responsable de la prestación extraordinaria en forma solidaria con la caja de compensación familiar.

La prestación se concreta en la continuidad del pago del subsidio familiar reconocido al trabajador fallecido por doce meses luego de su fallecimiento. Ello implica que si por ejemplo ese trabajador venía percibiendo 3 cuotas de subsidio por igual número de personas a cargo, la caja habrá de continuar pagando ese importe por el término mencionado. El beneficiario de la prestación será la persona que acredite, por los medios probatorios de ley, la guarda de las personas a cargo del trabajador; en nuestro concepto podrían ser varias, evento en el cual la caja debería reconocer las doce cuotas correspondientes por cada nuevo

(98) "ART. 35.—En caso de muerte de un trabajador beneficiario, el empleador dará aviso inmediato del hecho a la caja de compensación familiar a que estuviere afiliado, y esta continuará pagando durante doce (12) meses el monto del subsidio a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidado de las personas a cargo del fallecido".

(99) Concepto 1605 de 1998 de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

responsable que asuma la atención de los beneficiarios. No se exige que quien asuma el cuidado de los beneficiarios del trabajador fallecido tenga vínculo de parentesco alguno.

6.5.4. **Subsidio familiar de vivienda de interés social**

Para promover la adquisición, financiación y construcción de vivienda de interés social, se han consolidado los siguientes beneficios:

a) Los créditos otorgados para financiar la construcción, adquisición o mejoramiento de esta clase de viviendas tienen una tasa de interés cuyo tope máximo lo determina la Junta Directiva el Banco de la República, según lo ordenado por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-955 de 2000, la cual debe ser inferior a la vigente para los demás créditos de vivienda.

b) Los compradores de vivienda de interés social pueden acceder al subsidio familiar de vivienda otorgado con recursos del presupuesto nacional y de los aportes administrados por las cajas de compensación familiar (D. 2190/2009), esto último para quienes son afiliados al sistema de subsidio familiar.

c) Existe la posibilidad de recibir el subsidio de forma anticipada para adelantar la realización del proyecto de vivienda de interés social (cap. I, tít. V, D. 2190/2009)

d) Los derechos notariales y gastos de registro que se causen con ocasión de la constitución de la hipoteca o la modificación de la misma se liquidarán al cuarenta por ciento (40%) de la tarifa ordinaria aplicable. Cuando se trate de garantizar un crédito para financiar una vivienda de interés social *que pueda ser objeto de subsidio directo*, se deben liquidar al 10% de la tarifa ordinaria aplicable (art. 31 L. 546/1999).

e) Se debe constituir, obligatoriamente, patrimonio de familia (art. 60 L. 9/1989).

f) Los créditos destinados a financiar este tipo de vivienda se pueden beneficiar de un seguro de desempleo.

g) Se les aplican fuentes de financiación obligatorias, pues los establecimientos de crédito deben destinar el veinticinco por ciento (25%) del incremento de su cartera de vivienda a créditos destinados a financiar construcción, mejoramiento y adquisición de vivienda de interés social (art. 28 L. 546/1999).

h) Los constructores de viviendas de interés social, bien sean constructores privados, cooperativas, organizaciones no gubernamentales u otras entidades sin ánimo de lucro, cuyos planes estén debidamente aprobados por el Inurbe, o por quien este organismo delegue, tienen derecho a la devolución o compensación del impuesto al valor agregado (IVA) pagado en la adquisición de materiales para la construcción de dichas viviendas (art. 49 L. 633/2000).

i) Las entidades que financian vivienda de interés social pueden acceder a una línea automática de garantía creada por el Fondo Nacional de Garantías, la cual cubre hasta el 50% del capital y los intereses de los créditos asegurados (D. 1990/1997).

En lo que respecta al subsidio familiar de vivienda de interés social como prestación económica debe considerarse que el régimen para su reconocimiento no depende en la actualidad del valor de la vivienda por adquirir sino que corresponde a la aplicación de variable relacionada con el nivel de ingresos del beneficiario.

El monto de los subsidios familiares de vivienda de interés social corresponde a los indicados en la siguiente tabla:

Tabla 6
Monto subsidios de vivienda de interés social

Ingresos (SMLMV)		Valores en \$		Valor de SFV en (SMLMV)	Valor en \$ SFV (SMLMV)
Desde	Hasta	Desde	Hasta		
0	1	0	535.600	22	11.783.200
1	1.5	535.601	803.400	21.5	11.515.400
1.5	2	803.401	1.071.200	21	11.247.600
2	2.25	1.071.201	1.205.100	19	10.176.400
2.25	2.5	1.205.101	1.339.000	17	9.105.200
2.5	2.75	1.339.001	1.472.900	15	8.034.000
2.75	3	1.472.901	1.606.800	13	6.962.800
3	3.5	1.606.801	1.874.600	9	4.820.400
3.5	4	1.804.601	2.142.400	4	2.142.400

* Valor SMLMV (Salario mínimo legal mensual vigente) \$535.600 (2011)

Para el caso de mejoramiento y construcción en zona rural los importes del subsidio se fijan en los siguientes valores:

Tabla 7
Subsidio para mejoramiento y construcción en zona urbana y rural

Tipo	Valor SFV (SMLV)	Valor en \$ SFV (SMLV)
Construcción en sitio propio rural	entre 15 a 19	10.176.400
Mejoramiento de vivienda rural	entre 12 a 14	7.498.400
Adquisición de vivienda nueva rural	entre 15 y 19	10.176.400
Construcción en sitio propio urbano	18	9.640.800
Mejoramiento de vivienda urbano	11.5	6.159.400

* Valor SMLMV (Salario mínimo legal mensual vigente) \$535.600 (2011)

Los beneficiarios del subsidio familiar de vivienda de interés social en cualquiera de sus modalidades, cuyas viviendas hayan sido o fueren afectadas por desastres naturales o accidentales, por la declaratoria de calamidad pública o estado de emergencia, o por atentados terroristas, debidamente justificados y tramitados ante las autoridades competentes, podrán postularse para acceder al otorgamiento de un subsidio adicional, con destino al mejoramiento de la vivienda urbana o rural, equivalente al valor máximo establecido para cada modalidad, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de Ley 1469 de 2011.

6.5.5. *Servicios sociales subsidiados*

Se trata del reconocimiento de subsidio familiar a los trabajadores beneficiarios de la prestación por medio de la atención en servicios a los que se refiere el artículo 16 de la Ley 789 de 2002, otorgados mediante la aplicación de tarifas que involucren un menor valor al del costo del servicio, que se imputa a título de subsidio en servicios, conforme la habilitación del artículo 5° de la Ley 21 de 1982.

Las cajas de compensación familiar solamente pueden prestar los servicios sociales a su cargo con tarifas subsidiadas para trabajadores beneficiarios afiliados. Les está prohibido reconocer subsidios para otro tipo de poblaciones y entregar a título de donación sus recursos. Tal prescripción estaba contenida en el artículo 44 de la Ley 21 de 1982 y fue ratificada por el numeral 19 del artículo 24 de la Ley 789 de 2002.

El párrafo segundo del artículo 3° de la Ley 789 consagra con modificaciones lo regulado en el anterior párrafo del artículo 27 de la Ley 21 de 1982, en cuanto al reconocimiento de subsidios en los servicios sociales.

En efecto, la disposición referida dispone que tendrán derecho a subsidio familiar en especie y servicios para todos los demás servicios sociales de las cajas —es decir se excluye el subsidio a través de la cuota monetaria únicamente— todos los trabajadores cuya remuneración mensual fija o variable no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente, tendrán derecho a estos subsidios las personas a cargo del trabajador atrás descritas, incluyendo al cónyuge y al trabajador.

Debe interpretarse que al hacerse referencia al cónyuge del trabajador se incluye al compañero (a) permanente del mismo, como con más atinada redacción prescribía el párrafo del artículo 27 de la Ley 21, con fundamento en el artículo 42 de la Constitución Política, el Código Civil y la Ley 54 de 1990. En el evento de las prestaciones por servicios sociales téngase en cuenta que sí se incluye en el régimen colombiano al cónyuge o compañero permanente del afiliado.

Por lo anterior puede hablarse de dos clases de trabajadores beneficiarios dentro del sistema de compensación familiar, a saber:

a) Trabajadores beneficiarios con derecho a cuota monetaria de subsidio familiar y a subsidio en especie y servicios, por cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 3° de la Ley 789 de 2002.

b) Trabajadores beneficiarios de subsidio familiar en especie o servicios, para quienes, sin cumplir con los requisitos para la obtención de cuota monetaria de subsidio familiar, devenguen hasta cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes y tengan derecho al subsidio en dichas modalidades, excluyendo el subsidio en dinero.

Se extienden tales beneficios del subsidio en especie o servicios frente a los servicios sociales provistos por las cajas de compensación familiar, a las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios, en cualquiera de las categorías indicadas anteriormente, en los términos del párrafo primero del artículo 3° de la Ley 789 de 2002. Igualmente, a su cónyuge o compañero (a) permanente.

Si se confronta el texto vigente con el contenido por el párrafo del artículo 27 de la Ley 21 de 1982, se aprecian algunas diferencias, que implican modificaciones sustanciales:

a) En aquel no se establecían las dos categorías de trabajadores beneficiarios atrás reseñadas.

b) En aquel no se incorporaba para efectos de los beneficios del subsidio en especie o servicios al propio trabajador, como sí en la Ley 789 de 2002.

c) En aquel no se incorporaba la noción de subsidio en especie, sino que solamente se hacía alusión al subsidio en servicios.

Para efectos de precisar los alcances del subsidio familiar en especie y servicios, mantiene su vigencia a plenitud la norma contenida en el artículo 5° de la Ley 21 de 1982, complementada por los decretos 341 de 1988 y 784 de 1989, artículos 14, 15 y 16 de este último⁽¹⁰⁰⁾, en lo que atañe en particular a

(100) Decreto 784 de 1989. "ART. 14.—Las cajas de compensación familiar, conforme al artículo 5° de la Ley 21 de 1982, podrán reconocer subsidio familiar en especie, consistente en alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero".

"ART. 15.—El subsidio en especie podrá ser reconocido y entregado directamente en artículos, productos, elementos y demás bienes dispuestos en el reglamento general que adople cada institución, o mediante órdenes para que sean entregados por terceros según los términos de la contratación efectuada por la respectiva entidad...".

"ART. 16.—El subsidio familiar en especie, podrá consistir en el suministro de: 1. Medicamentos, cuando no son suministrados por otra entidad de seguridad social...".

la definición y la forma de reconocimiento del subsidio familiar en especie y servicios.

Finalmente, el último inciso del artículo 3° de la Ley 789 de 2002 consagra una atribución-función a los consejos directivos de las cajas de compensación familiar, relacionada con la fijación de las tarifas y montos subsidiados que se aplicarán por los servicios que presten dichas corporaciones a las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios, señaladas en el párrafo primero del artículo. Igualmente, establece, como principio para la fijación de tales tarifas, el que sean inversamente proporcionales al salario devengado por el trabajador⁽¹⁰¹⁾.

La aludida función se integrará entonces a las reguladas por el artículo 50 de la Ley 21 de 1982⁽¹⁰²⁾.

El postulado recogido por el inciso final del artículo 3° en cita habrá de ser considerado como desarrollo específico del principio general que en el mismo sentido contiene el artículo 64 vigente de la Ley 21 de 1982, en el cual se indica la posibilidad de fijación de tarifas diferenciales progresivas por parte de los consejos de las cajas, teniendo en cuenta los niveles de remuneración de los trabajadores beneficiarios.

La consagración con referencia expresa al párrafo primero del artículo 3° de la Ley 789 de 2002, en concordancia con la disposición del párrafo segundo, permite concluir que no habrá lugar a tarifas con subsidio para el caso de los trabajadores no beneficiarios ni de las personas a cargo que no estén enunciadas en el artículo 3° de la nueva ley.

Implica además la necesidad de fijar tarifas diferenciales y progresivas al interior de la categoría misma de trabajadores beneficiarios, en sus manifestaciones de beneficiarios de cuota monetaria y de subsidios en especie y servicios. Es decir, a criterio del consejo directivo de la corporación será preciso establecer, con aplicación del criterio de la proporcionalidad inversa respecto al salario del trabajador de menos de cuatro salarios mínimos legales mensuales, tarifas distintas por niveles de menor ingreso, aplicables a estos y a las personas que a su cargo utilicen los servicios de la caja.

(101) Ver circulares externas 034 de 1995, 018 de 1999 y 023 de 2003 de la Superintendencia del Subsidio Familiar y el Decreto 827 de 2003.

(102) Igualmente, téngase en cuenta que se incorpora a las funciones del consejo directivo la consagrada por la Resolución 0161 de 2004, modificada por la Resolución 1661 de 2004, proferidas por el Ministerio de la Protección Social, en lo atinente al impulso y responsabilidad en el proceso de convocatoria y postulación para la elección de los representantes de los trabajadores que serán designados como miembros del consejo directivo por dicho ministerio.

Tal postulado requiere de desarrollo específico por parte de los consejos directivos de las cajas, pues contiene un mandato inmediato de ley y una delegación expresa a los mencionados órganos de dirección.

En lo atinente al tema de tarifas téngase en cuenta además que el Decreto 827 del 4 de abril de 2003, reglamentario de algunas disposiciones de la Ley 789, dispone en su artículo 5° la adopción por las cajas de un sistema tarifario para la prestación de servicios sociales con base en el nivel salarial de los afiliados⁽¹⁰³⁾.

Consagra además que, en el rango de tarifas para trabajadores con más de cuatro SMLMV, las cajas podrán establecer tarifas diferenciales no subsidiadas de acuerdo con el nivel de ingresos familiares, lo cual involucra un concepto distinto de mayor complejidad en su aplicación y control.

Veamos los aspectos más relevantes de la mencionada reglamentación en cuanto a la fijación de categorías para servicios sociales.

Se establecen con base en el nivel salarial del trabajador afiliado las siguientes categorías:

A Hasta dos SMLMV

Comprende a los pensionados que acrediten afiliación de 25 años al sistema de cajas de compensación familiar.

B Más de dos SMLMV y hasta cuatro SMLMV

Comprende: (i) Trabajadores y personas a cargo del régimen especial de aportes que sean afiliados voluntariamente por el empleador; ii) Trabajadores independientes y personas a cargo que se afilien voluntariamente a la caja; y (iii) Desempleados que se afilien y personas a su cargo, que aporten 2% sobre dos SMLMV.

C Más de cuatro SMLMV.

D No afiliados a la caja.

En Categoría C se podrán establecer tarifas diferenciales no subsidiadas de acuerdo al nivel de ingresos familiares.

(103) La Circular Externa 023 del 23 de diciembre de 2003 emanada de la Superintendencia del Subsidio Familiar consagra algunos principios en lo atinente al tema de sistema tarifario en las cajas de compensación familiar, apartado IV.

La Circular Externa 023 de 2003 de la Superintendencia del Subsidio Familiar señaló la necesidad de aplicar tarifas especiales a los menores de edad, a los mayores de 60 años no jubilados y a los discapacitados, con lo cual surgirán tarifas diferenciales para los servicios de las cajas, en razón de grupos especiales de usuarios.

Por su parte las circulares externas 016 de 2010 y 012 de 2011 de la Superintendencia del Subsidio Familiar se refieren a las directrices que deben seguir las cajas de compensación familiar en cuanto a la atención de clientes (diríamos afiliados y usuarios del sistema de compensación familiar). A más de señalar las obligaciones en cuanto a medición de la satisfacción en el servicio y el seguimiento del caso, fija el órgano de control el contenido mínimo de la carta de deberes y derechos de los usuarios de las cajas de compensación familiar.

6.5.6. *Servicios sociales no subsidiados*

Se trata de la posibilidad que tienen los afiliados al sistema de compensación familiar que no cuentan con el carácter de beneficiarios, y que por ende no son titulares de subsidios de naturaleza alguna, de acceder al uso de los servicios ofrecidos por las cajas.

Quienes integran la comunidad de las cajas de compensación familiar pueden ser beneficiarios de los servicios que estas corporaciones proveen, pagando precios que sustenten su prestación y en condiciones de mercado. Ello implica que los trabajadores y demás afiliados conforme al régimen particular de que se trate tienen el derecho de acceder a los servicios a que se refiere el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. No se trata de meras concesiones comerciales, sino de la habilitación legal de hacer efectivo el derecho al uso de los mismos, pagando las tarifas que bajo el régimen regulado aplican en el sistema.

6.5.7. *Subsidio por pago de cotización al sistema de seguridad social en salud*

Se trata de la prestación consagrada por el artículo 47 de la Ley 1438 de 2011 como de carácter prioritario, con la cual los desempleados pueden recurrir al sistema de compensación familiar para que este les cubra el pago de la cotización al sistema de seguridad social en salud.

6.5.8. *Subsidios en especie para desempleados*

Corresponden a los servicios establecidos por la Ley 789 de 2002, en la forma en que fue modificada al respecto por el artículo 47 de la Ley 1438 de 2011, y que consisten en bonos alimentarios o pagos por concepto de educación.

6.5.9. *Subsidios de capacitación para la reinserción laboral*

En iguales términos corresponden a las prestaciones expresadas en servicios de capacitación que en forma gratuita pueden percibir los desempleados y cuyo objetivo es contribuir al proceso de reinserción laboral, según lo regulado por los artículos 10 y 11 de la Ley 789 de 2002, en la forma en que fueron modificados por el artículo 47 de la Ley 1438 de 2011, ya comentada.

6.5.10. *Servicios financieros*

A partir de la constitución de las secciones especializadas de ahorro y crédito por parte de las cajas de compensación familiar, estas quedan habilitadas para ofrecer a sus afiliados servicios en cuanto a ahorro y crédito de la manera en que fue comentada anteriormente. Tales servicios podrían clasificarse bajo el ítem de servicios sociales no subsidiados, no obstante por la entidad que la ley reconoce a los mismos preferimos apreciarlos como una categoría independiente de alto valor en lo que respecta a la consolidación en Colombia de un esquema de crédito social.

7. RÉGIMEN DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

7.1. *Generalidades*

Como se ha advertido, las cajas de compensación familiar son corporaciones privadas sin ánimo de lucro, de origen legal, que tienen por misión administrar los recursos destinados por los empleadores y demás responsables para el cubrimiento de la prestación social subsidio familiar, así como actuar como agentes de prestaciones y servicios dentro del sistema de protección social y la política social del Estado.

Nosotros las entendemos como empresas sociales de derecho privado, pero sujetas a un régimen especial en cuanto a su financiación, organización y finalidades. Para la Corte Constitucional se trata de organizaciones no gubernamentales en las que se expresa el principio constitucional de la participación⁽¹⁰⁴⁾.

El artículo 39 de la Ley 21 de 1982 las define como *personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley.*

(104) Sentencia C-575 de 1992, Corte Constitucional.

Entre las características esenciales de estas entidades podemos citar las siguientes:

- a) Su naturaleza como personas jurídicas es la de corporaciones⁽¹⁰⁵⁾.
- b) Sus afiliados se adscriben a ellas por mandato legal y en forma obligatoria (art. 57, L. 21/1982 y art. 1º, par. 1, L. 89/1988).
- c) No tienen ánimo de lucro, lo que significa que no distribuyen utilidades o remanentes sino que los capitalizan y emplean en el logro de los fines que le son propios.
- d) Se rigen por el derecho privado en cuanto a su organización y funcionamiento.
- e) Atienden a nombre de los empleadores y responsables la prestación social subsidio familiar.
- f) Cumplen funciones de la seguridad social.
- g) Están adscritas como entidades privadas en el organigrama del sistema de protección social y dentro de él cumplen variados roles, sin ser entidades públicas.
- h) Procuran contribuir al logro de condiciones de bienestar para su población cubierta y en todo caso proveen la realización de fines sociales.
- i) Administran diversos tipos de recursos, entre ellos aportes de naturaleza parafiscal atípica.
- j) Se encuentran sometidas a la inspección, vigilancia y control administrativo del Estado, así como sobre ellas recae responsabilidades fiscales, disciplinarias y penales en relación con las funciones y recursos públicos bajo su cargo.

Para la Corte Suprema de Justicia, se trata de instituciones de naturaleza "especialísima" que por mandato de la ley pueden crear los particulares para el logro de fines eminentemente sociales y sin ánimo de lucro⁽¹⁰⁶⁾.

Las cajas de compensación familiar gozan de plena autonomía como personas jurídicas, no son entidades públicas y no están adscritas ni vinculadas al sector público, con excepción de la Caja de Compensación Familiar Campesina (Comcaja), que por decisión de la Ley 101 de 1993 fue vinculada al Ministerio de Agricultura.

(105) Artículo 633, inciso 2, del Código Civil: "Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones".

(106) Sentencia del 19 de marzo de 1987, Corte Suprema de Justicia.

Dichas corporaciones están exentas de registro ante las cámaras de comercio⁽¹⁰⁷⁾ y gozan del régimen tributario especial a que se refiere el artículo 19-2 del Estatuto Tributario.

Por expresa habilitación legal, las cajas de compensación familiar, no obstante ser una sola persona jurídica, pueden fungir como entidades promotoras de salud si habilitaron un programa EPS contributivo a la luz de lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 o en la medida en que apliquen los recursos a los que se refiere el artículo 217 de dicha ley a la financiación del régimen subsidiado de salud y opten por administrarlos en forma directa.

Esto es, estamos en presencia de cajas de compensación familiar que de manera directa son a la vez entidades promotoras de salud. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de participar en la creación de entidades de salud con personerías jurídicas diferentes.

Esta alternativa no deja de generar inconvenientes o retos particulares; por ejemplo frente a las responsabilidades compartidas de sus administradores ante órganos de inspección, vigilancia y control diferentes (Superintendencia del Subsidio Familiar y Superintendencia Nacional de Salud). Lo mismo sobre los efectos patrimoniales que pueden ejercer en una y otra vía cada uno de los programas que se administran por la misma persona jurídica, como por ejemplo cuando la operación en salud genera pérdidas que impactan el funcionamiento de la caja de compensación familiar como tal.

En este sentido conviene citar como referente lo dispuesto por el parágrafo 3 del artículo 65 de la Ley 633 de 2000 en la forma en que fue modificado por el artículo 40 de la Ley 1429 de 2010.

Dicha disposición establece la posibilidad excepcional de emplear remanentes producidos por la operación de los programas ejecutados por la caja de compensación familiar a cargo de estas corporaciones, con fuente diversa al aporte obligatorio del 4%, para cubrir pérdidas generadas por el programa que ejecuten como entidades promotoras de salud⁽¹⁰⁸⁾.

De otra parte han surgido discusiones sobre la manera de independizar la operación de los programas de salud de las cajas de compensación familiar, con-

(107) Ver artículo 45 del Decreto 2150 de 1995 y el artículo 3° del Decreto Reglamentario 427 de 1996.

(108) "PAR. 3°— Cuando durante el ejercicio anual el programa de salud presente resultados deficitarios, las cajas de compensación familiar, previa decisión de sus consejos directivos, podrán cubrir el déficit con los remanentes que arroje la caja en el correspondiente período que provengan de los diferentes componentes del programa de salud y de programas distintos a los ejecutados con recursos provenientes del cuatro 4%.

"Adicionalmente, las cajas de compensación familiar podrán financiar el programa de salud, con recursos de crédito".

siderando que por la habilitación legal se trata de unidades de la misma persona jurídica.

Al respecto conviene tener en cuenta el concepto rendido por la Superintendencia del Subsidio Familiar en virtud del cual es posible realizar una operación de escisión cuando la corporación dictamine procedente separar su operación en salud de la correspondiente a los programas como caja; entiéndase que la unidad escindida podrá o integrarse a una EPS habilitada o participar en la constitución de una nueva entidad promotora de salud, aplicándose en esa operación en lo que al servicio se refiere las normas sobre traslado de usuarios cuando fuere procedente⁽¹⁰⁹⁾.

Diremos que la misma interpretación cabe frente a la operación de unidades de las cajas en el ámbito de la prestación de servicios de salud IPS.

Apréciese cómo esta condición peculiar de las cajas de compensación familiar, corporaciones que cuentan con una sola personalidad jurídica pero que actúan como varias entidades y cumplen roles públicos diferentes, las acerca en la práctica a lo que consideramos un esquema de operación fiduciario.

Para considerar el régimen aplicable a las cajas de compensación familiar es preciso tener en cuenta que las mismas están reguladas por normas de derecho privado en cuanto a su organización y operación y por las disposiciones especiales de las leyes 21 de 1982, 789 de 2002 y 920 de 2004, así como por los decretos reglamentarios expedidos en desarrollo de estas. A este respecto téngase en cuenta que la Ley 1450 de 2011 reiteró la vigencia de las disposiciones anteriores que regulaban el sistema de la compensación familiar.

En materia de inhabilidades e incompatibilidades para sus funcionarios rige lo establecido por el Decreto Ley 2463 de 1981. Adicionalmente, y en el caso de cada uno de los servicios a su cargo, se aplican las normas especiales correspondientes, con lo cual su operación termina acercándose al régimen de derecho público, por ejemplo en materias tales como el reconocimiento del subsidio familiar de vivienda de interés social, la administración de rentas parafiscales y la operación del régimen de salud; tan es así que el Estatuto Anticorrupción las somete como sujetos disciplinables al control de la Procuraduría General de la Nación.

A más de las prescripciones de ley, las cajas tienen dentro de su marco normativo las normas contenidas en sus estatutos y en las regulaciones internas adoptadas por sus órganos de gobierno (decisiones de la asamblea general de afiliados, acuerdos del consejo directivo, resoluciones o decisiones de la dirección administrativa, reglamentos internos de trabajo).

(109) Concepto 2011-000887 del 2 de mayo de 2011.

7.2. Creación

Las cajas de compensación familiar tienen fundamento legal pero su creación depende de la voluntad de los particulares, en cuanto a que la constitución de aquellas está abierta a la decisión de los promotores que consideren pertinente el establecimiento de una corporación tal, en los términos de lo establecido por el artículo 40 de la Ley 21 de 1982.

En todo caso, el establecimiento de una caja de compensación familiar está condicionado al reconocimiento previo de personería jurídica para el nuevo ente, competencia que corresponde a la Superintendencia del Subsidio Familiar, conforme lo previsto por el artículo citado, en armonía con lo preceptuado por el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 789 de 2002⁽¹¹⁰⁾.

Los requisitos para la constitución de una caja de compensación familiar en Colombia se concretan en los siguientes:

- 1) Demostrar la conveniencia económica y social de la nueva corporación.
- 2) Cumplir con una de las siguientes condiciones:
 - a) Contar con mínimo 500 empleadores obligados al pago de subsidio familiar por conducto de una caja de compensación familiar (entiéndase también cooperativas de trabajo asociado) que manifiesten su voluntad de constituir una entidad tal, o
 - b) Contar con un número de empleadores obligados al pago de subsidio familiar por conducto de una caja de compensación familiar (entiéndase también cooperativas de trabajo asociado) que tengan a su servicio 10.000 trabajadores beneficiarios del subsidio familiar.

La Superintendencia del Subsidio Familiar podrá autorizar, en casos de excepcional conveniencia y considerando el factor geográfico, la constitución de una caja de compensación familiar sin el cumplimiento de los requisitos señalados.

El Decreto 341 de 1988 regula lo concerniente al procedimiento que se debe surtir para la constitución y solicitud de reconocimiento de personería por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar, el cual implica una reunión de

(110) "ART. 24.—Funciones y facultades de la Superintendencia del Subsidio Familiar. Son funciones y facultades de la Superintendencia del Subsidio Familiar a más de las que se establecen en las disposiciones legales: [...]

"2. Reconocer, suspender o cancelar la personería jurídica de las entidades sometidas a su vigilancia".

los interesados en constituir la caja y la suscripción de un acta de constitución, como corresponde en el caso de toda corporación bajo los términos del Código Civil. En ella se incorporará el texto de los estatutos que se apruebe por la asamblea de asociados. Igualmente se designará un director administrativo provisional, quien se encargará de los trámites de aprobación y reconocimiento de la personería jurídica.

Vale la pena tener en cuenta que la certificación sobre existencia y representación legal de una caja de compensación familiar la emite exclusivamente la Superintendencia del Subsidio Familiar, a través de su División Legal.

Conforme lo previsto por el artículo 61 de la Ley 21 de 1982, las cajas de compensación familiar podrán organizar conjuntamente las obras y programas sociales a su cargo, para lo cual están habilitadas para constituir asociaciones entre ellas, las que se regirán por los mismos principios y normas que regulan a las cajas en particular.

7.3. Funciones

El artículo 41 de la Ley 21 de 1982, en la forma en que fue modificado por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002, establece las funciones que corresponden a las cajas de compensación familiar, sobre las que ya se comentó y que pueden clasificarse en las siguientes categorías generales.

7.3.1. *Recaudo de aportes y pago de las cuotas monetarias de subsidio familiar*

Se trata de la función que corresponde a la esencia histórica del sistema, pues las cajas de compensación familiar son las responsables de ejercer todas las labores concernientes al recaudo de aportes, entre las cuales figura la de adelantar las tareas de cobro persuasivo y judicial. No sobra señalar que el esquema de recaudo se ha modificado a partir de lo regulado por el artículo 15 de la Ley 797 de 2003, en cuanto a las tareas que corresponden a los operadores de información a través de PILA.

Téngase en cuenta que en la terminología de la Ley 21 de 1982 se aludía al concepto de distribución de aportes, tomando en cuenta que con anterioridad a la puesta en funcionamiento del sistema de planilla integrada de liquidación de aportes –PILA–, administrado por los operadores de información, las cajas podían recaudar los parafiscales destinados al Sena, al IC8F, a la ESAP y a los institutos técnicos y escuelas industriales; esta atribución hoy resulta inaplicable.

Como ha quedado dicho, el ejercicio de esta función es reglado, tanto por que la aportación es universal y fija, sin que esté sometida a determinación o tasación discrecional (contando los casos de reducción o exoneración en el pago

de aportes analizados), como porque el uso de dichos recursos parafiscales atípicos debe hacerse conforme a parámetros de ley.

En efecto y dando aplicación a las normas constitucionales en materia de recursos públicos, en particular al artículo 338 de la Carta Política sobre el principio de legalidad tributaria, corresponde exclusivamente al legislador fijar las condiciones y el uso de los recursos que se recaudan por las cajas de compensación familiar para el sistema⁽¹¹¹⁾. No podría por acto administrativo, por ejemplo, definirse o replantearse la destinación de los mismos, ya que esta materia es de reserva legal.

Originariamente el artículo 43 de la Ley 21 de 1982 fijaba la forma de distribuir los aportes recaudados por las cajas de compensación familiar. Esta norma ha sido recurrentemente modificada por disposiciones tales como las leyes 49 de 1990, 100 de 1993, 633 de 2000, 789 de 2002, 1432 de 2011 y 1438 de 2011, entre otras, pues, como se expresó atrás, se han ido integrando funciones a las cajas de compensación familiar que deben ser atendidas contra recursos del mismo 4% de aporte empresarial.

La distribución del recaudo de aportes que corresponde hacer a las cajas de compensación familiar se orienta en lo esencial a las siguientes finalidades:

a) Pago del subsidio familiar en dinero. Desde la Ley 21 de 1982 y como destinación específica a esta finalidad, las cajas de compensación familiar deben destinar como mínimo el 55% de los aportes al pago de la prestación social a su cargo. Vale la pena reseñar que en la norma original se aludía a la expresión “como mínimo”, en tanto en disposiciones posteriores la misma se torna itinerante.

b) Atención de finalidades públicas financiadas con recursos de los aportes parafiscales por destinación específica de ley. Se trata del expediente que se inauguró con la asignación de un porcentaje de tales aportes para cubrir subsidios familiares de vivienda de interés social y que se ha extendido a los campos de la salud y la promoción y prevención, la educación, la atención de niños pobres y jóvenes y la cobertura a desempleados. Como se vio, la administración de estos

(111) “ART. 338.—En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

“La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos...”.

recursos por regla general se asigna a las mismas cajas, quienes deben constituir fondos cuentas especiales para la administración de tales destinaciones, pudiendo cubrir los gastos de administración que la operación particular de ellos genere. Vale la pena señalar que este esquema de administración es muy similar al empleado en el sector público, a través de la creación de fondos cuentas sin personería jurídica, a los cuales se les asignan funciones particulares bajo administración de un ente fiduciario o directamente de una entidad determinada.

c) Cubrimiento de los gastos de administración, instalación y funcionamiento. Las cajas de compensación familiar perciben no una comisión ni una renta como retribución de sus servicios, sino que están habilitadas para destinar hasta un porcentaje máximo de los aportes recaudados para cubrir su operación, sin permitirles que tales gastos sean satisfechos adicionalmente contra sumas que se utilicen para el cubrimiento de los servicios. Con la Ley 789 de 2002, los gastos de administración para estas corporaciones se fijaron en un tope máximo del 8% sobre los recaudos; anteriormente el límite era el 10%⁽¹¹²⁾.

d) Constitución de la reserva legal de fácil liquidez, cuyos fondos solamente podrán ser invertidos en los valores que autorice el Gobierno Nacional. Para este fin se destinará hasta el 3% de los aportes. El artículo 58 de la Ley 21 de 1982 establece el régimen básico de dicha reserva legal⁽¹¹³⁾.

e) Aporte para el sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar, el cual representa en sentido estricto una contribución por servicios impuestos que deben pagar las cajas de compensación familiar con destino al órgano de inspección, vigilancia y control. El artículo 19 de la Ley 25 de 1981⁽¹¹⁴⁾ consagró el principio de contribución a la Superintendencia y previó que la misma se fijará por el Superintendente del Subsidio Familiar por anualidades, como un porcentaje de los aportes totales recaudados, según los balances del respectivo ejercicio. El techo para la fijación de esta contribución es el 1% del total de aportes percibidos, norma que fue reiterada por la Ley 789 de 2002, al disponer que la diferencia entre lo pagado por este concepto y el límite del 1% sirva como fuente de financiación del Fonede. Valga la pena anotar que, por carecer la Superin-

(112) Decreto 341 de 1988, "ART. 64.—El valor de los activos fijos que no se destinen específicamente a programas y servicios sociales se considerarán gastos de administración, instalación y funcionamiento a través de la depreciación".

(113) "ART. 58.—Toda caja de compensación familiar, para atender oportunamente las obligaciones a su cargo, constituirá una reserva de fácil liquidez, hasta la cuantía que señale su consejo directivo, la cual no podrá exceder del monto de una mensualidad del subsidio familiar reconocido en dinero en el semestre inmediatamente anterior, ni ser inferior al treinta por ciento (30%) de esta suma...".

(114) "ART. 19.—Las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia del Subsidio Familiar están obligadas a proveer, mediante contribución anual, los fondos necesarios para los gastos que ocasione el sostenimiento de la Superintendencia...".

tendencia del Subsidio Familiar de personería jurídica, los recursos que por este concepto se giran por parte de las cajas de compensación familiar terminan engrosando el presupuesto general de la nación, pues en últimas la operación financiera de la Superintendencia depende del espacio fiscal que se le asigne con relación a las contribuciones.

f) Apropiación para obras y programas sociales de las cajas de compensación familiar que se constituye con el saldo que quedare, una vez descontados a los aportes recaudados las destinaciones de ley señaladas anteriormente.

Sobre el recaudo y uso de los aportes deben considerarse adicionalmente otros aspectos.

En cuanto a la bolsa constituida por los recursos sometidos a esta distribución, es de tener en cuenta que esta no se integra con ingresos percibidos por las cajas de compensación familiar en razón de otros conceptos, tales como rendimientos financieros y tasas operacionales por servicios prestados; tampoco hacen parte de ella ni se impactan por las destinaciones de ley los recursos que se recauden por aportes provenientes de afiliaciones voluntarias a las cajas de compensación familiar, ni los remanentes de ejercicios.

Al respecto repárese que el legislador ha hecho uso de los recursos del sistema en relación con aquellos recaudados por aportes de los empleadores, sin referir destinaciones específicas en materia de remanentes; existe, sí, un antecedente en la materia, que constituye un referente de especial análisis, en cuanto toca con la destinación de un 50% de los remanentes que produzcan las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar (Ley 920 de 2004), los cuales deberán ser empleados en el FOVIS para el reconocimiento de subsidios de vivienda de interés social.

Conforme lo previsto por el parágrafo 1 del artículo 43 de la Ley 21 de 1982⁽¹¹⁵⁾, los remanentes presupuestales de cada ejercicio que produzcan las cajas de compensación familiar deberán ser apropiados por sus consejos directivos y destinados al pago del subsidio en dinero o a la realización de obras y programas sociales, entiéndase bajo la más amplia enunciación que ahora realiza el artículo 16 de la Ley 789 comentado.

(115) Decreto 341 de 1988, "ART. 67.—La apropiación de los rendimientos y productos líquidos de las operaciones que efectúen las cajas de compensación familiar, así como de los remanentes presupuestales de cada ejercicio, deberán hacerla los consejos directivos dentro del semestre siguiente al ejercicio anual que generó los remanentes. Para efectuar el pago del subsidio en dinero, se tendrá como plazo máximo el 31 de diciembre del año siguiente al que arrojó remanentes.

"Los remanentes producidos en los programas de mercadeo social se sujetarán a las disposiciones tributarias a que hubiere lugar".

Otra circunstancia digna de especial mención tiene que ver con el concepto de periodicidad tanto del aporte como de las destinaciones, para efectos de la aplicación del principio de legalidad tributaria, en especial de lo previsto por el inciso tercero del artículo 338 de la Constitución Política⁽¹¹⁶⁾, materia cuyos alcances fueron debatidos con ocasión de la vigencia del artículo 46 de la Ley 1438 de 2011 ya analizado⁽¹¹⁷⁾.

En efecto, conforme el régimen vigente en el sistema, los aportes al mismo se causan para los empleadores en forma mensual y se pagan de tal manera, mes vencido. Se entendería entonces que estamos en presencia de una contribución de período, con vigencia mensual. No obstante la fijación que realiza la Superintendencia del Subsidio Familiar para efectos de determinar los fondos de destinación específica y el régimen de cuota monetaria de subsidio familiar aplica en forma anual, esto es, toma en cuenta ejecución anual y se proyecta por igual período en el futuro, lo cual ha hecho pensar en que la contribución sea entendida como de período anual, por lo tanto una norma que regule sobre ella solamente entrará a regir para el período anual siguiente. El Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia del Subsidio Familiar han conceptualizado que se trata de una contribución de período mensual, en contravía del criterio asumido por las cajas de compensación familiar.

7.3.2. Organización y administración de las obras y programas sociales: prestación de los servicios sociales a su cargo, en forma directa o asociada

La razón de ser de esta función general es primariamente el pago del subsidio familiar en la modalidad de servicios. Se ha ido extendiendo a la prestación de servicios para la población afiliada en general y, en algunos casos, para población no afiliada.

Este aspecto fue reiterado por la Ley 789 de 2002, en especial por lo regulado a través del numeral 1 de su artículo 16, por el cual corresponde a las cajas de compensación familiar “ejecutar actividades relacionadas con sus servicios, la protección y la seguridad social directamente, o mediante alianzas estratégicas”.

(116) “Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado no pueden aplicarse sino a partir del período que comienza después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”.

(117) Por virtud de la Circular Externa 02 de 2011 la Superintendencia del Subsidio Familiar dispuso la apropiación por parte de las cajas de compensación familiar de los recursos a los que alude el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011 desde el año 2011 y señaló que su uso estaría condicionado a la expedición del decreto reglamentarios correspondiente por parte del Gobierno Nacional.

cas con otras cajas de compensación o a través de entidades especializadas públicas o privadas, conforme las disposiciones que regulen la materia”.

Como se aprecia, dentro de esta funcionalidad se ubica expresamente el abanico de opciones con el que cuentan las cajas para actuar dentro de los sistemas de seguridad y protección social; ejemplo de ello lo regulado por el numeral 2 del aludido artículo, por el cual se habilita a dichas corporaciones para invertir en los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales.

7.3.3. *Ejecución de programas en forma compartida*

Tanto el numeral 3 del artículo 41 de la Ley 21 de 1982 como el artículo 16 de la Ley 789 de 2002 consagran como principio general el que hemos denominado el mandato de asociatividad aplicable a las cajas de compensación familiar, en cuya virtud aquellas pueden asociarse con otras cajas o entidades especializadas de cualquier índole para la ejecución de programas.

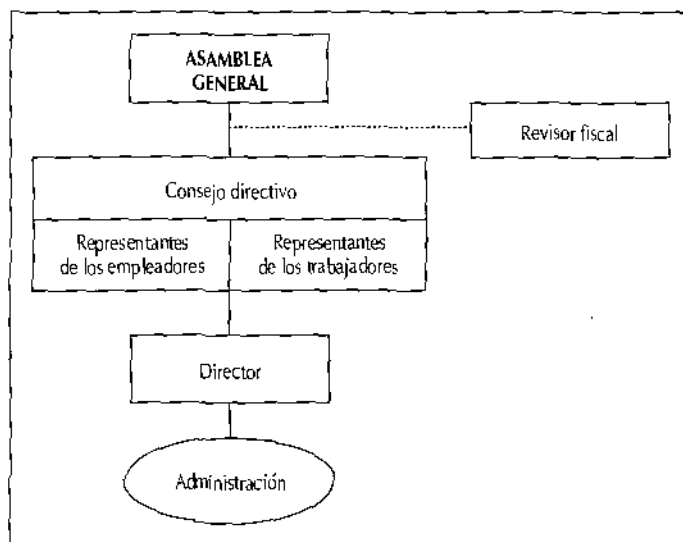
Al respecto, repárese en la amplia expresión del numeral 4 del citado artículo 16 en cuya virtud podrán las cajas “asociarse, invertir o constituir personas jurídicas para la realización de cualquier actividad, que desarrolle su objeto social, en las cuales también podrán vincularse los trabajadores afiliados”.

La posibilidad inexplorada que abre la ley en cuanto a la generación de entidades en las que participen los trabajadores, constituye a nuestro juicio una pieza de especial valor para el desarrollo del sistema y del modelo económico en general en Colombia. No se explica por qué a la fecha, de la misma no se haya hecho el uso esperado.

7.4. **Organización**

De conformidad por lo dispuesto por los artículos 46 de la Ley 21 de 1982 y 7° del Decreto 341 de 1988, las cajas de compensación familiar presentan la siguiente estructura orgánica básica:

Gráfico 42
Estructura básica de las cajas de compensación familiar



— Una *asamblea general de afiliados* como máximo órgano de dirección, integrado por todos los empleadores afiliados a la corporación. Se reúne mínimo en forma anual en sesión ordinaria⁽¹¹⁸⁾.

La afiliación obligatoria de los responsables del subsidio familiar aparea su vinculación como corporados a la caja de compensación familiar de su elección que opere en el departamento en donde se cause la prestación. Ello genera, como se ha expresado, un vínculo entre el responsable del subsidio y la caja, que se manifiesta en su participación dentro del máximo órgano de dirección institucional, la cual solamente se restringe en el caso de la suspensión de la afiliación, por no encontrarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones para con la caja de compensación familiar.

Los afiliados voluntarios no hacen parte de la *asamblea general*⁽¹¹⁹⁾.

(118) Decreto 341 de 1988, "ART. 8º—La *asamblea general* está conformada por la reunión de los afiliados hábiles o de sus representantes debidamente acreditados. Es la máxima autoridad de la corporación, sus decisiones son obligatorias y cumplen las funciones que les señalen la ley y los estatutos". Circular 05 de 1996 de la Superintendencia del Subsidio Familiar, sobre el régimen aplicable para la realización de las *asambleas de afiliados*.

(119) Circular Externa 08 de 1995 y Concepto 6455 de 1997 de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

El artículo 47 de la Ley 21 de 1982 consagra las funciones propias de las asambleas de afiliados, a saber:

1. *Expedir los estatutos que deberán someterse a la aprobación de la Superintendencia del Subsidio Familiar.*
2. *Elegir a los representantes de los empleadores ante el consejo directivo.*
3. *Elegir el revisor fiscal y su suplente.*
4. *Aprobar u objetar los balances, estados financieros y cuentas de fin de ejercicios y considerar los informes generales y especiales que presente el director administrativo.*
5. *Decretar la liquidación y disolución de la caja con sujeción a las normas legales y reglamentarias que se expidan sobre el particular.*
6. *Velar, como máximo órgano de dirección de la caja, por el cumplimiento de los principios del subsidio familiar, así como de las orientaciones y directrices que en este sentido profieran el Gobierno Nacional y su Superintendencia del Subsidio Familiar.*
7. *Las demás que le asignen la ley y los estatutos.*

Las asambleas que se realicen pueden tener el carácter de ordinarias o extraordinarias. Aquellas serán las convocadas por los órganos de la caja previstos estatutariamente o por la Superintendencia del Subsidio Familiar en caso de no llevarse a cabo la reunión en los términos anteriores. Las de carácter extraordinario serán convocadas por el consejo directivo, el director administrativo, el revisor fiscal o por solicitud escrita de un número plural de afiliados que represente por lo menos una cuarta parte de los miembros hábiles de la corporación; también podrá convocar a asamblea extraordinaria el Superintendente del Subsidio Familiar cuando "a su juicio se presenten circunstancias que así lo ameriten". Todo ello conforme lo previsto por los artículos 12, 16 y 17 del Decreto 341 de 1988⁽¹²⁰⁾.

En la asamblea ordinaria de las cajas de compensación familiar se tratarán al menos los siguientes asuntos: i) informe del director administrativo, ii) informe del revisor fiscal y consideración del balance del año anterior, iii) elección de

(120) Ver como referencia la Circular Externa 05 de 1996 de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

consejeros directivos representantes de los empleadores y responsables y de revisor fiscal, cuando exista vencimiento de período y iv) fijación del monto hasta el cual puede contratar el director administrativo sin aprobación previa del consejo directivo.

La convocatoria a la asamblea debe hacerse por lo menos con diez (10) días hábiles de anticipación a la fecha de su realización y procederá por la forma prevista estatutariamente; subsidiariamente se deberá hacer mediante aviso publicado en periódico de amplia circulación en el domicilio principal de la corporación o a través de comunicación dirigida a cada uno de los afiliados. (art. 10 D. 341/1988). La convocatoria deberá ser informada al Superintendente del Subsidio Familiar con no menos de tres (3) días hábiles de la fecha de la reunión.

El quórum deliberatorio y decisorio será el que establezcan los estatutos; en silencio de este, se podrá sesionar con el 25% de los afiliados hábiles; igualmente, si transcurrida la hora señalada para la reunión "no hay quórum para deliberar y decidir, la asamblea podrá sesionar válidamente iniciando su deliberación dentro de la hora siguiente y podrá adoptar decisiones con cualquier número plural de afiliados hábiles presentes" (reuniones denominadas de segunda convocatoria).

Las decisiones se adoptan en principio por mayoría simple de los afiliados presentes, excepto las que requieran por norma o estatutos mayoría calificada, en tanto se aplica el esquema de cuociente para la designación de los miembros del consejo directivo elegidos por asamblea.

Una de las circunstancias que seguramente debe mejorarse al interior del sistema de compensación familiar y que obedece a una problemática general de la sociedad es la relacionada con los bajos niveles de participación de los afiliados dentro de las asambleas.

Vale la pena referir que el artículo 56 de la Ley 21 de 1982 contiene una atribución para el Gobierno Nacional, en virtud de la cual podrían establecerse mecanismos más ágiles y expeditos de participación que acudan por ejemplo a expedientes electrónicos. Dicha disposición que no se ha ejecutado dispone: *El Gobierno reglamentará los sistemas de votación de las asambleas generales de las cajas de compensación.*

Los afiliados pueden hacerse representar en las asambleas si otorgan poder escrito (art. 24 D. 341/1988).

La participación de apoderados en las asambleas de las cajas ha suscitado inquietudes por la dinámica electoral que ello comporta. Durante la legislatura 2010 en el Congreso de la República se presentó el proyecto de ley 194 Cámara por el cual se pretendía reformar el artículo 56 de la Ley 21 de 1982 para que su

contenido quedara de la siguiente manera: "El voto en las asambleas de las cajas de compensación familiar se dará personalmente y será indelegable. Las sociedades votarán a través de sus representantes legales".

La iniciativa fue archivada durante el primer debate, no obstante ella evidencia el malestar que en algunos sectores causa el manejo de la participación dentro de algunas cajas de compensación familiar.

Al respecto la exposición de motivos de este proyecto es diciente al expresar:

"Las cajas de compensación familiar del país se han convertido sistemáticamente en fortines políticos, que desnaturalizan su propia esencia, creando privilegios y generando discriminaciones, que rebosan la razón de ser de estas entidades y rompen el principio de igualdad que por mandato constitucional debe regir para todos los colombianos.

"La no reglamentación en el otorgamiento y usos de los poderes de representación para efecto de las decisiones que las cajas de compensación deben tomar en los actos que por mandato estatutario y por imperio de la ley requieren del voto de sus afiliados ha generado anarquía y concentración manipuladora al interior de estas entidades y abusos, en el uso de los mandatos que otorgan quienes se sustraen de la presencia física en las asambleas".

Asocajas se opuso al trámite de esta iniciativa argumentando sustentadamente que con ella se quebrantarían los principios de participación y representación contenidos en los artículos 2º y 40 de la Constitución Política, así como el principio de autonomía de las cajas de compensación familiar, bajo el amparo del inciso 2 del artículo 103 de la Constitución Política.

En cuanto a representatividad de los afiliados en las asambleas, el artículo 21 del Decreto 341 de 1988 establece que por lo menos cada uno de ellos tendrá derecho a un voto, permitiendo que los estatutos de las cajas establezcan sistemas de votación ponderada, en los que se tenga en cuenta el número de trabajadores beneficiarios vinculados con la empresa o responsable.

Mediante Circular Externa 02 del 18 de febrero de 2005, el Superintendente del Subsidio Familiar aclaró la Circular Externa 09 del 22 de junio de 2004 y, en relación con la facultad de las asambleas de afiliados de reformar los estatutos de las cajas de compensación familiar, prescribió que para la realización de las asambleas de ese año las mismas "deberán suprimir de sus estatutos mecanismos de ponderación del voto cuando sean basados únicamente en los aportes de las empresas afiliadas, en el caso de que exista dicha cláusula en los mismos, y realizar todos los ajustes que sean requeridos para la intangibilidad de esa instrucción".

—Un *consejo directivo*, órgano de gobierno de las cajas que hace las veces de junta o consejo de administración, encargado de trazar las políticas de la corporación. El consejo está integrado por cinco miembros principales, en representación de los empleadores elegidos por la asamblea, con sus respectivos suplentes personales, y por cinco miembros principales en representación de los trabajadores afiliados, con sus respectivos suplentes personales, designados por el Ministerio de la Protección Social (artículo 50 de la Ley 21 de 1982, modificado por el artículo 1º de la Ley 31 de 1984). El período de tales miembros es de dos años. La forma de integración y funcionamiento de los consejos directivos constituye un ejemplo de coparticipación entre los sectores de empleadores y trabajadores y materializa los mandatos de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– en cuanto a diálogo social y coparticipación entre capital y trabajo.

No obstante las problemáticas que pueden surgir en el funcionamiento de este esquema de cogobierno y que han podido dar lugar a algunos eventos de intervenciones de cajas de compensación familiar por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar, no se han producido afectaciones graves o sistémicas por la concurrencia en el órgano de dirección de representantes de los empleadores y de los trabajadores, habiendo prevalecido entonces esquemas de colaboración y diálogo. Conviene reiterar que es este el único caso dentro del sistema de seguridad social y de la política social en general en que, por mandato de ley, la dirección de un organismo privado corresponde en forma bipartita a empleadores y trabajadores.

Algunos al respecto critican la reforma introducida por la Ley 789 de 2002 que ahora comentaremos en cuanto a permitir la participación en calidad de representantes de los trabajadores a personas no sindicalizadas y no beneficiarias de la prestación subsidio familiar, lo que a su juicio genera un desequilibrio en la fórmula bipartita de gobierno, pues promueve el ingreso de representantes que se inclinan más por la defensa de los intereses patronales.

Con todo, uno de los capitales mayores del sistema de compensación familiar en Colombia es su esquema institucional de gobierno, el cual debe prevalecer y fortalecerse como reducto de armonía y trabajo mancomunado por el bienestar y la productividad.

Los miembros de los consejos directivos en representación de los empleadores y responsables serán elegidos por la asamblea general mediante el sistema de cuociente electoral, conforme lo ordenado por los estatutos de la corporación.

En cuanto respecta a la elección de los representantes de los trabajadores en los consejos directivos de las cajas de compensación familiar, el artículo 22 de la Ley 789 de 2002 introdujo importantes modificaciones al régimen ante-

rior, las cuales comentaremos en forma sucinta a partir de la lectura de la referida norma⁽¹²¹⁾.

A partir de esta reforma pueden pertenecer a los consejos directivos trabajadores no sindicalizados y todos los afiliados sin límite de salario. El Ministerio de la Protección Social (y, a partir de la escisión, el Ministerio de Trabajo) escogerá los representantes ante los consejos directivos de los trabajadores beneficiarios de listas que presenten las centrales obreras y de listados enviados por las cajas de todos los trabajadores no sindicalizados que se inscriban.

Téngase en cuenta que si bien el artículo alude en su primer inciso a trabajadores beneficiarios del subsidio, dispone más adelante que podrán pertenecer a los consejos directivos todos los trabajadores sin límite de salario. Esta nueva preceptiva, si bien amplía las posibilidades de participación, surgió en forma intempestiva en el trámite del proyecto de ley, generando una profunda reflexión sobre el reacomodamiento que a partir de ella puede surgir para el sistema, caracterizado anteriormente por una participación igualitaria en el máximo órgano de dirección de representantes de los empleadores con voceros de los beneficiarios del subsidio.

El hecho de posibilitar la participación como representantes de los trabajadores, inclusive a aquellos que tengan una vinculación laboral pero a nivel directivo, puede generar desequilibrio, dejando expósitos los intereses de los sectores de trabajadores con menores ingresos y, en últimas, incrementando la participación de los empleadores, pues en ciertos casos funcionarios directivos de las empresas podrían aspirar a integrar el consejo directivo de las cajas, pues son trabajadores.

Como desarrollo de la norma, el Ministerio de la Protección Social profirió la Resolución 0462 del 2 de abril de 2003, publicada en el Diario Oficial 45.154 del 9 de abril de 2003, la cual fue derogada por la Resolución 1931 del 18 de julio de 2003 y publicada en el Diario Oficial 45.257.

Posteriormente, mediante Resolución 0161 del 27 de enero de 2004, publicada en el Diario Oficial 45.445 del 29 de enero de 2004, el Ministerio de la Pro-

(121) "ART. 22.—El artículo 52 de la Ley 21 de 1982, modificado por el artículo 3º de la Ley 31 de 1984, quedará así:

"Artículo 52. Consejos directivos. Los representantes de los trabajadores beneficiarios serán escogidos por el Ministerio de Trabajo de listas que presentarán las centrales obreras con personería jurídica reconocida y de los listados enviados por las cajas de compensación de todos los trabajadores beneficiarios no sindicalizados.

"Modifícase el numeral 2 del artículo 1º de la Ley 31 de 1984, en el sentido de que podrán pertenecer a los consejos directivos de las cajas de compensación familiar, en representación de los trabajadores y de los empleadores, todos los afiliados a esta sin límite de salario".

tección Social estableció el nuevo procedimiento para la postulación y designación de los representantes de los trabajadores ante los consejos directivos de las cajas de compensación familiar, con la modificación parcial establecida a través de la Resolución 01661 del 28 de mayo de 2004.

Mediante la Resolución 1428 del 25 de abril de 2008 se reguló por su parte el procedimiento para designar representantes de los trabajadores en los consejos directivos de las cajas de compensación familiar en situación de intervención administrativa total y que hayan superado tal condición.

La Resolución 0161 asigna la función de designación de los representantes de los trabajadores ante los consejos directivos de las cajas en el viceministerio de Relaciones Laborales, de conformidad con la organización interna del ministerio prevista en la Resolución 951 del 28 de abril de 2003, la cual habrá de ajustarse a la nueva estructura orgánica del Ministerio de Trabajo escindiendo de la cartera de la Protección Social en los términos de lo ordenado por la Ley 1444 de 2011.

Se expresa el principio de representación, sin consideración al límite de salario o al carácter de beneficiario del subsidio de quien la ostente, en el artículo 2º de la resolución comentada, generándose entonces una participación en los consejos directivos por parte de los trabajadores afiliados en general⁽¹²²⁾.

De la reglamentación pueden extractarse varias etapas dentro del proceso de postulación y escogencia. De un lado, la convocatoria o invitación pública, la radicación y admisión de candidaturas, el envío de las mismas y la escogencia por parte del viceministerio de Relaciones Laborales.

Según la Resolución 0161, el proceso deberá iniciarse en el período comprendido en la segunda quincena del mes de febrero del año en que proceda, por estatutos, la renovación del consejo en la caja de que se trate⁽¹²³⁾.

La remisión del listado con los postulados debe hacerse antes del 31 de marzo de dicho año, bien por parte de las centrales obreras en el caso de trabajadores sindicalizados, bien por parte de la caja de compensación familiar frente a los trabajadores no sindicalizados que se postulen.

(122) "1. Todos los trabajadores afiliados a la respectiva caja, sin límite de salario, podrán pertenecer a los consejos directivos" (Circular Externa 05 del 20 de abril de 2004, Superintendencia del Subsidio Familiar).

(123) "Este procedimiento se aplicará siempre que exista vencimiento del período estatutario para el consejo directivo en la respectiva caja de compensación familiar, entendiendo este organismo como una sola unidad, esto es, los representantes de los empleadores y de los trabajadores que lo conforman" (Circular Externa 05 del 20 de abril de 2004, Superintendencia del Subsidio Familiar).

El viceministerio contará con el término de 30 días hábiles⁽¹²⁴⁾, a partir del recibo de las listas junto con sus anexos⁽¹²⁵⁾, para comunicar la designación de los representantes que realice, aplicando un criterio de discrecionalidad en la selección, a partir de las listas válidamente presentadas. Este término se entenderá extendido cuando hubiere necesidad de solicitar documentación, porque no se hubiere remitido completa la que exige la norma.

Téngase en cuenta que no existe preasignación de curules para representantes de los trabajadores sindicalizados o no sindicalizados, ni criterios para la integración de la representación que aplique el viceministerio, por lo cual habrán de aplicarse en la escogencia criterios razonables que permitan una amplia y diversa participación, teniendo en cuenta tanto las centrales obreras que participen, como la asignación de espacios para representantes de trabajadores no sindicalizados; igualmente aplicará una validación de requisitos de los aspirantes y un cotejo sobre sus condiciones, quedando en todo caso, a juicio del viceministerio, la asignación de los representantes. Se ha planteado por las centrales obreras la conveniencia de aplicar el criterio anterior a la reforma en cuanto a solamente dar participación a delegados del sector sindicalizado de los trabajadores.

El análisis de estos puntos permite considerar opciones tales como la exigencia a todos los postulados y miembros de los consejos directivos de acreditar esquemas de formación o actualización en las materias propias de su gestión, como acontece en otros sectores, especialmente en el financiero y, en general, el establecimiento de un procedimiento de acreditación de idoneidad que sea ejercido desde el Ministerio (en la actualidad una función similar pero no aplicable le corresponde a la División Legal de la Superintendencia del Subsidio Familiar).

La Resolución 01661 de 2004 citada incorpora el criterio de considerar el número de trabajadores de las empresas correspondientes frente a los postulados⁽¹²⁶⁾.

(124) Artículo 6° de la Resolución 01661 de 2004, que modificó el artículo 10 de la Resolución 0161 de 2004, el cual quedó así: "El Ministerio de la Protección Social dispondrá de treinta (30) días hábiles contados a partir del recibo de las listas junto con sus correspondientes anexos, para pronunciarse sobre la designación de consejeros, procediendo de inmediato a comunicarles su designación, siempre y cuando se allegue en forma completa la documentación, conforme a lo previsto en la presente resolución.

"Para efectos de la respectiva designación de representantes de los trabajadores sindicalizados sólo se tendrán en cuenta los listados remitidos por las centrales obreras que contengan el número de postulados a que se refiere el artículo 4° de la presente resolución y con los requisitos señalados en el 5 de la misma".

(125) Artículo 10 de la Resolución 0161 de 2004, Ministerio de la Protección Social.

(126) Parágrafo, artículo 1°, que modificó el artículo 2° de la Resolución 0161, así: "Con el fin de garantizar una adecuada y equitativa participación de los trabajadores al momento de la

La responsabilidad de adelantar el proceso de convocatoria e integración de listas se radica en cabeza de las centrales obreras, frente a los trabajadores sindicalizados, y de las cajas de compensación familiar, frente a los trabajadores no sindicalizados, atribuyéndose en este último caso la conducción del proceso a sus consejos directivos⁽¹²⁷⁾.

Será responsabilidad de cada consejo directivo adoptar un proceso interno “para efectos de la convocatoria, publicación y remisión de listas de postulados” en los términos del artículo 7º de la Resolución 0161 de 2004. Dicho proceso debe ser conocido previamente por los aspirantes y regirse por unos principios mínimos señalados en la resolución; para estos efectos se recomienda su adopción a través de acuerdo, así como su publicación en un medio masivo de la caja o su fijación en sitios visibles o su entrega a quienes manifiesten interés en integrar la lista de postulados por los trabajadores no sindicalizados⁽¹²⁸⁾.

La etapa de convocatoria o invitación pública se debe surtir en la segunda quincena del mes de febrero, por impulso de las centrales obreras o de los consejos directivos de las cajas, a través de la publicación de avisos para cada caso en un diario de amplia circulación regional –según se entiende el ámbito propio de operación de la caja–, con la salvedad de Comcaja, respecto de la cual será nacional, con base en el texto contenido en la resolución.

La Resolución 01661 de 2004 impone a los consejos directivos la obligación de impartir instrucciones a los directores administrativos de las cajas para que,

(Cont. nota 126)

designación el Ministerio de la Protección Social tendrá en cuenta la información sobre el número total de trabajadores que se encuentren vinculados a cada una de las empresas a que pertenecen los trabajadores que integren los listados remitidos por las cajas de compensación familiar y por las centrales obreras”.

(127) Artículo 6º, Resolución 0161 de 2004, modificado por el artículo 4º de la Resolución 01661 de 2004: “Órgano competente para adelantar el proceso de conformación de listas de trabajadores no sindicalizados. Corresponde al consejo directivo de cada caja de compensación familiar adelantar el proceso de difusión y publicación del aviso de invitación para la postulación de candidatos y, posteriormente, remitir los correspondientes listados de trabajadores no sindicalizados que se presentaron a la respectiva convocatoria, acompañados de los documentos soportes de la convocatoria realizada, proceso interno adoptado para convocatoria, publicación, difusión y remisión de listados de aspirantes y actas de cierre de convocatoria.

“Dichas listas deberán ser remitidas al Viceministerio de Relaciones Laborales junto con los demás requisitos señalados en la presente resolución, hasta el 31 de marzo del año en que deba elegirse el nuevo consejo directivo en la respectiva caja, o en aquellas fechas de vencimiento de período conforme a lo previsto en los respectivos estatutos”.

(128) Se adicionan así las funciones de los consejos directivos contempladas en el artículo 54 de la Ley 21 de 1982, con un ítem particular frente al establecimiento del proceso para efectos de la convocatoria y la integración de la lista de aspirantes al consejo por parte de los trabajadores no sindicalizados.

“paralelamente a la publicación de los avisos de convocatoria, adelante acciones de divulgación y motivación al interior de las empresas afiliadas”. Esto con el propósito de garantizar una mayor participación de postulados que permita una escogencia abierta por parte del ministerio⁽¹²⁹⁾.

La radicación de las postulaciones deberá hacerse dentro de los diez días hábiles siguientes a la publicación del aviso, bien frente a la central obrera o bien ante la caja respectiva. Valga tener en cuenta que un trabajador sindicalizado no podrá concurrir por la vía de la caja, pues por ello la resolución establece dos procedimientos paralelos pero excluyentes; en este evento, su postulación debe hacerse a través de la central obrera a la cual esté vinculado.

Por disposición normativa no existen condiciones de validación o imposición de requisitos para los aspirantes; es decir, las postulaciones se surtirán siempre y cuando se reúnan las exigencias formales en cuanto a documentos y afiliación, sin que sea viable el establecimiento de condiciones más allá de la norma, relacionadas por ejemplo con formación académica, tiempo de afiliación a la caja o a la central o experiencia específica. En la actualidad, el establecimiento de estos requisitos no es posible además por criterio de cada consejo, pues iría más allá de lo señalado por la norma legal⁽¹³⁰⁾.

Como criterio orientador, respecto a la facultad discrecional de selección de los postulados que se asigna a las centrales obreras, el artículo 5º, último inciso de la Resolución 0161 de 2004, señala: “De igual manera, tendrán en cuenta que los candidatos no estén incurso en eventuales causales previstas en el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades a que se refiere el Decreto 2463 de 1981, sin perjuicio de la función asignada a la Superintendencia del Subsidio Familiar en el numeral 19, del artículo 7º del Decreto Ley 2150 de 1992 y que los aspirantes presentados estén en condiciones de desempeñar eficientemente las funciones de consejeros, teniendo en cuenta que aquellas deben ejercerse dentro del régimen de transparencia a que se refiere el artículo 21 de la Ley 789 de 2002”.

Tal mandato implica que la selección que realice la central, así como en últimas la aplicación de la facultad discrecional del Viceministerio de Relaciones Laborales, se ejecuten a partir de valoraciones razonablemente soportadas en cuanto al análisis de los postulados, con el criterio –este sí recogido por la norma– de

(129) Inciso tercero del artículo 6º de la Resolución 0161 de 2004, en la forma en que fue modificado por el artículo 4º de la Resolución 01661 de 2004 y numeral 3 del artículo 7º de aquella, tal como fue modificado por el artículo 5º de la Resolución 01661 de 2004.

(130) “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio” (art. 84 C.N.).

garantizar la participación adecuada, equitativa e igualitaria a todos los trabajadores sindicalizados⁽¹³¹⁾. Similar criterio se establece en el numeral 1 del artículo 7° de la resolución respecto de los trabajadores no sindicalizados, como vinculante para los consejos directivos en el proceso de conformación de listas⁽¹³²⁾.

Un vacío en todo caso presenta la resolución en cuanto a la aplicación de principios de igualdad, equidad y participación adecuada: el no señalamiento de patrones objetivos para que el Viceministerio establezca la participación de representantes de los dos sectores de trabajadores. En efecto, queda al criterio libre –no arbitrario– de este, indicar la proporción de participación de los representantes, considerando en últimas el número de postulados. Pero ¿qué ocurriría por ejemplo si no hay inscritos por parte de los trabajadores no sindicalizados o el número de postulados es muy reducido?, ¿y cómo aplicar el criterio de la equidad, si se considera la proporción de trabajadores no sindicalizados respecto a los sindicalizados en una caja?, ¿y cómo hacer compatible la idea de la organización sindical como básica en el esquema laboral y empresarial, más allá de la cual mayoritariamente en número, podrían tomar parte sectores no organizados de trabajadores?

Téngase en cuenta, además, que la resolución señaló un tope de postulados por las centrales obreras, diez personas que integrarán la lista por cada caja; si hay más postulaciones, la central deberá realizar un trámite de selección, sujeto a un procedimiento y a criterios preestablecidos, mientras que no existe esa limitación en cuanto se trata de postulados por el sector de los trabajadores no sindicalizados; en este segundo evento, se reafirma el criterio según el cual no hay selección por la caja, sino simplemente integración de lista con validación de requisitos formales, mientras que las centrales deberán realizar una escogencia entre los postulados, si se excede el número de diez, con base en un criterio discrecional, proporcionado a conseguir que los aspirantes “estén en condiciones de desempeñar eficientemente las funciones de consejeros”.

A través de la Resolución 01661 y como mecanismo para prevenir y corregir lo acontecido en el proceso de postulación abierto en el primer semestre del año 2004 con base en la Resolución 0161, en el cual se encontró un número escaso de postulaciones por conducto de las centrales obreras –inferior a diez– se estableció, modificando el artículo 4° de dicha norma, que el número mínimo de postulados por central para cada caja sea de diez, dándose participación adecuada a los diferentes sectores económicos, públicos y privados con presencia en la región de que se trate.

(131) Ver artículo 5° del Resolución 0161 de 2004, inciso 1.

(132) Artículo 7° del Resolución 0161, numeral 1: “Que se garantice la posibilidad de participación en condiciones de igualdad a la totalidad de trabajadores no sindicalizados que presten sus servicios en las empresas afiliadas a la respectiva caja”.

El parágrafo del artículo 2º de la Resolución 01661 de 2004, que modificó el artículo 4º de la Resolución 0161 del mismo año, estableció que “cuando el número de trabajadores sindicalizados postulados sea insuficiente para la conformación de los listados con el número mínimo previsto en el presente artículo, se aceptará que la sumatoria de las listas de aspirantes presentadas por las centrales obreras corresponda por lo menos a doce (12) trabajadores por cada caja de compensación familiar”.

Se exige también a las centrales acreditar que los listados remitidos se hayan estructurado con los trabajadores sindicalizados que acudieron a la convocatoria pública realizada, norma que además persigue prevenir la exclusión discrecional de postulados por las centrales, en el evento de haber menos de diez candidatos.

Para la inscripción de los aspirantes se deben tener en cuenta los siguientes criterios:

Que se trate de trabajadores vinculados a empresas afiliadas a la caja y que estén activos.

Que dichas empresas estén al día por todo concepto en el pago de sus obligaciones con la caja, al momento de la postulación. La Resolución 01661 de 2004 ajustó este requisito señalando que, en caso de postularse trabajadores vinculados a empresas que se encuentren en mora en el pago de aportes, estos deberán demostrar de alguna manera –por cualquier medio se entiende, comunicaciones, reportes a órganos de control o similares– que han gestionado acciones para que el empleador se coloque al día, aplicando lo indicado por la Circular 015 de 1999 proferida por la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Que tales empleadores gocen de los derechos derivados de su calidad de afiliados.

Que los aspirantes no estén incurso en causales de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses en los términos del Decreto 2463 de 1981 y entiéndase, además, según lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 789 de 2002, si bien no se cita en la resolución.

Por su parte, el artículo 9º de la Resolución 0161 de 2004 indica los requisitos y soportes que deben acreditarse por las centrales y las cajas al presentar las listas de postulados, a saber:

- a) Indicación del nombre completo e identificación de los aspirantes.
- b) Nombre del empleador con el que estén vinculados laboralmente.
- c) Hoja de vida del aspirante y cédula o documento de identificación.

- d) Carta de aceptación de la inclusión en lista (será la misma de postulación, pues no se olvide que el procedimiento se origina en decisión del aspirante).
- e) Carta de aceptación del cargo en caso de ser designado por el ministerio.
- f) Manifestación escrita de no encontrarse incurso el aspirante en causal de inhabilidad o incompatibilidad, en los términos del Decreto 2463 de 1981.
- g) Certificación expedida por la caja en la que conste la calidad de afiliado del empleador correspondiente (a cargo de la caja).
- h) Certificación de la central obrera sobre la condición sindical del aspirante (a cargo de la central).
- i) Acta de cierre de la convocatoria y los documentos soportes del procedimiento adoptado, según requerimiento adicional que se desprende de la aplicación de la Resolución 01661 de 2004.

El artículo 11 de la Resolución 0161 de 2004 indica el procedimiento para la provisión de vacantes, así:

La vacante definitiva de un miembro principal el consejo directivo será llenada por el respectivo suplente hasta la finalización del período estatutario, sin perjuicio de la designación del nuevo suplente por parte del Ministerio de la Protección Social.

La vacante de un miembro principal y su suplente será llenada por el Ministerio de la Protección Social. Para efectos de la provisión de vacantes se tendrán en cuenta aquellas personas integrantes de las listas remitidas por las centrales obreras y las cajas de compensación familiar y que no fueron designadas en su momento para el respectivo período de que se trate.

Finalmente y en armonía con lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley 21 de 1982, el artículo 12 de la Resolución 0161 de 2004 del Ministerio de la Protección Social reitera para los trabajadores la prohibición de pertenecer a más de un consejo directivo de caja de compensación familiar.

La Superintendencia del Subsidio Familiar profirió la Circular Externa 05 del 20 de abril de 2004, en relación con las condiciones y requisitos para desempeñarse como consejero en representación de los trabajadores afiliados. La misma reitera los aspectos generales desarrollados por la Resolución 0161 de 2004, a la vez que consagra uno adicional de especial importancia, relacionado con el señalamiento del criterio de no presencia de más de un representante por empresa en el Consejo Directivo, entendiéndose aplicable respecto a los voceros

del sector empleador como del sector de los trabajadores. En su párrafo final la circular dispone:

“Con el fin de buscar una adecuada y equitativa participación y representación de todas las empresas afiliadas en los consejos directivos de las cajas de compensación familiar, se deberá tener en cuenta que, al momento de la elección por parte de la asamblea general o de remitir los listados de candidatos al Ministerio de la Protección Social, ninguna empresa afiliada a la corporación tenga más de un (1) representante en dicho organismo”.

La aplicación de tal criterio habrá de entenderse como potestativa por parte del Ministerio de la Protección Social, pues no hay que perder de vista que el procedimiento para la postulación de candidaturas es libre y voluntario por parte de los trabajadores, sindicalizados o no, no controlable por las centrales obreras ni por las cajas de compensación familiar. Además, no podría por medio de un acto administrativo de la Superintendencia modificarse el criterio contenido en la resolución del Ministerio sobre la materia, aplicando los principios de la jerarquía y la especialidad normativa, según los cuales corresponde al ministerio la regulación del referido procedimiento de postulación y selección.

En lo que respecta a funciones de los consejos directivos de las cajas de compensación familiar, el artículo 54 de la Ley 21 de 1982 establece las siguientes:

1. *Adoptar la política administrativa y financiera de la caja teniendo en cuenta el régimen orgánico del subsidio familiar y las directrices impartidas por el Gobierno Nacional.*
2. *Aprobar, en consonancia con el orden de prioridades fijadas por la presente ley, los planes y programas a que deban ceñirse las inversiones y la organización de los servicios sociales.*
Los planes y programas antedichos serán sometidos al estudio y aprobación de la Superintendencia del Subsidio Familiar.
3. *Aprobar el presupuesto anual de ingresos y egresos y someterlos a la aprobación de la autoridad competente.*
4. *Fijar, por semestres anticipados, la cuota de subsidio en dinero, pagaderos por personas a cargo, calculada con base en el porcentaje mínimo de los recaudos previstos en el numeral 1º, del artículo 43 y el número de personas a cargo.*
5. *Determinar el uso que se dará a los rendimientos líquidos o permanentes que arrojen en el respectivo ejercicio las operaciones de la caja correspondiente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.*

6. *Vigilar y controlar la ejecución de los programas, la prestación de los servicios y el manejo administrativo y financiero de la caja.*

7. *Elegir el director administrativo y los demás funcionarios que señalen los estatutos.*

8. *Evaluar los informes trimestrales de gestión y de resultados que debe presentar el director administrativo.*

9. *Aprobar los contratos que suscriba el director administrativo cuando su cuantía fuere superior a la superior a la suma que anualmente determine la asamblea general.*

10. *Las demás que le asignen la ley y los estatutos”.*

Las siguientes decisiones adoptadas por los consejos directivos requieren aprobación por mayoría de las dos terceras partes de sus miembros conforme lo previsto por el parágrafo del artículo 50 de la Ley 21 de 1982:

1. *Elección del director*

2. *Aprobación del presupuesto anual de ingresos y egresos;*

3. *Fijación de la cuota del subsidio en dinero, pagadera por personas a cargo, cuando ella resultare de la asignación de un porcentaje superior al previsto en el artículo 43 para este propósito (en la actualidad conforme al régimen de cuota de referencia).*

4. *Apropiación de los planes y programas de inversión y organización de servicios que debe someter a su consideración al director administrativo.*

5. *Aprobar u objetar los balances, estados financieros y cuentas de fin de ejercicio y considerar los informes generales y especiales que presente el director administrativo, para su remisión a la asamblea general.*

Conforme el artículo 35 del Decreto 341 de 1988, los consejeros suplentes solamente actuarán en las reuniones del órgano ante la ausencia del consejero principal respectivo.

Por su parte uno de los temas más sensibles en el relacionamiento entre los órganos de dirección de las cajas de compensación familiar tiene que ver con la delimitación de los roles que corresponden al consejo directivo y al director administrativo, previniendo que se presenten esquemas de coadministración por parte de los consejeros directivos, quienes han sido establecidos para orientar las políticas institucionales y ejercer el seguimiento a la actividad de la administración bajo responsabilidad del director. En varios conceptos de la Superinten-

dencia se ha establecido ese criterio, de alta conveniencia para el buen funcionamiento de las instituciones que operan la compensación familiar⁽¹³³⁾, si bien en la fijación de los esquemas de control sobre riesgo operacional al interior de las cajas de compensación familiar y al asignarse roles por dicho ente de vigilancia a delegados del consejo directivo, se ha planteado por las cajas la preocupación de que se motive con ello la aludida coadministración.

De otro lado en algunas oportunidades se ha mencionado la alternativa de incorporar a los órganos de dirección de las cajas de compensación familiar y en especial a sus consejos directivos, la representación de entidades gubernamentales. De hecho este expediente fue empleado por la Ley 101 de 1993 al definir la estructura organizacional de Comcaja y establecer en su artículo 76 que la composición de su consejo directivo fuera el siguiente:

- a) *El Ministro de Agricultura o su delegado, quien lo presidirá.*
- b) *El presidente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero o su delegado.*
- c) *Un representante de los patronos afiliados por cada una de las regiones Corpes.*
- d) *Un representante de los trabajadores afiliados por cada una de las regiones Corpes.*

En esta corporación, además, la elección del director administrativo requiere el voto favorable del Ministro de Agricultura.

Conservar la cogestión entre empleadores y trabajadores frente a los programas del subsidio familiar es deseable. Si de lo que se trata es de integrar la participación pública y sin afectar aquel relacionamiento bipartito en los consejos directivos de las cajas, podría pensarse en la aplicación de esquemas relacionados con convenios o administración de portafolios al estilo fiduciario, respecto de los fondos con destinación específica en los que sí se generara una presencia de autoridades públicas, pero sin desvirtuar la administración institucional bajo el equilibrio de gobierno existente.

El ejercicio de las delicadas tareas a cargo de los consejos directivos de las cajas de compensación familiar permite sugerir que se consideren alternativas

(133) Ver por ejemplo el Concepto 354 de 1998: "Por último es claro que la asamblea general al autorizar al director un tope máximo para contratar sin autorización previa del consejo directivo y mientras permanezca dentro del límite del director es autónomo, ahora bien que si por interés el consejo se haga un control no resulta lesivo, siempre y cuando no se entre a coadministrar y se respete la autonomía de cada uno de los estamentos de la corporación".

institucionales para asegurar la permanente actualización de sus miembros en temas asociados al desarrollo de su encargo, lo cual podría lograrse a través de cursos o diplomados que atiendan estas necesidades y permitan dotar a quienes los integran de conocimientos en áreas de la gestión y el saber en los campos de la seguridad social, pues a través de sus determinaciones impactan en una variada y profunda temática. Si se consideran además sus responsabilidades frente a la gestión disciplinaria y fiscal en cuanto al manejo de recursos provenientes de aportaciones parafiscales atípicas, la necesidad de dichos esfuerzos de capacitación se torna más oportuna y apreciable.

—La *dirección administrativa* de las cajas está a cargo de un titular designado por el consejo directivo. A su cuidado está la administración de la corporación; se apoya en la gestión del equipo humano que integra bajo su mando, con base en la labor de las diferentes dependencias organizacionales (la denominación de cargos variará según cada caja).

El director administrativo es el representante legal de la corporación y tiene a su cargo el desempeño y la coordinación de todos los colaboradores de la misma.

De conformidad con lo establecido por el artículo 55 de la Ley 21 de 1982, son funciones del director:

1. *Llevar la representación legal de la caja.*
2. *Cumplir y hacer cumplir la ley, los estatutos y reglamentos de la entidad, las directrices del Gobierno Nacional y los ordenamientos de la Superintendencia del Subsidio Familiar.*
3. *Ejecutar la política administrativa y financiera de la caja y las determinaciones del consejo directivo.*
4. *Dirigir, coordinar y orientar la acción administrativa de la caja.*
5. *Presentar, a consideración del consejo directivo, las obras y programas de inversión y organización de servicios, y el proyecto de presupuesto de ingresos y egresos.*
6. *Presentar a la Asamblea General el informe anual de labores, acompañado de los balances y estado financieros del correspondiente ejercicio.*
7. *Rendir ante el consejo administrativo los informes trimestrales de gestión y resultados.*
8. *Presentar ante la Superintendencia del Subsidio Familiar los informes generales o periódicos que se le solicitan sobre las actividades la*

institución desarrolladas, el estado de ejecución de los planes y programas, la situación general de la entidad y los tópicos que se relacionan con la política de seguridad social del Estado.

9. *Presentar a la consideración del consejo directivo los proyectos de planta de personal, manual de funciones y reglamento de trabajo.*
10. *Suscribir los contratos que requiera el normal funcionamiento de la caja, con sujeción a las disposiciones legales y estatutarias.*
11. *Ordenar los gastos de la entidad.*
12. *Las demás que le asigne la ley y los estatuto”.*

Del director administrativo depende la gestión del personal que presta sus servicios a la caja de compensación familiar. El régimen aplicable a esta operación es el del derecho privado, sin que proceda considerar en caso alguno el régimen de la función pública, pues las cajas son corporaciones privadas y sus colaboradores no ostentan la condición de servidores públicos.

—En cuanto a la *auditoría de la gestión de las cajas*, estas cuentan con una *revisoría fiscal*, principal y suplente, elegida por la Asamblea General. El revisor fiscal deberá cumplir las calidades y requisitos exigidos por la ley para el ejercicio de dichas funciones (inc. 2, art. 48, L. 21/1982).

Conforme lo previsto por el artículo 49 de la Ley 21 de 1982, son funciones del revisor fiscal en una caja de compensación familiar:

1. *Asegurar que las operaciones de la caja se ejecuten de acuerdo con las decisiones de la asamblea general y el consejo directivo, con las prescripciones de las leyes, el régimen orgánico del subsidio familiar y los estatutos.*
2. *Dar oportuna cuenta, por escrito a la asamblea, al consejo directivo, al director administrativo y a la Superintendencia del Subsidio Familiar, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la entidad y en el desarrollo de sus actividades.*
3. *Colaborar con la Superintendencia del Subsidio Familiar, y rendir los informes generales periódicos y especiales que le sean solicitados.*
4. *Inspeccionar los bienes e instalaciones de la caja y exigir las medidas que tiendan a su conservación o a la correcta y cabal prestación de los servicios sociales a que están destinados.*
5. *Autorizar con su firma los inventarios, balances y demás estados financieros.*

6. *Convocar a la asamblea general a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario.*

7. *Las demás que le señalen las leyes o los estatutos y las que, siendo compatibles con las anteriores, le encomienden la asamblea general y la Superintendencia del Subsidio Familiar.*

El revisor fiscal en todo caso debe ser contador público y no podrá ejercer funciones como tal simultáneamente en más de dos entidades del sector, según lo prevenido por el inciso segundo del artículo 4º del Decreto Ley 2463 de 1981.

— **Responsabilidades**

Conforme lo establecido por el artículo 13 de dicho decreto ley, se aplican a los consejeros directivos, directores administrativos y revisores fiscales de las cajas de compensación familiar o asociaciones de cajas las disposiciones relacionadas con responsabilidades de los administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, según la regulación contenida en el artículo 24 de dicha normativa que modificó el artículo 200 del Código de Comercio.

Adicionalmente, y en virtud de la vigencia del Estatuto Anticorrupción que incluye disposiciones para prevenir y sancionar actos contrarios a la moralidad pública para el sector privado, es preciso tener en cuenta que en el capítulo II del mismo se incluyen normas penales que se refieren a la gestión de administradores de organizaciones particulares. Entre las principales medidas al respecto citamos las siguientes:

ART. 16.— *Corrupción privada.* *La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 250A, el cual quedará así:*

El que directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de aquella.

Cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación, la pena será de seis (6) a diez (10) años.

ART. 17.—**Administración desleal.** La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 250 B, el cual quedará así:

El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ART. 18.—**Utilización indebida de información privilegiada.** El artículo 258 del Código Penal quedará así:

“El que como empleado, asesor, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“En la misma pena incurrirá el que utilice información conocida por razón de su profesión u oficio, para obtener, para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público”.

ART. 22.—**Omisión de control en el sector de la salud.** La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 325 8, el cual quedará así:

El empleado o director de una entidad vigilada por la Superintendencia de Salud, que con el fin de ocultar o encubrir un acto de corrupción, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector de la salud, incurrirá, por esa sola conducta, en la pena prevista para el artículo 325 de la Ley 599 de 2000.

ART. 23.—**Peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social.** La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 399 A, el cual quedará así:

La pena prevista en el artículo 399 se agravará de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral.

ART. 24.—Peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 400A, el cual quedará así:

Las penas previstas en el artículo 400 de la Ley 599 de 2000 se agravarán de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral.

ART. 28.—Tráfico de influencias de particular. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 411A, el cual quedará así:

El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ART. 34.—Medidas contra personas jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la administración pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

En los delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la administración pública o contra el patrimonio público.

7.5. Régimen de transparencia aplicable a las cajas de compensación familiar

El artículo 21 de la Ley 789 de 2002 estableció un listado de conductas prohibidas para las cajas de compensación familiar, numerales 1 a 19⁽¹³⁴⁾, bajo la

(134) Dicho catálogo se reafirma en el numeral 3, capítulo VII de la Circular Externa 023 de 2003 proferida por la Superintendencia del Subsidio Familiar.

denominación de régimen de transparencia y cuya vulneración genera responsabilidades institucionales y personales para sus directores o administradores (art. 21, inc. 1, pars. 1 y 3 y art. 24 L. 789/2002)⁽¹³⁵⁾.

En aplicación de dicho régimen, la Superintendencia del Subsidio Familiar sancionará las prácticas de selección adversa, así como los procesos de comercialización que no se enfoquen a afiliar a los diferentes niveles empresariales por parte de las cajas.

El traslado o retención de empleadores con violación al régimen legal dará lugar a imponer sanción al representante legal de la caja, proporcional al monto de los aportes, y a la reversión del traslado entre cajas, con devolución de los aportes menos los subsidios pagados.

Se dispone, así mismo, la obligación para las cajas de elaborar un *código de buen gobierno*, el cual debe ser conocido por todos los empleados de la corporación⁽¹³⁶⁾.

Por su importancia se transcribe a continuación el listado de conductas de cuyo cumplimiento depende el régimen de transparencia dentro del sistema:

ART. 21.—Régimen de transparencia⁽¹³⁷⁾. *Las cajas de compensación familiar se abstendrán de realizar las siguientes actividades o conductas, siendo procedente la imposición de sanciones personales a los directores o administradores que violen la presente disposición a más de las sanciones institucionales conforme lo previsto en la presente ley:*

(135) Ver como referencia la Circular Externa 020 de 2008 de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

(136) Los códigos de conducta “son una de las formas más habituales en las que se explicita y aclara el patrimonio moral de una empresa. Se trata de declaraciones corporativas que contribuyen a que este patrimonio moral ayude en la resolución de conflictos, en la orientación de las decisiones o en la clarificación de las responsabilidades. Son un conjunto de normas (principios guías o directrices) que la empresa elabora con el fin de *clarificar* las relaciones que establece, *determinar* las responsabilidades, *orientar* el trabajo profesional, *integrar* a las personas en un proyecto de cooperación y *regular* la conducta de quienes trabajan en ella”. Descripción muy bien lograda que se encuentra en la obra de Adela Cortina *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial* (Madrid, Editorial Trotta, 2003).

(137) La Circular Externa 023 de 2008 prohibió la aplicación de subastas a la baja: “En desarrollo de las mencionada normas legales y criterios jurisprudenciales, esta Superintendencia considera que la práctica de las llamadas “subastas a la baja” para contratar servicios de bienestar constituye una forma de competencia desleal que atenta contra los principios orientadores de las funciones asignadas a las cajas de compensación familiar. Por consiguiente, se advierte a los consejos directivos, directores administrativos y revisores fiscales de la cajas de compensación familiar que este tipo de prácticas dará lugar al inicio de las correspondientes investigaciones por parte de esta Superintendencia”.

1. *Políticas de discriminación o selección adversa en el proceso de adscripción de afiliados u otorgamiento de beneficios, sobre la base de que todas las cajas de compensación familiar deben ser totalmente abiertas a los diferentes sectores empresariales. Basta con la solicitud y paz y salvo para que proceda su afiliación*⁽¹³⁸⁾.
2. *Operaciones no representativas con entidades vinculadas, conforme las definiciones que al efecto establezca el reglamento*⁽¹³⁹⁾.
3. *Acuerdos para distribuirse el mercado.*
4. *Remuneraciones o prebendas a los empleadores o funcionarios de la empresa diferentes a los servicios propios de la caja. Los funcionarios públicos que soliciten esta clase de beneficios para sí o para su entidad incurrirán en causal de mala conducta.*
5. *Devolución, reintegro o cualquier tipo de compensación de aportes a favor de una empresa con servicios o beneficios que no se otorguen a todas las empresas afiliadas o los convenios u operaciones especiales que se realicen en condiciones de privilegio frente a alguna de las empresas afiliadas, desconociéndose el principio de compensación y por ende el valor de la igualdad*⁽¹⁴⁰⁾.
6. *Incluir como objeto de promoción la prestación de servicios en relación con bienes de terceros frente a los cuales, los afiliados, no deriven beneficio.*
7. *Cuando se trate de la administración de bienes públicos, las cajas de compensación familiar se abstendrán de presentarlos sin la debida referencia a su naturaleza, precisando que no son bienes de la caja.*

(138) La Superintendencia del Subsidio Familiar expidió la Circular Externa 010 de 2003, reiterando las prohibiciones contenidas en los numerales 1, 4, 5 y 6 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002, con cita al Decreto 827 de 2003. Dicha circular fue derogada por la Circular Externa 023 de 2003, en la que se recoge el tema relacionado con prohibiciones a las cajas de compensación familiar.

(139) Anexo 2.

(140) El artículo 11 del Decreto 827 de 2003 transcribe prácticamente la disposición legal al respecto y señala: "Régimen de transparencia. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 231, numeral 5 de la Ley 789 de 2002, está totalmente prohibida la devolución, reintegro o cualquier tipo de compensación de aportes a favor de una empresa mediante servicios o beneficios que no se otorguen a todas las empresas afiliadas. Están igualmente prohibidos los convenios u operaciones especiales que se realicen en condiciones especiales de privilegio frente a algunas de las empresas afiliadas. En consecuencia, a partir de la vigencia de la Ley 789 de 2002, se deberá efectuar el desmonte inmediato de las operaciones, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar cuando con las actuaciones mencionadas se hubiesen desconocido disposiciones anteriores".

8. *Ofrecer u otorgar dádivas o prebendas en relación con servicios de la caja a personal de empresas no afiliadas, excepción de las acciones que tengan como propósito presentar sus instalaciones, programas o servicios.*

9. *Ofrecer servicios que no se encuentren efectivamente en su portafolio de operación frente a sus afiliados, al no haber superado la etapa de planeación.*

10. *Retardar injustificadamente la expedición de paz y salvo a las empresas que hubieran tomado la decisión de desafiliarse con sujeción a los procedimientos legales. Para efecto de la expedición del paz y salvo se tendrá un plazo no superior a 60 días⁽¹⁴¹⁾ a partir de la solicitud^{(142)/(143)}.*

11. *Ejercer frente a los empleadores cualquier tipo de presión indebida con el objeto de obtener la afiliación a la caja o impedir su desafiliación.*

(141) Se entienden hábiles en los términos del artículo 62 del Código de Régimen Político Municipal, disposición que integra la interpretación de la norma: "En los plazos de días que señalen las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes a menos de expresarse lo contrario".

(142) Ley 21 de 1982, "ART. 45.—La calidad del miembro o afiliado de la respectiva caja se suspende por mora en el pago de los aportes y se pierde en virtud de la resolución dictada por el consejo directivo de la misma, por causa grave, se entiende como tal entre otras, el suministro de datos falsos por parte del empleador a la respectiva caja, la violación de las normas sobre salarios mínimos, reincidencia en la mora del pago de los aportes y el envío de informes que den lugar a la disminución de aportes o al pago fraudulento del subsidio. Las cajas de compensación familiar tienen obligación de dar el correspondiente informe a la Superintendencia del Subsidio Familiar, que será previo de los casos de pérdida de la calidad de afiliado, a efecto de que se adopten las providencias del caso.

Sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley, el empleador que incurra en desafiliación por el no pago de aportes o por el fraude de estos, no será aceptado por otra caja de compensación familiar hasta tanto lo satisfaga los aportes debidos o reintegre los valores cobrados fraudulentamente a la respectiva caja".

(143) Decreto 341 de 1988, "ART. 46.—La suspensión de afiliado de que trata el artículo 45 de la ley 21 de 1982 se produce por mora en el pago de los aportes.

Las cajas de compensación familiar, mientras subsista la suspensión, podrán prestar servicios a los trabajadores de la empresa suspendida.

Para efectos de la expulsión se entiende que hay reincidencia en la mora cuando el respectivo empleador deje de cancelar tres (3) mensualidades consecutivas".

"ART. 48.—El afiliado de una caja de compensación familiar puede desafiliarse mediante aviso escrito dirigido al consejo directivo. Las cajas de compensación familiar no podrán exigir un término superior a tres meses para efectos de desafiliación, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud correspondiente.

En los casos de suspensión por mora o de expulsión de afiliado, las cajas informarán por escrito al inspector de trabajo que tenga competencia en el domicilio del empleador, indicando el número de mensualidades adeudadas, a efecto de que se adopten las providencias del caso".

12. *Ejercer actuaciones que impliquen abuso de posición dominante, realización de prácticas comerciales restrictivas o competencia desleal en el mercado de cajas de compensación familiar⁽¹⁴⁴⁾.*

13. *Las conductas que sean calificadas como práctica no autorizada o insegura por la Superintendencia de Subsidio Familiar.*

14. *Adelantar políticas de discriminación en la remuneración de sus redes de comercialización. Para este efecto, se deben pagar comisiones o remuneraciones iguales, con independencia de que se trate de empresas compensadas o descompensadas.*

15. *Incumplimiento de las apropiaciones legales obligatorias para los programas de salud, vivienda de interés social, educación, jornada escolar complementaria, atención integral a la niñez y protección al desempleado.*

16. *Incumplimiento de la cuota monetaria del subsidio en dinero, dentro de los plazos establecidos para tal efecto.*

17. *Excederse del porcentaje autorizado para gastos de administración instalación y funcionamiento durante dos ejercicios contables consecutivos, a partir de la vigencia de la presente ley. Para tal efecto, se considerarán como gastos de administración, instalación y funcionamiento, aquellos que se determinen conforme las disposiciones legales. En todo caso, debe tratarse de un método uniforme de cálculo de gastos administrativos precisando la forma de distribución de costos indirectos que se deben aplicar a los distintos servicios, proporcionalmente a los egresos que cada uno de ellos represente sobre los egresos totales de la respectiva caja.*

18. *Aplicar criterios de desafiliación en condiciones de desigualdad frente a los empleadores, contrariando las disposiciones legales así como la violación de los reglamentos en cuanto al término en que debe proceder la desafiliación de la empresa y la suspensión de servicios como consecuencia de la mora en el pago de los aportes.*

19. *Condicionar la comercialización de productos en las áreas de mercadeo o empresas subsidiarias, a la condición que el empleador deba afiliarse o mantenerse afiliado a la respectiva caja de compensación.*

(144) La competencia fue definida por la Superintendencia del Subsidio Familiar en la Circular Externa 023 de 2003 como "la rivalidad entre varias empresas de un mismo sector para conseguir una cuota mayor en el mercado que conduce a una mayor atomización, transparencia e igualdad en el mismo".

En realidad, el régimen de transparencia se enfoca principalmente a regular las condiciones de competencia entre las cajas y los procedimientos de divulgación, ofrecimiento de servicios, afiliación y desafiliación (arts. 39, 40, 41 y 42, D. 341/1988).

Conviene resaltar algunos temas de principal interés en relación con el artículo comentado.

El concepto de operaciones no representativas al que alude el numeral 2 del artículo 21 fue tomado del sistema financiero y evidencia la realización de operaciones fuera del ámbito propio y común del sistema, con atipicidad que denota riesgo. Las mismas serán definidas para los efectos del sistema de subsidio familiar mediante reglamentación del Gobierno; se prohíbe la realización de aquellas con entidades vinculadas, concepto también este importado de otros ordenamientos y que evidencia relación de dependencia o control, de matriz a filial o a unidad de negocio.

El numeral 4 contiene una modificación aditiva del listado de las causales que constituyen mala conducta para los servidores públicos (Código Disciplinario Único).

El numeral 5 debe ser interpretado en el sentido de diferenciar entre privilegios y trato diferente. No todos los empleadores afiliados son idénticos ni pueden en razón de sus circunstancias acceder a igual trato, pues se estarían en presencia de una concepción igualitarista que no pregona nuestro ordenamiento jurídico. Lo legal en el caso implica que la caja ha de ofrecer servicios generales y abiertos para todos los afiliados, sin perjuicio de establecer con base en criterios razonables y proporcionados, niveles de atención por programas, según condiciones objetivas relacionadas con número de trabajadores por empresa, número de beneficiarios (no se olvide que este criterio soporta por ejemplo la asignación de votos diferenciales entre empleadores afiliados), ubicación geográfica, aportes del empleador al bienestar de sus trabajadores, pronto pago, entre otros. Lo proscrito, se reitera, es el privilegio y la discriminación.

La Superintendencia del Subsidio Familiar emitió la Circular Externa 010 del 15 de abril de 2003, publicada en Diario Oficial 45.172 del 28 de abril de 2003 y con destino a los consejeros directivos, directores administrativos, revisores fiscales y contadores de las cajas de compensación familiar, en relación con las disposiciones contenidas en los numerales 1, 4, 5 y 6 del artículo comentado y con instrucciones para el cumplimiento del Decreto 0827 de 2003, cuyo alcance es el siguiente:

Este despacho, en virtud de las facultades concedidas por la Ley 789 de 2002, en especial las conferidas por el artículo 24, numerales 1°, 4° y 6°, considera necesario instruir a las cajas de compensación familiar sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21 ibídem, que

consagra el Régimen de transparencia y enumera una serie de conductas respecto de las que estas corporaciones deben abstenerse, so pena de la imposición de sanciones personales a los directores administrativos, a más de sanciones institucionales.

Por otra parte, el artículo 11 del Decreto Reglamentario 827 de 2003, establece que *"está totalmente prohibida la devolución, reintegro o cualquier tipo de compensación de aportes, a favor de una empresa mediante servicios o beneficios que no se otorguen a todas las empresas afiliadas. Están igualmente prohibidos los convenios u operaciones especiales que se realicen en condiciones especiales de privilegio frente a alguna de las empresas afiliadas. En consecuencia, a partir de la vigencia de la Ley 789 de 2002, se deberá efectuar el desmonte inmediato de tales operaciones, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar cuando con las actuaciones mencionadas hubiesen desconocido disposiciones anteriores"*.

Por ello las cajas de compensación familiar que a partir del 27 de diciembre de 2002, fecha de entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, tuvieron convenios o programas realizados en condiciones especiales de privilegio frente a alguna de las empresas afiliadas u operaciones especiales de devolución, reintegro o cualquier tipo de compensación de aportes, a favor de una empresa mediante servicios o beneficios que no se otorguen a todas las demás empresas afiliadas, han debido proceder a darlos por terminados inmediatamente, pues con dichas operaciones se infringe lo previsto por el numeral 5° del artículo 21 de la Ley 789 de 2002.

Los directores administrativos deben remitir a más tardar el 30 de abril del año en curso un informe detallado en el que se especifique acerca de la existencia o no de dichos programas, convenios o contratos y, en caso afirmativo, deben comunicar a este despacho las diligencias adelantadas con ocasión del desmonte de tales convenios suscritos con los empleadores afiliados para la prestación de uno o varios servicios de manera exclusiva para sus trabajadores, así como los demás programas u operaciones especiales de los que trata el artículo 11 del Decreto 827 de 2003. Esta comunicación deberá ser suscrita por el director administrativo y el revisor fiscal de la respectiva caja de compensación familiar.

El numeral 6, por su parte, alude a la presentación en el portafolio de servicios de las cajas de bienes no de su propiedad, frente a los cuales la generalidad de los afiliados no derive provecho o beneficio alguno; ejemplo de ello sería la incorporación en la red de servicios de una caja de los jardines sociales de la entidad territorial en la cual aquella opere, cuya destinación es específica y, en todo caso, no abierta a los afiliados de la corporación. De realizarse tal presentación, se concreta una información inexacta que podría confundir la elección

del empleador. Igual criterio se aplica en lo que respecta a la presentación dentro del portafolio de servicios de bienes públicos, los cuales deben estar especificados, para evitar equívocos, como cuando se incluya un parque público bajo administración de la caja correspondiente.

El numeral 8 alude al ofrecimiento de dádivas o prebendas a funcionarios de empresas no afiliadas; se excluye sin que se desnaturalice por ello el objeto de la prohibición, la presentación que haga la caja de sus servicios o instalaciones, dentro de criterios de razonabilidad necesarios. Sufragar los gastos de desplazamiento, alimentación y alojamiento por el tiempo racionalmente requerido para la exposición de instalaciones hallaría justificación, si no disfraza el interés de entregar servicios sin costo a no afiliados, por ejemplo si la estadía se extiende en forma injustificada, o se acompaña de personas que nada tienen que ver con la gestión empresarial o implica el otorgamiento de dádivas.

En el numeral 9 se precisa que no es posible incorporar al portafolio de servicios de las cajas, aquellos que no se estén ofreciendo en la actualidad a los afiliados, sino que apenas se encuentran en proceso de diseño. Ello sin las debidas explicaciones que eviten presentaciones equívocas que sean capaces de alterar el criterio de los destinatarios de la propuesta.

El numeral 10 como se ha visto contiene, además, un término máximo legal para la expedición de paz y salvo y deroga el artículo 48 del Decreto 341 de 1988. Obviamente, la expedición del paz y salvo estará condicionada al cumplimiento de las obligaciones exigibles a cargo del empleador; el término se debe cumplir en todo caso, con la expresión justificada de las razones que impiden a la caja otorgar dicho documento.

Los numerales 11, 12, 14, 18 y 19, por su parte, cobijan casos de abuso de la posición en el mercado de cajas, competencia desleal (leyes 155 de 1959 y 226 de 1995), discriminación comercial y ejercicio de presiones indebidas a los empleadores que pretendan afectar su criterio de afiliación o desafiliación; sería el caso de condicionar comportamientos de carácter comercial a la decisión del empleador en cuanto a afiliación o desafiliación: esto es, si se da un determinado comportamiento de afiliación, entonces la caja adquiere los productos o servicios ofrecidos por la empresa o permite su comercialización.

El numeral 13 sobre prácticas no autorizadas o inseguras es también una importación del sistema financiero, quedando a criterio de la Superintendencia del Subsidio Familiar su definición, la cual debe ser previa, cuando se trate de derivar responsabilidades por su no acatamiento. Es decir, no es procedente iniciar investigaciones por prácticas inseguras, que no hayan sido calificadas, definidas y divulgadas así por el órgano de inspección, vigilancia y control. ¿Se entenderá que en este caso la competencia de control fue asignada en forma expresa a la Superintendencia del Subsidio Familiar, prevaleciendo sobre la de Industria y Comercio, o que se aplicará el control de esta con base en la definición he-

cha al respecto por la Superintendencia del Subsidio Familiar? Si la práctica insegura versa sobre asuntos de competencia o protección al consumidor, es preciso reconocer que la función de inspección, vigilancia y control corresponderá a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del párrafo 5 del artículo 21.

El anterior precepto debe concordarse con lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 24 de la Ley 789⁽¹⁴⁵⁾.

Mediante Circular Externa 023 de 2003, la Superintendencia del Subsidio Familiar estableció el régimen general en materia de prácticas inseguras, definiéndolas como “aquellas que generan o pueden generar peligro, daño o riesgo a la caja de compensación familiar en su patrimonio o en la prestación de los servicios o al sistema de subsidio familiar”.

Las prácticas que taxativamente han sido calificadas como inseguras por la Superintendencia del Subsidio Familiar son las siguientes:

- a) Ofrecimiento de servicios inexistentes.
- b) Inversión de recursos del sistema en entidades financieras o cooperativas con calificación de riesgosas por la Superintendencia Financiera o por la Superintendencia de Economía Solidaria, respectivamente.
- c) Inversión concentrada de los recursos del sistema en dichas entidades, de tal manera que se exponga el patrimonio de la caja.
- d) No cumplimiento de las normas y especificaciones técnicas de los servicios, obras, programas y actividades que presta la caja (nótese la amplitud de la descripción que corresponde a esta causal).
- e) Creación de fundaciones o entidades similares paralelas a la corporación para ejercer actividades no permitidas por la ley.
- f) Delegación de las funciones gerenciales en terceros.
- g) Inversión del patrimonio o de los recursos de las cajas sin las debidas garantías.
- h) No realizar los estudios necesarios que permitan garantizar la viabilidad financiera y social del programa u obra que pretenda ofrecerse.

Los numerales 15, 16 y 17, por su parte, hacen referencia al incumplimiento de prescripciones legales en cuanto a destinación de recursos, incumplimien-

(145) “6. Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato prácticas ilegales o no autorizadas o prácticas inseguras que así sean calificadas por la autoridad de control y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento”.

to de la cuota monetaria —que se entiende como el no pago de ella a los beneficiarios— y el exceso en el porcentaje autorizado para gastos de funcionamiento (art. 18 L. 789/2002).

7.6. Conflictos de interés

En lo que se refiere al manejo de *conflictos de intereses* y conforme lo preceptuado por el artículo 23 de la Ley 789 de 2002⁽¹⁴⁶⁾, se determina que es deber del representante legal de la caja o sus entidades vinculadas⁽¹⁴⁷⁾ informar al consejo directivo los casos en los cuales él o un administrador, miembro del conse-

(146) "ART. 23.—**Manejo de conflictos de interés.** Para garantizar una correcta aplicación de los recursos del sistema, es deber del representante legal de la caja o sus entidades vinculadas, informar al consejo directivo o máximo órgano administrativo, aquellos casos en los cuales él o un administrador, miembro del consejo directivo, socio o asociado, revisores fiscales tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad; primero de afinidad o único civil, con las personas que se relacionan a continuación:

"1. Los socios, asociados o de personas jurídicas que hagan parte de la red de servicios contratadas directa o indirectamente por la entidad o de las entidades vinculadas por razón de inversiones de capital.

"2. Los contratistas personas naturales y los socios o asociados de personas jurídicas con quienes la entidad o sus entidades vinculadas celebren cualquier tipo de contrato o convenio dentro del marco de la operación del régimen.

"3. Los socios, asociados o de personas jurídicas receptoras de recursos de capital de la entidad o entidades vinculadas, conforme su objeto social lo permita.

"En estos casos el representante legal o la persona que tenga uno de los vínculos anteriores deberá abstenerse de participar en los procesos de selección, contratación o auditoría y la entidad deberá celebrarlos siempre y cuando estos proponentes se encuentren en condiciones de igualdad con las demás ofertas o ser la mejor opción del mercado. Será causal de remoción del consejo directivo u órgano administrativo la violación a la presente disposición, incluyendo una inhabilidad para desempeñar esta clase de cargos por un término de 10 años.

"PAR. 1°—Es deber del representante legal de la entidad informar a los trabajadores de la entidad o entidades vinculadas sobre el contenido de la presente disposición y adoptar las medidas correspondientes tendientes a garantizar la periodicidad de esta información. En particular, esta debe ser una cláusula en los diferentes contratos que celebre la entidad o entidades vinculadas, para garantizar por parte de terceros el suministro de la información.

"PAR. 2°—Es deber de las cajas de compensación familiar establecer mecanismos caracterizados por una total transparencia en cuanto a los procedimientos a que deben acudir los proveedores para ser incluidos en el registro correspondiente".

(147) Establece la norma una obligación de imposible cumplimiento o resultado a cargo del director, cual es la de informar al consejo directivo sobre los casos en que él, o un administrador, o miembro del consejo mismo, socio, asociado, revisor fiscal tenga vínculo de parentesco que genere el conflicto de intereses, circunstancias más allá de la persona que no podrá conocer en forma exacta, pese a que requiera declaraciones e informes.

A lo sumo, la aludida obligación se contrae en establecer un adecuado sistema de divulgación de la norma y petición de información (par. 1 art. 23 L. 789/2002), pues es responsabilidad individual el informar el parentesco a que la ley se refiere y no puede sancionarse con responsabilidad objetiva al representante legal que actúe en forma diligente para dar cumplimiento a la disposición.

jo, socio o asociado, revisores fiscales tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con:

a) Socios, asociados o de personas jurídicas que hagan parte de la red de servicios contratadas directa o indirectamente por la caja o sus vinculadas por razones de inversiones de capital.

b) Los contratistas personas naturales y los socios o asociados de personas jurídicas con quienes la caja o sus vinculadas celebren cualquier tipo de contrato o convenio dentro de su operación.

c) Los socios o asociados o de personas jurídicas receptoras de recursos de capital de la caja o sus vinculadas.

Como efectos del régimen de conflicto de intereses, se establece que quien se encuentre en los grados de parentesco señalado deberá abstenerse de participar en el proceso de contratación correspondiente. Habrá lugar a la celebración de los contratos en condiciones de igualdad o por ser la oferta la mejor opción del mercado.

La relación de la cual se origina el conflicto de intereses no vicia el contrato de nulidad, pero genera la necesidad de separarse el funcionario correspondiente del proceso de contratación.

Si se incumple el régimen de conflicto de interés se producirá la remoción del cargo y se generará inhabilidad para desempeñar empleos en el sector por un término de diez (10) años.

Es deber especial del director administrativo informar a los trabajadores de la caja y sus vinculadas sobre la norma, así como adoptar las medidas para garantizar la periodicidad de la información requerida, con lo cual prevenir la ocurrencia de conflictos de interés al interior del sistema. Por ello el artículo 23 analizado, en cuanto consagra una función adicional para los directores, modifica el artículo 55 de la Ley 21 de 1982.

Como obligación especial de las cajas de compensación familiar, se establece la de incluir una cláusula en los contratos que celebren o sus vinculadas, para garantizar por parte de terceros el suministro de la información con la cual prevenir la ocurrencia de dichos conflictos. En igual sentido se ordena a estas corporaciones establecer mecanismos caracterizados por una total transparencia en cuanto a los procedimientos a que deben acudir los proveedores para ser incluidos en el registro correspondiente.

7.7. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el sistema de compensación familiar

A partir de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional por la Ley 25 de 1981, se expidió el Decreto Ley 2463 de 1981 que contiene dicho

régimen, el cual es de carácter especial y se constituye en antecedente de la intervención estatal en cuanto a la definición de reglas de derecho público para particulares que ejecutan servicios públicos y que por lo tanto deben someterse a condiciones peculiares en la prestación de sus labores para garantizar condiciones mínimas de moralidad y transparencia⁽¹⁴⁸⁾.

Las *inhabildades* aplicables al interior del sistema de compensación familiar son las siguientes:

— Los afiliados a las cajas de compensación familiar no podrán representar en las sesiones de la asamblea general más del diez por ciento (10%) del total de votos presentes o representados en la sesión correspondiente, incluidos los que por derecho propio posean (art. 9º D. 2463/1981). Se trata de preservar condiciones de equilibrio en la representación y deliberación al interior de las asambleas de las cajas de compensación familiar.

— Los miembros de los consejos directivos, el revisor fiscal y demás funcionarios de las cajas de compensación familiar no podrán llevar la representación de afiliados en las asambleas generales (art. 10 D. 2463/1981). Esta inhabilidad para ejercer representación en sesiones del máximo órgano de la corporación cobija a todos los funcionarios de la entidad, entendiéndose que no aplica en el caso que estos concurren a las sesiones en su calidad de empleadores o afiliados directos⁽¹⁴⁹⁾.

— Entre los miembros del consejo directivo, el director administrativo y el revisor fiscal no podrá haber vínculos de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (inc. 1, art. 53, L. 21/1982)⁽¹⁵⁰⁾. Se persigue preservar la independencia de los estamentos de dirección y control en las cajas.

— Entre los miembros del consejo directivo, el director administrativo y el revisor fiscal no podrá haber vínculos de matrimonio ni de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni de asociación profesional, comunidad de oficina o sociedad comercial, excepción hecha de las sociedades anónimas y de las comanditarias por acciones (art. 2º

(148) Las disposiciones contenidas en el mencionado decreto se refieren y aplican tanto a funcionarios de cajas de compensación familiar como de asociaciones de dichas corporaciones.

(149) Conforme lo previsto por el artículo 11 del Decreto 2463 de 1981, "la Superintendencia del Subsidio Familiar, de oficio o a solicitud de cualquier persona, invalidará los votos que se emitan infringiendo lo dispuesto en los artículos 9º y 10.

(150) El artículo 36 del Decreto 341 de 1988 precisa que la aludida prohibición de parentesco se predica tanto de los miembros del consejo directivo entre sí, como entre estos con el director administrativo y el revisor fiscal.

D. 2463/1981). Se amplían los criterios acogidos por el artículo 53 de la Ley 21 de 1982 para garantizar la independencia de los estamentos directivos y de control al interior de las cajas de compensación familiar.

—Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los funcionarios del nivel directivo, asesor y ejecutivo de la Superintendencia del Subsidio Familiar están inhabilitados para ejercer cargos en las cajas de compensación familiar (inc. 2, art. 36, D. 341/1988). Aun cuando esta prohibición se contiene en una norma de carácter administrativo, lo que deja en entredicho su validez, se persigue con ella garantizar la independencia del órgano de inspección, vigilancia y control, evitando que parientes de sus funcionarios —en los niveles misionales y directivos— sean contratados laboralmente en cualquier cargo dentro de las cajas de compensación familiar.

—No pueden ser designados en empleos de las cajas de compensación familiar, los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los miembros de los consejos directivos y directores administrativos de la misma corporación (art. 12 D. 2463/1981). La norma pretende impedir prácticas de nepotismo al interior de las cajas.

—Quien haya quebrantado el régimen de conflicto de intereses contemplado en el artículo 23 de la Ley 789 de 2002; esta disposición adiciona el Decreto 2463 de 1981 e incluye una nueva causal de inhabilidad que se extenderá por el término de diez (10) años, en relación con cualquier caja o asociación.

—No podrán ser elegidos miembros de los consejos directivos ni directores administrativos quienes (art. 3° D. 2463/1981):

- a) Se hallen en interdicción judicial o inhabilitados para ejercer el comercio.
- b) Hayan sido condenados a pena privativa de la libertad por cualquier delito, excepto los culposos.
- c) Hayan sido sancionados por faltas graves en el ejercicio de su profesión.
- d) Hayan ejercido funciones de control fiscal en la respectiva entidad durante el año anterior a su elección o desempeñado cargos de nivel directivo, asesor, ejecutivo, técnico o administrativo en la Superintendencia del Subsidio Familiar.

—No podrán ser designados revisores fiscales, principal o suplente, quienes:

- a) Se hallen en interdicción judicial o inhabilitados para ejercer el comercio, hayan sido condenados a pena privativa de la libertad por cualquier delito, excepto los culposos o hayan sido sancionados por faltas graves en el ejercicio de su profesión.

b) Tengan el carácter o ejerzan la representación legal de un afiliado a la respectiva caja de compensación familiar.

c) Sea consocio, cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de cualquier funcionario de la caja de compensación familiar correspondiente.

d) Hayan desempeñado cualquier cargo, contratado o gestionado negocio, por sí o por interpuesta persona, dentro del año inmediatamente anterior, en o ante la caja correspondiente.

e) Ejercen la revisoría fiscal de dos (2) cajas de compensación familiar.

Según lo regulado por el artículo 5º del Decreto 2463 de 1981, "será nula la elección o designación que se hiciere contrariando las disposiciones anteriores así como los contratos y actos que celebren o ejecuten las personas cuya elección y designación esté viciada"

Las *incompatibilidades* aplicables al interior del sistema de compensación familiar son las siguientes:

— Los miembros de los consejos directivos, los revisores fiscales y los funcionarios de las cajas de compensación familiar no podrán durante el ejercicio de sus funciones, ni dentro del año siguiente a la cesación de las mismas, respecto de las entidades correspondientes (art. 6º D. 2463/1981):

a) Celebrar o ejecutar por sí o por interpuesta persona contrato o acto alguno.

b) Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando se refiera a procesos entablados por la entidad a la cual sirven o han servido o se trata de cobro de salarios y prestaciones en causa propia.

c) Prestar servicios profesionales.

d) Intervenir por ningún motivo y en todo tiempo en negocios que hubieren conocido o adelantado durante su vinculación a la caja correspondiente.

— Las anteriores incompatibilidades se extienden a las sociedades de personas, limitadas y de hecho de que el funcionario o su cónyuge hagan parte y a las sociedades anónimas y comanditarias por acciones en que conjunta o separadamente posean más del cuarenta por ciento (40%) del capital social (inc. 2, art. 6º, D. 2463/1981).

— El cónyuge, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los funcionarios de las cajas, así como quienes con ellos tengan asociación profesional, comunidad de oficina o sociedad de personas o limitada quedan comprendidos dentro del régimen de incompati-

tibilidades, excepto se trate de contratación por obligación legal o en condiciones comunes al público (art. 7° D. 2463/1981).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 8° del Decreto 2463 de 1981, la ocurrencia de las incompatibilidades señaladas constituye causal de nulidad de los actos o contratos que se celebren. Los funcionarios que intervengan en estas operaciones serán sancionados por la respectiva caja con la pérdida del empleo sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que les pueda caber. Para estos efectos, la caja debe informar a la Superintendencia del Subsidio Familiar dentro de los diez (10) siguientes sobre los hechos que configuren causales de incompatibilidad.

No sobra señalar que al régimen de incompatibilidades e inhabilidades propio del sistema de compensación familiar se suma, para el caso de las cajas de compensación familiar que operan programas de salud, la aplicación del régimen equivalente que corresponde al sistema de seguridad social en salud.

7.8. **Inhabilidad política para directores y subdirectores de cajas de compensación familiar**

El parágrafo 6 del aludido artículo 21 de la Ley 789 de 2002⁽¹⁵¹⁾ estableció una inhabilidad para los directores y subdirectores de cajas de compensación familiar, aplicable mientras están en sus cargos o dentro del año siguiente a la dejación de los mismos, al prescribir que no podrán ser elegidos en alguna corporación pública (Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Municipal, Concejo Distrital, Junta Administradora Local) o cargo de elección popular (Presidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital o Municipal).

En cuanto se refiere a la extensión por vía legal de la aludida inhabilidad para ser elegidos los representantes legales o subdirectores de las cajas como Senadores de la República o Representantes a la Cámara, el parágrafo 6 comentado presentaba vicio evidente de inconstitucionalidad, por cuanto reñía abierta y directamente con lo ordenado por el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política que a su letra establece:

No podrán ser congresistas: [...] 3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o que hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o con-

(151) "PAR. 6°—Los directores y subdirectores de las cajas de compensación familiar no podrán ser elegidos a ninguna corporación ni cargo de elección popular, hasta un año después de haber hecho dejación del cargo en la respectiva caja".

tribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

En consideración a lo anterior, la Corte Constitucional se pronunció sobre esta materia en Sentencia C-015 del 20 de enero de 2004, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y declaró la exequibilidad de la norma en forma condicionada, esto es, bajo el entendido que la inhabilidad indicada:

- a) No se aplica para quienes aspiren al cargo de Presidente de la República, por ser el régimen de inhabilidad para dicho cargo de contenido constitucional y de carácter cerrado (art. 197 C.N.)
- b) Se aplica para quienes aspiren al cargo de Congresista por el término de seis meses, en los términos de la aplicación de la norma constitucional transcrita.
- c) Se aplica cuando el ámbito de actuación del director o subdirector tenga lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.

La Corte consideró en su pronunciamiento la validez de establecer un régimen de inhabilidades especial para los directores y subdirectores de cajas de compensación familiar, teniendo en cuenta la función y los recursos por ellas administrados, sin estimar que se vulneraba el derecho a la igualdad respecto al distinto tratamiento que se da a organizaciones similares como las cámaras de comercio, frente a las cuales no opera una inhabilidad política tal. Tampoco se afectaba, a juicio de la Corte, el derecho a la participación política, siempre y cuando se adecue la aplicación de la norma a los condicionantes señalados en la sentencia, para ajustarla a los mandatos de la Carta Política.

En cuanto a la razonabilidad del referido régimen dijo este alto tribunal:

“Como se señaló anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha resaltado las importantes finalidades que cumplen los regímenes de inhabilidades –a saber, la preservación de la integridad del proceso electoral, el equilibrio en la contienda política y la igualdad de oportunidades entre los competidores en una elección–, los cuales por su trascendencia constituyen fines no solo legítimos sino imperiosos; para el caso que se estudia, estas finalidades resultan satisfechas en forma directa por la inhabilidad consagrada en la norma acusada, ya que esta –como bien lo señalan los intervinientes– busca evitar que quienes disponen de poder decisorio sobre cierto tipo de recursos –los correspondientes al subsidio familiar, que son administrados por las cajas de compensación familiar– pueden hacer uso de él afectando el equilibrio en la contienda electoral en la medida en que la disposición de dichos recursos los puede llegar a ubicar en una posición de ventaja frente a sus competidores [...]

“En este caso, los directores y subdirectores de las cajas, es decir, todos los que pertenecen a la categoría de altos directivos con poder decisorio sobre la orientación de la ejecución de recursos del subsidio familiar, están cobijados por la inhabilidad. La especificidad de dicho subsidio, y las características particulares del régimen de subsidio familiar, son suficientes para concluir que la Constitución no ordena asimilarlos, para estos efectos, a directivos del sector privado...”.

Vale la pena tener en cuenta que la adopción por la Ley 789 de 2002 de este régimen especial de inhabilidad política denota la importancia y figuración del sistema de compensación familiar y de sus operadoras. No obstante plantea reflexiones sobre la conveniencia que el mismo se adopte solamente para algunas entidades, en tanto otras de igual representatividad institucional y con la misma condición de particulares quedan excluidas de tratamiento igual; esto es especialmente aplicable al caso de las restantes administradoras en los subsistemas de la seguridad social.

7.9. Régimen especial para la Caja de Compensación Familiar Campesina (Comcaja)

Desde la perspectiva histórica del sistema, la preocupación por atender a los trabajadores del denominado sector primario fue una constante e implicó la asignación de responsabilidades y canales de atención diferentes o alternativos a los de las cajas de compensación familiar tradicionales.

Hasta los años noventa del siglo pasado, las responsabilidades del recaudo, administración y pago del subsidio familiar de dicho sector correspondía a la Caja Agraria a través de la Unidad de Negocios de Subsidio Familiar, bajo el entendido de considerar las particularidades de dichos trabajadores, su dispersión en la geografía del país y las dificultades operativas de cubrirlos a través de los mecanismos ordinarios del sistema de compensación familiar.

Valga la pena tener en cuenta que este representa uno de los pocos antecedentes en la seguridad social colombiana, relacionado con el reconocimiento de un esquema particular de protección a favor del sector primario, lo que en otras latitudes como Argentina ha sido una constante de especial consideración.

El capítulo VI de la Ley 21 de 1982 a partir de su artículo 69 reguló el subsidio familiar del sector primario, entendiendo por este aquel en el que operan empleadores cuyas actividades sean la agricultura, la silvicultura, la ganadería, la pesca, la minería, la avicultura y la apicultura (quedó excluido el sector agroindustrial).

Desde entonces se ordenó que el pago del subsidio para los trabajadores de estos sectores económicos se hiciera por conducto de la Caja de Crédito Agra-

rio, Industrial y Minero o de una caja de compensación del régimen general. Es decir, no se fijó un régimen de exclusión o excepción en cuanto a la cobertura del servicio, sino que se contempló la alternativa de escoger el empleador entre este y el pago del subsidio a través de aquella entidad pública.

Por lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 21 de 1982, se presume que es trabajador permanente beneficiario en el sector primario aquel que por cualquier modalidad de contratación laboral ejecute labores de aquellas en beneficio de las actividades directas del empleador y “que haya celebrado en un semestre por lo menos un contrato cuya ejecución se empleare por lo menos un mes”. Los requisitos de acceso al subsidio se homologaron para estos trabajadores a los del régimen ordinario.

En consideración a las dificultades de atender el subsidio familiar por conducto de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, se adopta la Ley 101 de 1993 por la cual se crea la Caja de Compensación Familiar Campesina “como una corporación de subsidio familiar y como persona jurídica sin ánimo de lucro, perteneciente al sector agropecuario y vinculada al Ministerio de Agricultura” (art. 1º).

En general el régimen aplicable desde entonces a dicha entidad es el propio de las cajas de compensación familiar en Colombia, esto es, el derecho civil en su organización y las normas especiales en cuanto a la ejecución de sus tareas en el ámbito de la seguridad social.

No obstante la primera particularidad al respecto fue la vinculación de la entidad al Ministerio de Agricultura, pues resultaba atípico que una persona jurídica de derecho privado se integrara de esa manera a la administración nacional, lo que además contrastaba con el régimen general de las cajas de compensación familiar.

El asunto fue sometido a consideración de la Corte Constitucional, órgano que mediante la Sentencia C-508 de 1997 determinó la exequibilidad de la creación de aquella caja y de su vinculación al sector público. Al respecto conceptuó la Corte:

“Por ello no quebranta la Constitución el que la ley cree una entidad administrativa atípica; tampoco el que al hacerlo se sujete su funcionamiento para algunos efectos a normas de derecho privado, y para otros a normas de derecho público, cosa que por lo demás se da en innumerables entidades descentralizadas del Estado. Mucho menos, si la referida institución está llamada a cumplir una actividad de interés general cual es la administración del subsidio familiar en el sector primario, y menos todavía si esta actividad busca cumplir con objetivos constitucionales tan claros, como la promoción social de un sector poblacional deprimido, cual es el del campesinado colombiano.

“El legislador, por tanto, sí tiene competencia para crear y determinar la estructura orgánica y el funcionamiento de una entidad administrativa atípica, llamada a cumplir una actividad de interés común de características especiales, sujeta a normas de derecho privado y también a normas de derecho público que se concretan en el concepto de ‘vinculación administrativa’, y que suponen un control especial sobre la entidad”.

Si bien el régimen de personal, actos, contratos y operación aplicable a dicha entidad es el propio de las demás cajas de compensación familiar en Colombia, Comcaja cuenta con la posibilidad de operar en forma nacional⁽¹⁵²⁾ –esto es, de afiliar trabajadores en todos los departamentos del país–, facultad que se ha ido cerrando en la práctica por la liquidación progresiva de sus operaciones en varios departamentos –que anticipa la liquidación del organismo–. Así mismo presenta su régimen las siguientes particularidades relevantes:

— Forma parte de su consejo directivo el Ministro de Agricultura y el director de la Caja Agraria.

— El Ministro debe aprobar el presupuesto de la entidad (par., art. 74, L. 101/1993).

— El Ministro de Agricultura también tiene poder de veto en relación con la elección por el consejo directivo de director administrativo.

— Existe un procedimiento especial de elección de los miembros del Consejo Directivo conforme la reglamentación del Gobierno Nacional.

— Cuenta Comcaja con la posibilidad de adoptar y poner en práctica planes de extensión del subsidio familiar para trabajadores del sector primario no asalariados y de menores recursos, cuando tales planes se hallen financiados por recursos del Presupuesto General de la Nación. Constituye a nuestro juicio la diferencia más sustancial en cuanto al régimen del subsidio para el sector primario y corresponde a una anticipación de interés en cuanto puede representar la ampliación de cobertura del sistema a través de la aplicación de recursos de origen fiscal, que bien podría establecerse con criterio general para las cajas de compensación familiar del país, si se estructura adecuadamente un régimen moderno al respecto, que promueva la incorporación al sistema de poblaciones con especiales necesidades.

(152) Artículo 74, inciso 2 Ley 101 de 1993: “La Caja de Compensación Familiar Campesina tendrá cobertura nacional y ejercerá sus actividades prioritariamente en el sector primario, ya sea directamente, o en asociación con otras entidades, o mediante contratos con terceros. Sin embargo, podrá actuar como Caja de Compensación Familiar en cualquier otro sector”.

—El artículo 77 de la Ley 101 de 1993 fija un cociente nacional de recaudos para el sector primario, como el resultado de dividir los recaudos totales del sector por el número promedio anual de personas a cargo en el mismo sector. Todas las cajas de compensación familiar considerarán el cociente propio en el sector y si sus recaudos superan el cociente nacional, “deberán redistribuir los excedentes correspondientes hacia las cajas cuyos cocientes sean inferiores a dicho cociente nacional”.

—Se otorgó habilitación a Comcaja para afiliar cualquier empresa o responsable de otro sector económico, sin entenderse como caja única para el sector primario.

Como expresión del compromiso incumplido en cuanto a coberturas con los trabajadores del sector primario, la Ley 782 de 2002, al señalar los criterios para la fijación del régimen de cuota monetaria de subsidio familiar en el país, estableció el principio de “solidaridad de la ciudad con el campo” en virtud del cual “las cajas de compensación pagarán como subsidio al trabajador del sector agropecuario un quince por ciento (15%) sobre lo que paguen al trabajador urbano, para lo cual se podrán establecer mecanismos de gradualidad no superior a dos (2) años”.

Otra particularidad frente al régimen de cuota monetaria de subsidio es la establecida por el inciso 2 del artículo 11 del Decreto 1769 de 2003, en cuya virtud “se exceptúa de los cálculos de cuota monetaria y cociente a la caja de compensación familiar que tiene cobertura nacional de conformidad con la ley. No obstante, esta caja no podrá tener cuota monetaria superior al diez por ciento (10%) de la cuota de referencia en cada departamento”.

7.10. Régimen de control, inspección y vigilancia sobre las cajas de compensación familiar

Sin perjuicio de lo establecido por la Ley 25 de 1981 y por el Decreto 2150 de 1992, el artículo 20 de la Ley 789 de 2002⁽¹⁵³⁾ fijó nuevos criterios para el ejer-

(153) “ART. 20.—**Régimen de inspección y vigilancia.** Las autorizaciones que corresponda expedir a la autoridad de inspección, vigilancia y control, se definirán sobre los principios de celeridad, transparencia y oportunidad. Cuando se trate de actividades o programas que demanden de autorizaciones de autoridades públicas, se entenderá como responsabilidad de la respectiva caja, o entidad a través de la cual se realiza la operación, la consecución de los permisos, licencias o autorizaciones, siendo función de la autoridad de control verificar el cumplimiento de los porcentajes de ley. Las autorizaciones a las cajas se regularán conforme los regímenes de autorización general o particular que se expidan al efecto. El control se ejercerá de manera posterior sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia.

cicio de las funciones de control administrativo e inspección y vigilancia sobre las cajas de compensación familiar.

Las funciones de inspección, vigilancia y control que competen al Presidente de la República, en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, se ejercen a través de las Superintendencias.

(Cont. nota 153)

“Corresponde a la Superintendencia del Subsidio Familiar, frente a los recursos que administran las cajas de compensación familiar y a la Superintendencia Nacional de Salud frente a los recursos que administran las entidades promotoras de salud la inspección, vigilancia y control. Las entidades mencionadas, con el objeto de respetar la correcta destinación de los recursos de la seguridad social, conforme lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Nacional no estarán obligadas a cancelar contribuciones a las contralorías.

“Para efecto de las solicitudes de información que se deban tramitar por otros órganos de control diferentes a las entidades de supervisión señaladas, tendrán los siguientes principios:

1. Coordinación interinstitucional. Conforme este principio, no se podrán modificar los reportes que hayan sido definidos por las Superintendencias del ramo, en relación a la información o procedimientos que allí se contienen.
2. Economía. No se podrá solicitar en forma duplicada información que se reporta a las entidades de control antes citadas. Para este efecto, los organismos de control que requieran información remitida a las superintendencias mencionadas, deberán solicitarla a estas últimas. Cuando se requieran controles permanentes o acciones particulares de inspección, vigilancia y control, deberá acudir a las Superintendencia de Subsidio y Salud, con el propósito de que se adelanten en forma coordinada. (inexequible).

“Los estados financieros que se reporten conforme las reglas contables que se definan por la Superintendencia Nacional de Salud y Superintendencia del Subsidio Familiar deberán ser aceptados para todos los efectos, por todas las entidades con funciones de consolidación contable. Para efecto de las reglas contables y presentación de estados financieros que se deban expedir frente a las entidades mencionadas, primarán criterios que se definan por las entidades de supervisión mencionadas.

“PAR. 1º—Las personas naturales que sean designadas por las Superintendencias de Subsidio y Salud para los procesos de intervención se entenderán vinculadas por el término en que dure su labor o por el término en que dure la designación. Se entenderá, cuando medie contrato de trabajo, como contrato a término fijo las vinculaciones antes mencionadas. Para los procesos de intervención se podrá acudir al instrumento de gestión fiduciaria a través de las entidades facultadas al efecto. El control se ejercerá por regla general de manera posterior, salvo en aquellas cajas en que la Superintendencia de Subsidio Familiar mediante resolución motivada que así lo disponga.

“PAR. 2º—Será facultad del Gobierno Nacional definir los casos en que será procedente la liquidación voluntaria de ramos de actividad de las cajas de compensación o entidades promotoras de salud.

“PAR. 3º—La inspección, vigilancia y control de las operaciones de crédito previstas en el numeral 11 del artículo 16 de esta ley será ejercida por la Superintendencia de Subsidio Familiar dando aplicación a las reglamentaciones que dicte, de manera general para los establecimientos de crédito, la superintendencia bancaria para la administración del riesgo crediticio, especialmente en los temas relacionados con el registro, contabilización y establecimiento de provisiones sobre cartera de créditos”.

Por inspección se entiende la “acción y efecto de inspeccionar”, esto es, “examinar, reconocer atentamente una cosa”. Comprende la inspección el “cargó y cuidado de velar por una cosa”.

La vigilancia comporta “el cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno, el servicio dispuesto para vigilar”, lo cual implica velar sobre una persona o cosa. Mientras que el control, así como genéricamente recoge los conceptos de “comprobación, inspección, fiscalización, intervención”, comporta la idea de mando, dominio y, en todo caso, intromisión y capacidad para participar y orientar el destino de una persona o cosa”.

Es claro que el Estado tiene a su cargo la inspección, vigilancia y control sobre las cajas de compensación familiar, como también lo es que los alcances de dicha función pública habrán de ser regulados por la ley, según la disposición constitucional citada.

Por principio general la inspección, vigilancia y control sobre las cajas de compensación familiar será ejercida por la Superintendencia del Subsidio Familiar. El inciso segundo del artículo comentado dispone que corresponde a dicha superintendencia “frente a los recursos que administran las cajas y a la Superintendencia Nacional de Salud frente a los recursos que administran las entidades promotoras de salud la inspección, vigilancia y control”.

Se excluye del criterio general reseñado la vigilancia en los casos relacionados con competencia entre cajas de compensación familiar y protección al consumidor, pues en estas hipótesis el control corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio por mandato del parágrafo 5 del artículo 21 de la referida Ley 789 de 2002.

En lo que respecta a las actividades de microcrédito, la función de inspección, vigilancia y control se ejercerá por la Superintendencia del Subsidio Familiar, pero se aplicará la reglamentación que dicte de manera general para los establecimientos de crédito la Superintendencia Financiera de Colombia en cuanto a la administración del riesgo crediticio, especialmente en lo relacionado con registro, contabilización y establecimiento de provisiones sobre cartera.

Por lo demás, el artículo 20 de la mencionada Ley 789 en su inciso primero se limitó a reconocer la obligación que tienen las cajas de tramitar y obtener las autorizaciones que el ordenamiento jurídico requiera para el desarrollo de actividades o la ejecución de operaciones, como, por ejemplo, de las licencias de construcción y urbanismo en el campo de la vivienda o la construcción en general, o los permisos de sanidad y operación de farmacias, IPS, permisos ante autoridades de policía, para la presentación de espectáculos y demás asimilables.

En cuanto respecta al seguimiento y aprobación de actos de las cajas de compensación familiar desde la Ley 25 de 1981 en su artículo 7º, numeral 10, se contemplaba como función de la Superintendencia del Subsidio Familiar la apro-

bación o improbación de los planes y programas de inversión para obras y servicios sociales que los consejos directivos de aquellas autorizaran, conforme al régimen de dichos órganos y las atribuciones del director administrativo.

La Ley 789 de 2002 introdujo una modificación al respecto al indicar como principio general para la operación de dicha función el siguiente postulado: "El control se ejercerá de manera posterior sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia". Más adelante, en la misma disposición, párrafo 1, se señaló que "el control se ejercerá por regla general de manera posterior, salvo en aquellas cajas en que la Superintendencia de Subsidio Familiar mediante resolución motivada que así lo disponga".

El proyecto de ley presentado por el gobierno nacional, el cual se convirtió en la Ley 789, incluía en su exposición de motivos la clara intencionalidad de eliminar el control previo ejercido sobre las cajas de compensación familiar, para ajustarlo a los modernos requerimientos de la auditoría, mismos que en el caso del control fiscal, en clara orientación como principio general de la acción del Estado, se concretan en señalar su procedencia en la modalidad de control posterior y selectivo (art. 267 C.N.).

Quiere ello decir que la Superintendencia del Subsidio Familiar aplicará al control ejercido sobre las cajas la modalidad de control posterior, salvo que en casos particulares, mediante resolución previa, motivada y adecuadamente sustentada, imponga la aplicación de controles con carácter de previos.

Es claro que el control posterior para nada afecta las facetas de la inspección y la vigilancia, pues la Superintendencia podrá en todo momento efectuar su tarea de velar, revisar, estar atenta, a las actividades que desarrollen las cajas, a través de los mecanismos ordinarios de inspección, tales como la solicitud de información, la recepción de quejas y la realización de visitas a las corporaciones vigiladas.

Téngase en cuenta que no se incluyeron expresamente facultades para la Superintendencia en cuanto a impartir aprobaciones previas en relación con operaciones o actuaciones de las cajas (art. 24 L. 789/2002). En cambio se alude a la función de "instruir a las entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad en cuanto sujetos vigilados, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las normas que le compete aplicar y señalar los procedimientos para su cabal aplicación" (num. 4, art. 24, L. 789/2002).

Inobjetable es, por su parte, la eliminación del control previo o de aprobaciones anteriores, si se analiza el artículo 20 en concordancia con el numeral 24 del artículo 24 de la misma ley.

En relación con el presupuesto de las cajas de compensación familiar, sometido antes a aprobación previa por parte de la Superintendencia (ver num. 3,

art. 54, L. 21/1982), la Ley 789 estableció que *los presupuestos no tendrán carácter limitante u obligatorio de la gestión y respetarán el principio de autonomía de las cajas*.

Más aún, en relación con dichos presupuestos no se consagró facultad aprobatoria a cargo de la Superintendencia sino que se señaló en el numeral 24 indicado que compete a ese organismo *fijar los criterios generales para la elaboración, control y seguimiento de los presupuestos de las cajas de compensación familiar como una guía para su buena administración*.

Se modificaron, entonces, el artículo 54 de la Ley 21 de 1982 y las normas concordantes, por cuanto la Ley 789 de 2002 eliminó la modalidad de control previo.

Y dicha modificación sustancial se extiende a otras modalidades de control previo que estaban contempladas en el anterior régimen, como aquella relacionada con la obligación de dar previo aviso a la Superintendencia sobre la expulsión de una empresa en los términos del artículo 45 de la Ley 21 de 1982, norma que en cuanto toca con esa obligación quedó modificada⁽¹⁵⁴⁾, además, por cuanto la Ley 789 consagra un nuevo régimen de desafiliación, particularmente en el caso de la mora en el pago de aportes.

Se reconoce explícitamente el principio que desde la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional se había trazado, en cuanto a la autonomía de las cajas. Con la expedición de la Ley de 2002, se aclara que no habrá lugar a sanciones "por criterios de administración como respeto a la autonomía", según lo manda el numeral 17 de su artículo 24.

Se modifican, entonces, los numerales 8, 10, 13 y 14 del artículo 7º del Decreto 2150 de 1992.

Nada se opone, por supuesto, a la inspección y vigilancia en el obrar de las cajas ni son incompatibles aquellas con la aplicación de un control posterior predominante por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Se reportará a la Superintendencia el presupuesto, se atenderán las pautas metodológicas que aquella disponga y los criterios generales que en armonía con la Ley deban seguir las cajas, pero no se requieren aprobaciones previas, también en cuanto se refiere a la aprobación de programas de inversión y organización de los servicios sociales, cuya administración y responsabilidad son propias de

(154) Artículo 45, inciso 2, de la Ley 21 de 1982: "Las cajas de compensación familiar tienen obligación de dar el correspondiente informe a la Superintendencia del Subsidio Familiar, que será previo en los casos de pérdida de la calidad de afiliado, a efecto de que se adopten las providencias del caso".

las cajas, en virtud del principio constitucional y legal de autonomía de las organizaciones no gubernamentales (num. 24, art. 24, L. 789/2002)⁽¹⁵⁵⁾.

Cuando la Superintendencia considere procedente practicar controles previos sobre los entes vigilados (cajas, asociaciones de cajas, demás entidades recaudadoras y pagadoras del subsidio familiar, sociedades en las que participen aquellas como accionistas y empleadores, según los numerales 1, 3, 10 y 18 del artículo 24 de la Ley 789), deberá proferir acto administrativo previo, basado en argumentos razonables y proporcionales que habiliten la práctica de dicha modalidad de control, por habilitación excepcional de la Ley 789 (par. 1 art. 20).

Pese a lo anteriormente expuesto, la Superintendencia del Subsidio Familiar ha mantenido vigentes modalidades de control previo en los términos de la anterior legislación, frente a lo cual ha dispuesto en la Circular Externa 023 del 23 de diciembre de 2003: "... salvo lo previsto en el régimen de autorización general, las restantes actuaciones que eran objeto de autorización previa antes de la expedición de la Ley 789 de 2002 continuarán sujetas a esta..."⁽¹⁵⁶⁾. Este criterio con pretensión de generalidad no se aviene en sentido estricto ni con los principios ni con el texto de la ley, si bien está contenido en acto administrativo de carácter general, sobre el cual recae la presunción de legalidad.

Mediante Circular Externa 02 de 2003, la Superintendencia del Subsidio Familiar quiso mantener la vigencia del sistema de control previo que fue modificado por la Ley 789 y señaló que las cajas deberían seguir enviando los proyectos de inversión y programas sociales para su pronunciamiento, hasta tanto se expidiera el régimen particular o general de autorización. Señalaba en dicha circular:

"El plazo máximo para la radicación de proyectos vencerá a los veinte días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la resolución mediante la cual se aprueba el presupuesto, y deberá cumplir con los requerimientos señalados en la circular 35 de 1999, por lo tanto, no se aceptarán envíos parciales, ni extemporáneos. Excepto aquellos que deban tramitarse una vez sea expedida la reglamentación de la Ley 789 de 2002".

Dicho acto no solamente pretendía revivir el legalmente eliminado control previo, sino que además afectaba la autonomía de las cajas, al punto de restringirles la posibilidad de obrar e invertir, pues debían aquellas presentar sus proyectos para el año en un término preclusivo que no respondía a criterios de razonabilidad y conveniencia.

(155) Tal fue el criterio recogido por la Circular Externa 04 del 5 de febrero de 2003, proferida por la Superintendencia del Subsidio Familiar y publicada en Diario Oficial 45.090 del 7 de febrero de 2003.

(156) Ver numeral 1, capítulo IX: Autorizaciones de la aludida circular externa.

En buena hora se corrigió el yerro y se dejó sin vigencia dicha disposición administrativa, la cual era en todo caso inaplicable por el mandato superior de ley, a través de la promulgación de la Circular Externa 04 del 5 de febrero de 2003, que incluyó criterios generales para el presupuesto de las cajas y estableció el régimen de autorización general para programas y proyectos de inversión.

Con buen criterio esta Circular 04 señaló entre otros aspectos que los programas y proyectos de inversión de las cajas “podrán presentarse y ejecutarse en cualquier tiempo, con independencia de que se hubiesen incorporado en el presupuesto inicial aprobado, cuando existan las disponibilidades financieras y la conveniencia del proyecto, conforme la correspondiente aprobación del consejo directivo”. Es decir, la aplicación del principio constitucional de autonomía de las cajas se impuso, siendo del resorte de sus órganos de dirección el señalamiento de los programas y proyectos por ejecutar, en armonía, claro está, con la ley. El presupuesto tiene un alcance indicador, no constituye una camisa de fuerza y es eminentemente modificable, soportándose, claro está, tales decisiones en criterios razonados y reales.

Seguidamente, la circular estableció el régimen de autorización general de programas y proyectos, señalando que se entenderían autorizados los proyectos que más adelante señalan. El mismo tratamiento se aplicará a los que se encuentren en curso al 7 de febrero de 2003, fecha de publicación de la Circular Externa 04 y a aquellos que se hubieren negado por extemporaneidad. Los proyectos anteriormente negados por otras razones podrían ser desarrollados a criterio de las cajas, con la adecuada sustentabilidad y siempre y cuando encuadren en los criterios de autorización general indicados por la Superintendencia, pues operaría la aplicación del nuevo régimen de manera inmediata, sin que pueda predicarse que la negativa de una iniciativa adquiriera el carácter de permanente, por sobre el mandato legal nuevo, el cual consagra un régimen de autorización general favorable y vigente para la fecha de la nueva aprobación por el consejo directivo del proyecto y de su ejecución.

Más adelante, el 23 de diciembre de 2003, la Superintendencia del Subsidio derogó la mencionada circular y en su lugar expidió la Circular Externa 023 que en cuanto al régimen de autorización general adoptó los parámetros prescritos por aquella, estableciendo en su numeral 2, capítulo IX, que:

“Considerando la naturaleza de las operaciones, se entenderán autorizados, exclusivamente, los siguientes proyectos:

“2.1. Los proyectos que por su naturaleza sean autofinanciables, en el entendido de que se trata de inversiones en actividades cuyos ingresos absorben plenamente los egresos.

“2.2. Los proyectos que en su ejecución impliquen cofinanciación a través de aportes efectivos en dinero de la Nación o los entes territoriales.

"2.3. Los proyectos de inversión financiados con remanentes de la caja de compensación familiar generados en el ejercicio anterior, con excepción de la adquisición de inmuebles, según lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 827 de 2003⁽¹⁵⁷⁾.

"2.4. Los proyectos de dotación de servicios o renovación o dotación de equipos que hagan parte de la administración del régimen contributivo o el régimen subsidiado, cuando los recursos deriven o se generen en el programa respectivo.

"2.5. Los proyectos de dotación de servicios o renovación o dotación de equipos frente a activos o programas que ya están administrando las cajas, que se requieran para su buen funcionamiento.

"2.6. Cualquier proyecto que se ejecute con cargo al porcentaje de gasto de administración que le corresponde a la caja con sujeción al tope legal fijado en la Ley 789 de 2002.

"2.7. Los de administración de programas de atención integral a la niñez y jornada escolar complementaria, siempre que se programen y ejecuten con sujeción a los criterios fijados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Ministerio de Educación.

"Frente a cada uno de los programas o proyectos mencionados, se remitirá la información correspondiente a la Superintendencia del Subsidio Familiar, para efecto de adelantar su seguimiento, dentro de los 15 días siguientes a su aprobación por parte del consejo directivo, salvo lo relacionado con el rubro de gastos de administración que se analizará conforme la ejecución presupuestal y el análisis correspondiente de balance".

No sobra señalar que lo dispuesto por la Circular 04 en materia de naturaleza del presupuesto de las cajas, proyectos y programas de inversión y régimen de autorizaciones generales fue adoptado por el Decreto reglamentario 827 del 4 de abril de 2003, en sus artículos 14, 15 y 16.

El artículo 21 del Decreto 827 de 2003 estableció por su parte una modalidad de control previo para operaciones de las cajas, en relación con las negociaciones de bienes inmuebles. En este caso y por mandato de la norma reglamentaria opera dicha modalidad de control; nótese que en disposición tal se sustituyó la facultad de la Superintendencia para señalar los casos de procedencia de dicha modalidad de control, cuando es a ella a la que la ley le atribuyó tal com-

(157) Este último aparte de la norma es nuevo y se incorpora para mantener armonía con el criterio del Decreto 827 en cuanto a someter a régimen de autorización previa la adquisición -que no negociación- de inmuebles.

petencia, resultando excesiva para el ámbito reglamentario en el que se funda el Decreto 827 citado. La norma dispone:

Negociación de bienes inmuebles. *Para efectos de la negociación de bienes inmuebles, las cajas de compensación familiar deberán acreditar ante la Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces, lo siguiente:*

— *Avalúo comercial corporativo de peritos inscritos ante las lonjas de propiedad raíz.*

— *Justificación de la transacción.*

— *Informe de la destinación que se dará a los recursos.*

— *Copia del acta del consejo directivo donde se autorice la transacción.*

Una vez presentada ante la Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces la documentación mencionada, esta tendrá un término de 15 días hábiles, contados a partir de la fecha de su presentación para autorizar o improbar la respectiva negociación de bienes inmuebles.

En su esencia, la comentada norma es tomada del artículo 74 del Decreto 341 de 1988, que también se refería al ejercicio de control previo para este tipo de operaciones de las cajas.

Un punto de particular atención es preciso mencionar a este respecto. La Superintendencia del Subsidio Familiar, a través de la Circular Externa 023 del 23 de diciembre de 2003, pretendió extender la interpretación de lo que comprende la negociación de bienes inmuebles —respecto esencialmente a las operaciones que implican transferencia de dominio, como es lógico y se ha entendido hasta ahora—, para que se cobije con el régimen de autorización particular cualquier clase de negociación; de manera ejemplificativa señala entre las operaciones previamente controlables la compraventa, la permuta, pero también el arrendamiento de bienes inmuebles y otras operaciones similares, con lo cual se desproporciona el ejercicio de la facultad de control y se torna impracticable, considerando las dimensiones actuales del sistema y de las operaciones de sus administradoras.

Otra fundamental modificación en materia de control que está recogida en el párrafo 5 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002, es la que se refiere al reconocimiento de competencia de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia y protección al consumidor.

Se trata de una función asignada a un nuevo ente de control que coexiste con la asignada a la Superintendencia del Subsidio Familiar, no residual y de naturaleza específica en cuanto a las materias de la competencia y la protección al consumidor.

En tanto exista norma especial y expresa que asigne facultades de inspección a la Superintendencia del Subsidio Familiar, entonces se aplicará su control; en caso contrario y por mandato del parágrafo 5 del artículo 21, precisamente el que consagra las normas en materia de régimen de transparencia, se dará aplicación a la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, con mayor razón frente a las relaciones de concurrencia entre las cajas y entidades que no pertenezcan al sector del subsidio familiar (hoteles, agencias de viajes, organizaciones de recreación, etc.). Igual acontecerá en el evento de la protección al consumidor, cuyos casos habrán de ser conocidos por la Superintendencia de Industria y Comercio por principio general.

En lo que respecta a la reafirmación de competencia para la Superintendencia del Subsidio Familiar por la propia Ley 789 frente a algunas materias relacionadas con el ámbito propio de industria y comercio, téngase en cuenta que los parágrafos 1 y 3 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002 consagran en forma expresa competencias a cargo de aquella en cuanto se refiere a la selección adversa, procesos de comercialización enfocados a la afiliación y violación de la ley en el caso de traslados o retenciones de empleadores afiliados, que se ejercerán considerando la cláusula general de competencia de la Superintendencia del Subsidio Familiar. Por su parte, el artículo 24 de la Ley 789 asignó también expresamente facultades a la Superintendencia del Subsidio Familiar para vigilar el suministro de la información necesaria a los usuarios y para expedir el reglamento en relación con programas publicitarios, entre cuyos objetivos está el prevenir propaganda comercial que favorezca la competencia desleal.

Por lo demás, el parágrafo 5 del artículo 21 de la Ley 789 de 2002 le otorgó a la Superintendencia de Industria y Comercio y no a la Superintendencia del Subsidio Familiar la competencia para conocer de los otros asuntos que por protección al consumidor y competencia se den en y entre las cajas de compensación familiar.

Lo anterior se refuerza jurídicamente por la disposición posterior y confirmatoria, contenida en el artículo 6º de la Ley 1340 del 24 de julio de 2009, a cuyo tenor:

Autoridad Nacional de Protección a la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre

protección a la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

7.11. Régimen tributario nacional aplicable a las cajas de compensación familiar

A las cajas se les aplica lo establecido por el artículo 19-2 del Estatuto Tributario, según la adición efectuada por la Ley 488 de 1998, artículo 1º, por lo cual se les entiende como contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios solamente respecto a los ingresos generados en actividades industriales, comerciales y en actividades financieras distintas a la inversión de su patrimonio, diferentes a las relacionadas con salud, educación, recreación y desarrollo social. En el evento igualmente que realizan tales actividades, estarán sujetas al impuesto sobre el patrimonio, el cual se causará sobre el patrimonio afecto a las actividades generadoras del tributo, no obstante la existencia de tesis contrarias que procuran la imposición sobre la masa patrimonial total de la corporación y que se han expresado a través de conceptos de la DIAN, debatidos judicialmente. Convienen al respecto algunas reflexiones adicionales.

Con antelación al establecimiento del impuesto al patrimonio, el legislador dentro de sus atribuciones dispuso un régimen especial para el impuesto de renta respecto a la titularidad pasiva del mismo.

En efecto, mediante el inciso segundo del artículo 19 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 1º de la Ley 488 de 1998, prescribió que eran contribuyentes de dicho impuesto de renta las cajas de compensación familiar, los fondos de empleados y las asociaciones gremiales pero exclusivamente *con respecto a los ingresos generados en actividades industriales, comerciales y en actividades financieras distintas a la inversión de su patrimonio, diferentes a las relacionadas con salud, educación, recreación y desarrollo social.*

Ello significa sin lugar a equívocos que el régimen vigente en Colombia en materia de sujetos pasivos del impuesto de renta incluye a las referidas instituciones, pero solamente en cuanto realicen ingresos por actividades industriales, comerciales y financieras más allá de la inversión de su patrimonio, en ámbitos diferentes a los de salud, educación, recreación y desarrollo social.

Una asociación gremial o una caja de compensación familiar no es sujeto pasivo del aludido impuesto si no realiza actividades ni genera ingresos por conceptos diferentes a los mencionados.

Tal es el estado del arte en el que se desenvuelve la gestión tributaria de dichas organizaciones. Y ello por querer del legislador.

En concreto, una caja de compensación familiar que no realice actividades tales, será declarante pero no contribuyente del impuesto de renta.

Más adelante y por necesidades nacionales, se creó mediante el Decreto 1838 de 2002 el impuesto para preservar la seguridad democrática, hoy impuesto al patrimonio.

Se trata por supuesto de un tributo autónomo y diferente, en cuya regulación empero el legislador recurrió a aplicar criterios de identificación tomados del régimen del impuesto de renta.

En particular, en lo que respecta a los sujetos pasivos del impuesto al patrimonio y conforme lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 1111 de 2006, se estableció que dicho tributo quedara a cargo de los contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta.

Bien ha afirmado la Corte Constitucional que el hecho de definir la titularidad pasiva del impuesto atada al régimen aplicable en materia de impuesto de renta no quiere decir que el régimen de exenciones y, en general, de los demás elementos del tributo no pueda ser definido autónomamente por el legislador.

No obstante fue el mismo legislador el que definió los responsables del impuesto al patrimonio bajo el mismo criterio aplicable al impuesto de renta, integrando el régimen de aquel con las disposiciones que en la materia son imposables a este, lo que para el caso significa que en el evento de cajas de compensación familiar, fondos de empleados y asociaciones gremiales, debe aplicarse lo prescrito por el artículo 19-2 del Estatuto Tributario.

Bien habría podido hacerse caso omiso de esta puntualización estableciendo la generalidad del tributo al patrimonio y desecharse la aplicación de normas especiales como la referida del Estatuto Tributario, pero no se acudió a este expediente. Y donde no distingue el legislador no le es dable al intérprete distinguir.

Por el contrario, al mantener su vigencia el artículo 19-2 del Estatuto Tributario y resultar aplicado por integración en materia de impuesto al patrimonio, es menester concluir que son sujetos pasivos de dicho tributo las cajas de compensación familiar, los fondos de empleados y las asociaciones gremiales, pero exclusivamente "con respecto a los ingresos generados en actividades industriales, comerciales y en actividades financieras distintas a la inversión de su patrimonio, diferentes a las relacionadas con salud, educación, recreación y desarrollo social".

Dichas organizaciones son titulares de un régimen especial en materia de impuesto de renta, que fue preservado por el legislador en materia de impuesto al patrimonio, en la medida en que, al definir los sujetos pasivos de este, se definió

que fueran los mismos del impuesto de renta y entiéndase en las mismas condiciones de titularidad, sin precisar efecto en contrario, lo cual había podido hacer definiendo expresamente que para el evento del nuevo tributo sobre riqueza no se aplicara aquella condición especial de las cajas, los fondos y las asociaciones (y ello en todo caso dejando a salvo la validez de una disposición tal, a lo menos en el ámbito de las cajas de compensación familiar, como operadoras de la seguridad y la protección social en Colombia).

No se trata de una materia de exención sino de definición del sujeto pasivo del tributo.

Por referencia de ley, las entidades amparadas por el artículo 19-2 del Estatuto Tributario son responsables del impuesto al patrimonio, se reitera, *con respecto a los ingresos generados en actividades industriales, comerciales y en actividades financieras distintas a la inversión de su patrimonio, diferentes a las relacionadas con salud, educación, recreación y desarrollo social.*

Una caja de compensación familiar que no realice actividades complementarias tales, no cabe duda, no es responsable de impuesto de renta, como tampoco es sujeto pasivo de impuesto al patrimonio. Y una que realice actividades de esa naturaleza (industriales, comerciales y financieras diferentes a las relacionadas con salud, educación, recreación y desarrollo social), adicionales a las de su objeto como institución de la seguridad social, lo será tanto de uno como de otro gravamen, pero únicamente en relación con los ingresos y con el patrimonio líquido que se produzca en desarrollo de aquellas. Preceptúa al respecto el artículo 25 de la Ley 1111 de 2006: *Para efectos de este gravamen, el concepto de riqueza es equivalente al total del patrimonio líquido del **obligado*** (resaltado fuera del texto).

Apréciase que la interpretación de este acápite de la disposición debe hacerse a partir de una revisión integral de lo preceptuado en la norma. Esto es, la base impositiva del tributo será la riqueza –patrimonio líquido– del “obligado”.

Ya se ha manifestado cómo en el caso de las entidades con régimen especial de renta a las que se refiere el artículo 19-2 del Estatuto Tributario, su obligación fiscal deriva del ejercicio de actividades industriales, comerciales y financieras distintas a las de salud, educación, recreación y desarrollo social.

Ello significa que tales entidades serán obligadas en renta y en impuesto al patrimonio en la medida en que realicen tales actividades y generen ingresos consecuentes; en lógica interpretativa, respecto al impuesto al patrimonio serán obligadas en tanto constituyan un patrimonio líquido afecto a las actividades que las hacen sujetos pasivos del tributo.

Si bien este efecto no está expreso en la normatividad, la conclusión sobre el mismo se torna necesaria, tanto por la lógica tributaria, como por la aplicación del principio de legalidad en materia de impuestos.

En efecto, por decisión del legislador una caja de compensación familiar, un fondo de empleados o una asociación gremial serán obligados al impuesto al patrimonio en tanto sean contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta, y si lo son, serán responsables del pago de impuesto de renta sobre los ingresos provenientes de las actividades industriales, comerciales y financieras adicionales a las de desarrollo social, pues en su condición no están obligados a dicho impuesto respecto a sus actividades propias.

De la misma manera, como dichas entidades ostentan un régimen especial de renta, para el cual la base estará determinada por el nivel de ingresos que corresponde a las actividades gravadas, en materia de impuesto al patrimonio, en tanto son obligadas por razón de dichas actividades adicionales, el patrimonio líquido que define la riqueza sobre la cual serán gravadas será el constituido a partir de tales actividades.

La DIAN ha expresado en varios conceptos doctrina diferente, lo que ha suscitado conflictos judiciales al respecto.

En efecto, aquella ha sostenido en relación con la liquidación del impuesto sobre el patrimonio por parte de las cajas de compensación familiar:

“En este orden de ideas, las cajas de compensación familiar, en su condición de contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta, son sujetos pasivos de este tributo, en los términos establecidos en el capítulo V del título II del libro primero del Estatuto Tributario.

“Por otra parte, la base gravable es la consagrada en el artículo 295, sin que aparezca en la norma en cuestión que las cajas de compensación puedan liquidar el impuesto únicamente sobre el patrimonio líquido vinculado a las actividades industriales, comerciales y financieras, distintas a la inversión de su patrimonio, diferentes a las relacionadas con salud, educación, recreación y desarrollo social”⁽¹⁵⁸⁾.

(158) Ver Concepto Delegado División de Normativa y Doctrina Tributaria, DIAN 102614 del 6 de diciembre de 2006. Este criterio fue reiterado por la DIAN en el Concepto 059995 del 3 de agosto de 2007 a cuyo tenor:

“En principio acorde con el señalamiento del artículo 292 del Estatuto Tributario, lo que grava el impuesto al patrimonio es la riqueza de los contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta, de manera general, sin excepción respecto de las rentas exentas, ingresos no constitutivos de renta o las no vinculadas con una actividad gravada. Y es principio general de todo sistema impositivo, que todo tratamiento exceptivo al de aplicación general debe estar previsto en la ley en forma taxativa y es de interpretación y aplicación restrictiva.

“La disposición también es clara en el sentido que el concepto de riqueza corresponde a la totalidad del patrimonio líquido del obligado. De esta manera, el impuesto aplica a los sujetos pasivos del impuesto respecto de las personas jurídicas declarantes, salvo los expresamente exceptuados por el artículo 297 ibídem, dentro de los que se encuentran los no contribuyentes de los artículos 19, numeral 1, 22, 23, 23-1 y 23-2.

Finalmente es preciso efectuar algunas consideraciones adicionales en torno a la aplicación del principio de derecho sobre la intangibilidad de los recursos de la seguridad social, que a partir de lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política se impone respecto de la operación a cargo de las cajas de compensación familiar.

Prolija es la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que se refiere a la protección de los recursos destinados a la seguridad social, la cual se ha manifestado en la prohibición de establecer tributos que los afecten⁽¹⁵⁹⁾.

El principio de intangibilidad de los recursos destinados a la seguridad social se contiene en el inciso quinto del artículo 48 de la Carta Política y se expresa en que “no se podrán destinar ni utilizar recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

La primera evidencia de este postulado se manifiesta sin duda en lo que atañe a la imposibilidad de afectar los ingresos de orden parafiscal con los que se nutre el sistema de subsidio familiar y sus operadoras, las cajas de compensación.

Pero el principio no agota su aplicación en la tutela de dichos ingresos y en la prohibición de establecer gravámenes sobre ellos, sino que en el caso de las cajas de compensación familiar se extiende al patrimonio que las mismas han consolidado y que se entiende como propiedad del sector de los trabajadores.

El patrimonio de una corporación es el resultado de la capitalización de los aportes que se han destinado a ella y de la acumulación de ingresos producto de la operación institucional, así como de la rentabilidad financiera de sus recursos, por lo que en el origen del mismo se encuentran los aportes parafiscales.

(Cont. nota 158)

“Ahora bien, las entidades del artículo 19-2 *ibidem*, como son las cajas de compensación, legalmente no se encuentran eximidas del impuesto al patrimonio, en primer lugar porque no se encuentran dentro de la disposición que prevé de manera taxativa quiénes están exceptuados de esa obligación sustancial y por otra parte cuando desarrollan actividades industriales o comerciales, son contribuyentes del impuesto sobre la renta en relación con tales actividades, pero en manera alguna el concepto de riqueza como es el patrimonio líquido del contribuyente para efectos del impuesto al patrimonio se prevé que se limita legalmente a la proporción en que la actividad gravada representa dentro del patrimonio, pues como se acotó inicialmente, bastaría con que el obligado tuviera rentas no sometidas al impuesto para excluir de la base del impuesto el patrimonio vinculado a la actividad con algún beneficio tributario, cuando la ley por el contrario generaliza en el sentido que los contribuyentes del impuesto sobre la renta deben liquidar el impuesto de patrimonio sobre el total de su riqueza que para el caso corresponde al patrimonio líquido, esto es el patrimonio bruto menos las deudas del sujeto pasivo del impuesto”.

(159) Ver sentencias C-1040 de 2003, C-731 de 2000 y C-341 de 2007, Corte Constitucional, entre otras.

El patrimonio de las cajas de compensación familiar está afectado legalmente al desarrollo social, en la medida en que su utilización se determina por la ejecución de obras y programas sociales para la población cubierta, conforme a las funciones normativamente asignadas a aquellas.

Acogiendo el criterio mencionado de la Corte Constitucional, es viable desde la perspectiva constitucional el establecimiento de impuestos a la actividad de las cajas de compensación familiar, pero siempre y cuando se refiera a las actividades que no comprometan el desarrollo de la seguridad social y que no se financien con aportes destinados a dicho fin.

La totalidad del patrimonio de las cajas está conformado por diferentes fuentes, una de ellas, aportes parafiscales, cuyo fin está condicionado a la satisfacción de la prestación social subsidio familiar y a beneficios del sistema integral de seguridad social.

Establecer un impuesto cuyo alcance sea gravar la totalidad de ese patrimonio líquido implicaría quebrantar el principio constitucional, lo que afectaría la sostenibilidad misma del sistema de seguridad social, en la medida en que a una de sus operadoras —las cajas de compensación familiar— se les gravaría sobre los ingresos y sobre el patrimonio conformado por aquellos, de origen parafiscal y con destinación específica al servicio del sistema.

Lo anterior, además, colocaría a las cajas en una situación de desigualdad respecto a otras instituciones de la seguridad social, a las cuales, tanto por norma como por doctrina de la Corte Constitucional, se les ha reconocido un espacio de reserva que prevalece sobre la facultad impositiva del Estado, en lo que corresponde a los ingresos y al flujo de recursos provenientes de aportes parafiscales con destino a la seguridad social, como claramente se ha determinado para el caso, por ejemplo, de las entidades promotoras de salud. Ello conduciría así mismo a una violación del artículo 13 de la Carta Política.

Se reconoce que las cajas ejecutan actividades de la seguridad social y que en la medida en que ello acontezca deben estar amparadas por la exclusión en el régimen impositivo respecto al manejo de sus recursos, pues lo contrario implicaría afectar el artículo 48 de la Carta Política.

En cuanto al impuesto sobre las ventas, debe tenerse en cuenta que según el pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la Sentencia C-341 de 2007, con ponencia del magistrado Humberto Sierra Porto, aquella imposición procede en relación con algunas actividades que realicen las cajas de compensación familiar más allá de sus atribuciones como operadoras de la seguridad social.

En efecto, se reconoce que hay actividades y funciones de las cajas de compensación familiar con las que se ejecutan prestaciones de la seguridad social,

en tanto que otras corresponden a desarrollos adicionales, más allá de dicho sistema, y se admite la imposición fiscal frente a estas en cuanto se causa frente a ellas el impuesto sobre las ventas el cual termina trasladándose al usuario, como en el caso del ofrecimiento de servicios de recreación.

7.12. Liquidación de las cajas de compensación familiar

El artículo 68 de la Ley 21 de 1982 regulaba lo concerniente a la liquidación de las cajas de compensación familiar refiriendo al régimen civil de disolución de las corporaciones.

La norma preveía que los estatutos de las cajas debían contemplar la forma de disposición de sus bienes en caso de liquidación y una vez satisfechos los pasivos, “de tal forma que se provea su utilización en objeto similar al de la corporación disuelta a través de instituciones sin ánimo de lucro o de carácter oficial”.

Conforme al régimen general del sistema, es claro que en estos eventos no procederá el reparto de bienes ni a empleadores o responsables ni a trabajadores afiliados.

Conforme al inciso 3 de dicho artículo, si no hay regulación expresa, los bienes pasarán al dominio de la Nación, para que el Gobierno los adjudique a otras cajas o a entidades públicas o privadas de similar finalidad.

El artículo 17 de la Ley 789 de 2002⁽¹⁶⁰⁾ reguló lo concerniente a la liquidación de cajas, particularmente en lo referente a los procesos de intervención que realice la Superintendencia del Subsidio Familiar, por lo que habrá que entender que se modificó y adicionó el régimen anterior, el cual estaba estructurado fundamentalmente para cubrir el caso de liquidación voluntaria o decidida por la propia corporación a través de su asamblea general de afiliados y cuando no procediere la fusión con otra caja de compensación familiar.

(160) “ART. 17.—**Liquidación de las cajas de compensación familiar.** La liquidación será ordenada mediante acto administrativo de la Superintendencia que ejerza su control, para cuya expedición se respetará el debido proceso establecido para intervenir administrativamente a estas entidades o sancionar a sus funcionarios, que es el contenido en los artículos 90 del Decreto 341 de 1988, 35 y 36 del Decreto 2150 de 1992 y normas que los modifiquen o adicionen. En el acto administrativo se dará un plazo hasta de seis meses para que la caja dé cumplimiento a las normas legales, siempre que dicho plazo se considere procedente por la autoridad de supervisión. En caso de que la caja no demuestre el cumplimiento, deberá iniciar la liquidación ordenada por el ente de control, dentro de los tres (3) meses siguientes al vencimiento del plazo que se fije por la autoridad de control. En caso contrario, procederá la intervención administrativa de la misma, para ejecutar la medida.

“Para el evento en que la caja de compensación sea la única que funcione en el respectivo ente territorial, no se procederá a su liquidación, sino a su intervención administrativa, hasta tanto se logre superar la respectiva causal”.

La norma modificatoria señala como principio general que no es posible aplicar el instituto de la liquidación cuando la caja de que se trate sea la única que opere en el departamento; para estos eventos, será procedente exclusivamente la intervención administrativa que ejerza la Superintendencia, la cual se mantendrá hasta tanto se logre superar la situación que dio lugar a ella.

Surge la reflexión entonces sobre el caso de las cajas con operación única en un departamento, respecto de las cuales tampoco se entendería procedente la liquidación voluntaria.

Para que la Superintendencia del Subsidio Familiar decida mediante acto administrativo la liquidación de una caja de compensación familiar, deberá agotar el debido proceso (arts. 90, D. 341/1988, y 35 y 36, D. 2150/1992 y demás normas que lo modifiquen o adicionen). Este procedimiento implica que la autoridad previamente y mediante acto administrativo otorgue a la caja un plazo de hasta seis (6) meses a su criterio, para que la corporación dé cumplimiento a los preceptos legales y ajuste su conducta. Si la caja intervenida no acredita el cumplimiento de la ley, deberá proceder en forma obligatoria a ejecutar la liquidación en el término de los tres (3) meses siguientes; en caso contrario, procederá la intervención administrativa para fines de liquidación.

Esta segunda fase del proceso liquidatorio se regula por mandato del artículo 24, numeral 23, de la Ley 789 de 2002, por las prescripciones que se refieren a la liquidación de las entidades promotoras de salud. Esto es, se aplican al caso los preceptos contenidos en los artículos 116 y 295 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), los decretos 1922 y 1259 de 1994, el Decreto 788 de 1998, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y los decretos 1015 y 3023 de 2002, así como las normas relacionadas que contiene la Ley 222 de 1995.

Respecto de los procedimientos de intervención, el parágrafo 1 del artículo 20 de la misma norma se refiere a la forma de vinculación de quienes a nombre de la Superintendencia ejerzan dicha actuación, así como se habilita el empleo de mecanismos fiduciarios para llevar a cabo la liquidación.

Un comentario adicional merece la posibilidad con la que cuentan las cajas de compensación familiar de liquidar voluntariamente algunos ramos de actividad; tal es la alternativa consagrada por el parágrafo 2 del artículo 20 reseñado, norma que en todo caso reserva al Gobierno Nacional la facultad de definir las hipótesis en que dicha liquidación proceda.

8. RÉGIMEN DE LA SUPERINTENDENCIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR

Un sistema tan complejo y dinámico como el de compensación familiar demanda un esquema de inspección, vigilancia y control moderno y consolidado,

que asegure el fortalecimiento de sus servicios y prevenga la ocurrencia de circunstancias que puedan impactarlo en forma negativa.

No obstante diversas razones históricas han retardado la consolidación de un esquema tal, el cual se enfrenta a dificultades que deben ser superadas.

En efecto, el control sobre las cajas de compensación familiar y el sistema se ejercen en forma dispersa; de manera directamente proporcional a como crecen las funciones de dichas corporaciones, aparecen nuevos actores y procedimientos de control y seguimiento, lo cual plantea retos de coordinación de especial importancia. Nótese cómo en la actualidad coexisten sobre las cajas los controles administrativos ejercidos desde las superintendencias del Subsidio Familiar, Nacional de Salud, Industria y Comercio y Financiera de Colombia.

La Superintendencia del ramo conserva dificultades organizacionales relacionadas con debilidad institucional, falta de recursos y de capacidad regional, pues pese a vigilar a un sector que para el año 2011 administrará cerca de 10 billones de pesos por el total de sus ingresos, las sumas que se destinan a su funcionamiento resultan apenas suficientes para atender una planta de personal inferior a los 80 funcionarios, dificultándose la aplicación de planes de carrera y de incentivos, así como la especialización funcional.

En cuanto a las funciones del organismo, se aprecian dificultades estructurales de concepto que habrán de ser analizadas. Entre ellas, la conjunción en la Superintendencia de roles regulatorios con los propios de la inspección y la vigilancia, frente a vacíos existentes en la estructura del Gobierno en cuanto a identificar un referente institucional encargado de la coordinación y el relacionamiento con el sector, así como la unificación de las labores de auditoría, investigación, instrucción y decisión en los mismos funcionarios de la entidad, lo que priva del ejercicio cabal del derecho de contradicción a las cajas y resta posibilidades a que se resuelvan más ágil y eficazmente las controversias por posibles quebrantamientos del régimen por parte de los actores del sistema.

Pero estas circunstancias no son nuevas y como se ha mencionado obedecen a factores asociados al desarrollo mismo de la seguridad social y del sistema de subsidio familiar.

Desde sus orígenes y pese a haber sido una de las primeras entidades organizadas bajo la forma de superintendencia, la entidad se vio impactada por la decisión que en su momento adoptara la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de funciones de validación de la constitucionalidad de las leyes, por la cual, al dar aval a su surgimiento como tal a través de la Ley 25 de 1981, le restringió el tener personería jurídica, considerando que este tipo de organismos debía carecer de ella.

Es por esta razón que desde entonces la Superintendencia del Subsidio Familiar carece de personería jurídica, circunstancia que riñe con los principios que regulan el ejercicio de la función pública y administrativa.

Y con el paso de los años se han promovido intentos por lograr su fortalecimiento, los que igualmente se han enfrentado a posiciones reduccionistas que han procurado en contrario, eliminarla o fusionarla para crear una superintendencia de seguridad o protección social. Tales fueron los vientos que se dieron al inicio del presente siglo, precisamente cuando la expedición de la Ley 789 de 2002 por la que se reformó el sistema de subsidio familiar habría sido la ocasión para auspiciar un ajuste estructural del organismo.

La aprobación de la Ley 1444 de 2011 y la reestructuración de los sectores de trabajo, salud y protección social se han visto así mismo como los espacios para promover y realizar el anhelado fortalecimiento de la Superintendencia.

Fue a través del artículo 1º de la Ley 25 de 1981 que se creó, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la Superintendencia del Subsidio Familiar, como unidad administrativa especial “con personería jurídica y patrimonio autónomo”.

Con anterioridad las funciones de inspección sobre las cajas habían estado en el aludido ministerio y en el Departamento Administrativo de Cooperativas, apreciándose en la época de refundación del sistema la necesidad de contar con un ente autónomo encargado de ejercer esa labor.

Mediante sentencia del 6 de septiembre de 1982, la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable las expresiones “como unidad administrativa especial, esto es, con personería jurídica y patrimonio autónomo” del mencionado artículo, por considerar que las mismas desarticulaban la estructura administrativa de la rama ejecutiva, en la medida en que dichos organismos no deberían contar con autonomía. Este criterio será posteriormente recogido, admitiéndose que las superintendencias gozan de ese atributo de personalidad.

El artículo 3º de la Ley 25 fijó la competencia general de la Superintendencia al prescribir que a ella correspondía “ejercer la inspección y vigilancia de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar, con el propósito de que su constitución y funcionamiento se ajusten a las leyes, los decretos y a los mismos estatutos internos de la entidad vigilada”.

El superintendente es un funcionario de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

Con posterioridad el Decreto 2150 de 1992 reestructuró la entidad y fijó en su artículo 2º cuatro objetivos básicos de la misma, a saber:

- a) Ejercer la inspección y vigilancia de las entidades encargadas del recaudo de aportes y el pago de las asignaciones del subsidio familiar.
- b) Controlar a las entidades vigiladas y “velar porque cumplan con la prestación de los servicios sociales a su cargo, con sujeción a los principios de eficiencia y solidaridad...”.
- c) Atender prioritariamente las materias que dentro de la seguridad social defina el Gobierno Nacional.
- d) Adoptar políticas de inspección y vigilancia que procuren la modernización del sector y el progreso de las administradoras.

En cuanto a competencia subjetiva el artículo 3º del Decreto 2150 de 1992 estableció que esta se extendería respecto de las cajas de compensación familiar, las asociaciones de cajas, las demás entidades recaudadores y pagadoras del subsidio familiar (régimenes de excepción) y las entidades que constituyan aquellas siempre y cuando comprometan recursos del sistema.

Finalmente, la Ley 789 de 2002, a través de su artículo 24, modificó y adicionó las atribuciones del organismo, reconociendo las siguientes funciones a la Superintendencia del Subsidio Familiar:

ART. 24.—Funciones y facultades de la Superintendencia del Subsidio Familiar. *Son funciones y facultades de la Superintendencia del Subsidio Familiar a más de las que se establecen en las disposiciones legales⁽¹⁶¹⁾*

1. *Vigilar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales relacionadas con la organización y funcionamiento de las cajas de compensación familiar; las demás entidades recaudadores y paga-*

(161) Se entiende incorporada la función prescrita por el artículo 231 del Código del Menor en cuanto a velar por el cumplimiento de las obligaciones que se generan para las cajas de compensación familiar en el establecimiento de programas de prevención, tratamiento, educación especial, rehabilitación, orientación y asistencia psicológica a menores discapacitados y sus familias, así como la aplicación de las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las mismas. De la misma manera conservan vigencia y se interpretan en forma articulada las atribuciones consagradas por el artículo 7º del Decreto 2150 de 1992 que a su turno subrogó el artículo 6º de la Ley 25 de 1981, con excepción de la función recogida en su literal l) en cuanto a la liquidación de la contribución que deben aportar a la Superintendencia las instituciones vigiladas.

Por su parte, debe considerarse como función de la Superintendencia la consagrada por el artículo 68 del Decreto 975 de 2004, en cuanto a evaluar trimestralmente “de acuerdo con los informes de que trata el artículo anterior, la gestión de las cajas de compensación familiar en la participación de la ejecución de la Política Nacional de Vivienda de Interés Social”.

doras del subsidio familiar, en cuanto al cumplimiento de este servicio y las entidades que constituyan o administren una o varias de las entidades sometidas a su vigilancia, siempre que comprometan fondos del subsidio familiar.

2. *Reconocer, suspender o cancelar la personería jurídica de las entidades sometidas a su vigilancia.*

3. *Velar por el cumplimiento de las normas relacionadas con la eficiencia y control de gestión de las cajas de compensación familiar o entidades que constituyan o administren o participen como accionistas.*

4. *Instruir a las entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad en cuanto sujetos vigilados, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las normas que le compete aplicar y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.*

5. *Velar por que no se presenten situaciones de conflictos de interés entre las entidades sometidas a su control y vigilancia y terceros y velar por el cumplimiento del régimen de incompatibilidades e inhabilidades para el ejercicio de funciones directivas y de elección dentro de la organización de las entidades bajo su vigilancia.*

6. *Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato prácticas ilegales o no autorizadas o prácticas inseguras que así sean calificadas por la autoridad de control y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento.*

7. *Fijar, con sujeción a los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, los mecanismos y procedimientos contables que deben adoptar las cajas de compensación familiar.*

8. *Contratar servicios de especialistas que presten asesorías en áreas específicas de las actividades de la Superintendencia.*

9. *Velar por el adecuado financiamiento y aplicación de los recursos que administran las cajas de compensación familiar conforme las diferentes operaciones que se les autoriza a realizar en forma directa o a través de terceros.*

10. *Velar porque no se presente evasión y elusión de los aportes por parte de los afiliados al Sistema de Cajas de Compensación; en tal sentido podrá solicitar la información necesaria a las entidades rectoras del régimen general de pensiones, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a las entidades recaudadoras territoriales y a otras entidades que reciban contribuciones sobre la nómina.*

11. *Dar posesión al revisor fiscal y representante legal de las cajas de compensación familiar, cuando se cerciore acerca del carácter, la idoneidad y la experiencia del peticionario y expedir la correspondiente acta de posesión. La posesión no requerirá presentación personal.*

12. *Velar porque las entidades vigiladas suministren a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.*

13. *Publicar u ordenar la publicación de los estados financieros e indicadores de gestión de las entidades sometidas a su control, en los que se demuestre la situación de cada una de estas y la del sector en su conjunto.*

14. *Practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas con el fin de obtener un conocimiento integral de su situación financiera, del manejo de los negocios, o de aspectos especiales que se requieran, para lo cual se podrán recepcionar declaraciones, allegar documentos y utilizar los demás medios de prueba legalmente admitidos y adelantar las investigaciones a que haya lugar⁽¹⁶²⁾.*

15. *Impartir las instrucciones que considere necesarias sobre la manera como los revisores fiscales, auditores internos y contadores de los sujetos de inspección y vigilancia deben ejercer su función de colaboración con la Superintendencia.*

16. *Imponer a las instituciones respecto de las cuales tenga funciones de inspección y vigilancia, a los administradores, empleados o revisor fiscal de las mismas, previo el debido proceso, multas sucesivas hasta de dos mil (2.000) salarios mínimos legales diarios vigentes a la fecha de la sanción a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo previsto en esta ley, cuando desobedezcan las instrucciones u órdenes que imparta la Superintendencia sobre violaciones legales reglamentarias o estatutarias. Estas sanciones serán can-*

(162) Decreto 341 de 1988, "ART. 79.—Las visitas que practique la Superintendencia del Subsidio Familiar en cumplimiento de su función de inspección y vigilancia serán ordinarias y especiales.

"Serán visitas ordinarias aquellas que de manera regular efectue la Superintendencia para verificar el adecuado funcionamiento de las entidades vigiladas y la sujeción a sus planes y programas dentro del marco legal establecido para tal fin.

"Serán visitas especiales las realizadas para verificar aspectos específicos de los programas o de la administración de las cajas".

celadas con cargo al porcentaje de gastos administrativos previstos en esta ley de los ingresos del cuatro por ciento (4%), cuando se trate de sanciones institucionales⁽¹⁶³⁾.

17. Imponer, en desarrollo de sus funciones, las siguientes sanciones por violaciones legales, reglamentarias o estatutarias y no por criterios de administración como respeto a la autonomía⁽¹⁶⁴⁾:

a) Amonestación escrita.

b) Multas sucesivas graduadas según la gravedad de la falta, a los representantes legales y demás funcionarios de las entidades vigiladas, entre cien (100) y mil (1.000) salarios mínimos diarios legales vigentes en la fecha de expedición de la resolución sancionatoria. El producto de estas multas se girará a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo previsto en la presente ley, y

c) Multas sucesivas a las entidades vigiladas hasta por una suma equivalente a diez mil (10.000) salarios mínimos diarios legales vigentes en la fecha de expedición de la resolución sancionatoria, las cuales serán cancelados con cargo a los gastos de administración y cuyo producto se girará a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo previsto en la presente ley.

(163) Decreto 2150 de 1992: "ART. 36.—Pliego de cargos. Si del informe presentado se concluye que hay violación de normas legales o estatutarias el Superintendente del Subsidio Familiar, dentro de los diez días siguientes correrá pliego de cargos a los presuntos responsables, quienes dispondrán de un término de 10 días para presentar los respectivos descargos y las pruebas que pretendan hacer valer".

"ART. 37.—Informe evaluativo. El informe evaluativo que se presente al Superintendente del Subsidio Familiar deberá contener:

"1. Descripción sucinta de los hechos materia de investigación.

"2. Análisis de los cargos, de los descargos y de las pruebas en que se funde o desvirtúe la responsabilidad de los investigados".

(164) La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ratificado este principio, particularmente a través de la Sentencia C-575 de 1992, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, la cual expresa: "El fundamento del subsidio familiar no es otro que el de la democracia participativa que informa el Estado social de derecho. En este sentido se destaca la estrecha vinculación de doble vía entre el Estado y la sociedad, materializada en este caso en el inciso segundo del artículo 103 de la Constitución, que dice: 'El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan'. Las cajas son pues una organización no gubernamental -ONG-, como se advierte en el Decreto 1521 de 1957, 'por el cual se reglamenta el subsidio familiar'".

18. Sancionar con multas sucesivas hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo previsto en la presente ley a los empleadores que incurran en cualesquiera de las siguientes conductas: no inscribir en una caja de compensación familiar a todas las personas con las que tenga vinculación laboral, siempre que exista obligación; no pagar cumplidamente los aportes de las cajas y no girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la caja de compensación familiar de acuerdo con las disposiciones legales; no informar las novedades laborales de sus trabajadores frente a las cajas⁽¹⁶⁵⁾.

19. Reglamentar la cesión de activos, pasivos y contratos y demás formas de reorganización institucional, como instrumento de liquidación o gestión de una caja de compensación familiar; así como toda clase de negociación de bienes inmuebles de su propiedad. No obstante, las cajas de compensación familiar no podrán, salvo el pago del subsidio familiar o en virtud de autorización expresa de la ley, facilitar, ceder, dar en préstamo o entregar a título gratuito o a precios subsidiados bienes o servicios a cualquier persona natural o jurídica. Los estatutos de las cajas deberán contemplar claramente la forma de disposición de sus bienes en caso de disolución, una vez satisfechos los pasivos, en tal forma que se provea su utilización en objeto similar al de la corporación disuelta a través de cajas de compensación familiar.

20. Garantizar que aquellas entidades públicas que administran directamente los recursos del subsidio familiar por autorización expresa de la ley cumplan con la destinación porcentual a los programas de régimen subsidiado de salud, Fovis, jornada escolar complementaria, atención integral a la niñez, educación formal, subsidio en dinero y programas de apoyo al desempleo de acuerdo con las normas vigentes.

21. Expedir el reglamento a que deben sujetarse las entidades vigiladas en relación con sus programas publicitarios con el propósito de ajustarlos a las normas vigentes, a la realidad jurídica y económica del servicio promovido y para prevenir la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal⁽¹⁶⁶⁾.

(165) La Circular 007 de 2004 expedida por la Superintendencia de Subsidio Familiar indicó, a las cajas de compensación familiar, el procedimiento para la instalación de un software para el reporte de los empleadores morosos en cumplimiento de sus funciones. Ver Anexo normativo.

(166) Esta regulación se ha contenido en el capítulo VIII de la Circular Externa 023 del 23 de diciembre de 2003.

22. *Las demás que conforme a las disposiciones legales pueda desarrollar y en particular las previstas en los artículos 1º y 2º del Decreto 2150 de 1992 y las contempladas en los numerales 5, 7, 8, 12, 13, 17, 20, 21 y 22 del artículo del Decreto 2150 de 1992.*

23. *Intervenir las cajas de compensación, cuando se trate de su liquidación, conforme las normas previstas para las entidades promotoras de salud.*

24. *Fijar los criterios generales para la elaboración, control y seguimiento de los presupuestos de las cajas de compensación como una guía para su buena administración. Los presupuestos no tendrán carácter limitante u obligatorio de la gestión y respetarán el principio de autonomía de las cajas.*

En cuanto se refiere a las funciones y facultades atribuidas en adición de lo dispuesto por el Decreto 2150 de 1992 por la Ley 789 a la Superintendencia del Subsidio Familiar se comenta lo siguiente:

— Se extiende el control a las entidades que constituyan las cajas de compensación familiar o administren o en las que participen como accionistas, de conformidad con el amplio espectro previsto por el artículo 16 de la ley (num. 3 art. 24), siempre y cuando comprometan recursos del sistema.

— Igualmente se extiende el control sobre los empleadores, en complemento al sistema de auditoría sobre aportes en los términos del artículo 50 de la ley (num. 10 y 18, art. 24, L. 789/2002). La facultad para sancionar en ejercicio de poder de policía administrativo, más allá de lo hasta ahora regulado para el Ministerio y sus inspecciones, es herramienta importante en lo atinente a proceso de cobro de aportes y cumplimiento de la ley del subsidio familiar en general, por parte de los empleadores. Nótese cómo en el numeral 18, al igual que en el literal a) del artículo 19 de la ley se habla de cotizaciones a las cajas, con importación del concepto del sistema de seguridad social en salud.

— Consagra la facultad de instruir a las entidades vigiladas en cuanto a la manera como deben cumplirse las normas que regulan su operación (en una figura similar a la potestad reglamentaria, la cual —se advierte— es indelegable e inseparable del Presidente de la República). Seguidamente en el numeral 4 se establece que la fijación de criterios por parte de la Superintendencia se concretará exclusivamente a aquellos de carácter jurídico y técnico, en cuanto a las normas que le compete aplicar, por lo cual se elimina la posibilidad de fijar criterios de conveniencia por ese organismo.

— Incluye nuevamente la función de dar posesión al representante legal de la caja y al revisor fiscal, una vez se cerciore sobre su carácter, idoneidad y ex-

perencia, misma que había sido subrogada en el numeral 15 del artículo 7° del Decreto 2150, por lo establecido en el Decreto 2150 de 1995. La posesión no requerirá en todo caso, presentación personal.

—La Superintendencia del Subsidio Familiar, a través del Superintendente (Decreto 2150 de 1992, artículo 7°, el cual fue modificado pero no derogado) podrá adelantar actuaciones administrativas con propósitos sancionatorios en los siguientes casos (se subroga el numeral 21 del artículo 7° del Decreto 2150 de 1992):

a) A las entidades vigiladas, sus administradores, empleados o revisor fiscal, por desobedecimiento de las instrucciones u órdenes que imparta sobre violaciones legales, reglamentarias o estatutarias (numeral 16, en concordancia con el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 789 de 2002).

b) A las entidades vigiladas, representantes legales de las mismas y demás funcionarios, por violaciones legales, reglamentarias o estatutarias y no por criterios de administración como respeto a la autonomía (num. 17, art. 24 L. 789/2002).

c) A los empleadores, por no reportar su nómina total de trabajadores; por no pagar oportunamente los aportes; por no informar las novedades laborales de sus trabajadores (num. 18, art. 24, L. 789/2002).

—La prohibición consagrada por el artículo 44 de la Ley 21 de 1982 fue contenida, y por ende subrogada por dicha norma, en virtud del numeral 19 del artículo 24, en lo relacionado con facilitar, ceder, dar en préstamo o entregar a título gratuito o a precios subsidiados, bienes o servicios a cualquier persona.

—La Ley 789 de 2002 subroga en su conjunto el artículo 7° del Decreto 2150 de 1992, por lo cual las funciones que corresponden a la Superintendencia a partir de la vigencia de aquella ley, en los términos del numeral 22 del artículo 24 de la Ley 789 de 2002, serán las consagradas por la aludida ley y las señaladas por los artículos 1°, 2° y 7° —aunque en el texto final se omitió la referencia a este artículo—, numerales 5, 7, 8, 12, 13, 17, 20, 21 y 22 del Decreto 2150 de 1992.

—Se agrega la función de intervenir las cajas para efectos de su liquidación (numeral 23 del artículo 23, en concordancia con los artículos 17 y 20, párrafo 1 de la Ley 789 de 2002), operación en la cual se aplicarán las normas contempladas para dichos efectos en relación con las entidades promotoras de salud.

—El numeral 24 del artículo 24 de la Ley 789 consagra como se ha expresado un principio fundamental en relación con el carácter no obligatorio de los presupuestos, que va más allá, al establecer legalmente el postulado de la autonomía regulada que rige el funcionamiento de las cajas de compensación familiar.

9. POLÍTICA Y DIRECCIÓN DEL SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

Una de las variables que reclama especial consideración en el redimensionamiento del sistema de compensación familiar tiene que ver con las instancias de definición de política y relacionamiento con el Gobierno Nacional.

En efecto, si bien el sistema de la compensación familiar ha sido reconocido como propio del sector del trabajo, con la fusión de los ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud pasó a corresponder al sector de la Protección Social. Nuevamente y a partir de la reforma administrativa impulsada por la Ley 1444 de 2011, pasará a integrarse al campo de las instituciones de trabajo.

No obstante estas definiciones no han implicado la visibilización de la compensación familiar dentro de la estructura ministerial, ni han venido acompañadas de procesos y procedimientos ni de soportes adecuados que permitan apreciar una fluida relación entre las cajas de compensación familiar y las autoridades de la rama ejecutiva.

Por el contrario, la multifuncionalidad de estas, su dinámica de sector privado y las condiciones del sistema de protección social han contribuido a desvirtuar líneas claras de contacto entre el sistema y sus operadoras, por un lado, y el Gobierno Nacional, por el otro, sin que exista un interlocutor específico de suficiente nivel que oriente y coordine la ejecución de las políticas públicas en el subsidio familiar, a partir de las regulaciones legales.

Así como ha existido una Dirección de Riesgos Profesionales en el Ministerio de la Protección Social, se ha propuesto el establecimiento de una dirección tal en la cartera de Trabajo que sea competente para establecer los canales de comunicación entre el sector y el Gobierno; así lo ha expresado Asocajas en reiteradas ocasiones. En el mismo sentido, consideramos que el establecimiento de un apartado burocrático tal es conveniente y necesario, por cuanto permite identificar la trascendencia institucional de un sistema como este, si bien nos parece que bajo una reorientación conceptual haría delicada en cuanto a los sectores de trabajo y protección social debería pensarse aún más en una dependencia de superior nivel capaz de integrar bajo la sombrilla de la protección al trabajo los servicios sociales, las coberturas por desempleo y las asignaciones familiares. En todo caso se hace notar que estos esfuerzos habrán de complementarse en forma intrasectorial, pues por la gestión propia de las cajas, estas trascienden a un ámbito de sector específico para integrarse de diferentes formas a otros, tales como la educación, la salud, la vivienda, etc.

De allí que, a nuestro juicio, sea recomendable además revivir el Consejo Superior del Subsidio Familiar y dotarlo de herramientas que permitan una mejor interpretación e integración de la compensación familiar en el más amplio campo de la protección social y de la política social. Estimamos además que el mejor empeño debe darse en articular la labor de este sistema con el de promo-

ción social, para lo cual y ante la ausencia de un ente de política nacional como un ministerio del ramo, se requieren esfuerzos de coordinación entre las agencias concernidas por sector o áreas de trabajo, en las que participen las autoridades y voceros relacionados con la compensación familiar.

Y también debería pensarse en la creación de un fondo del subsidio familiar o en el establecimiento efectivo y la reforma del fondo de apoyo al empleo y de protección al desempleo adscrito al ministerio, que sin personería jurídica sirva de sustento financiero a gestiones del sistema y, en especial, a través del cual puedan arbitrarse los mecanismos de traslados de recursos entre cajas y de solidaridad externa que vayan estructurándose al interior de la compensación familiar.

En efecto, no se olvide que a través del artículo 81 de la Ley 21 de 1982 se estableció en el país el Consejo Superior del Subsidio Familiar, *"como entidad asesora del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en materia de subsidio familiar"*. Este estaba integrado por las siguientes autoridades:

1. *El Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado quien lo presidirá.*
2. *El jefe del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.*
3. *El Gerente de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero o su delegado.*
4. *El superintendente del Subsidio Familiar.*
5. *Cuatro (4) representantes de los trabajadores o sus respectivos suplentes.*
6. *Dos (2) representantes de los empleadores o sus respectivos suplentes.*
7. *Dos (2) representantes de las cajas de compensación familiar y sus respectivos suplentes.*

Sus funciones fueron establecidas por el artículo 84 de dicha ley y se expresaban en las siguientes:

1. *Asesorar al Gobierno Nacional en el estudio, formulación, coordinación, ejecución y evaluación de las políticas sobre subsidio familiar, en el marco de la política que adopte el Estado sobre seguridad social.*
2. *Sugerir normas y procedimientos para asegurar que las obras y los programas sociales de las cajas de compensación familiar se adecuen a las políticas nacionales de seguridad social y subsidio familiar y consulten el orden de prioridades señalado por la presente ley.*

3. *Sugerir los mecanismos y procedimientos apropiados para lograr la coordinación y acción conjunta de las cajas de compensación familiar en la planeación, programación y ejecución de los servicios sociales.*

4. *Formular sugerencias sobre los tipos de programas y las modalidades de prestaciones del subsidio respecto de los cuales convenga orientar los recursos de las cajas para conseguir la mejor protección de los trabajadores beneficiarios y las personas a su cargo.*

5. *Las demás que le señalen la ley y el reglamento”.*

No obstante, la existencia práctica de este consejo ha sido efímera y en la actualidad imperceptible, y se ha perdido en la maraña normativa y organizacional del sistema de la protección social.

Conviene señalar que, dentro de las funciones asignadas al Ministerio de la Protección Social a través del Decreto 205 de 2003, específicamente se incluyó una concerniente al sistema de compensación familiar. En efecto se trataba de la contenida en el numeral 5 del artículo 2° a cuyo tenor correspondía a esta cartera: *Definir, dentro del marco de sus competencias, las políticas en materia de subsidio familiar que se relacionen con los planes de desarrollo, planes y programas para obras y servicios sociales, necesidades básicas insatisfechas, límites a las inversiones, gastos administrativos y formación de reservas.*

Y respecto específicamente a las cajas de compensación familiar, el numeral 7 de dicho artículo preceptuaba a través de una redacción confusa que competía al Ministerio:

7. *Proponer la reglamentación, de la cesión de activos, pasivos y contratos y demás formas de reorganización institucional, como instrumento de liquidación o gestión de las cajas de compensación familiar o creación de las entidades correspondientes a través de las cuales las mismas realicen su objeto; así como toda clase de negociación de bienes de su propiedad.*

No obstante no se reconoció en la estructura del Ministerio dependencia específica alguna dedicada al manejo de la política del subsidio familiar y de los servicios sociales, ni tampoco se actualizó la vigencia del aludido consejo superior.

Por estas razones se aprecia en el sistema una falencia relacionada con la necesidad de clarificar y fortalecer del rol de rectoría que debe ejercerse respecto de él.

10. GESTIÓN FISCAL Y CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

La aplicación del control fiscal sobre el sistema de compensación familiar ha pasado por varias etapas durante la historia reciente, habiéndose entendido inicialmente que, por tratarse en el caso de la administración de recursos que los empleadores pagaban para el cubrimiento de una prestación social, sobre la misma no era procedente el reconocimiento de responsabilidades de tal índole ni intervención por parte de las contralorías.

El progresivo reconocimiento de la jurisprudencia y luego de la ley sobre el carácter de recursos parafiscales –aun cuando atípicos o especiales– de dichos aportes abrió el camino al ejercicio del control fiscal sobre la operación del sistema. Pero no se olvide que inicialmente el mismo se pretendió ejercer por conducto de las contralorías territoriales, habiéndose precisado a partir de la Ley 789 de 2002 sus alcances y la competencia de la Contraloría General de la República para ejercerlo.

En la actualidad se ha adoptado la guía de control denominada Audite y se han practicado visitas a las cajas de compensación familiar del país, entendiéndose ya en plena operación el ejercicio de dicho control bajo el supuesto que las cajas de compensación familiar ejecutan gestión fiscal por el manejo de los recursos públicos de la parafiscalidad a su cargo.

Como referente téngase en cuenta que en varios pronunciamientos jurisprudenciales se reconoció la competencia para el ejercicio del control fiscal por parte de las contralorías territoriales correspondientes a las regiones en las que actuaba la caja⁽¹⁶⁷⁾. En el mismo sentido se pronunció la Contraloría General de la República, instando a las contralorías territoriales a ejercer la vigilancia fiscal sobre las cajas del país, al reconocer su carácter departamental⁽¹⁶⁸⁾.

No obstante conforme lo previsto por el artículo 272 de la Constitución Política y por la Ley 42 de 1993, el ejercicio de las funciones de las contralorías territoriales se ejerce sobre quienes recauden, perciban, administren, dispongan, destinen, inviertan o gasten rentas y bienes públicos de carácter departamental, distrital o municipal. Y como los recursos parafiscales del sistema de compensación familiar por ninguna circunstancia son regulados ni definidos ni engrosan las haciendas públicas territoriales, dicha interpretación no se ajustaba al marco jurídico existente.

(167) Concepto 1.375 del 3 de diciembre de 2001, con ponencia del magistrado Augusto Trejos Jaramillo, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejo de Estado y sentencia del 11 de julio de 2002, con ponencia del magistrado Manuel S. Urueta Ayola, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

(168) Ver Concepto 0012047 del 27 de marzo de 2003, Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República.

Con la Ley 789 de 2002, artículo 20, quedó claro que la vigilancia sobre tales recursos corresponderá exclusivamente a la Contraloría General de la República, si bien excluyó a las cajas de compensación familiar de la obligación de pagar la tarifa de control fiscal a favor de esta.

Contra los incisos 2 y 3 del artículo 20 de la Ley 789 de 2002 se formuló demanda de inconstitucionalidad, en cuanto a la exoneración para las cajas de compensación familiar y las entidades promotoras de salud de cancelar contribuciones a la contraloría y al establecimiento de los principios de coordinación y economía para el desarrollo del control sobre las mismas, en virtud de los cuales toda información sobre su gestión debía solicitarse por conducto de las superintendencias Nacional de Salud y del Subsidio Familiar.

Se vulneraba a juicio del demandante el régimen constitucional de autonomía y ejercicio del control fiscal establecido para las contralorías (art. 268 C.N.) y la independencia del mismo, estableciendo limitaciones a las contralorías que la Constitución no previó.

Mediante la Sentencia C-655 de 2003, la Corte declaró exequible el inciso 2 del artículo 20⁽¹⁶⁹⁾, teniendo en cuenta que no puede aceptarse, como lo afirmaba el demandante y algunos de quienes intervinieron en el proceso, que excluir del pago de la tarifa de control fiscal a las EPS y a las cajas de compensación afectaba la autonomía presupuestal de los órganos de control fiscal, ya que el objetivo de la misma no era interferir ni afectar el manejo de los recursos a cargo de dichos entes.

Según lo señaló la jurisprudencia de aquella corporación, la autonomía presupuestal consiste en la facultad reconocida a la contraloría para manejar, administrar y disponer de los recursos previamente apropiados en la ley anual de presupuesto, el ejercicio de la contratación y la ordenación del gasto; facultad esta que nada tiene que ver, y en nada se relaciona, con la medida adoptada en la norma. Una cosa es beneficiar a un sector de la seguridad social con la exclusión del pago de la tarifa fiscal, y otra muy distinta que el organismo de control mantenga la competencia para administrar directamente los recursos que le sean asignados. Tratándose del segundo caso, no puede considerarse afectada la aludida competencia, pues ni las EPS ni las cajas de compensación familiar tienen incidencia en el manejo del Presupuesto General de la Nación, como sí lo ha-

(169) "... Corresponde a la Superintendencia del Subsidio Familiar, frente a los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar y a la Superintendencia Nacional de Salud frente a los recursos que administran las entidades promotoras de salud la inspección, vigilancia y control. Las entidades mencionadas, con el objeto de respetar la correcta destinación de los recursos de la seguridad social, conforme lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Nacional no estarán obligadas a cancelar contribuciones a las contralorías".

cen el Ejecutivo y el Congreso, ni intervienen en la administración de los presupuestos propios de las contralorías.

La tarifa de control fiscal busca garantizar la existencia de recursos y coadyuvar a mantener la autonomía de la Contraloría frente a los poderes públicos; por ser el control fiscal una función pública de obligatorio cumplimiento, el Estado tiene el deber de apropiar los recursos necesarios y de garantizar que los mismos ingresen al presupuesto de los órganos de control para que sean manejados por estos libremente, independientemente de cuál sea la fuente de los mismos o la vía de la que estos provengan. Recuérdese que la tarifa de control fiscal no es el resultado de una imposición constitucional, sino la consecuencia de una medida legislativa que, en ejercicio de su libertad de configuración política, puede ser reformada, modificada o derogada por el propio Congreso de la República.

En relación con el inciso 3 del artículo demandado⁽¹⁷⁰⁾, en la misma sentencia la Corte declaró inexecutable la norma allí consagrada por cuanto los criterios fijados en ella desconocían abiertamente la autonomía administrativa y jurídica que los artículos 267 y 268 de la Constitución Nacional le reconocen a la Contraloría General de la República⁽¹⁷¹⁾.

Coincidiendo con lo afirmado por la agencia fiscal, dijo la Corte que es cierto que los principios de coordinación, economía, eficiencia y celeridad llamados a gobernar la función pública (art. 209 C.N.) deben ser promovidos por el legislador en beneficio del interés general y buscando el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. No obstante, ello debe hacerlo con total y absoluto respeto de la estructura organizacional y funcional del Estado en los términos

(170) "Para efecto de las solicitudes de información que se deban tramitar por otros órganos de control diferentes a las entidades de supervisión señaladas, tendrán los siguientes principios:

"1. Coordinación interinstitucional. Conforme este principio, no se podrán modificar los reportes que hayan sido definidos por las superintendencias del ramo, en relación a la información o procedimientos que allí se contienen.

"2. Economía. No se podrá solicitar en forma duplicada información que se reporta a las entidades de control antes citadas. Para este efecto, los organismos de control que requieran información remitida a las superintendencias mencionadas, deberán solicitarla a estas últimas. Cuando se requieran controles permanentes o acciones particulares de inspección, vigilancia y control, deberá acudir a las Superintendencia de Subsidio y Salud, con el propósito de que se adelanten en forma coordinada".

(171) A juicio de la Corte Constitucional, si los artículos 267 y 268 de la Carta le asignan al Contralor General de la República el ejercicio de la gestión fiscal, otorgándole competencia para establecer la forma de rendir las cuentas e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados, es a ese organismo a quien en forma exclusiva y excluyente le corresponde actuar en ese campo, sin que pueda ser despojado del contenido de su atribución constitucional, por una disposición legal que condiciona el cumplimiento de la función a decisiones que previamente adopten otras autoridades.

de la Constitución Política, de manera que los mismos no puedan servir de excusa para darle un efecto contrario al sistema democrático, como es lo que ocurriría en el caso de mantener su vigencia la norma analizada. La autonomía que la Constitución Política reconoce a los organismos de control, cuyo objetivo es permitir que estos adelanten su gestión en forma libre e independiente, sin interferencias ni injerencias de otras autoridades, en ningún caso puede estar subordinada a las acciones u omisiones de la administración, ni tener un carácter supletivo frente a las funciones que corresponda cumplir a otras autoridades públicas. En este sentido, la colaboración armónica entre entidades del Estado a la que hace expresa referencia el artículo 113 de la Constitución debe entenderse aplicable en el contexto del respeto a las atribuciones que le han sido asignadas a cada una de ellas; esto es, en aplicación al principio de separación de funciones, propio del Estado de derecho.

En relación a la pertinencia del control fiscal sobre la operación de las cajas de compensación familiar, la Sentencia C-655 de 2003 de la Corte Constitucional reconoció que los recursos que recaudan aquellas corporaciones para el reconocimiento y pago del subsidio familiar son recursos de la seguridad social, que tienen el carácter de recursos parafiscales, cuya vigilancia corresponde a la Contraloría General de la República, aunque tales entidades no estén obligadas a pagar a favor de la Contraloría tarifa de control fiscal.

En lo que respecta al alcance del control fiscal sobre la operación de las cajas de compensación familiar y como lo ha expresado el profesor Jorge Enrique Ibáñez Najar, aquel no puede cumplirse en la misma forma que se ejerce o se aplica para cualquier entidad pública.

En efecto, como las cajas administran recursos públicos de naturaleza especial pero no tienen a su cargo funciones públicas –a diferencia de, por ejemplo, lo acontecido con las cámaras de comercio–, los recursos que recaudan y administran dichas entidades privadas se aplican únicamente para el cumplimiento de los precisos y taxativos fines previstos por la ley y no se comprometen en el ejercicio de funciones públicas que el ordenamiento jurídico no les ha atribuido. Esto es, las cajas sólo tienen por atribución recaudar y administrar los recursos parafiscales sin que en su ejercicio cumplan funciones públicas ni sus directivos y trabajadores las ejerzan, excepto en nuestro concepto, en el desarrollo de algunos roles que por excepción implicarían tal desempeño.

“En consecuencia de lo anterior, el control fiscal solo debe versar sobre los recursos parafiscales sui generis, que son los recursos públicos que recaudan las cajas de compensación familiar y no puede cumplirse o ejercerse un control sobre el patrimonio de las cajas de compensación o sobre los demás ingresos que recaudan como personas jurídicas de derecho privado. A su vez, los sistemas de control solo se deben aplicar en cuanto se refiera al recaudo y administración de los recursos sin consideración alguna a su apli-

cación en ejercicio de funciones públicas que las cajas de compensación no ejercen, pues la ley no les ha atribuido el ejercicio de las mismas. Por lo demás, el control debe ser posterior y selectivo⁽¹⁷²⁾.

Por su parte, el criterio de aplicación del control fiscal sobre las cajas de compensación familiar fue reiterado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado cuando sostuvo que, como quiera que los recursos parafiscales que administran aquellas son recursos públicos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social, aunque sean de carácter extrapresupuestario, la competencia para ejercer el control fiscal sobre los mismos le corresponde a la Contraloría General de la República, como máximo órgano de control fiscal⁽¹⁷³⁾.

(172) Posición expuesta por Jorge Enrique Ibáñez Najar en foro organizado por Asocajas y contenida en documentos de la Asociación para consideración pública.

(173) "Atendiendo la naturaleza de las cajas de compensación familiar –personas jurídicas de derecho privado– y de los recursos públicos –parafiscales– que estas administran, resulta claro que de acuerdo con previsto en el artículo 272 superior, y en los artículos 3° y 65 de la Ley 42 de 1993; 105 y 109 del Decreto 1421 de 1993; 165 de la Ley 136 de 1994 y 1° y 9° de la Ley 330 de 1996, las contralorías territoriales no son competentes para vigilar la gestión fiscal de las cajas.

"Ahora bien, sobre la aplicación del artículo 28 de la Ley 42 de 1993 (que dispone que la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades que administren o manejen contribuciones parafiscales será ejercida por los respectivos órganos de control fiscal, según el orden al que estas pertenezcan) en relación con el control fiscal de recursos parafiscales que administran las cajas de compensación familiar, esta sala considera que:

— El nivel de los órganos competentes para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades públicas encargadas de la administración y manejo de contribuciones parafiscales se determina por el orden al que estas pertenezcan, dentro de la organización administrativa-territorial de Estado.

— Las Cajas de Compensación Familiar, como se explicó en la primera parte de este concepto, por su carácter eminentemente privado, no pueden pertenecer a un nivel dentro de la estructura del Estado, con lo que se desvirtúa uno de los presupuestos previstos en el artículo 28 de la Ley 42 de 1993, para atribuirles, a las contralorías departamentales o municipales, el control sobre los recursos parafiscales que ellas administran.

— El ámbito territorial o radio de acción geográfica donde ejerce su actividad de afiliación cada caja de compensación familiar no responde a ninguno de los criterios constitucionalmente previstos y desarrollados en la ley para atribuirles el control fiscal a las contralorías territoriales.

"Así las cosas, como quiera que los recursos parafiscales que administran las cajas de compensación son recursos públicos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social, fruto de la Soberanía del Estado, aunque sean de carácter extrapresupuestario, considera esta Sala que la competencia para ejercer el control fiscal sobre los mismos le corresponde a la Contraloría General de la República, como máximo órgano de control fiscal, y en este sentido se modifica la doctrina contenida en el concepto 1375 de 2001.

"En efecto, a partir del origen y la naturaleza pública de los recursos parafiscales que administran las cajas, del órgano que los crea (art. 150, num. 12, C.N.) y su pertenencia al Sistema de Seguridad Social, en tanto son gravámenes impuestos por el legislador a un sector determinado –el del trabajo–, que no pertenecen a las cajas, ni a los trabajadores

Como consecuencia de lo expuesto, la Contraloría General de la República, mediante la Resolución Orgánica 6001 de 2008, publicada en el Diario Oficial 47.169 del 10 de noviembre de 2008, por la cual se sectorizan y categorizan los sujetos de control fiscal y se asigna la competencia para la vigilancia de su gestión fiscal a las Contralorías Delegadas para la Vigilancia Fiscal conforme lo previsto por el Decreto Ley 267 de 2000, sectorizó y categorizó a las cajas de compensación familiar dentro del Subsector de la Protección Social, resaltando como sede principal de la caja para tal efecto el municipio en el cual desarrolla sus actividades y tiene asentado su domicilio.

Así mismo, en dicha resolución, las cajas de compensación familiar fueron incluidas en de la Categoría "C" como sujetos de control fiscal y en de las subcategorías 1, 2 y 3.

En 2009 la Contraloría General de la República realizó auditoría sobre 24 de las 46 cajas de compensación familiar existentes entonces a partir de un concepto de auditoría integral (control de legalidad, financiero y de gestión) que incluyó la evaluación a la administración (recaudo, distribución, inversión y aplicación) de los recursos parafiscales puestos a disposición de dichas corporaciones.

Los resultados de ese proceso se expresaron en el documento "La política pública y el control fiscal de la parafiscalidad en los sectores laboral y de seguridad social colombianos" contenido en el Informe Social 2010 que se sometió a consideración del Congreso de la República. Entre las conclusiones de dichas auditorías se señalan las siguientes:

"Como resultado de los procesos de auditoría, se establece que el 88% de las cajas de compensación familiar cumplen con los principios de eficiencia, eficacia, economía y equidad y el 12% cumplen parcialmente con estos principios.

"En términos generales, las CCF se han ajustado a los porcentajes de distribución establecidos por la normatividad vigente, lo que se evidencia en las fuentes de los fondos de destinación específica y los disponibles para el pago de la cuota monetaria. Esta, en general, la pagan a los beneficiarios que cumplen con los requisitos establecidos en la ley y de acuerdo con las modalida-

(Cont. nota 174)

o empleadores, ni a las entidades territoriales, el organismo llamado a ejercer la vigilancia de los mismos es la Contraloría General de la República, que en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 267 de la Carta, representa los intereses colectivos involucrados en la defensa del patrimonio público, considerado este como el conjunto de recursos con que el Estado cuenta para cumplir con sus deberes sociales (art. 48 C.N.)" (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 11001-03-06-000-2006-00073-00 1763 del 15 de agosto de 2006).

des de abono en la tarjeta, que se entrega para identificarse y acceder a los servicios sociales, giro de cheques, y abono en cuenta de grandes empresas que se encargan de entregar el dinero a los trabajadores o que se encuentran en localidades diferentes a la sede principal de la caja.

“En la mayoría de las cajas se presentan excedentes de los recursos apropiados para cuota monetaria, en razón a que no todos los trabajadores afiliados cuentan con beneficiarios que tengan derecho a este subsidio en dinero. De acuerdo con lo establecido en el Decreto 1769 de 2003, cuando una caja de compensación familiar después de pagar las cuotas monetarias que le corresponden no supere el porcentaje obligatorio del 55%, la diferencia con respecto a la cuota de referencia será girada a las cajas de compensación familiar cuyo porcentaje sea inferior a la cuota de referencia, con el objeto de lograr la cuota monetaria equitativa al interior de cada departamento, teniendo en cuenta los criterios de ingresos, cociente y nivel de desarrollo socioeconómico de los mismos. Esta transferencia entre cajas es determinada por la Superintendencia de Subsidio Familiar a través de acto administrativo, o los excedentes del 55% apropiados para cuota monetaria serán destinados para aumentar los subsidios en los programas de inversión social de la misma caja”.

El balance final de dicha auditoría integral y general al sistema fue satisfactorio, teniendo claro hoy la sociedad que lo concerniente a la gestión sobre los recursos parafiscales por concepto de aportes del 4% que recaudan y administran las cajas de compensación familiar cuenta con la validación y vigilancia de la Contraloría General de la República.

11. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO AL SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

Especial reflexión merece el relacionamiento del sistema de compensación familiar y sus operadoras las cajas de compensación con la aplicación de las normas que constituyen el régimen disciplinario en Colombia, en particular al considerar la adopción del Estatuto Anticorrupción contenido en la Ley 1474 de 2011. Téngase en cuenta el tránsito ocurrido en cuanto respecta al ejercicio de control fiscal sobre la gestión de dichas corporaciones, sin perjuicio de las responsabilidades que como administradores compete a quienes ejercen la dirección y representación de ellas, en los términos de la Ley 222 de 1995, particularmente de su artículo 13:

Se aplicarán, en lo pertinente a los miembros de juntas o consejos directivos, revisores fiscales y gerentes o directores administrativos de las cajas o asociaciones de cajas, los artículos 62, 157, 200, 211, 214, 216, 255, 292 del Código de Comercio. La imposición de las sanciones que

puedan derivarse del presente artículo, que no revistan carácter penal, corresponderá a la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Es preciso partir de recordar la naturaleza de las cajas, de sus administradores y de los recursos que administran. De conformidad con lo establecido por el artículo 39 de la Ley 21 de 1982, las cajas de compensación familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones que cumplen funciones de seguridad social, sometidas al control y vigilancia del Estado. A juicio de la Corte Constitucional, tales entidades gozan de autonomía de rango constitucional, en su condición de organizaciones no gubernamentales, conforme lo establecido por el artículo 103 de la Carta Política⁽¹⁷⁴⁾.

Como se ha dicho son las cajas organizaciones privadas, ubicadas dentro de la sociedad civil, a las que no les cabe calificación como entidades semipúblicas, mixtas o sui géneris. Como particulares prestan colaboración al Estado en el cumplimiento del cometido público de la seguridad social⁽¹⁷⁵⁾, ejecutando actividades de interés general y en algunas oportunidades funciones de naturaleza administrativa, así como el servicio público de la salud, cuando cuentan con programas como entidades promotoras de salud (EPS) a su cargo.

Téngase entonces como principio general que, en su carácter de particulares y no necesariamente por el hecho de tener a su cargo la prestación de un servicio público, se les atribuya autoridad o poder público. Son las cajas, como se ha visto, gestoras de actividades de interés general y tareas de servicio público; la administración de jardines, la prestación de servicios deportivos y de recreación, el reconocimiento de subsidios a cargo de los empleadores en dinero, especie o servicios, no las convierte en entidades semipúblicas ni les confiere potestad pública. Sin perjuicio de lo anterior, las cajas por su operación se someten a un régimen de inspección, vigilancia y control y pueden, en ciertos casos, actuar a nombre del Estado en ejercicio de función administrativa, como adelante se verá, cuando, por ejemplo, liquidan una contribución parafiscal y la cobran o cuando reconocen un subsidio estatal en materia de vivienda como entidades otorgantes⁽¹⁷⁶⁾.

(174) Ver Sentencia C-575 de 1992, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero.

(175) "En cuanto el régimen de seguridad social se erige como un servicio público, debe deducirse que el subsidio familiar también lo es [...]"

"... el subsidio familiar (L. 21/1982) es una especie del género de la seguridad social, que ostenta la doble naturaleza de servicio público mediante el cual se realizan los fines esenciales del Estado (arts. 2º, 48, 365 y 366, C.N.) y de derecho garantizado a todos los habitantes..." (Sentencia T-586 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo).

(176) Se entiende por subsidio de vivienda un aporte estatal en dinero, otorgado por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución por parte de este, como complemento a su ahorro para facilitarle la adquisición, construcción o mejoramiento de una solución de vivienda de interés social (art. 2º, num. 2.1, D. 975/2004).

Como se aprecia, la complejidad y multifuncionalidad de dichas corporaciones invita a realizar una consideración particular de su obrar, sin que sea equivalente o generalizable una definición en cuanto al carácter de sus tareas, pues bien distinta es la operación de un centro vacacional a la prestación de un servicio de salud.

Entre los más mencionados criterios para definir lo que se entiende por función pública se resaltan el orgánico y el material. En virtud de aquel, corresponde la función pública a una rama del poder público o a un órgano del Estado, por ser propia la función de estos. Según el criterio material, dicha función será la regulada como tal en norma jurídica que atribuye a quien la ejerce un conjunto de facultades y responsabilidades que lo colocan en una situación de poder público o jerarquía frente a los administrados.

Es claro que los particulares que prestan un servicio público no forman por ese hecho parte de un esquema jerárquico, en cuya cúspide se ubique una autoridad que les imparta órdenes o instrucciones. Las cajas de compensación familiar al prestar el servicio público de la seguridad social no necesariamente ni siempre en su obrar ejercen función administrativa⁽¹⁷⁷⁾.

Los administradores de las cajas de compensación familiar, por su parte⁽¹⁷⁸⁾, comparten la naturaleza privada de aquellas; son particulares que, a nombre de la corporación, ejecutan actividades para el servicio público de la seguridad social y el cubrimiento de la prestación social subsidio familiar. Es claro que, a partir de la Constitución Política de 1991, algunas normas han asimilado los particulares a servidores públicos para efectos de atribuirles responsabilidades penales y disciplinarias. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha venido precisando dicha asimilación, para evitar efectos nocivos y generalizadores.

Por ejemplo, la Corte Constitucional condicionó la aplicación de efectos penales como servidores públicos a particulares, bajo el entendido que realmente aquellos asuman el ejercicio directo de función pública⁽¹⁷⁹⁾, no asimilable, se precisa, a servicio público. En materia disciplinaria dijo la Corte:

“El régimen disciplinario no puede ser aplicado a los particulares que prestan sus servicios al Estado, pues no se presenta una relación de sujeción o supremacía entre la Administración y la persona aludida [...] La ley debe precisar

(177) Excepto, en nuestro concepto, cuando otorgan los subsidios de vivienda de interés social y liquidan y cobran aportes parafiscales.

(178) Esto es, quienes ejercen la representación de las corporaciones llevan su dirección o la comprometen como factores de comercio en los términos de la Ley 222 de 1995.

(179) Sentencia C-286 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

las faltas y el procedimiento disciplinario a quienes ejerzan funciones públicas de manera permanente (árbitros, notarios)⁽¹⁸⁰⁾.

Según concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Luis Camilo Osorio, se consideró inaplicable a las cajas y a sus administradores el régimen disciplinario contenido en la Ley 200 de 1995.

En cuanto atañe a la naturaleza de los recursos bajo administración de las cajas, la ley y la jurisprudencia les ha reconocido el carácter de parafiscales atípicos. Pese a ello, la misma Corte Constitucional ha reconocido que tales recursos no son del Estado, atribuyéndolos al sector de los trabajadores:

“Los recursos de las cajas no son propiedad privada del empleador ni de los trabajadores en particular, sino del sector de los trabajadores remunerados [...] la propiedad de estos recursos, así como su administración, a diferencia de lo que sucede con el Fondo Nacional del Café, no pertenece al Estado y en consecuencia no media al respecto un contrato entre la Nación y la entidad...”⁽¹⁸¹⁾.

Así las cosas, las cajas de compensación familiar son personas jurídicas privadas, administradas por particulares, que prestan servicios en el ámbito de la seguridad social y la protección laboral, sin imposición de autoridad por regla general y que manejan recursos parafiscales especiales que pertenecen al sector de los trabajadores.

Como antecedentes normativos al Código Disciplinario Único adoptado por la Ley 734 de 2002, se cuentan las leyes 13 de 1984, 190 de 1985 y 200 de 1995, así como el Decreto 482 de 1985.

En el referido estatuto se consagra a través de su libro III, artículos 52 a 56, un régimen especial de aplicación a particulares, en virtud del cual estos son sujetos disciplinables en los siguientes casos:

- a) Cuando cumplan funciones de interventoría en los contratos estatales.
- b) Cuando ejerzan funciones públicas en lo que tiene que ver con estas.
- c) Cuando presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política⁽¹⁸²⁾.

(180) *Ibidem*.

(181) Sentencia C-575 de 1992.

(182) “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

d) Cuando administren recursos del Estado, salvo las empresas de economía mixta.

En los términos del artículo 277 de la Carta Política, las funciones de la Procuraduría General de la Nación recaen sobre el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas y de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, sin que se incluya legalmente el ejercicio de control disciplinario adicional frente a particulares, respecto de los cuales puede sí exigirse la información que considerase necesaria en el desarrollo de su misión institucional.

De conformidad con el análisis hecho, se concluye que hasta el 2011 las cajas de compensación familiar y sus funcionarios no estaban sometidos en principio al ejercicio de control disciplinario y, por ende, resultaban excluidos de la aplicación del Código Disciplinario Único, por cuanto se trataba de particulares no investidos de autoridad pública que no cumplen en desarrollo de su tarea dentro de la seguridad social funciones públicas administrativas que entrañen ejercicio de autoridad, como administradores de recursos especiales del sector de los trabajadores⁽¹⁸³⁾.

El anterior principio tenía como excepción el caso de actividades de las cajas que pudieran encuadrarse bajo los parámetros de la función administrativa o la prestación de un servicio público en los términos del artículo 366 de la Constitución, por mandarlo así el artículo 52 de la Ley 734 de 2002. En efecto, cuando se cumple una función pública como la liquidación de una contribución parafiscal o el otorgamiento de un subsidio de vivienda, o en los casos de administración del sistema de seguridad social en salud, estábamos en presencia de hipótesis en las cuales se extendería el control disciplinario exclusivamente en cuanto se refiere al ejercicio de dichas actividades.

Para la operación general de las cajas, no se olvide, ejercida en forma autónoma por mandato constitucional y legal, el Estado ha diseñado una serie de controles de orden interno y externo, bajo el criterio general del régimen de inspección, vigilancia y control a cargo del Presidente de la República y ejercido a través de la Superintendencia del ramo, en cuya ejecución se radica una potestad administrativa sancionatoria, distinta del poder disciplinario.

El control sobre las actuaciones de las cajas de compensación familiar, sus directores, consejeros, administradores y funcionarios corresponde ejercerlo a la Superintendencia del Subsidio Familiar, entidad administrativa que está habilitada para imponer sanciones a aquellos. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades que les resulta aplicable, por su parte, contempla efectos sancionatorios respecto de conductas en que incurran, las cuales pueden llegar hasta el retiro de la corporación correspondiente y la inhabilidad –interdicción– para

(183) Ver sentencia Corte Constitucional C-181 de 2002.

ejercer cargos dentro de entidades del sistema de subsidio familiar y de orden político conforme lo prescrito por la Ley 789 de 2002. Es decir, por mandato de la ley, existe un régimen disciplinario propio.

Pero a más de lo expuesto, no se puede perder de vista que al interior de las cajas se aplican a plenitud las disposiciones laborales, en particular en cuanto atañe a la existencia de reglamento interno de trabajo, a partir de las cuales proceden sanciones a los funcionarios que en ellas laboran.

La Ley 789 de 2002 obligó, además, a las cajas a contar con un código de buen gobierno, instrumento por el cual habrán de regularse los principios y pautas de comportamiento, tanto de la institución como de las personas a ella vinculadas.

Pese a todo lo anterior que consideraba una tesis restringida en cuanto a la vigencia del Código Disciplinario Único para el sistema de compensación familiar, en el Estatuto Anticorrupción adoptado por medio de la Ley 1474 de 2011 se materializó una profunda reforma en cuanto a la extensión del régimen disciplinario, como consecuencia de escándalos de corrupción que afectaron gravemente la institucionalidad nacional, si bien no relacionados con el sector.

En efecto, conforme lo dispuesto por el artículo 44 de dicha norma, que modificó el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, se dispone que el ejercicio de la función disciplinaria a cargo del Ministerio Público se extienda a los particulares que administren recursos públicos, entre ellos los de carácter parafiscal, categoría en la que se ubican sin duda las cajas de compensación familiar y las demás operadoras de la seguridad social^[184].

(184) "ART. 44.—**Sujetos disciplinables.** El artículo 53 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

"El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

"Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

"Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

"No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

"Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la junta directiva".

Se concluye que en lo que se derive y relacione con la gestión de actividades a cargo de las cajas de compensación familiar financiadas contra recursos del aporte patronal del 4% procede la vigilancia disciplinaria por parte del Ministerio Público y la responsabilidad tal de las cajas, constituyéndose estas corporaciones en sujetos disciplinables, a través de sus representantes legales o de los miembros de sus consejos directivos como directos responsables de la gestión institucional para efectos de la aplicación de dicho régimen.

12. CAJAS DE COMPENSACIÓN Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Conforme se ha expuesto la ejecución del servicio público a cargo de aquellas y de las demás actividades desplegadas por las cajas de compensación familiar no implica en todos los casos el desarrollo de función pública ni de roles regidos bajo los preceptos de la función administrativa.

A nuestro juicio tareas tales como la liquidación de aportes, la decisión de afiliación o el reconocimiento de subsidios ameritan la revisión en cuanto al despliegue de funciones de orden administrativo y por ende reclaman la aplicación de los postulados sobre el desempeño de dicho rol, por lo menos en tanto se estructura adecuadamente el régimen propio de los actos de la seguridad social.

La expedición de la Ley 1437 de 2011 que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo incorpora un elemento de juicio adicional sobre la materia.

El artículo 2° de la Ley define el ámbito de aplicación de dicha normativa y prescribe:

Ámbito de aplicación. *Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del Poder Público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.*

En lo que se refiere al derecho de petición, el artículo 33⁽¹⁸⁵⁾ de la mencionada ley establece en forma expresa para las cajas de compensación familiar y para las demás entidades del sistema de seguridad social integral, la aplicación de las

(185) "ART. 33.—**Derecho de petición de los usuarios ante instituciones privadas.** Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, a las Cajas de Compensación Familiar, y a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, que sean de carácter privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, las disposiciones sobre derecho de petición previstas, en los dos capítulos anteriores".

disposiciones que los capítulos primero y segundo del título II de aquella contienen en relación con el régimen aplicable a las autoridades públicas, con lo cual se acerca aún más la operación del sistema a un modelo público de actuación.

13. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

En la siguiente tabla se especifican las principales sentencias que a nuestro juicio se refieren al sistema de compensación familiar en Colombia:

Tabla 8
Sentencias de la Corte Constitucional sobre el sistema de compensación familiar

Fallo	Ponente	Materia
32 de 1987 CSJ	Fabio Morón	Naturaleza especialísima de las cajas de compensación familiar.
C-575 de 1992	Alejandro Martínez	VI5. Habilitación uso recursos del sistema para VI5, también para no afiliados. Noción de parafiscalidad. Solidaridad vertical y horizontal en el sistema de compensación familiar. Patrimonio del sector trabajo. Democracia participativa fundamento del sistema. Cajas como ONG.
C-149 de 1994	Eduardo Cifuentes	Vinculación de pensionados bajo modalidad facultativa. Validez. Subsidio familiar como servicio público. Autonomía del legislador para definir el servicio. Extensión de los servicios sociales.
C-508 de 1997	Vladimiro Naranjo	Comcaja. Naturaleza de los recursos parafiscales. Historia del subsidio familiar y carácter redistributivo del sistema. Triple condición del subsidio. Subsidio y función pública. Validez del régimen especial de Comcaja.
C-559 de 2001	Jaime Araújo	Invalidez de exigir condición de ser especial el centro educativo en donde se ubique al discapacitado para obtener doble cuota de subsidio monetario.
C-1173 de 2001	Clara Inés Vargas	Validez del pago del subsidio en especie y servicios. Subsidio familiar: prestación social, mecanismo de redistribución, función pública. Origen del subsidio en la protección de la familia. Parafiscalidad atípica. No derecho subjetivo sobre el aporte al sistema.
C-315 de 2002	Marco Gerardo Monroy	Régimen del subsidio familiar para la fuerza pública. Condiciones de su operación. Igualdad.
C-655 de 2003	Rodrigo Escobar	Control fiscal sobre las cajas de compensación familiar. Competencia de la Contraloría General de la República. Validez de la exoneración en el pago de contribución a la Contraloría a favor de cajas de compensación familiar y EPS.

Fallo	Ponente	Materia
		Invalidez de fijar principios que afectan autonomía de la Contraloría General de la República. Parafiscalidad. Recursos de la seguridad social.
C-658 de 2003	Alfredo Beltrán	Exequibilidad de la Ley 789 de 2002 por vicios de forma.
C-015 de 2004	Manuel José Cepeda	Validez del establecimiento de inhabilidad política para directores y subdirectores de cajas de compensación familiar. Condicionamiento de las normas, ajustándolas a los preceptos constitucionales.
C-781 de 2003	Clara Inés Vargas	Constitucionalidad del artículo 29 de la Ley 789 de 2002.
C-038 de 2004	Eduardo Montealegre	Validez del artículo 1º y 29 de la Ley 789 de 2002 y reducción de derechos laborales.
C-1036 de 2003	Clara Inés Vargas	Derecho al mínimo vital. Fundamento del subsidio por desempleo. Seguridad material en el Estado social de derecho.
C-341 de 2007	Humberto Sierra	Actividades que realizan las cajas de compensación familiar. No todas corresponden a seguridad social. Sobre algunas actividades es predicable la imposición tributaria. Referencia al sistema de subsidio familiar por la Ley 100 de 1993. Improcedencia de la inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa en régimen tributario para cajas de compensación familiar.
C-393 de 2007	Manuel José Cepeda	Validez de la diferencia de tratamiento en cuanto a recursos del Fonede entre desempleados con y sin vinculación anterior al sistema de subsidio familiar. Validez en cuanto al señalamiento de prioridad para grupos de desempleados (artistas, escritores, deportistas). El Gobierno debe responder por los subsidios de los desempleados sin vinculación anterior cuando se agoten los recursos de las cajas de compensación familiar. Fondo del Ministerio de la Protección Social.
C-337 de 2111	Jorge Ignacio Pretelt	Exequibilidad condicionada del literal c) del numeral 6 del artículo 6º de la Ley 1221 de 2008, siempre y cuando se entienda que la protección en materia de seguridad social a favor de los teletrabajadores también incluye el sistema de subsidio familiar, de conformidad con la ley.
C-629 de 2011	Huberto Sierra Porto	Exequibilidad del artículo 5º de la Ley 1429 de 2010 en cuanto a la progresividad de los aportes y beneficios en el caso de medianas empresas cobijadas por el régimen especial para la promoción del empleo y la formalidad.
T-586 de 1999	Vladimiro Naranjo	Cajas de compensación familiar y servicio público. Procedencia de la tutela respecto a particulares. Conexidad con igualdad. Noción de hijastro en unión marital de hecho. Invalidez de criterio de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Fallo	Ponente	Materia
T-912 de 2002	Manuel José Cepeda	Derecho de petición ante cajas de compensación familiar. Procedencia cuando aquellas prestan un servicio público o ejercen autoridad o en conexidad con un derecho fundamental (petición como medio del derecho).
T-712 de 2003	Jaime Córdoba	Fundamentalidad del derecho al subsidio familiar. Los recursos del subsidio son de la familia. Ejercicio de función pública. Cajas de compensación familiar administran recursos públicos. Protección a los menores de edad.
T-713 de 2004	Rodrigo Uprimny	Subsidio como derecho fundamental respecto de menores. Retardo en el pago de aportes (no derecho fundamental directo). Línea con sentencias T-223 de 1998, Vladimiro Naranjo, y T-753 de 1999, Alejandro Martínez.
T-232 de 2005	Jaime Araújo	Distribución de recursos del Fonode. Inconstitucional asignar menos recursos del fondo a quienes no han tenido vinculación laboral previa. Inoportunidad de la acción de tutela. Hecho superado.

CAPÍTULO X

Comentarios y críticas al sistema de compensación familiar

Conviene, para dar una mirada al futuro del sistema de compensación familiar en Colombia, repasar así sea someramente algunas de las críticas que se formulan respecto de su organización, operación y financiación, para considerar con el rigor debido las observaciones que desde diferentes frentes se formulan a una institucionalidad que, como se ha dicho, constituye un patrimonio colectivo en Colombia y cuyo desarrollo y fortalecimiento se aprecian como de alto interés público, a partir de los ajustes que fueren del caso.

Una circunstancia histórica que se comentó y que tiene que ver con el origen moderno del sistema muestra cómo las cuestiones relacionadas con él han estado en el debate público. En efecto, no puede olvidarse que, con antelación a que se expidiera la Ley 21 de 1982, Colombia entró en un análisis crítico sobre el funcionamiento de las cajas de compensación familiar, testimonio de lo cual es el desarrollo legislativo previo que se dio durante tres años, la adopción de normas que antecedieron a la mencionada ley y las reflexiones públicas vertidas en medios de comunicación, de las cuales es fiel reflejo la publicación que hiciera Alberto Donadío titulada *El espejismo del subsidio familiar*.

El crecimiento de las cajas de compensación familiar era evidente y la incursión en la prestación de servicios sociales luego del proceso de capitalización del sistema durante dos décadas las hacía blanco de revisión y, en cierta forma, de desconfianza.

Así las cosas, es paradójico que antes de la Ley 21 se hubieran expedido la Ley 25 de 1981 por la cual se crea la Superintendencia del Subsidio Familiar y el Decreto 2463 de 1981 que contiene el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable al sistema.

Refundado modernamente el mismo y ante el impacto de los ajustes institucionales en el país de la década de los noventa, las pretensiones de política pública se orientaron no directamente a su desmonte sino a la redefinición de sus funciones y recursos, a través de medidas de intervención que, manteniendo el rol de las cajas de compensación familiar, reenfochan paulatinamente su operación a otros frentes de trabajo.

A las amenazas constantes que desde finales del siglo pasado se ciernen sobre la continuidad del sistema, en especial en cuanto a su esquema de financiación, se responde mediante un cierto esquema de acuerdo político, a través del expediente que consiste en crear fondos especiales que bajo administración de las propias cajas atiendan las prioridades que el Gobierno de turno fije, sin hacer a un lado las funciones tradicionales de la compensación familiar, pero sí con una evidente reformulación operativa y funcional, que puede terminar impactando aquellas.

Con la misma estructura y con los mismos recursos, se le atribuyen al sistema más funciones, ampliándose su radio de acción y por ende el relacionamiento con nuevas poblaciones cubiertas.

Las principales críticas que se formulan al sistema podemos sintetizarlas a través de los siguientes argumentos, expresados en una línea histórica.

1. INEFICIENCIA

No obstante el reconocimiento por seis décadas de un ingreso obligatorio y permanente a favor de las instituciones del sector, estas no pueden subsistir si el mismo se elimina.

Durante 2008 la Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social (CODESS) ejecutó un estudio sobre el impacto que tendría en las cajas de compensación familiar la reducción o eliminación del aporte obligatorio con el que financian en buena medida su operación⁽¹⁾.

Dentro de las principales conclusiones del mismo se citan las siguientes:

a) De tomarse la decisión de disminuir un solo punto porcentual el aporte al SSF, manteniendo los gastos realizados con ese aporte tal y como se otorgan actualmente, los resultados de las CCF de todas las zonas, incluyendo la de Bogotá, darían pérdidas y no utilidades.

b) Para obtener utilidades y no pérdidas al disminuir en uno o varios puntos porcentuales el aporte al SSF e incluso desmontarlo sin dejar de otorgar los servicios que actualmente se brindan con ese aporte, las CCF tendrían que aumentar de manera significativa los ingresos que le siguen en importancia al percibido por el aporte al SSF.

(1) Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social (CODESS). "Análisis sobre el impacto a las cajas de compensación familiar que generaría la eliminación o reducción de la aportación obligatoria del 4% en el sistema de subsidio familiar". Documento interno de trabajo, 2008, Bogotá (elaborado por Klaudia Rosado Báez como investigadora principal).

c) De desmontar totalmente el SSF, es decir quitar el aporte del 4% y no otorgar los servicios que se dan con ese aporte, la mayoría de las CCF serían autosostenibles, siempre y cuando se mantuviera o incrementara el número de personas que demanden los bienes y servicios que proveen.

d) De tomarse la decisión de desmontar totalmente el sistema del subsidio familiar, los ingresos y egresos más importantes hubieran sido casi iguales a los descritos en la sección VIII.1.2.2, al analizar el mismo escenario pero para el período 2000-2007:

— En la Costa Atlántica, el Centro Oriente, el Centro Occidente y la Amazonía, el ingreso más importante sería el ingreso por salud y el gasto más significativo hubiera sido el costo por salud.

— En la zona de Bogotá, el ingreso más importante seguiría siendo el percibido por mercadeo y de los egresos sería el costo del mismo.

— En el caso de la región Orinoquía, el ingreso más significativo también resultó que sería el ingreso por servicios sociales, pero en esta ocasión el egreso más importante resultó el costo mercadeo.

e) Sería útil realizar un análisis dentro de las zonas para ver qué cajas de compensación son las más débiles financieramente hablando y así considerar la posibilidad de alianzas o fusiones entre cajas de la misma zona o seguir fomentando alianzas estratégicas entre cajas o con otro tipo de entidades, permitiendo tanto integración vertical como horizontal.

Pero igualmente se señala que la inexistencia de un sistema real e integrado de compensación familiar —pues la operación sigue siendo particular por cada corporación y en alguna medida dispersa— impide el aprovechamiento de las condiciones de la economía de escala y genera profundas asimetrías respecto de las diferentes operadoras, entre las cuales existen importantes diferencias operativas y de servicio.

Así mismo, el reconocimiento de costos fijos de administración para el funcionamiento de las cajas de compensación familiar enmascara problemas de eficiencia, pues se pueden cargar costos reales administrativos más allá del porcentaje máximo, a los costos operacionales. De hecho en algunas ocasiones estos mismos terminan trasladándose a los usuarios del servicio, con el encarecimiento en tarifas que ello puede generar.

Altos costos de operación que se presentan en el funcionamiento de las cajas de compensación familiar y dependencia de aquellas respecto a los aportes, pese a más de 50 años de funcionamiento bajo ese esquema de financiación, son reflejo de las condiciones de ineficiencia del sistema, dicen algunos críticos.

2. INEQUIDAD

Este argumento se sustenta tradicionalmente en dos reflexiones. La primera tiene que ver con la asignación de recursos públicos para subsidios, en el caso provenientes de contribuciones parafiscales, a la financiación de familias que cuentan con ingresos de hasta 6 salarios mínimos legales mensuales. En un país como Colombia en el cual se registran cifras importantes de pobreza, la distribución de aquellos recursos a hogares no pobres se constituye en un mecanismo inequitativo, que no cumple con los propósitos de focalización que las políticas sociales demandan y que termina siendo regresivo. De hecho, luego del sistema pensional, el sistema de compensación familiar es aquel de la seguridad social en el que en mayor medida se emplean recursos para subsidiar poblaciones de medianos y altos ingresos. Recursos públicos que deberían emplearse en la atención prioritaria de acciones sociales para combatir la pobreza terminan incrementando ingresos de hogares no pobres.

De otro lado se argumenta que las cajas de compensación familiar por sus asimetrías prestan diferentes servicios en los departamentos del país, así como carecen de suficiente capacidad para homologar el acceso a beneficios entre ciudades y municipios del mismo departamento, para no hablar de la distancia existente entre los servicios de que disfrutaban los trabajadores urbanos respecto de los trabajadores rurales.

Esa diversidad de atenciones promueve la inequidad regional y es inadmisibles en cuanto respecta al cubrimiento de una prestación de la seguridad social, que por esencia debe ser homogénea o debe mantener directa relación con condiciones objetivas de los beneficiarios.

Se habla entonces de inequidad del sistema, tanto por la inadecuada focalización de los subsidios, como por la disparidad en los servicios ofrecidos por las cajas de compensación familiar.

3. FINANCIACIÓN DE LA COMPENSACIÓN FAMILIAR COMO CAUSA DE DESEMPLEO E INFORMALIDAD LABORAL⁽²⁾

En la última década ha hecho carrera la discusión sobre el impacto que la financiación por la vía de las contribuciones parafiscales del sistema genera en materia de desempleo e informalidad. Se trata de la crítica más acentuada y actual que, más allá de considerar las funciones cumplidas por las cajas de compensación familiar –a las cuales considera convenientes–, resalta la necesidad

(2) Para profundizar en el tema ver artículo del autor titulado "Financiación parafiscal de la protección social vs. Empleo", en *Actualidad Laboral*, Bogotá, Editorial Legis, 2010.

de revisar su forma de apalancamiento, pues bajo el juicio de instituciones como Fedesarrollo y sus investigadores el crecimiento de la parafiscalidad en seguridad social, especialmente a partir de la Ley 100 de 1993, ha determinado en el país un encarecimiento del empleo, provocando condiciones objetivas favorables al desempleo y, en todo caso, a la contratación laboral informal.

Mauricio Santamaría como investigador de esa organización en estudio sobre el sistema de salud ha expresado por ejemplo al respecto⁽³⁾:

“Teniendo en cuenta todos los aportes para las diferentes entidades, los parafiscales abarcan entonces un nueve por ciento del salario mensual, proporción que debe ser cubierta totalmente por el empleador. Esto genera un sobre costo significativo en la contratación de un trabajador que, con la probable excepción del Sena, está totalmente desligado de beneficios directos (privados) para el empleador o para el trabajador”.

Y más adelante en el capítulo de conclusiones afirma:

“Como fue corroborado mediante las diversas metodologías utilizadas, el aumento de 14 puntos porcentuales en los costos no salariales a partir de la reforma a la seguridad social (Ley 100 de 1993) generó una profunda segmentación del mercado laboral. Esta segmentación ha conducido, a su vez, a un aumento de la informalidad y del *cuentapropismo*, dada la falta de demanda por empleos formales por parte de las empresas y la reticencia de los trabajadores a asumir unos costos que no tienen una relación significativa con los beneficios que reciben por ellos.

“Por otro lado, cabe notar que la segmentación del mercado laboral ha tenido un mayor impacto sobre los trabajadores menos capacitados y más vulnerables, limitando sus posibilidades de generación de ingresos y de superación de la pobreza. Esto debido a la disminución de los salarios de empleos informales o cuenta propia ocasionada por el aumento en la oferta de trabajo en estos sectores. Por esta razón, los trabajadores informales usualmente se sienten inconformes con este tipo de empleos. Así mismo, se observa que el efecto de los costos no salariales se ve magnificado por la existencia de la rigidez del salario mínimo el cual, al impedir la total transmisión de los costos del empleador al empleado, a través de una reducción en los salarios, conduce a un cambio en la composición del empleo relativo (asalariado/cuenta propia).

“Básicamente, el incremento de los costos no salariales, junto con la permanencia de los otros impuestos a la nómina, ha desincentivado la generación

(3) Santa María, Mauricio (ed.). *Efectos de la Ley 100 en Salud. Propuestas de reforma*. Bogotá, Fedesarrollo, 2010, pp. 320, 368 y 369.

de empleos formales. Esto ha obligado a los individuos, en especial a los menos educados (y por lo tanto los más pobres), a ubicarse en la informalidad o el *cuentapropismo*, a pesar de su deseo de ingresar al sector formal. Esta dinámica, además de tener efectos perversos sobre el crecimiento y la productividad total de la economía, limita el progreso social y previene la generación de ingresos sostenibles...".

Los costos asociados a la nómina, se dice, desestimulan tanto la creación de nuevas plazas como la formalización del trabajo. En particular, el debate se ha centrado sobre el aporte obligatorio del 9% destinado al Sena, al ICBF y al sistema de subsidio familiar, a través de las cajas de compensación familiar, con consideraciones que han pasado por diferentes etapas, para concluir bien (i) en la conveniencia de eliminar dichos aportes, (ii) de reducirlos, (iii) de reorientar su uso y (iv) de reemplazar la forma de financiación de los programas cubiertos por dichos recursos, para que sea asumida a través de impuestos.

Estudios de magnitud como los impulsados y compilados por James J. Heckman y Carmen Pagés⁽⁴⁾ afirman "que los beneficios obligatorios reducen el empleo y que las regulaciones de seguridad del empleo tienen un impacto sustancial en la distribución laboral y en las tasas de rotación..."⁽⁵⁾.

En diferentes reflexiones se ha planteado que la eliminación del aporte del 4% podría generar hasta cerca de 200.000 empleos; en todo caso, ello ocurriría por una sola vez y sin considerar el efecto que el desmonte del sistema causaría en relación con la pérdida de empleos directos, superiores a los 70.000.

El Gerente del Banco de la República Medellín e investigador Hugo López Castaño afirmó en el taller "El sistema de subsidio familiar como agente de protección social en época de crisis económica" organizado por Asocajas el 12 de marzo de 2010, en cuanto a los problemas estructurales del mercado laboral colombiano, que solo se ha creado empleo moderno (asalariado y no asalariado) para los más educados; el precio de uso real del capital (promedio móvil quinquenal) ha caído 56% frente a 1998 debido a: a) la reducción de largo plazo en

(4) Heckman, James J. y Pages, Carmen. *Regulación y empleo. Lecciones de América Latina y el Caribe*. National Bureau of Economic Research. Edición especial en español: Santiago de Chile, CISS y CIEDESS, 2005.

(5) Keckman, James J. y Pages, Carmen, ob. cit., p. 92: "El impacto más adverso de la regulación se da sobre los jóvenes, trabajadores marginales y los de baja calificación [...] Como consecuencia, las regulaciones sobre la seguridad del empleo promueven la desigualdad entre grupos demográficos [...]"

"Sin embargo, encontramos robusta evidencia de que las contribuciones a la seguridad social no se traspasan totalmente a los trabajadores. Los impuestos descontados por planilla tienden a disminuir las tasas de empleo e incrementar las de desempleo a través de las muestras y especificaciones".

las tasas reales de interés, b) la revaluación (que reduce el precio de la maquinaria importada) y c) por estímulos tributarios. El salario mínimo real (promedio anual, incluyendo salarios indirectos) ha subido 20% y el salario medio no calificado (promedio anual) ha subido 5%. Sin embargo, el salario mínimo no les sirve a los pobres porque no dependen del trabajo asalariado sino de empleos informales, incluso cuando los más pobres trabajan de asalariados se ganan menos del mínimo diario.

Con esta interpretación, plantear la reducción de los parafiscales como medida aislada no es suficiente para enfrentar el desempleo y la informalidad, pues esto requiere una revisión integral del mercado laboral, el manejo del salario mínimo, la estructuración de aseguramiento por desempleo y el mejor desempeño de la intermediación laboral.

En síntesis, desde diferentes ópticas, una de las principales observaciones al sistema de compensación familiar tiene que ver con la inconveniencia de mantener su esquema financiero, en la medida en que el aporte parafiscal es causa o motivador de informalidad laboral al encarecer innecesariamente los costos de la contratación de personal en el país.

El referente chileno de la década de los setenta del siglo pasado en cuanto a la eliminación de la fuente parafiscal para las asignaciones familiares y su provisión a partir de recursos fiscales se menciona en estos debates como alternativa hacia el futuro. En capítulo anterior ya se ha tenido ocasión de reflexionar con mayor detalle sobre los alcances de este tipo de propuestas.

3.1. Análisis sobre algunos estudios y proyecciones en cuanto a la incidencia del aporte parafiscal del 4% en desempleo e informalidad

La literatura sobre el impacto de los parafiscales sobre el desempleo y la informalidad en Colombia es abundante y ha sido objeto de preocupación de diferentes entidades del país. Fedesarrollo, el Banco de la República y –desde la academia– el Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Externado son algunas de las instituciones que recientemente han aportado insumos relevantes al debate. En general, los resultados de los diferentes estudios revisados (Clavijo y Lozano, 2001; Fedesarrollo, 2008; López, 2010; Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, 2010) coinciden en el impacto adverso de los aportes parafiscales con destino a las CCF, al Sena y al ICBF sobre el desempleo y la informalidad en el país.

Según el Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social (2010), el inicio del debate comienza con la apertura económica. “Es solamente a partir de la segunda mitad de los años noventa que la literatura económica empieza a preocuparse de la problemática de la parafiscalidad laboral en Colombia” (Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, 2010). No obstan-

te, una década antes la Misión Chenery de Empleo (1986) “ya proponía reflexionar sobre la pertinencia de los recursos parafiscales destinados a las cajas y al Sena” (Sarmiento, González et ál., 2007). En efecto, la Misión de Empleo implicó un replanteamiento de las contribuciones parafiscales que incluía la “supresión de las cotizaciones al Servicio nacional de Aprendizaje Sena, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– y las cajas de compensación familiar [...], mientras que paralelamente se aumenta la exigencia en el cumplimiento de los salarios mínimos, primas y vacaciones” (López, 1986).

Sin embargo, más allá de sus inicios, lo importante es que la pregunta sobre la conveniencia o no de los aportes parafiscales en términos de sus efectos sobre el mercado laboral sigue vigente más de tres décadas después de su cuestionamiento y medio siglo después de su entrada en vigor.

El problema puede analizarse desde varios ángulos. Por un lado, partiendo de los razonamientos teóricos propuestos por la teoría económica. De otro lado, a partir de estudios que aborden una hipotética reducción o desmonte de los parafiscales y estudien sus potenciales consecuencias. Finalmente, haciendo uso de evidencia empírica de otros países o casos similares.

3.2. Análisis teórico sobre los efectos de los parafiscales sobre el empleo

Desde el punto de vista teórico, el Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social (2010) sintetiza diferentes trabajos de teoría económica que analizan el tema. Según la teoría revisada, el impacto de los impuestos a la nómina (dentro de los cuales se encuentran los parafiscales) afectan el empleo dependiendo de las siguientes variables: (i) el vínculo impuesto-beneficio, (ii) la elasticidad precio de las curvas de oferta y demanda de trabajo y (iii) la existencia del salario mínimo. La primera hace referencia a la relación entre el impuesto pagado y la valoración de los trabajadores de los beneficios que este conlleva. Las elasticidades indican la sensibilidad de variaciones en el salario sobre la oferta y demanda de trabajo respectivamente. Desde el punto de vista teórico y según lo analizado por el Observatorio, si el vínculo impuesto-beneficio es pleno, si las elasticidades toman un valor de cero e infinito respectivamente y si el salario mínimo es igual al de equilibrio, se reduce el efecto de los parafiscales sobre el empleo.

Fedesarrollo (2008) coincide con este análisis al afirmar que, “en teoría, una disminución de los costos laborales no salariales puede o bien aumentar los salarios reales de equilibrio o bien incrementar el empleo, dependiendo de las elasticidades de oferta y demanda por empleo y las rigideces en el régimen salarial”.

En consecuencia, el efecto teórico potencial de las contribuciones parafiscales sobre el nivel de empleo depende del contexto específico de cada país y/o mercado laboral y no es posible afirmar con plena certeza lo que eventualmente ocurriría ante una modificación en este tipo de impuestos.

3.3. Estudios empíricos que analizan una modificación hipotética sobre los parafiscales

Otro grupo de trabajos aborda con ejercicios estadísticos, econométricos y microeconómicos el análisis de los efectos de los parafiscales sobre el empleo en Colombia. Entre estos trabajos se encuentran los de Clavijo y Lozano (2001), Fedesarrollo (2008) y más recientemente la revisión de estudios al respecto que sintetiza y analiza el Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social (2010).

Clavijo y Lozano (2001) proponen una reducción de los aportes parafiscales del 9% al 4% que conllevaría un aumento de 145 mil a 390 mil empleos. Específicamente, su recomendación de política es que los aportes a las cajas de compensación familiar (CCF) bajen del 4% al 1%, aduciendo que los sobrecostos laborales a cargo de los empresarios desincentivan la creación de nuevos puestos de trabajo. Si bien los autores afirman que los cargos sobre la nómina superan el 37% y de ellos 9 puntos son de parafiscales, no dejan claro por qué son concretamente los parafiscales los que desestimulan la creación de plazas laborales y no los rubros correspondientes a los restantes 28 puntos porcentuales.

Respecto a la reducción de los aportes parafiscales con destino a las CCF, Clavijo y Lozano (2001) afirman que “muy seguramente la reasignación de parte de estos recursos [...] no afectaría sustancialmente las actividades prioritarias que deben atender las Comfamiliares, al tiempo que una reducción de estas contribuciones ayudaría a enfrentar el grave problema del desempleo y la informalidad”.

En la misma línea, Fedesarrollo (2008) afirma que el costo de reducir los parafiscales es inferior al costo de estos en términos del desempleo y de la informalidad generada y en consecuencia resulta conveniente su eliminación o reducción. Según esta entidad, “las estimaciones más recientes sugieren que una disminución del 10% de los costos laborales no salariales reduciría el desempleo entre 4% y 5% y aumentaría los salarios reales entre 1,4% y 2,3%”. Asimismo, “disminuiría la informalidad entre 14% y 15% en Colombia”.

A su vez, el Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social (2010) hace una revisión de doce estudios que analizan los efectos potenciales de una posible reducción o desmonte de las contribuciones parafiscales. Seis de los documentos analizados utilizan modelos de equilibrio general computable, cinco emplean series de tiempo y uno utiliza datos panel a nivel microeconómico.

Del primer grupo de trabajos, el Observatorio concluye que reducir los parafiscales (y compensarlos con otros mecanismos como el IVA, un mayor déficit o el aumento de otros impuestos) implica mejoras *no* significativas en el empleo, así como reducciones igualmente *no* significativas en el desempleo y la informalidad urbana.

De manera similar, el segundo grupo de trabajos revisados por el Observatorio permite concluir que “en Colombia, las cargas laborales, salariales y no salariales, desestimularían la demanda de las empresas y también la formalidad del empleo, mientras que aumentarían la tasa de desempleo y la informalidad laboral”. Sin embargo, la comparabilidad de los estudios revisados de este grupo es cuestionada por los autores, así como la metodología empleada en cuanto a la falta rigurosidad estadística en su aplicación. El tercer grupo de la revisión hecha por el Observatorio cuenta con un único artículo que coincide con el efecto negativo de los parafiscales sobre el desempleo y la informalidad en el país.

A pesar de la abundante evidencia empírica encontrada en contra de los parafiscales, el trabajo del Observatorio destaca que el consenso no está sustentado en “ejercicios suficientemente robustos y, por tanto, no puede considerarse concluyente”. Al contrario, el documento pone de relieve otros aspectos que no se habían mencionado con anterioridad en la literatura. En primer lugar, destaca que si bien es posible que los parafiscales reduzcan el nivel de empleo, esto no implica necesariamente que su desmonte o reducción automáticamente incremente los niveles de empleo. En segundo lugar, propone una reflexión interesante:

“Es evidente que los efectos de la parafiscalidad sobre el empleo deben ser evaluados en el momento en que los correspondientes aportes se empiezan a cobrar. En el caso de las CCF, por ejemplo, los escasos servicios sociales al alcance de las familias colombianas y las condiciones vigentes en el mercado laboral a finales de los años cincuenta pueden haber facilitado el desplazamiento completo de la contribución del 4% que, hoy en día, los salarios reales de los trabajadores beneficiarios ya tendrían incorporados. De ser cierto lo anterior, el impacto sobre el mercado laboral ya habría sido descontado y sería independiente de la relación costo-beneficio, de las elasticidades de oferta y demanda, y del valor del salario mínimo vigentes en la actualidad”.

En síntesis, se encuentra que la literatura empírica sobre el desmonte de los parafiscales coincide en su efecto negativo sobre el empleo en Colombia. No obstante, se ha señalado una falta de rigurosidad en las metodologías seguidas y la no acreditación sobre efectos de mejora en el empleo por la eliminación de los mismos.

3.4. Experiencias internacionales

En general, la propuesta de desmontar o reducir los parafiscales en Colombia se plantea con el argumento de que hacerlo redundaría positivamente sobre los niveles de ocupación en el país. Sin embargo, el Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social (2010) encuentra evidencia internacional que indica que el efecto puede no ser el esperado.

El Observatorio menciona los casos de Argentina y Chile. En el primer caso, el documento del Observatorio señala que la reducción de impuestos a la nómina en Argentina a finales de los noventa no incidió significativamente en las cifras de empleo. De manera similar, en Chile una similar reducción (concretamente una disminución “sustancial” en las contribuciones a la seguridad social) no afectó de manera significativa el empleo, sino que su impacto se concentró en el aumento de los salarios.

En conclusión, desde diferentes puntos de vista la literatura ha argumentado razones en contra de las contribuciones parafiscales, teniendo en cuenta los efectos adversos sobre el empleo. En el caso de Colombia, los documentos revisados han recomendado la reducción de los parafiscales (con una posible compensación con otros mecanismos) en diferentes momentos del tiempo y coyunturas económicas del país. A comienzos de la década del 2000 se pensaba que la reducción de estas contribuciones podría incidir positivamente en los indicadores del mercado laboral luego de la crisis que recién había golpeado al país (1999). Diez años después, se sigue proponiendo lo mismo.

Pese al importante número de artículos que aportan al debate sobre la pertinencia de los parafiscales, pareciera faltar en la literatura un análisis más completo sobre el impacto de estas contribuciones en otras esferas. Además de sus efectos potenciales sobre el empleo, es relevante dar una mirada a los aportes parafiscales en términos de su impacto (indirecto) sobre el capital humano acumulado en el país.

Por ejemplo, el acceso de los trabajadores a actividades de recreación puede tener un impacto positivo sobre la productividad laboral, así como el acceso a las guarderías que les permite a muchas mujeres dejar a sus hijos y poder trabajar. De manera similar, el acceso y uso de las bibliotecas de las CCF y a la educación formal que apoyan estas entidades también contribuye a la acumulación del capital humano del país. Lo anterior, teniendo en cuenta que el único argumento para modificar los parafiscales no debería ser un efecto positivo sobre el empleo (que ya en otros países se ha puesto en duda), sino un análisis más completo de la situación del mercado de trabajo. Además, hay que tener en cuenta que las políticas para fomentar empleo deberían responder a mejores criterios que el de reducir los parafiscales y dichas políticas deberían formar parte de un paquete de medidas dedicadas exclusivamente a fomentar el empleo.

4. EXCLUSIÓN

Se indica como reparo al sistema de compensación familiar su limitada cobertura en lo que respecta a la población total y en especial a la ocupada, y específicamente en cuanto corresponde a la provisión de prestaciones de la seguridad social.

Esta observación, que sería compartida por otros subsistemas de la seguridad social como en el caso de pensiones y riesgos profesionales, apunta a señalar que la efectividad de las prestaciones del sistema se limita a una franja de la población y que deja por fuera a los trabajadores independientes y a los informales.

Se expresa igualmente que la cobertura real para los trabajadores rurales es muy reducida y que el sistema se orienta especialmente hacia el sector urbano y de las grandes ciudades.

En la medida en que la compensación familiar no se extienda con vocación efectivamente universal como prestación de la seguridad social, esta observación tendrá validez, justificándose por su origen como prestación social fruto de la relación laboral subordinada.

5. COMERCIALIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES EN EL SISTEMA: DE LO SOCIAL A LO COMERCIAL

Como percepción más subjetiva que sistemática, se comenta sobre algunos de los servicios brindados por las cajas de compensación familiar que los mismos son de difícil acceso para todos los afiliados, en especial para aquellos con menores niveles de renta, pues las tarifas que se cobran por ellos responden a criterios más comerciales, en la medida en que dichas corporaciones deben propender por alcanzar condiciones de equilibrio financiero.

Desde otra óptica, se aprecia que las constantes presiones sobre la reducción o eliminación de la fuente parafiscal como mecanismo de financiación del sistema han provocado en las cajas el afán por definir esquemas alternativos que les permitan obtener fuentes frescas de ingresos, para lo cual han podido tomarse en empresas más de carácter comercial que social. De hecho varias de ellas figuran en las empresas más grandes del país y en todas se anuncia un interés por extender su red de servicios mediante la celebración de convenios y alianzas con entidades especializadas, reorientando sus gestiones en diferentes áreas como la salud, la educación, el crédito y la vivienda principalmente. Esto es, se puede apreciar a las cajas de compensación familiar más como empresas de otros ramos que como operadoras de un subsistema de la seguridad social.

A estos reparos responde el sistema señalando que sus servicios son usados en proporciones superiores al 80% por trabajadores afiliados beneficiarios y que precisamente la integralidad de la que gozan les permite atender las diversas necesidades de su población cubierta, mediante el otorgamiento de créditos y la aplicación de subsidios a quienes los requieren, garantizando diferentes opciones de servicio para atender las diferentes capas poblacionales afiliadas.

No obstante es menester considerar estas apreciaciones, pues la reflexión sobre el paso del sistema de lo social a lo comercial debe ser hecha integral-

mente. No hay experiencia en contar con instituciones de la seguridad social que nutran sus patrimonios con fuentes diversas de recursos y que tengan capacidad de capitalizar para invertir en servicios sociales, por lo cual los criterios de eficiencia y productividad que evidencian las cajas son dignos de ser considerados, por supuesto bajo la óptica que acá se ha comentado como empresas sociales con finalidades colectivas claramente definidas y que constituyen su razón de ser.

6. DISPERSIÓN DE ROLES

Algunos investigadores y voces gremiales señalan que uno de los retos inmediatos del sistema de compensación familiar tiene que ver con la dispersión de funciones y tareas que se les han asignado a las cajas, en perjuicio de la realización de cometidos claramente identificados.

Stéfano Farné ha sido uno de quienes, desde la academia, ha insistido en preservar la condición de origen del sistema, vinculándolo más estrechamente a la protección laboral y sin que se refunda en la provisión de bienes y servicios que no necesariamente deberían ser de su resorte. Recientemente en varios foros la ANDI ha dejado ver su preocupación al respecto, la cual desde la perspectiva hacendística tiene repercusiones de importancia, pues por la vía de la diversificación de roles el aporte parafiscal puede perder su naturaleza y convertirse materialmente en un recurso fiscal cobrado y administrado en forma *sui géneris*.

En efecto, si la razón histórica del sistema fueron los trabajadores de menores y medianos ingresos y su surgimiento se dio al servicio de una prestación social, no se explicaría que el sistema en la actualidad, con los mismos recursos, se dedique a atender poblaciones pobres y vulnerables que no se relacionan directamente con la cobertura del ámbito laboral y sin que ello signifique que a dichas poblaciones no deba atenderseles, pero sí justificaría el reclamo en cuanto a que la misma atención se dé a través de otros mecanismos y fuentes.

Cuando se aprecia la variedad de actividades a cargo de las cajas de compensación familiar, esta observación cobra pleno sentido. ¿Cuál es el que podría denominarse eje central o razón de ser del sistema en la actualidad? ¿Cuáles por su parte los criterios objetivos que justificarían su participación en otros sectores de la gestión social? ¿Cómo interpretar en forma adecuada la noción de integralidad en los servicios brindados por las cajas de compensación familiar? ¿Cuáles de las funciones que hoy han asumido dichas instituciones deberían permanecer en ellas y cuáles pasar a otras agencias? ¿Hasta dónde la crítica que hace algunos años hacían organizaciones gremiales tiene validez, en cuanto a ser las cajas competidoras de empresas privadas, en condiciones de privilegio al contar con un régimen especial, como en los frentes del mercado y la recreación?

7. INSUFICIENCIA EN LAS MEDICIONES DE IMPACTO

En línea con la apreciación anterior, uno de los factores que demanda mejora en la gestión del sistema tiene que ver con la insuficiencia en la medición del impacto que la gestión operacional de las cajas de compensación familiar causa en la sociedad.

Sin duda la dispersión de roles dificulta tanto la focalización como la precisión de objetivos públicos por cumplir y hace más complejo el establecimiento de indicadores y la medición con base en ellos del impacto provocado en bienestar.

El sistema continúa presentado como indicadores cifras que dan cuenta de las actividades e intervenciones ejecutadas, más ligadas a los usos de sus servicios que a la manera en que los mismos han contribuido a la equidad, a la capitalización familiar, al bienestar empresarial y a la lucha contra la pobreza.

Es preciso que se avance en la construcción y aplicación de indicadores que permitan identificar dicho impacto. En algún momento la Superintendencia del Subsidio Familiar propendió por ello, en tanto algunas cajas de compensación familiar y Asocajas se orientan en esa dirección. La Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social (CODESS) adelanta esfuerzos para proponer un tablero de indicadores que permita valorar el impacto en bienestar de las familias afiliadas en razón de las actividades desplegadas por las cajas de compensación familiar⁽⁶⁾.

8. OTRAS CONSIDERACIONES

Consideraciones adicionales sobre el sistema de compensación familiar tienen que ver con su participación dentro del sistema de protección social.

En la propuesta para el diseño de un sistema de protección tal para Colombia, Jairo Núñez resalta los siguientes problemas⁽⁷⁾:

- a) Exceso de programas con baja cobertura.
- b) Déficit de recursos.
- c) Financiación inadecuada y procíclica.
- d) Focalización deficiente.
- e) Monitoreo, seguimiento y evaluación deficiente.

(6) Ver investigación 2011 sobre indicadores del bienestar en las familias afiliadas al sistema de subsidio familiar dirigida por Emilio Carrasco con el equipo de CODESS.

(7) Documento CEDE (investigador Jairo Núñez), Bogotá, 2006.

- f) Inspección insuficiente y descoordinada.
- g) Falta interacción entre aseguramiento y asistencia social.

En relación con las cajas de compensación familiar, afirma que las mismas han jugado un papel muy importante dentro de la seguridad social del trabajador formal y casi nulo en el trabajador informal.

El sistema de compensación familiar entrega muchos subsidios de un monto muy pequeño, con efectos muy bajos en las familias.

Por ello se propone en el estudio reducir a 1,5 SMLMV el tope para que los hogares sean titulares del subsidio familiar. Igualmente se propone reorientar recursos de Fonede (crédito) para Programa contra la Extrema Pobreza y crear un esquema de protección eficaz frente al desempleo (seguro contributivo): 1% del aporte a CCF se debe reorientar a ese fin dentro de los planteamientos del aludido estudio.

Investigadores como Alejandro Gaviria han planteado que los altos costos laborales no salariales y la inflexibilidad de salarios contribuyan a las tasas de desempleo e informalidad en el país. El diseño inflexible de la protección social contribuye al desempleo. En varios documentos de Fedesarrollo se expresan tales preocupaciones⁽⁸⁾.

Dentro de las principales propuestas al respecto se tienen las siguientes:

- a) Reducir o eliminar la parafiscalidad sobre nómina, buscando alternativas de financiación.
- b) Corregir problemas del sistema de protección social.
- c) Flexibilizar y diferenciar el salario mínimo.
- d) Asegurar cobertura universal en salud por un sistema desligado al mercado laboral.
- e) Incorporar la parafiscalidad al Presupuesto General de la Nación.

(8) Documento CEDE, Bogotá, 2008, Piensa Colombia, Desarrollo Económico.

CAPÍTULO XI

Propuestas para la consolidación del sistema de compensación familiar: retos y perspectivas

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Apreciar la dinámica de los sistemas de compensación familiar en el mundo y en Colombia anima enormemente la reflexión propositiva sobre el futuro de la protección social, el bienestar y la productividad.

Por supuesto todo análisis en ese sentido debe corresponder a una visión política, expresada en variables jurídicas, sociológicas y organizacionales que determinarán el rumbo de lo que se espera lograr a través de los mecanismos de protección contra riesgos colectivos.

Nosotros consideramos que la vigencia del estado de bienestar solamente es posible bajo regímenes democráticos efectivos (en los cuales se consolida lo que podemos denominar estados constitucionales de justicia), en los que igualmente la política social se fundamenta en un sistema de seguridad y protección social universal, basado en la concepción de derechos.

Si bien en América es difícil concebir el establecimiento de un estado de bienestar tal y en Europa este se encuentra en aprietos, nuestros países han caminado a lo largo de los últimos veinte años hacia los denominados Estados sociales de derecho.

Precisamente debemos aprender de las experiencias recientes, en especial de los estados de bienestar de Europa Central, sobre todo para acometer el reto de contribuir a la construcción de democracia económica en América.

En Colombia, la Constitución Política de 1991 consolidó un estado tal. No obstante en este país, como en el resto del mundo, la conformación de estas formas políticas de bienestar o sociales de derecho (o constitucionales de justicia) se enfrenta a la aplicación de modelos económicos basados en el libre mercado y en posturas liberales (clásicas o neoclásicas).

Los modelos políticos y jurídicos (ver al respecto el alto papel de los jueces en las sociedades contemporáneas) se orientan por la justicia (Estado Social de

Derecho, Estado interventor), en tanto prevalecen en las orientaciones económicas (inclusive en las mismas definiciones constitucionales) las tendencias liberales de mercado (competencia, participación de los particulares, libertad de escogencia, menor intervención del Estado).

Bienestar y equidad disputan con productividad, eficiencia y competitividad.

En el contexto geopolítico pretenden preservar su hegemonía tendencias centristas, a través de las cuales se persiguen sintetizar precisamente la intervención por la inclusión y la equidad con el libre mercado, la competencia y el Estado reducido.

Los conflictos immanentes a esa configuración por supuesto son muchos y seguramente permanecerán siempre en el panorama histórico, pues en todo momento la capacidad colectiva de articular, dialogar y resolver las diferencias entre la expectativa privada/individual (lo mío) y las necesidades de lo social (lo colectivo) será la que resuelva las condiciones de progreso y paz de las organizaciones humanas, bajo el entendido que ambas como la yunta, son esencialmente inseparables y se requieren mutuamente para existir.

Con Gøsta Esping-Andersen y Bruno Palier consideramos que el reto del estado de bienestar es consolidar la protección social y, más allá, que esta solamente podrá estructurarse en forma adecuada si se le aprecia como inversión y no como gasto.

“Las políticas sociales pueden encontrar una utilidad económica si dejan de ser concebidas como un gasto (un coste) que interviene en el crecimiento económico y pasan a ser vistas como un factor de riqueza futuras”⁽¹⁾.

Y esta noción, estimamos, debe ser aplicada en la micro y en la macroeconomía, desde la familia hasta la comunidad global. Solamente cuando aprecie-mos en lo personal el valor capitalizador del cuidado, del ahorro, de la previsión, del aseguramiento contra riesgos, podremos valorar sociedades que aportan en forma más transparente y que recurren a gastos de bolsillo cuando ello es pertinente, y que así mismo son más solidarias.

El concepto de fortalecimiento de la protección social implica además repensar los alcances de los sistemas tradicionales, aplicar la máxima creatividad y ser capaces de generar los mecanismos adecuados de participación y diálogo, a fin de construir contratos sociales por la seguridad social, que más allá del hobessiano por la conservación individual y del lockeano por la propiedad, nos acercan a estadios de mayor libertad con equidad.

(1) Esping-Andersen, Gøsta y Palier, Bruno (2010), *Los tres grandes retos del estado del bienestar* (primera edición), Barcelona, Editorial Ariel Ciencia Política, pp. 14 y 15.

Esto supone enfrentar además el reto de las sociedades contemporáneas en materia de aseguramiento, pues en ellas prevalecen expectativas desmedidas por la seguridad; aspiran hoy los ciudadanos a cubrir todos los riesgos con un alto nivel de despreocupación personal, de tal forma que ellos deban ser atendidos por las sociedades, con menores esfuerzos individuales. Como lo afirma Castel, estamos en un mundo de inseguridad social⁽²⁾.

Ese replanteamiento de la protección social implica reorientar esfuerzos hacia áreas de impacto estratégico en las sociedades de hoy: i) la atención a niños, ii) la atención a la mujer que trabaja y con cargas familiares y iii) el cuidado de los mayores.

“La inversión social colectiva puede además garantizar una mayor igualdad. Si se opta por los recursos privados, entonces las desigualdades engendradas por el mercado se reproducirán. Es aquí que Gøsta Esping-Andersen se remite a los principios de justicia social que deben guiar las nuevas inversiones sociales: el de la garantía de igualdad de oportunidades para todos los niños, el de la igualdad para las mujeres (con los hombres, pero también entre las diferentes capas sociales), el de la igualdad entre las categorías de jubilados, cuyos ingresos amenazan con polarizarse, proyectando sobre los jubilados del futuro las polarizaciones sociales presentes”⁽³⁾.

Dado este contexto, estimamos que los sistemas de asignaciones familiares y servicios sociales juegan y jugarán un papel trascendente en el desarrollo de las sociedades en el mundo y en la actualización de la seguridad social, contribuyendo a la legitimidad de los Estados a través de la satisfacción de derechos esenciales para el bienestar y la productividad global.

Desde estas premisas y a partir de las que se han expuesto en capítulos anteriores, procederemos ahora a compartir algunas ideas sobre el futuro del sistema de subsidio familiar, con el ánimo de provocar con ellas preguntas y reflexiones sobre las mejores maneras de fortalecer y universalizar sus alcances.

Los postulados centrales de las propuestas se concretan en los siguientes principios:

a) La equidad y la redistribución como razón de ser ética/política de los sistemas de subsidio familiar.

b) Asegurar condiciones éticas de bienestar para el desarrollo equitativo de los niños y de poblaciones dependientes de la familia como la razón de ser institucional de tales sistemas.

(2) Castel, Robert, *La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?* (primera edición), Buenos Aires, Ediciones Manantial, 2008.

(3) Esping-Andersen, Gøsta y Palier, Bruno, ob. cit., p. 15.

c) La necesidad de provocar condiciones de competitividad y productividad en el proceso productivo a partir de las condiciones del trabajo digno, como causa económica de las asignaciones familiares y de los servicios sociales.

d) La consolidación desde una óptica de derechos humanos de la seguridad social y por tanto de carácter universal, como causa formal de los sistemas de subsidio familiar.

e) La necesidad de preservar y fortalecer las instituciones de participación, gestión público/privada y diálogo social, como mecanismo para la modernización de las estructuras estatales.

En la parte final de este capítulo expondremos los criterios que caracterizan a nuestro juicio a las cajas de compensación familiar como la mejor expresión americana de empresas sociales, tan necesarias en la renovación del capitalismo.

2. APRECIACIONES PARA REPENSAR Y FORTALECER EL SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR EN COLOMBIA

Las reflexiones que siguen se desarrollan a partir de una visión sistémica de los esquemas de seguridad social, por lo cual se refieren a los cuatro componentes o facetas de dichos sistemas, a saber: i) el subjetivo o de cobertura, ii) el material o de prestaciones, iii) el orgánico o estructural y iv) el financiero o de sostenibilidad.

Estimamos de la mayor necesidad centrar los debates sobre temas relacionados con la protección social en la mirada integral de estos cuatro factores, evitando distorsiones académicas o de intereses que enfatizen o reduzcan la mirada a uno de estos campos, impidiendo una conceptualización adecuada.

2.1. Cobertura del sistema de subsidio familiar y servicios sociales

Si la protección de las asignaciones familiares y los servicios sociales se justifica en contribuir a la equidad y la redistribución, mediante el establecimiento de mecanismos que posibilitan el trabajo decente y aseguren las condiciones mínimas de bienestar de las familias –que deben responder por personas sujetas de especial protección como los niños, los discapacitados y los adultos mayores–, el sistema de compensación familiar debe ser de cobertura universal.

Esto es, todos los residentes en el país deben acceder a las prestaciones del sistema, según los esquemas organizativos y financieros que se estructuren.

Ello además por una razón adicional: en la articulación de la protección social, los servicios sociales y los subsidios por cargas familiares juegan un papel

prioritario frente al control de los determinantes sociales de la salud. Es decir, si las sociedades no arbitran recursos complementarios (que favorezcan la redistribución sin impactar en la política y el mercado laboral en cuanto a la fijación de salarios) para las familias que se condicionen al cumplimiento de obligaciones alimentarias, sanitarias y de educación, las posibilidades de desarrollo y equidad se reducen.

Lo mismo acontece con los servicios sociales, pues estos son mecanismos que realizan condiciones de inclusión en las sociedades.

La razón de ser moderna de los sistemas de asignaciones familiares a nuestro juicio, no obstante se preserve en su institucionalidad la noción de trabajo (la cual además es transversal y onnipresente pues es a través de él que se explica el desarrollo humano y social en general y sobre el que se estructuran los sistemas de seguridad social), es la cobertura prevalente de las necesidades familiares por personas con especial protección, en particular los niños. En ese sentido los sistemas de asignaciones familiares se erigirán en el futuro en la puerta de entrada insustituible de la seguridad social; todo lo que se invierta en ellos será al final ahorro frente a otras contingencias y subsistemas.

Todas las familias entonces deberían, en una sociedad moderna, tener acceso a prestaciones por servicios sociales y subsidio familiar, con prioridad por lo menos temporal frente a las condiciones de necesidad (medidas en nivel de ingresos efectivos) y, preferiblemente, cuando las condiciones de desarrollo económico lo permitan, con posibilidad de acceso para la universalidad de ellas.

La universalidad se constituye pues en la principal preocupación que, creemos, se debe considerar en un sistema de asignaciones familiares y servicios sociales como el colombiano.

A pesar de las angustias sobre la financiación que una reflexión tal puede comportar, conviene calmar los ánimos y decir que no en pocas ocasiones –como en esta– el asunto más que de arbitrar recursos adicionales, depende de mejorar la organización, el flujo y la destinación de los existentes.

En efecto, frente al tema de la universalización de las prestaciones del subsidio familiar y de los servicios sociales, es necesario considerar en Colombia la existencia ya de un sistema universal informal, pues para el estamento que contribuye se dispensa una estructura y unos servicios determinados, en tanto para las personas con mayores necesidades sociales y económicas, las políticas y los programas de lucha contra la pobreza proveen por distintos canales y con diferencias prestacionales, tanto subsidios como algunos servicios sociales. Seguramente de la articulación y cohesión de estos componentes, resultaría un sistema integrado más sólido y con alcances universales, y se conformarían así mismo los modelos de financiación con ganancias en eficiencia y ahorro.

2.2. Prestaciones del sistema de subsidio familiar y servicios sociales

Existe preocupación sobre la extensión de funciones y roles asumidos por las cajas de compensación familiar como operadoras del sistema. Desde nuestra perspectiva, esa consideración no es la de mayor relevancia, en la medida en que la justificación de tal diversidad es la propia de la condición humana y de la protección.

En efecto, el ser atraviesa por diferentes etapas en su ciclo vital y atiende diversas condiciones que reclaman de la sociedad una presencia protectora adecuada y justa.

De hecho, mayor angustia debería generar entonces, aplicando el mismo criterio, la definición de salud que identifica este concepto con el de bienestar.

Los sistemas de asignaciones familiares y servicios sociales persiguen el bienestar y por ende, por esencia, son diversos e integrales en la consideración de la persona y la familia. Un buen referente en este sentido se encuentra en el sistema de protección familiar vigente en Francia y el que constituye fuente de nuestro modelo de asignaciones familiares.

A la diversidad de prestación es preciso, sí, responder con institucionalidades y recursos diferenciados y coordinados, así como con esquemas de administración y control, que impidan desviaciones.

Si el sistema de subsidio familiar en Colombia desde una óptica empresarial es capaz de obtener recursos adicionales para sus desarrollos, no se trata de acotar sus posibilidades y cortar sus alas, sino de encauzar los esfuerzos de las empresas sociales que administran el sistema y posibilitar tanto el despliegue de estas como la utilización de tales ingresos frescos para el logro de fines colectivos.

Lo contrario implica cerrar el enfoque y aplicar un criterio reduccionista por el cual se entienda que los servicios de la seguridad social solamente puedan ser obtenidos por aportes o a través de recursos fiscales, sin considerar la posibilidad de desplegar actividades productivas diferentes que permitan apalancar precisamente el logro de los fines de los sistemas de protección social. Aquí está uno de los criterios diferenciadores del sistema de subsidio familiar en Colombia el cual consideramos no debe ser extirpado del ADN institucional: la creatividad y la innovación, tanto en servicios como en recursos.

Si una empresa social que opera ramos de la seguridad social es productiva, ¿por qué es preciso acotar su radio de acción y no permitirle desplegar su espectro de cobertura, más allá de los mínimos?

Justificado sintéticamente el criterio en cuanto a mantener mientras sea razonable y sustentable la diversidad de prestaciones a cargo del sistema, proce-

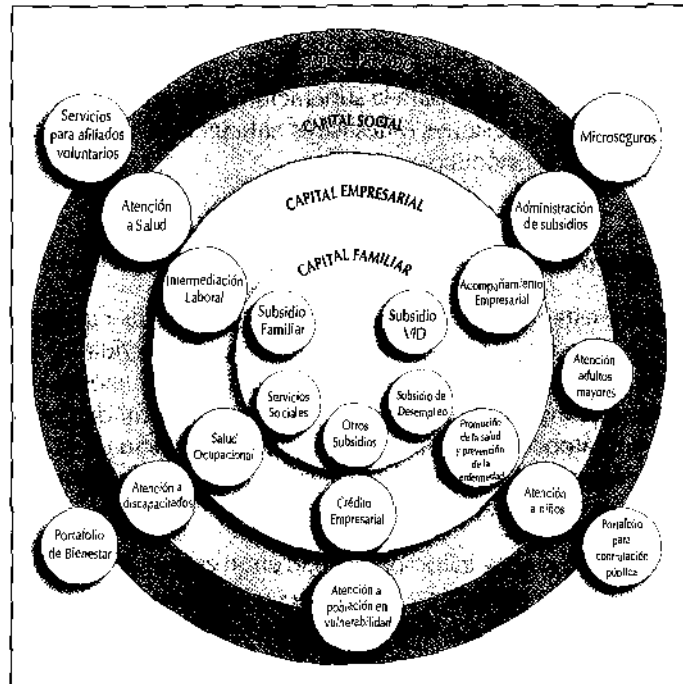
de sí que identifiquemos las áreas o ramos de operación en que estimamos deben encuadrarse esos servicios, lo que supondrá además propuestas en cuanto a un nuevo esquema organizativo, funcional y financiero de aquel, que sin destruir lo presente capitalice sus experiencias y con pocos cambios lo habilite a jugar nuevos roles dentro de la protección social.

Se trata de reconocer que operadoras sociales pueden proveer el cubrimiento de bienes públicos, meritorios y privados, siempre y cuando haya claridad de operación y financiación, pues la naturaleza de las prestaciones de la seguridad social atraviesa siempre por esas condiciones y pese a que reconozcamos que el servicio como tal de aquella es de alcance eminentemente público.

Los frentes prestacionales del sistema los apreciamos en las siguientes dimensiones:

Gráfico 43

Prestaciones del sistema de compensación familiar en perspectiva y servicios sociales



2.2.1. *Acumulación de capital familiar*

En sus modalidades contributiva y no contributiva, un sistema de asignaciones familiares y servicios sociales está llamado a favorecer la capitalización de las familias y a impedir que caigan en pobreza o a promover su recuperación.

Con esta perspectiva los ramos de acción de las cajas de compensación familiar en la prestación contributiva y de ellas o de las entidades que se fijen, en el caso de las prestaciones no contributivas, se concretan en los siguientes:

- a) Cuota monetaria por personas a cargo: capital para la prevención y el futuro.
- b) Subsidios en especie y servicios: capital para la inclusión y el bienestar.
- c) Subsidio familiar de vivienda de interés social: capital para la familia.
- d) Subsidios y servicios para desempleados: capital para cubrir el paro forzoso (sin perjuicio de la aplicación de seguros y otros esquemas de protección).
- e) Servicios sociales: capital para mejorar la calidad de vida y proteger a los más necesitados.
- f) Otros subsidios: capital para la superación de contingencias sociales (por ejemplo, en el caso de recesiones o desastres naturales, de alcance nacional, regional o por sectores económicos).

2.2.2. *Acumulación de capital empresarial*

Corresponde esta faceta de las prestaciones a aquellas cuya finalidad primordial se orienta a mejorar las condiciones de productividad y competitividad en el quehacer empresarial, a través del desarrollo de acciones orientadas al bienestar laboral, al mejor clima laboral y a la consolidación de condiciones redistributivas en el ámbito empresarial y laboral, sin perjuicio de la participación en la misma de las organizaciones de trabajadores (las cuales bien pueden acordar y establecer prestaciones para sus afiliados).

Como se aprecia, no hay incompatibilidad entre este componente y el primero expuesto, pues en la medida en que se ejecuten las prestaciones por asignaciones familiares y servicios sociales, se atenderán a estos mismos propósitos.

Acontece que queremos evidenciar otro frente propio de los aludidos sistemas, cuya vigencia será mayor en el campo de los afiliados contributivos, pero sin perjuicio que con la misma lógica se extiendan sus coberturas a los trabajadores informales y a poblaciones excluidas.

Entre los principales programas que el sistema provee y proveería en este frente citamos los siguientes:

- a) Servicios integrales de intermediación laboral.
- b) Servicios de acompañamiento empresarial para el bienestar.
- c) Servicios sociales para los trabajadores.
- d) Servicios de educación para el trabajo y la productividad.
- e) Servicios de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad.
- f) Servicios de salud ocupacional.
- g) Servicios de crédito empresarial.

2.2.3. *Acumulación de capital social*

Sin perjuicio que las acciones desplegadas en los frentes anteriormente expuestos revierten resultados de interés para el campo de lo social, consideramos prudente especificar en este ámbito las coberturas cuya finalidad primordial consiste en dotar de recursos a la sociedad o de atender directamente fines de la política social, entre las cuales evidenciamos las siguientes:

- a) Atención en salud y administración de subsidios.
- b) Atención a niños.
- c) Atención a adultos mayores.
- d) Atención a discapacitados.
- e) Atención a poblaciones en condición de vulnerabilidad.

2.2.4. *Acumulación de capital privado*

Se trata del ofrecimiento y la prestación de servicios complementarios y bajo las reglas del mercado para la provisión de necesidades individuales, familiares, grupales, sociales y estatales de bienestar, cuya provisión se dará por medio de esquemas contractuales.

Entre las principales manifestaciones de los programas al respecto evidenciamos las siguientes:

- a) Servicios para afiliados voluntarios.
- b) Microseguros en los diversos campos de acción del sistema.

- c) Portafolio de bienestar para empresas, organizaciones sindicales y trabajadores.
- d) Portafolio para la contratación de servicios a pedido de entidades estatales.

2.3. Organización del sistema de subsidio familiar y servicios sociales

Lo primero es plantear la necesidad de redefinir la denominación misma del sistema de compensación familiar, para que a través de una descripción más amplia exprese desde su título el variado contenido que representa.

A nuestro juicio, la misma debería concretarse en expresiones tales como sistema de bienestar en el trabajo y servicios sociales.

El esquema organizativo debería respetar fundamentalmente la institucionalidad construida por el país a lo largo de seis décadas de operación.

Como se ha expresado en varios apartados anteriores, se trata de un esquema organizacional desarrollado sobre principios de solidaridad, participación, cogestión, buen gobierno, eficiencia y servicio.

Nosotros apreciamos la operación de las cajas de compensación familiar como asimilable al modelo fiduciario, en la medida en que con una misma institucionalidad se desarrollan funciones diversas, a las cuales se asignan recursos especiales.

Conservando el modelo corporativo, consideramos que las cajas de compensación familiar podrían reorganizar su funcionamiento a través de la definición de unidades autónomas o patrimonios de tal condición, que puedan así mismo aplicar esquemas de administración independientes pero coordinados desde la institucionalidad central, en la medida en que las entidades participen en los diferentes círculos de gestión de prestaciones para proveer los bienes a los que se ha hecho referencia.

Consideramos que la participación en otros subsistemas de la seguridad social, como por ejemplo en el de salud, se debe realizar en todo caso a través de modelos de gestión autónomos, sin que comprometan la misma personalidad jurídica de la corporación; ello se daría a través de la participación en terceras personas o del establecimiento por norma de patrimonios autónomos que sean los responsables en el manejo de los recursos (como ya se ha dispuesto para el caso de las secciones de ahorro y crédito) y los programas de salud, tanto en los roles de aseguramiento como de prestación. Ello supondría la plena claridad en la independencia contable, financiera, de gestión y de política institucional en lo que respecta a la operación de estos servicios, sin perjuicio, claro está, que la institucionalidad central de la caja ejerza control y dirección integral sobre sus diversas unidades.

La administración de los programas planteados para la estructuración de capital social puede abrirse a la participación de representantes estatales, dentro de las unidades correspondientes y sin perjuicio de la dirección estratégica de la organización central corporativa, que funge como responsable de la operación integral de sus diversas áreas.

Podría plantearse la habilitación, para el caso de emprendimientos dentro del círculo de capital privado y servicios ofrecidos en condiciones de mercado, de modelos de cogestión con terceros, y esquemas en los que participan los propios trabajadores bajo la noción de patrimonios autónomos responsables por cada uno de los proyectos que despliegan las cajas.

Las prestaciones que se atiendan en los diferentes estamentos y con los niveles de independencia anotados deberán guardar coherencia con el objeto corporativo institucional y ser acogidas claramente por los estatutos. El control de esta pertinencia corresponderá a la autoridad de inspección, vigilancia y control, la cual habrá de experimentar un intenso proceso de modernización y ajuste.

Con estas premisas y teniendo en cuenta que la finalidad del sistema no es la conservación de sus operadoras sino la prestación de los mejores servicios a los afiliados y usuarios, estimamos que la posibilidad de operar las cajas de compensación familiar a nivel nacional es deseable, preferiblemente bajo la perspectiva de redes integradas de servicios que ha sido acogida por la Ley 1438 de 2011 para el caso del sistema de seguridad social en salud.

Esto es, apreciamos la conveniencia de preservar de alguna manera la identidad regional de la operación, para que a partir de esquemas de redes integradas puedan usarse los servicios del sistema a nivel nacional y posibilitarse la afiliación en todos los sitios del país, bien porque se integren cajas o porque haya presencia de cajas en diversos departamentos o porque esa presencia se dé a través de alianzas.

El otro aspecto fundamental en materia organizativa tiene que ver con la consolidación del esquema de gobierno al interior del sistema y de sus operadoras.

Estimamos, como se ha advertido ya, que es necesario un más claro direccionamiento sobre el sistema por parte del Gobierno Nacional y la refundación del Consejo Superior del Subsidio Familiar, para que en su seno intervengan las autoridades de los distintos sectores concernidos con la operación del sistema y se fijen las pautas integradas de política pública sobre el mismo.

El fortalecimiento y la independencia financiera de la Superintendencia de Bienestar en el Trabajo y Servicios Sociales —una vez redefinida— se estima así mismo prioritaria.

Y dentro del esquema corporativo, se considera importante preservar el modelo de gobierno actual para la operación centralizada de la corporación, en tan-

to se abren opciones de nueva organización para los diferentes círculos, niveles o patrimonios que se deriven de ella.

La cualificación y preparación de los consejos directivos institucionales se estima así mismo relevante, para lo cual se considera prudente instaurar mecanismos efectivos de control sobre la idoneidad de quienes son postulados o designados, así como esquemas de formación obligatorios.

Por supuesto, la mejora en acciones de transparencia y buen gobierno es deseable y se corresponde con la historia, la tradición y las expectativas ciudadanas sobre el sistema. Por ejemplo, la identificación de un código de ética de todas las operadoras se aprecia como pertinente, de la misma manera que la inscripción de los empleadores y de los trabajadores del país en un compromiso de ética, buen gobierno y transparencia, que comprometa acciones preventivas de prácticas indebidas, protección de recursos y ahorro, participación en los órganos de deliberación y gobierno, veedurías, cogestión y diálogo.

En cuanto se refiere a las condiciones y requisitos de acceso a las prestaciones clásicas del sistema, consideramos que las mismas deben conservarse, sujetándose a evaluaciones periódicas y permitiendo en todo caso el establecimiento de prestaciones periódicas o transitorias y diferenciales, como se ha dicho, para el evento de subsidios que deban proveerse frente a recesiones económicas o crisis por desastres naturales que impacten a las personas y al ciclo económico o para grupos poblacionales determinados.

2.4. Sostenibilidad del sistema de subsidio familiar y servicios sociales

La reorganización de las prestaciones y de la estructura del sistema supondrá así mismo una redefinición de su esquema financiero.

Es claro que los sistemas de protección y seguridad social en general se financian hoy tanto con aportes como a través de recursos de origen fiscal; la composición de cada componente dependerá de la situación económica del país, de su política hacendística, de su estructura estatal y de la extensión de su sistema, entre otros factores.

Como se ha advertido dentro de la protección social en Colombia, el sistema de compensación familiar es, con el de riesgos profesionales, un subsistema que no recibe apoyo fiscal para la provisión de los servicios a su cargo. Por el contrario, es el único que, más allá de los rendimientos financieros, provoca nuevos recursos con los que financia la operación de los servicios sociales, a través de la aplicación de tarifas y la venta de su portafolio, como también por esfuerzos en el campo de la cooperación internacional y la contratación pública.

Hemos defendido la preservación del recaudo de aportes para financiar el subsidio familiar; estimamos en todo caso que al menos deben preservarse los

aportes suficientes de los empleadores con los cuales cubra el sistema las prestaciones esenciales de su ciclo de negocio (subsidio familiar, subsidio de vivienda de interés social, subsidio de desempleo).

No obstante concebimos como útil y necesario que el sistema perciba ingresos provenientes de origen fiscal para la ejecución y complementación de servicios en el campo de la capitalización social, por ejemplo frente a la atención de niños no afiliados y, en especial, para la extensión universal de su cobertura.

En el rediseño estructural del sistema deberían considerarse los mecanismos que permitan la utilización de recursos de diversas fuentes y que a través de esquemas claramente separados, mediante la figura del manejo fiduciario, pudieran atender los diferentes frentes prestacionales del sistema.

En esa perspectiva debería también establecerse el campo propio de recursos de libre gestión por parte de las cajas de compensación familiar, para el ofrecimiento de servicios en condiciones de mercado.

En la misma dirección será preciso clarificar el alcance de los controles sobre la ejecución de las funciones y de los recursos del sistema, para identificar con exactitud el ciclo de la parafiscalidad atípica y el ámbito de los recursos que no tienen ese carácter.

En todo caso estimamos necesario así mismo fortalecer el régimen de vigilancia sobre la solidez organizacional de las cajas de compensación familiar, en aspectos tales como márgenes de solvencia, patrimonio técnico y las reservas de estas organizaciones, contando así mismo con la individualización de los patrimonios que se destinen a fines específicos o por mandato de ley.

De alguna manera la institucionalidad típica del sistema será la directa responsable de la administración de la prestación del subsidio familiar, en tanto los otros frentes de acción dependerán en sus recursos y operatividad de estructuras independientes pero integradas estratégicamente desde la matriz, en todo caso lideradas desde el centro corporativo.

Consideramos del caso también explorar alternativas para identificar fuentes adicionales de recursos, como podrían ser las que se originen a través del aporte proveniente de remesas desde el exterior para cubrir familias residentes en Colombia y el incremento en las afiliaciones voluntarias, como también flujos adicionales por la incorporación de nuevos colectivos, cuya afiliación, por ejemplo, pueda ser cubierta a través de aportes subsidiados por el Estado (figuras como las contempladas en la Ley 1429 de 2010 son ejemplo de estas opciones).

Como modelo estratégico de operación financiera, nos llama la atención la redefinición del sistema de tal forma que se conciba la existencia de un régimen contributivo y de uno subsidiado; aquel basado en financiación por apor-

tes, este soportado en la reasignación de recursos fiscales que hoy se distribuyen en diversas agencias del Estado para cubrir una serie de subsidios públicos, que podrían englobarse en modalidades universales de subsidio familiar y servicios sociales.

Para la gestión financiera del llamado régimen contributivo del subsidio familiar, resulta de interés evaluar la pertinencia de recurrir a un esquema similar al de la compensación en el sistema de seguridad social en salud. Esto es, aplicar la integración de recursos en un fondo común y a su asignación a cada operadora a partir del cálculo del valor que corresponda por persona para el cubrimiento de las correspondientes prestaciones. Este mecanismo operaría en lo concerniente a los servicios asociados a los subsidios económicos tradicionales, dejándose amplitud a las cajas en lo concerniente al manejo de otros recursos que nutran al sistema en los círculos de capital social y gestión privada.

Iniciativas como estas favorecerían la afiliación universal y sin discriminaciones, así como revertirían en el ofrecimiento de servicios estandarizados en las diferentes regiones del país; lo anterior por supuesto sin desconocer la pertinencia de estructurar mecanismos para el reconocimiento de unidades de capitalización diferenciales por regiones o por períodos.

En el campo de la sustentabilidad del sistema, se hace necesario igualmente realizar un análisis sobre la titularidad de la propiedad de los activos del sistema. La identificación clara de que por tratarse de recursos del sector trabajo gozan de una protección constitucional especial debe ser la línea orientadora en el punto. Así mismo, la generación de riqueza por sobre este componente tendrá que ser evaluada, de tal forma que se incentive la inversión en frentes nuevos y esencialmente vinculados al objeto social de las cajas de compensación familiar y se garanticen escenarios en los que participen como dueños las empresas, los sindicatos, los trabajadores, frente a proyectos o emprendimientos identificados respecto a la fuente original relacionada con los aportes patronales.

2.5. Otras consideraciones

Expongo a continuación algunos otros temas que fueron señalados desde 2004⁽⁴⁾, cuando se pensaba en la pertinencia de impulsar ajustes al sistema una vez producida la reforma no estructurada de la Ley 789 de 2002.

En efecto, la mirada histórica y la actualización normativa propuesta en torno al sistema de compensación familiar en Colombia motiva sin duda y sin apasionamientos una reflexión detenida sobre su futuro, los retos que habrán de asumir

(4) Cortés González, Juan Carlos, ob. cit.

las cajas de compensación familiar, las realidades del nuevo esquema de protección social y el entorno de las sociedades contemporáneas.

Estéril sería el presente trabajo investigativo si por lo menos no se compromete con la sugerencia de algunos temas particulares de reforma y no expresa la alternativa de avanzar en algunos ajustes y proyectos en torno al tema.

2.5.1. *Repensamiento integral sobre el sistema de subsidio familiar*

Lo primero que se quiere reiterar es la importancia de analizar el subsidio familiar en forma integral y con la debida articulación respecto al sistema integral de seguridad y protección social. La adopción de la Ley 789 de 2002 implicó una actualización normativa de aquel sistema, sin que existiera el compromiso de proceder a un análisis articulado y detenido que permitiera la reflexión política suficiente para rediseñar el esquema de compensación familiar y los servicios a él asociados. Diez años después esa revisión holística no se ha dado, ni frente al sistema de compensación familiar ni frente a los otros subsistemas del aseguramiento social, provocándose por el contrario una avalancha normativa de regulaciones dispersas y sectorizadas, según un aparente principio del "sálvase quien pueda".

En la misma línea, si se aprecia la historia del subsidio familiar, al menos en las dos últimas décadas, ella evidencia una tendencia por aplicarle reformas aisladas, atribuirle nuevas funciones y señalar dispares responsabilidades a las cajas, sin que ese proceso haya estado acompañado de una reflexión sistemática.

También es pertinente señalar que ha existido temor en el sistema de promover una revisión integral a las disposiciones contenidas en la Ley 21 de 1982 y que, hasta cierto punto, la posición del mismo ha sido reactivada en cuanto a defender la supervivencia de las cajas, así como la continuidad de los aportes bajo su administración. La inexistencia de ese análisis, sin embargo, favorece en nuestro concepto la ocurrencia de un fenómeno de similares repercusiones en cuanto a permitir reformas constantes y debates no profundos que, en últimas, podrían desencadenar en la atrofia del sistema por exceso de atribuciones o en la desfiguración de su esencia como instrumento laboral y social.

Por ello, lo primero que se advierte es la necesidad de comprometer la intencionalidad política del Estado y la sociedad para valorar, actualizar y redefinir la naturaleza, tareas, responsabilidades, formas de operación y posibilidades de las cajas de compensación familiar, al mismo tiempo que se analiza y conoce el destino de los denominados aportes parafiscales o impuestos sobre la nómina, todo ello dentro del contrato social actualizado por la protección en Colombia.

2.5.2. *Rompimiento del paradigma de los afiliados “trabajadores”*

Quizá sea este uno de los principales aspectos en los que deba trabajar el sistema de subsidio familiar, sin abandonar su historia, para encarar la nueva realidad.

Si bien el sistema nace de y para la economía formal, la realidad en el mundo nos revela el cambio del paradigma del trabajo por el de la productividad y la especulación. Los niveles de informalidad e independencia de la población económicamente activa son cada vez mayores, en tanto el crecimiento del empleo subordinado se antoja precario.

¿Será que el sistema de compensación familiar aún debe seguir anclado en el reconocimiento del subsidio y de los servicios sociales exclusivamente para aquellos que están vinculados, al menos momentáneamente, al sector formal de la economía? La respuesta debe ser negativa.

Iguales necesidades familiares tienen los trabajadores independientes y aquellos que encuentran en la informalidad un medio de vida y de generación de riqueza. Para ellos el sistema de subsidio familiar debe innovar proyectos y servicios.

La afiliación facultativa es apenas un tímido remedo de lo que corresponde impulsar. ¿Por qué el productor independiente, el comerciante, el tendero o el vendedor ambulante, todos con ingresos no en pocas ocasiones superiores al trabajador formal, no han de tener acceso al subsidio por el advenimiento de sus hijos o posibilidades de acceder a un subsidio de vivienda de interés social a través de una caja de compensación familiar o a una línea de crédito —ahora bajo el nuevo esquema de intermediación financiera cuyo alcance se abre directamente para aquellas corporaciones—?

Nuevos, diversos y ampliados servicios para una nueva e inmensa población por conquistar es el reto de las cajas. Es preciso llegar a la base de la pirámide como empresas sociales que son dichas corporaciones. Con la regularización en el pago de aportes, inclusive con niveles inferiores a los actuales, pero que permitan incluir en la seguridad y la protección social de manera efectiva a tantos productores de riqueza que por carecer de un contrato laboral están por fuera del ámbito de las cajas.

Ahí está la veta de crecimiento del futuro sistema: la atracción a la regularización de quienes hasta ahora son excluidos o que se incluyen apenas por la fuerza obligatoria de la ley.

Y qué decir en este campo de otros frentes interesantes, tales como la posibilidad de afiliar al sistema a grupos familiares de colombianos residentes en el exterior que ordinaria y regularmente envían sus remesas dinerarias para satisfacer

las necesidades del grupo en el país, pero que escapan en muchas ocasiones a la cobertura del sistema de seguridad y protección social, por el formalismo de la inexistencia de relación laboral.

Es que, como se ha sostenido antes, las cajas habrán de ser consideradas como fiduciarias sociales, abiertas a todos, con servicios como hasta ahora lo han hecho para los gerentes y directores, pero también para los operarios y profesionales, para los empleados domésticos, los informales, en su condición de fuertes organizaciones de naturaleza social que por su historia y naturaleza están llamadas precisamente a renovar el esquema de economía solidaria y dinamizarlo.

2.5.3. *Revaloración de los aportes sobre la nómina*

Debe generarse mayor conciencia cívica sobre la necesidad y pertinencia de contribuir a la seguridad social.

Constantemente se escuchan voces que desde diversos sectores han requerido la eliminación o la reducción de tales aportes o de algunos de ellos, aduciendo principalmente un pretendido impacto de los mismos, como factor contraproducente a la generación de empleo, por el peso económico que tienen en la gestión empresarial.

No se olvide así mismo que la vigencia de los tratados de libre comercio con otras naciones, tarde o temprano involucrará en el análisis de productividad la variable costos laborales, para que se mantenga el debate sobre la procedencia o no de "impuestos sobre la nómina".

Esta revaloración sugiere además a la Corte Constitucional una revisión a profundidad de las diferencias que existen entre las tradicionales contribuciones parafiscales y aquellos aportes que se destinan al cubrimiento del subsidio familiar y los servicios sociales. Tal revisión implicará sin duda el establecimiento de una nueva tipología de contribuciones –las que se orientan al cubrimiento de la seguridad social–, cuyo régimen jurídico deberá fundarse a partir del reconocimiento de sus particularidades, entre otras con la nota de la exclusividad de destinación y el señalamiento de un régimen integrado de control.

También para reflexionar sobre el particular se sugiere la alternativa de revalorar el monto total de aportes sobre la nómina –del 9%– con la pretensión de evitar duplicidades de funciones y con la alternativa de trasladar funciones operativas del ICBF y el Sena a las cajas de compensación familiar, para que aquellas entidades se circunscriban en su ámbito propio, o en el seno de una nueva entidad pública, a la definición de políticas y la coordinación de actividades, en tanto ciertas tareas se trasladan a entes que como las cajas de compensación familiar pueden aprovechar su experiencia, infraestructura y naturaleza para

cumplir funciones en manejo de población infantil, programas maternos, formación para el trabajo, la productividad y tareas similares.

2.5.4. *Unidad en el sistema de subsidio familiar*

Un elemento de especial importancia para el buen desarrollo futuro del sistema de subsidio familiar tiene que ver con las posibilidades reales de lograr mayores niveles de integración y unidad entre las corporaciones que lo integran. Ello comporta, de otro lado, la ejecución de aún mayores esfuerzos para ofrecer desde ahora servicios nacionales y de integrar a través de alianzas, por ejemplo, la prestación de servicios de aseguramiento y prestación en salud. Son a propósito las cajas de compensación familiar las mejores destinatarias de las reformas introducidas por la Ley 1438 de 2011 en cuanto a su capacidad de responder a los retos del aseguramiento con portabilidad nacional y a la conformación de redes integradas de servicios, sin que ello necesariamente comporte la pérdida de identidad y autonomía regionales (por ejemplo a través de la consolidación de un gran consorcio de servicios de salud).

No es entendible hoy la existencia de dos asociaciones gremiales que operan al interior del sistema, por lo cual la propuesta a este particular se orienta a realizar los esfuerzos necesarios para generar una única confederación de cajas en el país que pueda deliberar y proponer las mejores opciones para su desenvolvimiento como un solo interlocutor con las autoridades y actores; resulta pertinente pues instar a la unificación gremial, lo cual redundará en mayor fuerza colectiva y sistémica.

2.5.5. *Nuevo esquema de operación para las cajas de compensación familiar*

Con el propósito de superar uno de los temas de más difícil manejo en las relaciones entre cajas de compensación familiar, cual es el relacionado con la afiliación y el traslado de empleadores entre ellas, se sugiere el análisis de dos medidas que de fondo reestructurarían la forma de operar al interior del sistema:

a) El establecimiento de un sistema integrado y nacional de compensación a semejanza de lo ocurrido dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud; es decir, las cajas percibirían los aportes que redefina la ley para el cumplimiento de los cometidos públicos que se les señalen y realizarían un giro de los mismos a una bolsa común de administración pública, bajo un esquema directo o fiduciario, para posteriormente percibir recursos de compensación por los afiliados respecto de los cuales habrán de cubrir la prestación social subsidio familiar, así como un porcentaje adicional en proporción a su tamaño para el adelantamiento de obras y programas sociales y al nivel de cuota monetaria, con estímulos para las corporaciones de mayor eficiencia.

b) La adopción del principio de escogencia democrática de la caja de compensación familiar a la cual se adscriba el empleador, a partir de un proceso electoral libre, en el que participen con igualdad de voto todos los trabajadores. La afiliación además se mantendría por un período importante de tiempo y estaría determinada por las preferencias de los trabajadores, rompiendo el esquema que en ocasiones puede confundir el sistema de compensación en uno de contraprestación al empleador, pues la selección democrática centrará el debate en el portafolio de servicios de cada caja, sus fortalezas y diferencias con las restantes.

2.5.6. *Internacionalización*

El modelo de compensación familiar ha sido exitoso en Colombia. Tenemos la gran posibilidad pero también el enorme compromiso de mostrarlo y dejarlo a disposición de otros Estados, con las actualizaciones y mejoras particulares que en esas latitudes se le introduzcan.

A la vez es preciso plantear alternativas de internacionalización para las cajas, a partir de las cuales se mejoren sus posibilidades de acción. Convenios internacionales, acuerdos con organización públicas y privadas de otros estados, intercambios y servicios prestados en el exterior son alternativas que cada día se tornan en más que posibilidades, imperativos para las cajas.

A la vez que se plantea el modelo en otros contextos, es preciso enriquecer lo logrado nacionalmente con experiencias ajenas, a partir de las cuales se puedan alcanzar ampliaciones de la cobertura, así como extender servicios a los afiliados en campos como el turismo, la recreación, la educación, el manejo de tecnologías, la salud, entre otros, para que el sistema de subsidio familiar se coloque a tono con los apremios del nuevo orden mundial.

3. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMO EMPRESAS SOCIALES

Se experimentan con fuerza tendencias por definir esquemas ideológicos que permitan renovar la filosofía política y, en especial, el liberalismo económico y el modelo capitalista imperante en el mundo, con el propósito de hacer frente a sus desviaciones para superar las problemáticas que una visión unívoca sobre la realidad del hombre y la sociedad genera.

En efecto, la explicación sobre el interés egoísta y las bondades de la iniciativa privada para la maximización de beneficios económicos como sustento del mercado y de la sociedad reclaman permanentemente ajustes. La crisis del capitalismo especulativo ocurrida en 2008 constituyó un nuevo anuncio sobre las necesidades de regulación, la rectoría del Estado y su intervención para hacer viable precisamente el mercado, sin que necesariamente se plantee buscar un estatismo colectivista.

Las filosofías del liberalismo, del socialismo y del comunitarismo deben enfrentar retos sociales y económicos comunes, fundamentalmente la pobreza, la inequidad y la exclusión, frente a mercados laborales en constante cambio y a una sociedad de la información y la tecnología globalizada.

La pobreza y la marginación se constituyen a nuestro juicio en las grandes frustraciones de la teoría política y económica, cuyo espacio científico y filosófico se justifica en la medida en que propone las condiciones para que los seres humanos puedan ser felices.

Por lo menos en Occidente la prevalencia de regímenes constitucionales bajo diversas formas de democracia ha hecho que la filosofía y la ciencia tomen su mirada a la realización, más allá de los derechos fundamentales de la denominada primera generación, hacia aquellos derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, si bien como lo ha reconocido la Corte Constitucional estas diferenciaciones no dejan de tener un alcance histórico y referencial, bajo el entendido que los derechos humanos presentan manifestaciones diversas que expresan tanto alcances sociales, ambientales, como de contenido personalísimo⁽⁵⁾.

En ese contexto de crítica al capitalismo y renovación del liberalismo en sus expresiones filosófica, política, económica y religiosa, aparecen pensadores y escuelas de especial impacto.

Las críticas al modelo económico y la visibilización de la realidad de la pobreza sobresalen en las obras de autores como Joseph Stiglitz, George Soros, Jeffrey Sachs y Amartya Sen. Peter Singer, desde una perspectiva liberal, nos motiva profundas reflexiones sobre el alcance ético de la globalización, en tanto Adela Cortina y Alain Touraine ponen también especial acento en la moral y en el contenido sociológico; por su parte John Rawls, desde lo jurídico, enfatiza para las sociedades decentes en el parámetro colectivo de justicia.

Es innegable la contribución de Sachs, especialmente en cuanto a precisar que la pobreza no es un destino inevitable o necesario, sino que constituye un riesgo que es preciso prevenir y, ante su ocurrencia, combatir, para hacer posible la existencia armónica próxima en el mundo.

Para aceptar el desafío de poner fin a la pobreza nos señala Sachs algunos compromisos puntuales⁽⁶⁾:

- a) Comprometerse a acabar con la pobreza.
- b) Adoptar un plan de acción.

(5) Ver Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

(6) Sachs, Jeffrey, *El fin de la pobreza* (primera edición), Bogotá, Editorial Debate, 2006.

- c) Alzar la voz de los pobres.
- d) Contrarrestar el papel de Estados Unidos en el mundo.
- e) Recuperar el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.
- f) Reforzar las Naciones Unidas.
- g) Utilizar la ciencia global.
- h) Promover el desarrollo sostenible.
- i) Formular un compromiso personal.

La Declaración de los Objetivos del Nuevo Milenio por parte de la Organización de Naciones Unidas da cuenta de lo que representa para la humanidad en el nuevo siglo garantizar la inclusión y enfrentar decididamente la pobreza.

Emerge así mismo el testimonio y la obra de Muhammad Yunus, Premio Nobel de Paz, profesor, académico y ejecutor de proyectos sociales de importancia mundial.

Desde su libro *El banquero de los pobres* hasta *Un mundo sin pobreza*, Yunus muestra cómo la realidad de la pobreza no es incontrastable y de qué manera es posible contribuir eficazmente a su superación a través de esfuerzos que surjan de la propia iniciativa privada, sin que sea indispensable pensar en un Estado absorbente.

Con este enfoque su pensamiento alcanza a nuestro juicio un nivel de maduración intelectual y programático muy alto a través de lo expresado en su libro *Empresas para todos, hacia un nuevo modelo de capitalismo* que atienda las necesidades más urgentes de la humanidad.

Se trata de promover, para la renovación del capitalismo, el surgimiento de un sector de empresas sociales que, orientadas bajo el criterio de la utilidad en condiciones de mercado, satisfagan necesidades sociales y reinviertan sus remanentes en el desarrollo de sus fines.

No se trata de organizaciones bajo el modelo de las no gubernamentales o de las entidades sin fines de lucro ni de asociaciones de beneficencia o instituciones públicas de asistencia; tampoco pueden confundirse con las expresiones prácticas de la responsabilidad social empresarial o del marketing social. El emprendimiento social tampoco lo concibe Yunus en el ámbito de las empresas sociales, pues conceptos tales se incorporan a su juicio en la tradicional bipolaridad que se da entre la búsqueda de utilidades y la existencia de organizaciones sin ánimo de lucro.

No se trata de desvirtuar el papel que aquellas entidades cumplen, por el contrario tales emprendimientos deberán estimularse. Desde otra perspectiva, tampoco se trata de desincentivar la empresa privada maximizadora de beneficios para sus dueños, sino de construir una alternativa en empresas sociales, a las que las nuevas generaciones se vinculen con igual propósito de competir y obtener ganancias, pero para realizar objetivos colectivos y sin que se repartan los beneficios entre dueños o titulares del capital.

“Yo no me opongo a generar utilidades. Incluso a las empresas sociales se les permite generarlas, con la condición de que se queden en la compañía y sean utilizadas para ampliar los beneficios sociales que la compañía suministra (yo uso a menuda la palabra ‘superávit’ para distinguir claramente entre esta clase de utilidad y las utilidades generadas por las empresas convencionales, que van a beneficiar a los dueños). En sí misma, la utilidad no es algo malo.

“Sin embargo, la empresa social es una nueva categoría de negocios. No estipula el fin del modelo conocido de empresa con ánimo de lucro. Más bien, amplía el mercado y da una opción nueva a consumidores, empleados y empresarios. Aporta una nueva dimensión al mundo empresarial y una nueva sensación de conciencia social entre la gente de negocios⁽⁷⁾.

La empresa social se constituye en una posibilidad para el individuo y para la sociedad y no en una imposición; su nacimiento es voluntario y obedece además a las condiciones personales de quienes la impulsen y del mismo mercado.

La empresa social “representa una nueva forma de que los seres humanos expresen su espíritu empresarial⁽⁸⁾ y una alternativa en cuanto a su sustentabilidad, porque el futuro de la misma no está ligado al precio de las acciones, dado que sus inversionistas no están movidos por la ganancia particular, lo que permite planear a largo plazo y evitar la tentación especulativa que hoy constituye a nuestro juicio “la fase superior del capitalismo”, si quisiéramos emplear la terminología leninista refiriéndose al capitalismo financiero.

La noción de empresa social no está ligada necesariamente a la construcción ideológica del socialismo o del comunismo; como lo explica Yunus, lo que caracteriza principalmente a dichos modelos es que en ellos grandes porciones o toda la economía están bajo el comando de grupos élites o del gobierno sin que exista competencia entre empresas, con lo que se colocan en riesgo especialmente la eficiencia y la innovación.

(7) Yunus, Muhammad, *Empresas para todos*. Bogotá, Editorial Norma, 2010, p. 13.

(8) *Ibidem*, p. 27.

“La empresa social ofrece una opción a los inversionistas. No está obligada por nadie. Funciona dentro de una economía abierta, con libertad de elección. Todos los participantes en el mercado son bienvenidos a crear sus propias empresas sociales –sectores empresariales, gobiernos, individuos, fundaciones o cualquier otra entidad social o económica–. No se excluye a nadie. La empresa social ayuda a los ciudadanos a acometer actividades que tradicionalmente se consideraron responsabilidades del gobierno. El resultado es que se aligeran las cargas del gobierno y sus esfuerzos se complementan con los de la sociedad civil. Los gobiernos pueden colaborar con empresas sociales administradas por la sociedad civil y empresarial, porque las empresas sociales no están manejadas por ‘tomadores de utilidades’, y al mismo tiempo el gobierno puede crear sus propias empresas sociales”⁽⁹⁾.

Social significa, en el contexto de lo propuesto por Yunus, que el negocio sirve para beneficiar un amplio número de personas, sin que se enfoque exclusivamente a la ganancia de los accionistas o propietarios.

Las empresas sociales son una realidad en el mundo, pues, así como el Banco Grameen, aquellas se han venido esparciendo por distintos lugares y concitando el interés y el compromiso de inversores, empresas y personas; entre los referentes de dichas empresas se citan Grameen-Danone para vender yogur fortificado, Grameen-Veolia Water para la venta de agua pura y BASF-Grameen para la venta de toldillos tratados químicamente.

Se trata de ofrecer como alternativa para el desarrollo social y económico de hoy espacios de inversión y de gestión diferentes a los de las empresas tradicionales y a los del sector no retributivo, en los que, a partir de la iniciativa privada y de mercado, se ofrezcan bienes y servicios para la mayoría de la población, con la generación de lucro pero sin que este sea el fin de la organización y siempre y cuando se reinvierta en el logro social del negocio.

Los siete principios de las empresas sociales son los siguientes⁽¹⁰⁾:

- a) El objetivo de la empresa es el de superar la pobreza o enfrentar uno o más problemas (tales como educación, salud, acceso tecnológico y medioambiente) que amenacen a la gente o a la sociedad y no el de maximizar utilidades.
- b) La compañía alcanzará sostenibilidad financiera y económica.
- c) Los inversionistas recuperan solo su inversión inicial. No se da ningún dividendo aparte de la devolución de la inversión original.

(9) *Ibíd.*, p. 23.

(10) *Ibíd.*, p. 3.

d) Cuando se devuelve la inversión, la utilidad se queda en la compañía para ampliación y mejoramiento.

e) La compañía será ecológicamente responsable.

f) Los trabajadores de la compañía reciben el salario que fija el mercado, en condiciones laborales mejores que las estándar.

g) Se hace con alegría.

En consonancia con los criterios que orientan el desarrollo de las empresas sociales en Yunus, Prahalad⁽¹¹⁾ cimienta su teoría en cuanto a la necesidad y conveniencia de conquistar el mercado en los más de 4.000 millones de seres que se encuentran en condición de pobreza o que poseen menores recursos. El capitalismo se ha centrado en competir por los mismos consumidores, desconociendo la existencia de enormes posibilidades para incorporar a la mayoría en el desenvolvimiento de las relaciones económicas, lo que generará inclusión en todos los órdenes y oportunidad para los inversionistas.

Se trata, desde nuestra óptica, de satisfacer las necesidades sociales mediante esquemas complementarios de atención y con participación desde la iniciativa privada. El capitalismo puede ofertar bienes y servicios a poblaciones hasta ahora excluidas obteniendo para sí justificación y beneficio, en la medida en que a través de esta incorporación se realizan condiciones de justicia, paz y desarrollo, con la orientación de Sen en cuanto al despliegue de las potencialidades y el logro del bienestar y la calidad de vida.

De hecho, lo que hasta ahora resultaba impensable se está dando en forma progresiva y aún con base en una amplia facultad reguladora del Estado antes que por la iniciativa privada; se trata de la incorporación de personas y familias de menores ingresos al ámbito financiero.

Piénsese que si, como lo señala Zakaria⁽¹²⁾, uno de los pasos fundamentales del capitalismo moderno fue la generalización de las tarjetas de crédito, permitir el efectivo acceso a los servicios financieros para las personas generará profundos ajustes a la estructura social, económica y política. Lo mismo en el campo de la educación, la cultura, el conocimiento, la tecnología y los servicios sociales.

(11) Prahalad, C. K., *La nueva oportunidad de negocios en la base de la pirámide*, Bogotá, Editorial Norma, 2010.

(12) "Estados Unidos empezó a cambiar un día de mediados de septiembre de 1958' [...] Se está refiriendo al día en que el Banco de América 'distribuyó' 60.000 tarjetas de crédito en Fresno (California), inventando así la tarjeta de crédito de uso general..." (Zakaria, Fareed, *El futuro de la libertad*, Bogotá, Editorial Taurus, 2003).

Se trata de permitir el acceso de todos a bienes y servicios que puedan ser “adquiridos” en términos justos, en condiciones de sustentabilidad para quienes los ofrezcan. Algunos de los bienes, por su carácter de públicos o meritorios, tendrán que ser cubiertos por el Estado, pero aun cuando así ocurra, ello no es óbice para reconocer que los mismos sean “gratuitos” por cuanto en estos eventos lo que opera es una transferencia indirecta de precio por la vía del pago de impuestos o contribuciones, pero en todo caso es posible afirmar la existencia de un “mercado” de tales bienes.

Hoy las grandes empresas dan pasos importantes por extender la cobertura de sus servicios y combatir así manifestaciones de piratería y fraude. El mundo de la telefonía es ejemplo de ello; no hace muchos años la posibilidad de acceder a comunicaciones remotas y móviles era un privilegio de pocos; en la actualidad se entiende como derecho y opción para todos. Los productores de discos y videos, frente a la aceleración de la tecnología y la internet, hoy procuran colocar sus productos en las tiendas formales a bajos precios y con la mejor calidad.

Ello sin contar la realidad de los mercados populares en los que prevalece la venta de productos porcionados o de marcas propias, lo que permite bajos precios y accesibilidad según necesidades.

De alguna manera se trata, desde el mercado y la iniciativa privada, de responder a las crecientes expectativas sociales, un tanto en la línea de profundizar el liberalismo económico planteada por Edwards⁽¹³⁾, lo cual, empero, si no está acompañado de un proceso de generación de valor público y de gestión empresarial social, acarrea a nuestro entender graves riesgos.

Los modelos económicos en el mundo reclaman avances y cambios. Sin importar la ideología de base, es claro que si no se incorporan millones de personas, la economía informal, la pobreza y el desequilibrio afectarán la viabilidad social, política y económica de las naciones.

Mantener las condiciones de exclusión actuales constituye el semillero para la agudización de fenómenos de violencia, migración, desintegración social y delincuencia.

Bajo este ámbito de reflexión, exponemos que a nuestro criterio las cajas de compensación familiar en Colombia son antecedentes y referentes actuales de lo que se denomina empresa social.

En efecto, si se cotejan las características que los autores de la teoría exponen en cuanto al ser de dichas organizaciones, frente a las condiciones de di-

(13) Edwards, Sebastián, *Populismo o mercados: El dilema de América Latina*, Bogotá, Editorial Norma, 2009.

chas cajas, es posible apreciar en forma nítida la manera en que estas constituyen un modelo de empresas sociales.

Tal como se ha dejado expuesto anteriormente, las cajas son iniciativas privadas organizadas bajo la forma de empresas cuya administración se compromete con la sostenibilidad, para el logro de fines colectivos y sin repartir utilidades, pues las que produzcan se afectan a los objetivos institucionales.

De hecho cuando se descubre en Colombia que las cajas de compensación familiar integran el listado de las empresas más grandes del país, se resalta la condición de las mismas como productoras de valor que redistribuyen.

Es de anotar que aun cuando en el país las corporaciones del subsidio familiar continúan percibiendo ingresos por una contribución parafiscal, su operación las ha llevado a promover la generación de ingresos adicionales y de alguna manera sustitutivos, en procura de hacerse autosustentables.

La administración de las cajas aplica criterios de eficiencia y buenas prácticas, a través de los cuales se persigue hacerlas competitivas en el contexto del mercado, y aun cuando en este frente se critica precisamente la dependencia que pueda existir frente al ingreso por aportes, es de anotar que en general la dinámica de las cajas se mueve según orientaciones de empresa y libre iniciativa.

Sin embargo, del mismo modo, su gobierno presenta particularidades, en cuanto está reservado a la participación entre empleadores y trabajadores y los bienes y servicios que proveen son de tipo colectivo o meritatorio, así como de naturaleza privada pero en todo caso con alto impacto social.

Reconocer, precisamente, a su cargo bienes como el complemento familiar de ingreso o la recreación resalta que su finalidad es social y que a través de la misma persiguen combatir, prevenir o superar la pobreza, pues aun cuando por principio sus actividades se centran en la población trabajadora formal –pese a que se ha extendido a población abierta en muy buena medida y a nuevos grupos–, dentro de esta se presentan condiciones de pauperismo, a la vez que, sin existir las prestaciones del subsidio, tales trabajadores cubiertos por el sistema podrían terminar deslizándose con mayor facilidad hacia la pobreza.

La atención integral del sistema a través de subsidios monetarios, en servicios sociales, en vivienda de interés social y en desempleo, se erige como la mejor forma de construir capital familiar e impedir el tránsito hacia estadios de pobreza, mediante un esquema de redistribución que, a nuestro juicio, debería ser universal.

La operación de las Cajas no es asistencialista; se desempeña según criterios técnicos con personal calificado, que encuentra desarrollo profesional en dicha institucionalidad y que actúa en general con calidez y gusto por lo que hace. Esto

es, los elementos diferenciadores de las empresas sociales que Yunus evidencia son propios de la cotidiana dinámica de las cajas de compensación familiar, por lo que, a nuestro entender, aquellas constituyen en Colombia una red de aquellas empresas con diversas funciones y roles a su cargo.

Por supuesto que la profundización de este concepto llevaría a promover una aún mayor participación de las cajas en la provisión de bienes y servicios sustentables para nuevas poblaciones; manteniendo su atención a los trabajadores y su respaldo a aquellos de menores y medianos ingresos, el sistema podría volcarse a atender desempleados, informales e independientes, amas de casa, colectivos especiales y otros, mediante el suministro bienes sociales en condiciones de calidad y precios asequibles, en los cuales puedan aplicarse así mismo subsidios estatales.

Si las empresas sociales empaacan yogur fortificado a bajo precio, ¿por qué no pueden las cajas incursionar en la recreación o en el crédito para poblaciones de muy bajos recursos, a través de los beneficios que provoca la economía de escala, el apalancamiento financiero propio, el apoyo estatal y la creatividad empresarial?

Si se trata de empresas sociales como lo afirmamos, la preocupación por la obtención anual de nutridos remanentes tendrá justificación en la medida en que los mismos se apliquen en forma inmediata a la realización de los fines colectivos a su cargo, en servicios sociales, subsidios y demás.

Creemos que concebir a las cajas de compensación familiar como empresas sociales las perfila dentro del contexto internacional y clarifica su rol dentro de la economía colombiana, como productoras de valor social y piezas claves en el desarrollo futuro de la sociedad, como canales para promover la renovación del capitalismo y hacer efectivo el modelo de economía social que inspiró al constituyente de 1991.

CAPÍTULO XII

Servicios sociales⁽¹⁾

1. PRESENTACIÓN

Analizar desde una perspectiva integral la protección social requiere considerar en forma particular el campo de los servicios sociales, máxime cuando la pretensión académica de esta obra se concreta en revisar el rol del sistema de asignaciones familiares en Colombia, cuyo relacionamiento con este ámbito es esencial.

Precisamente cuando, tal como se ha comentado, los sistemas de seguro contra riesgos sociales se encaminan hacia esquemas de protección social, el papel de los servicios sociales cobra mayor fuerza.

Tras el derrotero ideológico de organismos internacionales como el BID y el auspicio de las tesis del universalismo básico en materia del cubrimiento de la seguridad social, pero también con el reconocimiento de la CEPAL⁽²⁾, se abren camino las fórmulas estatales de la protección social, para asegurar coberturas mínimas para la totalidad de las poblaciones y enfrentar los retos de la pobreza que pervive en nuestras sociedades.

No basta con proveer pensiones a los adultos mayores –cuando ellas son viables– o con cubrir las prestaciones económicas para quienes han quedado en condición de invalidez o se encuentran parados involuntariamente de sus trabajos, es preciso complementar –y en algunos casos diríamos “sustituir”– dichas coberturas a través de prestaciones adicionales e innovadoras que fortalecen la

(1) Ver Cortés González, Juan Carlos. “Servicios sociales: futuro de la protección social”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho laboral. Tomo II*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Editorial Temis, 2010 (artículo del cual se han tomado parte de los argumentos expresados en el presente capítulo).

(2) Ver CEPAL, “La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad” (documento informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. Trigésimo primer período de sesiones), Montevideo (Uruguay), 2006.

seguridad social y aseguran efectivas condiciones de bienestar, fin último de los sistemas de protección social.

Sin embargo, como bien lo afirma Adolfo Jiménez Fernández, los servicios sociales “son todavía, posiblemente, el pilar más débil y menos estructurado de la protección social”⁽³⁾.

Pese a que desde Beveridge existe plena claridad conceptual sobre el ámbito de aquellos y de la política social en su relacionamiento con la seguridad social, son débiles los desarrollos de conexión institucional entre los esquemas clásicos de aseguramiento y los servicios sociales, así como entre la seguridad social y el desarrollo de las políticas sociales.

Vale decir que recientemente, y con el empuje ideológico en temas de salud y los análisis de OMS y OPS (particularmente en cuanto a los esquemas de atención primaria en salud y a la necesidad de considerar e impactar en el control de los determinantes sociales de aquella), se han tendido puentes más precisos entre el aseguramiento clásico (en este ámbito de orden sanitario) y la provisión de servicios sociales y de políticas sociales, lo cual, nos parece, contribuirá a una mayor articulación y ordenación de las políticas públicas y de los esfuerzos de las sociedades por impactar en el desarrollo humano, la productividad y el bienestar.

Beveridge era claro en considerar el seguro social como una parte de la política social, dentro de la cual se ubicaba así mismo la asistencia social.

El estructurador del modelo inglés afirmaba en cuanto a los principios del proyecto a su cargo⁽⁴⁾:

“El segundo principio es que la organización del seguro social debe ser considerada tan sólo como parte de toda una política de progreso social. El seguro social en la plenitud de su desarrollo debe proporcionar la seguridad de un ingreso suficiente para vivir: representa la lucha contra la Necesidad. Pero la Necesidad es sólo uno de los cinco gigantes que obstruyen el camino de la reconstrucción. Los otros se llaman: Enfermedad, Ignorancia, Miseria y Ocio”.

Y más adelante sostenía:

“Pero aunque el seguro social puede y debe ser el principal instrumento para garantizar la seguridad del ingreso, no debe ser el único. Se necesitan

(3) Jiménez Fernández, Adolfo. “La evolución de los servicios sociales en el marco de los sistemas de seguridad social”, en *Revista de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social*, N.º 6, 2000, pp. 19-29.

(4) Peris, Vicente, *El seguro social en Inglaterra. Plan Beveridge*, México, D.F. Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), 2009.

que lo complementen la asistencia nacional y el seguro voluntario. La asistencia nacional significa la obtención de los beneficios mediante la prueba de que los necesita el interesado cuando los solicita, independientemente de haber pagado o no previamente las cuotas, pero dicha ayuda ha de ajustarse a las circunstancias de cada individuo y debe correr a cargo de la Hacienda Pública...”.

Los servicios sociales en efecto, en su concepción más amplia, se conciben como mecanismos sociales para proveer bienes meritorios que se demandan por los individuos, las familias y los colectivos, y cuyo fin es cubrir las necesidades que la sociedad política define como básicas, más allá o en complementariedad de aquellas amparadas por las prestaciones tipo de la seguridad social.

No obstante, lo primero que debemos encarar al considerar el tema de los servicios sociales es repasar su naturaleza y su ubicación conceptual dentro del contexto de la protección social.

En efecto no hay claridad sobre la condición de dichos servicios, ni sobre si los mismos integran la seguridad social o no y en qué medida se confunden con prestaciones patronales, por lo que es preciso considerar inicialmente una tarea de abordaje sobre sus antecedentes y desarrollos para identificar su naturaleza y su relación con la política social y la seguridad social. Lo cual abordaremos además para Colombia, diferenciando los servicios sociales de otros ámbitos y considerando su relación con el sistema de subsidio familiar.

Una primera observación apunta a establecer si los servicios sociales son el género o la especie respecto de las prestaciones por asignaciones familiares.

A nuestro modo de ver, se trata de coberturas diferentes pero interrelacionadas: en este caso, los servicios sociales son un componente o subsistema de los sistemas de seguridad social, que a su vez se encuadra en la noción más amplia y genérica de protección social, tal como se ha identificado en Colombia.

En ese orden de ideas, los servicios sociales como prestaciones dentro del abanico de coberturas clásicas de la seguridad social se hermanan con los subsistemas de pensiones o subsidio familiar y tienen un parentesco más lejano con los programas de promoción social y, en general, con las políticas de asistencia social que desarrolla el Estado, a las cuales claro está, pueden soportar y complementar. Una sociedad que logre desarrollos desde la seguridad social para sus servicios sociales –lo mismo que para su sistema de asignaciones familiares– será un colectivo que recurra menos a la asistencia (promoción social) y que provea en forma sistemática y universal prestaciones a los asegurados, tanto contributivas como no contributivas, pero en ambos casos bajo la noción de derechos.

2. ANTECEDENTES Y UBICACIÓN CONCEPTUAL

Como ocurre con las prestaciones de la seguridad social, los servicios sociales tienen su origen en las instituciones laborales, a través de las coberturas que inicialmente asumían los patronos para mejorar las condiciones de vida de sus trabajadores, en campos como la vivienda, la recreación o el crédito. De la misma manera, la provisión de asistencia a los más necesitados por condiciones de incapacidad que se confundía con el ejercicio de la caridad o la filantropía fue semillero para el desarrollo preliminar de estas prestaciones.

Socialmente se fueron colectivizando los esquemas de seguro clásico, por lo que las pensiones, la asistencia en salud y las prestaciones por riesgos del trabajo adquirieron primeramente autonomía y rango propio, estructurándose a partir del modelo bismarckiano.

Menores desarrollos institucionales tuvieron los ramos de las asignaciones familiares y de los servicios sociales, los cuales sin embargo se fueron estructurando prácticamente en paralelo y con una mayor participación directa de los empleadores. De alguna manera podría afirmarse que estos trasladaron los riesgos de vejez, invalidez, enfermedad y muerte al seguro social, pero mantuvieron a su cargo o bajo una administración especializada—como en el caso de las asignaciones familiares a través de cajas o entidades especiales— las contingencias relacionadas con las cargas de familia y el bienestar de sus trabajadores.

De hecho, repárese en que lo relacionado con la provisión de servicios para dicho bienestar sigue siendo una tarea del empleador, que en algunos países comparte con las organizaciones sindicales, en tanto en otros—conforme los desarrollos del sistema de asignaciones familiares— traslada progresivamente a las entidades encargadas del subsidio familiar, como puede acontecer en Colombia o en Chile.

Es por ello que existe una clara afinidad entre los subsistemas de asignaciones familiares y de servicios sociales, sin que a nuestro juicio puedan confundirse o integrarse, en la medida en que cada uno tiene una historia y unas finalidades propias, por supuesto integradas como en general ocurre con las coberturas de la protección social a un destino común y con una naturaleza compartida.

Así las cosas, los servicios sociales se fueron desarrollando, primero en cabeza de los empleadores con respaldo en organizaciones sociales o filantrópicas y, luego, o con el impulso de los seguros sociales o con el de instituciones encargadas de las asignaciones familiares; en algunos casos, estos servicios fueron asumidos por instituciones públicas independientes, por ejemplo en ámbitos relacionados con la vivienda, la formación obrera o la atención de niños.

Y como un criterio clarificador en lo que hace con la definición de un concepto es el que recurre a la identificación de lo que no es el objeto bajo estudio, mediante el argumento en contrario, conviene que refiramos las principales

diferencias entre los servicios sociales y nociones relacionadas, bien histórica o ideológicamente.

En efecto, servicios sociales, según el criterio de la seguridad social, no son:

a) Prestaciones laborales que deban ser reconocidas legal o contractualmente por los empleadores respecto de sus trabajadores, en la medida en que la naturaleza de estas figuras difiere. En tratándose de las denominadas prestaciones sociales, se hace referencia a derechos que devienen del contrato de trabajo y que se aplican con carácter remuneratorio para asegurar el estándar mínimo que la justicia laboral reconoce a los trabajadores por su labor, como en el caso de las cesantías, los auxilios, las bonificaciones y otras formas de protección por el trabajo. Los servicios sociales se orientan a satisfacer necesidades de la población en general, más allá de la condición del trabajo dependiente, y procuran especialmente paliar exigencias de personas o grupos vulnerables, bien por razones transitorias o permanentes, como complemento al reconocimiento de prestaciones de la seguridad social.

b) Prestaciones de la asistencia pública y/o privada. No deben confundirse los servicios sociales con atenciones, programas o esquemas asistenciales o que responden a dinámicas por las cuales la sociedad procura remediar parcialmente necesidades de los asociados bajo la premisa de la suficiencia de recursos, los cuales generalmente se arbitran de fuente fiscal.

c) Prestaciones por asignaciones familiares o por desempleo. En ocasiones se tienden a equiparar los servicios sociales con dichas coberturas, sin reparar que en el caso de las asignaciones familiares y de las prestaciones por desempleo nos encontramos frente a contingencias propias de aseguramiento social, que tienen una entidad jurídica propia y que corresponden a ramas clásicas de la seguridad social relacionadas pero independientes.

Por supuesto, de lo planteado no puede concluirse que los servicios sociales hacen compartimiento estanco respecto a otras ramas de la seguridad social o a prestaciones laborales y estatales de la política social, pues, como es fácil deducir, existe gran cercanía entre aquellos y las coberturas de estas, hasta el punto de encontrar, no en pocas ocasiones, que se entrelazan y complementan.

En efecto, respecto de las prestaciones sociales existe un especial relacionamiento, pues los servicios sociales, cuando se dispensan a trabajadores o sus familias, bien podrían ser considerados como de origen prestacional y atendidos por los empleadores. Lo que ocurre es que, precisamente por su interpretación desde la óptica de la seguridad social, se trata progresivamente de prestaciones que terminan siendo asumidas por el sistema en la categoría de servicios sociales, sin perjuicio que sobre las mismas materias se celebren convenciones colectivas o se ejecuten acciones patronales de cubrimiento.

Y lo mismo puede afirmarse en el caso de las coberturas por asignaciones familiares y desempleo; si bien estos subsistemas de la seguridad social proveen prestaciones económicas, estas se complementan con coberturas asistenciales, cuyo nexo con los servicios sociales es muy fuerte; de hecho, en países como Colombia, fueron las cajas de compensación familiar—administradoras del sistema de subsidio familiar— las que impulsaron inicialmente el desarrollo de servicios sociales, para a través de ellos realizar el reconocimiento del propio subsidio a través de prestaciones asistenciales y no exclusivamente mediante el giro de recursos a los trabajadores beneficiarios. Por el contrario, en otros países como Argentina y Uruguay el ramo de las asignaciones familiares cubre predominantemente prestaciones en metálico, y se reserva el campo de los servicios a otras instancias.

Históricamente un centro recreativo para trabajadores ha podido ser no hace mucho tiempo atendido por el propio empleador, lo mismo que asumido por el sindicato de la organización o trasladado a la administración de una caja de compensación familiar en Colombia o sustituido por la prestación de recreación que pueda brindar el Estado directamente o por entes especializados en el servicio.

En la medida en que los derechos sociales y culturales—antes denominados de segunda generación— obtengan autonomía y eficacia, los servicios sociales ganarán en preponderancia y dejarán de ser vistos como cargas de los empleadores que se preocupan por el bienestar de sus trabajadores o como opciones de servicios de agencias sociales o como prestaciones asistenciales que discrecionalmente reconoce el Estado, para entenderse como derechos con vocación universal.

En conclusión, los servicios sociales provienen como las demás prestaciones de la seguridad social de las relaciones laborales y se independizan paulatinamente, sin desprenderse totalmente de las prestaciones sociales por el trabajo (pero sin que puedan confundirse con prestaciones sociales tales), hasta erigirse en un campo propio de los sistemas de seguridad social, relacionado pero no equivalente a los otros ramos clásicos de aquella (sin que se les pueda entender como equivalentes al ramo de asignaciones familiares, pese a que con él tienen una relación más estrecha), que hoy juegan un papel más amplio bajo la perspectiva de la protección social y sus propósitos de cobertura para todos en servicios mínimos, con especial referencia a colectivos en condición de vulnerabilidad o necesidad especial.

3. FUNDAMENTO INTERNACIONAL

Los servicios sociales son reconocidos como derecho de los seres humanos a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Organi-

zación de las Naciones Unidas ONU de 1948, en la cual se lee (artículo 25.1): “Toda persona tiene derecho a un nivel adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y *los servicios sociales necesarios...*” (cursivas fuera del texto).

En la Carta Social Europea de 1961 también se reconocen dichos servicios cuando se expresa el: “Derecho que las partes contratantes se comprometen a organizar para contribuir al bienestar y desarrollo de los individuos y de los grupos de la comunidad, así como su adaptación al medio social, impulsando asimismo la participación de los individuos y de las organizaciones benévolas y otras a la creación y mantenimiento de los servicios sociales”.

Por su parte, los servicios sociales son catalogados como ramas de los sistemas de seguridad social tanto en la Norma Mínima o Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como en el Código Iberoamericano de Seguridad Social adoptado bajo los auspicios de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) en la reunión de ministros de 1995 e incorporado a la legislación colombiana mediante la Ley 516 de 1999.

En relación con esto último, conviene transcribir los artículos del mencionado Código que hacen parte de la legislación nacional y que específicamente se refieren a las coberturas por servicios sociales, dentro de la sección undécima del mismo.

ART. 106.—Todo Estado que haya aceptado esta sección del Código deberá establecer los correspondientes programas de servicios sociales, en los términos y de conformidad con los artículos siguientes:

ART. 107.—Los programas de servicios sociales que puedan establecerse, de conformidad con lo previsto en esta sección, se articularán de manera que progresivamente alcancen a toda la población, con arreglo en la legislación y las prácticas nacionales.

ART. 108.—En las condiciones que establezcan la legislación y las prácticas nacionales, los programas de servicios sociales tendrán como objetivo básico poner a disposición de las personas y de los grupos en que estas se integren, recursos, acciones y, en su caso, prestaciones para el logro de su más pleno desarrollo.

ART. 109.—El Estado que haya aceptado esta sección del Código procurará, de conformidad con lo que provean la legislación y las prácticas nacionales, establecer prioritariamente una red de servicios sociales comunitarios, con la finalidad de impulsar la promo-

ción y el desarrollo de los individuos, grupos específicos o comunidades étnicas, potenciando la vía de participación y el fomento de la asociación, como cauce eficaz para el impulso del voluntariado social.

ART. 110.—En la medida que lo permitan las disponibilidades económicas y de conformidad con lo que provean la legislación y las prácticas nacionales, se establecerá una red de servicios sociales a favor de los sectores más vulnerables de la población que, por sus condiciones y circunstancias, necesiten de una atención específica.

ART. 111.—Cuando en el marco de los programas de servicios sociales se hayan establecido centros o residencias de estancia a favor de categorías determinadas de personas, se podrá fijar, conforme provean la legislación y las prácticas nacionales, cuotas compensatorias a cargo de las personas beneficiarias de dichos centros o residencias.

Como se aprecia, existe regulación precisa por la cual se fijan la naturaleza y objetivo de los servicios sociales, como componente o rama del aseguramiento social, a los cuales se les define como los recursos, las acciones y las prestaciones que tienen por objeto alcanzar el más pleno desarrollo de las personas y grupos sociales, comprendiendo así mismo, según las disponibilidades de recursos, la red que se establezca en beneficio de los sectores más vulnerables que requieran de atenciones específicas.

De otro lado y a partir de los trabajos realizados por la Comisión Técnica Institucional de Servicios Sociales de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), presentados a consideración del XII Congreso Iberoamericano de Seguridad Social celebrado en Santiago de Chile entre el 21 y el 24 de septiembre de 1999, dicho organismo internacional emitió la Declaración sobre los Servicios Sociales en la perspectiva del siglo XXI, en cuyos términos:

“Primero. En la perspectiva del siglo XXI, los servicios sociales, enmarcados en la Política de Bienestar y Protección Social, constituyen un importante medio para la profundización en los ideales de libertad, igualdad y solidaridad que rigen nuestra sociedad”

“Segundo. Así concebidos, los servicios sociales se configuran como instrumentos de los que disponen la sociedad y los poderes públicos para facilitar el pleno desarrollo de los individuos y de los grupos sociales, para promover la cohesión y la vertebración social, para prevenir y eliminar la marginación, conseguir la inserción de los excluidos y lograr una mayor equidad y una más eficaz asistencia a nivel individual y colectivo para todos aquellos ciudadanos y grupos que lo precisen”.

4. DEFINICIÓN DE SERVICIOS SOCIALES

La Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS) los ha definido como⁽⁵⁾:

“Instrumentos de los que disponen la sociedad y los poderes públicos para facilitar el pleno desarrollo de los individuos y de los grupos sociales, para promover la cohesión y la vertebración social, para prevenir y eliminar la marginación, conseguir la inserción de los excluidos y lograr una mayor equidad y una más eficaz asistencia a nivel individual y colectivo para todos aquellos ciudadanos y grupos que lo precisen”.

En España por ejemplo y como lo refieren Elena Roldán y Teresa García, la evolución de los servicios sociales ha estado ligada al desarrollo del trabajo social y a la estructuración del estado de bienestar, con sus responsabilidades frente al reconocimiento efectivo de los derechos sociales, a los que se les aprecia como el fundamento de la ciudadanía plena⁽⁶⁾.

Para las referidas autoras, los servicios sociales pueden apreciarse desde dos perspectivas principales; de una parte, entendiéndoseles bajo las actuaciones de la política social por las cuales se realiza el estado de bienestar y, de otra, conforme al concepto de servicios sociales personales, a través del cual se concreta la actividad del trabajo social.

A partir de una revisión sobre los ajustes promovidos en España luego de la Constitución de 1978, entienden que los servicios sociales y el sistema público que los provee representan el segundo pilar, al lado del representado por la seguridad social, de los instrumentos que cubren las contingencias sociales. Bajo este entendimiento, se diferenciarían de la seguridad social tanto por las prestaciones (pues se trata de prestaciones de ayuda en forma de servicios y no de pagos en efectivo como en aquella), como por la financiación (estos se financian con recursos fiscales y aquella también de aportes) y por la relación (la cual es recíproca en la seguridad social en tanto en los servicios sociales no se aplican ordinariamente aportaciones).

“El término ‘servicios sociales’ se utiliza bajo dos perspectivas: la primera y más amplia sitúa a los servicios sociales en el ámbito de las actuaciones de la política social que se desarrollan en el denominado estado de bienes-

(5) Organización Iberoamericana de la Seguridad Social, *Declaración de los servicios sociales en la perspectiva del siglo XXI*, Santiago de Chile, OISS, 1999.

(6) Roldán García, Elena y García Giráldez, Teresa, *Políticas de servicios sociales*, Madrid, Editorial Síntesis S.A., 2006.

tar contemporáneo, cuya finalidad es proteger y mejorar las condiciones de vida de todos los ciudadanos. Este punto de vista se refiere a los servicios sociales como un vasto conjunto de actividades y prestaciones que comprende: sanidad, educación, vivienda y urbanismo, empleo y los seguros de renta, subsidios y los servicios sociales en sentido específico o servicios sociales personales, también denominado ‘sexto sistema’ por algunos autores (Kahn y Kameron, 1987). En el ámbito internacional existen definiciones referidas a los servicios sociales que cuentan con un amplio reconocimiento, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948.

“La segunda utilización de la expresión ‘servicios sociales’ en su acepción más concreta hace referencia a lo que en el mundo anglosajón se conoce como ‘servicios sociales personales’ y se encuentra cada vez más difundida en los países occidentales. Bajo esta perspectiva específica, el concepto de servicios sociales es de uso muy reciente. Una primera definición la facilita la Carta Social Europea (Turín, 1961) que los define como ‘servicios que, utilizando métodos de trabajo social, contribuyen al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad y a su adaptación al entorno social’ (art. 14). En dicha definición los servicios sociales asumen una vinculación genérica con la profesión del trabajo social⁽⁷⁾.”

Las mismas autoras refieren en el caso español la evolución normativa sobre los servicios sociales y señalan la existencia de leyes de primera y de segunda generación.

Por las condiciones de la evolución histórica de ese país, la Iglesia católica jugó un papel preponderante en el desarrollo durante el franquismo de las acciones relacionadas con asistencia social. La Constitución de 1978 no consagró explícitamente el derecho a los servicios sociales, no obstante de varias disposiciones se derivan fundamentos suficientes para su desarrollo; protección a la familia y a la infancia (art. 39), seguridad social (art. 41), juventud (art. 48), disminuidos (art. 49), tercera edad (art. 50); por su parte se asignó a las comunidades autónomas la competencia para desarrollar la asistencia social.

“En las leyes de ‘primera generación’ (años 70) se observaba un predominio de la concepción pública de los servicios sociales, en donde el sector privado sin ánimo de lucro ocupaba generalmente un papel totalmente subsidiario y no existían casi referencias al sector de iniciativa privada lucrativa. En las leyes de ‘segunda generación’ (años 80) aparece un mayor protagonismo del sector privado, tanto del de las organizaciones no lucrativas como

(7) *Ibidem*, pp. 20 y 21.

del sector empresarial; este aspecto es muy evidente en las legislaciones de Galicia y Madrid⁽⁸⁾.

Por la influencia del nuevo laborismo en Gran Bretaña, se descubre, en Europa y en España especialmente, la aparición de nuevas tendencias en el manejo de los servicios sociales, relacionadas con la aplicación de las políticas de la tercera vía que incluyen propuestas de inclusión social, seguimiento con indicadores y participación de sociedades público-privadas.

En nuestro concepto por servicios sociales han de entenderse *las atenciones y/o prestaciones que, dentro de los sistemas de seguridad social, se ejecutan para promover la generación de capital individual, familiar y social, y el cumplimiento del estándar mínimo de bienestar aceptado socialmente, con énfasis particular en la atención de personas o poblaciones vulnerables, para contribuir a la superación de la pobreza mediante la inclusión social y económica.*

A partir de la definición propuesta se aprecian algunas características propias de estos servicios, a saber:

a) Se trata de coberturas de la protección social, bien porque sean definidas expresamente como tales en los ordenamientos jurídicos o porque materialmente, al proveer bienes para el logro del mismo fin perseguido por aquella, se identifican con su contenido.

b) Su naturaleza es la de derechos que se deben a quienes cumplen los requisitos para acceder a su disfrute y acreditan el estado de necesidad correspondiente. Es este uno de los aspectos a nuestro juicio de mayor debate y oportunidad en su reflexión, pues la escasa conceptualización sobre los servicios sociales y la denominación que ordinariamente se les da como subsidios hace que en el imaginario colectivo se piense en ellos como gratificaciones o concesiones discrecionales del Estado. Se trata por el contrario de derechos sociales de contenido prestacional que, no obstante, dependiendo de las circunstancias, pueden asumir la condición de fundamentales, con eficacia inmediata.

c) Su objeto se concreta en generar capital familiar y social para evitar empobrecimiento de sus destinatarios o para hacer que se supere dicho estado.

d) Por esencia, tienen la condición de ser complementarios respecto de las prestaciones previsionales, de salud, de asignaciones familiares y de desempleo, pues permiten a las sociedades ir más allá de las coberturas clásicas, promoviendo estadios de bienestar mínimamente aceptados y en adición a las prestacio-

(8) *Ibíd.*, p. 65.

nes previsionales y de salud. Nunca deben ser asumidos como sustitutos de las prestaciones de la seguridad social, no obstante esta visión acarrea graves peligros en el caso de aplicarse, particularmente considerando las realidades financieras de los sistemas de seguridad social, que pueden dar espacio a la tentadora oferta reduccionista por la cual se acepte que la protección social conlleva un demérito de la seguridad social; con esta visión realista pero inapropiada, podría terminar aceptándose que a falta de prestaciones en pensiones, salud o riesgos del trabajo, como derechos, se admitan servicios sociales, en condición de subsidios y acciones de intervención graciosa del Estado⁽⁹⁾.

e) Los servicios sociales persiguen cubrir especialmente a personas y poblaciones en condiciones de vulnerabilidad, bien por razones permanentes o para el caso de quienes incurran en ellas en forma excepcional.

f) Los servicios sociales son herramientas por excelencia para combatir la pobreza y si bien comparten esa finalidad con las demás prestaciones de la seguridad social, por su naturaleza muestran una mayor capacidad para afrontar directamente esa contingencia social.

g) Los servicios sociales gozan de mayor ductilidad y flexibilidad en cuanto a su diseño y operación al interior de las sociedades, en la medida en que se adaptan más fácilmente a las condiciones demográficas, de tiempo y espacio. Esto es, las prestaciones que de ellos emanan gozan de mayores posibilidades de ajuste y de más oportunidad en lo que respecta a la atención de necesidades recurrentes o estacionales de las comunidades. La modificación a un régimen previsional será siempre más dispendiosa que la adopción de un programa social, sin que ello demerite el alcance de este.

h) Los servicios sociales pueden ser operados por diversos actores, entre ellos los propios de los sistemas de seguridad social, agencias del Estado o particulares.

Con todo, la identificación de una definición sobre servicios sociales se enfrentará siempre a consideraciones ideológicas y al reconocimiento de importantes zonas de intercepción en las que se mezclan contenidos de otros ramos de la seguridad social, de la responsabilidad patronal, del accionar del Estado en la promoción y la asistencia social y de la responsabilidad social, sin dejar de lado los alcances de la filantropía y la organización de las redes sociales.

Repárese como ejemplo en la atención de los adultos mayores que demandan cuidados especiales, diferentes a los asistenciales sanitarios clásicos. Sobre

(9) Al respecto ver Giraldo, César, *¿Protección o desprotección social?* Bogotá. Ediciones Desde Abajo-Fundación CESDE, 2007.

ellos se proveen prestaciones por asignaciones familiares (cuando dependen de un trabajador), pero además se satisfacen coberturas del sistema de salud (reenfocado hacia la promoción y la prevención) a la vez que se extienden coberturas familiares (gastos de bolsillo), sin perjuicio del despliegue de servicios sociales (mediante la provisión de atenciones para pensionados o adultos mayores) y de acciones de promoción por políticas sociales estatales típicas (como programas públicos de asistencia, redes de adultos mayores y subsidios de fuente fiscal).

Si bien hemos empleado un criterio definitorio de especialización para identificar el campo de los servicios sociales, seguramente como acontece con todas las prestaciones de la seguridad social, la integralidad que les es propia conlleva una tendencia a integrar sus contenidos. De hecho, la transversalidad del bienestar y de la calidad de vida atraviesa todas las prestaciones contributivas y no contributivas de aquella y termina en la práctica dificultando las definiciones segregacionistas, las cuales pueden tener valor para efectos organizativos del sistema, más que para la ejecución de las prestaciones, pues en últimas al afiliado usuario lo que le interesa es la satisfacción de los indicadores mínimos o convenidos de bienestar que la sociedad ha admitido proveerle a partir de estándares jurídicos determinados por el alcance de los derechos humanos.

5. NATURALEZA DE LOS SERVICIOS SOCIALES

Conforme lo comentado, pueden formularse entonces las siguientes hipótesis sobre la naturaleza de los servicios sociales.

— Se trata de prestaciones que materializan el disfrute de derechos de las personas y que tienen un reconocimiento nacional e internacional.

— Corresponden a un tipo de prestaciones de la seguridad social.

— Tienen vocación de universalidad a efecto que sus coberturas se extiendan a todas las personas.

— No son equivalentes a servicios de la asistencia social o la beneficencia pública ni privada.

— La materialización de las prestaciones que les son propias tiene por objetivo realizar el bienestar de las personas y de los colectivos.

— Se enfocan preferentemente a la atención de personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad o de especial necesidad, por lo que se constituyen en una herramienta potente de los nuevos sistemas de protección social.

— Difieren en sus alcances conforme los distintos sistemas sociales y políticos.

— Se trata de prestaciones disímiles y variadas que cubren amplios campos de la intervención social.

— Sus prestaciones complementan las coberturas de la seguridad social clásica, sin que sea dable asumir que las sustituyen, aun cuando existe ese riesgo en el diseño y la operación práctica de los sistemas de protección.

6. CONTENIDO DE LOS SERVICIOS SOCIALES

Diferentes son los alcances que se reconocen a los servicios sociales, desde los que aplican visiones amplias hasta aquellos con interpretaciones de carácter restringido.

Tradicionalmente la población cubierta con este tipo de prestaciones es la adulta mayor, reconociéndose el carácter complementario de tales servicios respecto de las coberturas previsionales.

Igualmente se distingue una amplia gama de prestaciones orientadas a atender necesidades especiales de la población que experimenta alguna discapacidad.

Más recientemente, el interés por cubrir en forma adecuada a la población infantil hace que se vuelva la mirada desde los servicios sociales hacia la atención de infantes, desplegándose una fecunda gama de coberturas con este alcance.

Desde nuestra óptica, es posible aplicar dos criterios para precisar el contenido de los servicios sociales. De un lado, identificarlos según se relacionen o refieran a la complementariedad de prestaciones en el campo de cada una de las ramas de los sistemas de seguridad social; ello hace concluir que existen servicios sociales bien en el campo de las pensiones, en el de la salud, en el de los riesgos del trabajo, en el de las asignaciones familiares y en la protección a desempleados. Esta interpretación permite entender con mayor facilidad por qué son tan próximos los servicios sociales a los subsistemas de asignaciones familiares, en la medida en que ordinariamente estos aplican prestaciones de bienestar más allá del reconocimiento de subsidios por personas a cargo, en áreas de recreación, turismo y capacitación, por ejemplo.

El segundo criterio tiene que ver con el seguimiento al ciclo de vida de la persona y con la señalización de prestaciones que, adicionalmente a las definidas por los sistemas como propias de seguridad social, tiendan a cubrir riesgos sociales y a generar estándares mínimos para el bienestar en cada una de las etapas y condiciones del devenir humano.

A título meramente descriptivo, la OISS señala entre los programas que se ejecutan por los Estados bajo el rubro de dichos servicios, los siguientes: a) hogares y residencias, b) viviendas tuteladas, c) ayuda a domicilio, d) teleasistencia, e) cuidados informales, f) centros de día, g) turismo social, h) prevención de deficiencias y discapacidades, i) rehabilitación y j) programas de integración escolar.

La Ley de Dependencia en España sirve de referente en lo concerniente a la protección de personas mayores o con condiciones especiales y contiene una gama de servicios que se encuadran genéricamente en la denominación de servicios sociales.

7. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

Conviene mencionar algunas experiencias en el contexto internacional en lo atinente a la provisión de servicios sociales.

Las estrategias y programas de los Estados abarcan las más diversas modalidades y esquemas operativos, desde aquellos que mayormente ocupan la acción directa del Estado hasta los modelos que asignan responsabilidad en la provisión de tales servicios a entes particulares especializados.

Por ejemplo, el modelo francés de asignaciones familiares operado a través de las cajas de subsidio, que se replica en buena medida en Canadá, implica la asunción por dichas instituciones de una amplia gama de beneficios mediante los cuales se ejecuta la política familiar y social; entre tales prestaciones, que cubren inicialmente el reconocimiento de las asignaciones por personas a cargo, se cuentan servicios sociales por nacimiento o adopción, cuidado de menores, ubicación de asistentes infantiles en los hogares, presencia parental, apertura de cursos, pago de alquileres de vivienda, apoyo a la madre soltera, apoyo por hijos o mayores minusválidos, apoyo a adultos sin trabajo (salario mínimo de subsistencia).

Por su parte, la experiencia de Chile es de particular interés en lo que se refiere a la atención de prestaciones de bienestar social, que por principio están a cargo de las cajas de compensación de asignaciones familiares, sin perjuicio de la acción del Estado y de las municipalidades en la provisión de servicios para población pobre.

Las cajas de compensación de asignación familiar son entidades de previsión social instituidas como corporaciones de derecho privado sin fines de lucro, cuyo objeto es la administración de prestaciones de seguridad social. En apartado anterior de este texto se desarrolló el alcance actual de dicho sistema.

A similitud de lo acontecido en Colombia, el sistema chileno de asignaciones familiares, operado por entidades privadas especializadas, despliega una red de servicios de bienestar, si bien con menor penetración a poblaciones no afiliadas y pobres de lo que ha acontecido con el caso nacional.

En Perú, por su parte, las prestaciones sociales están ligadas al seguro social de salud.

“Las prestaciones de bienestar y promoción social denominadas prestaciones sociales orientan su atención a personas adultas mayores (60 años y más) y personas con discapacidad en edad productiva (14-64 años), quienes además de las prestaciones asistenciales y económicas a que tienen derecho se benefician con los servicios que se brindan en este ámbito”⁽¹⁰⁾.

EsSalud en el Perú brinda servicios sociales para personas adultas mayores desde 1980 y para personas con discapacidad desde 1993, entendiendo que los objetivos de dichas prestaciones se refieren a mejorar la calidad de vida de la población y promover oportunidades de acceso a una vida digna, con miras a lograr la igualdad de oportunidades.

En México, las prestaciones sociales corresponden al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), en la medida en que, bajo el modelo de desarrollo de la Ley del Seguro Social de ese país, se asignó a dicho órgano la responsabilidad en los ramos de asignaciones familiares y servicios sociales respecto a la población de derechohabientes, sin que se crearan entidades especializadas. Tal acción se complementa con los programas impulsados por el estado federal y por los estados federados, en materia de desarrollo de la política social para población no cubierta.

Un frente de particular interés en el caso mexicano es el relacionado con el servicio de guarderías para niños de trabajadores que requieren de cuidado para sus hijos en tanto desarrollan su actividad laboral.

Las prestaciones sociales se dividen en:

- Institucionales (fomento de la salud, prevención de enfermedades y accidentes, elevación general de los niveles de vida de la población)
- De solidaridad (acciones de salud comunitaria, asistencia médica e incluso hospitalaria)

En las prestaciones institucionales se comprenden actividades culturales y deportivas, recreativas y de cultura física, cursos, acciones para el tiempo libre, centros vacacionales y velatorios.

No obstante el componente de servicios registra reducidos niveles de cobertura y de asignación de recursos en relación con la población asegurada, pese a existir redes e infraestructura que colocan a disposición de los derechohabientes los diferentes institutos de seguridad social que operan tanto para los trabaja-

(10) López González, Carlos, “Las prestaciones sociales en el Seguro Social de Salud del Perú EsSalud” en *Revista CIESS*, México D.F., 2005 (publicado en el curso de diplomado sobre servicios sociales ofrecido por el CIESS en agosto de 2009).

dores particulares (IMSS), como para los servidores del Estado (ISSSTE y demás instituciones asimilables en los estados federados).

Téngase en cuenta, de otro lado, que en los últimos quince años en buena parte de los países de América Latina, además de los programas tradicionales de seguridad social, como son los de asignaciones familiares y protección por desempleo y de otras intervenciones públicas, se han implementado nuevos instrumentos de política social, destinados a apoyar a las familias con hijos y dirigidos prioritariamente a aliviar la pobreza infantil y promover la inclusión social.

Estos programas consisten principalmente en transferencias monetarias condicionadas a que se cumplan determinados requisitos (en general concurrencia al sistema educativo, y controles regulares de salud, además de otras intervenciones). Colombia, en especial, evidencia un esquema fuerte de intervención de su sistema de subsidio familiar para la atención de poblaciones tradicionalmente no cobijadas por este (financiación del régimen subsidiado de salud, niños de familias pobres, atención de desempleados).

Tales programas se han implementado en Brasil (Bolsa Escola), México (Oportunidades), Chile (Chile Solidario), Colombia (Familias en Acción y Programa Juntos, hoy Unidos-Acción Social), Honduras (PRAF), Nicaragua (Red de Protección Social), Argentina (Programa Familias por la Inclusión Social) y Uruguay (Plan Nacional de Atención a la Emergencia Social –PANES–), entre otros países.

8. SERVICIOS SOCIALES EN COLOMBIA: EVOLUCIÓN

En Colombia es posible identificar al menos tres etapas o concepciones de los servicios sociales, a las cuales procedemos a considerar.

8.1. **Noción amplia**

Corresponde a la visión histórica e inicial de dichos servicios, la cual hunde sus raíces en el surgimiento moderno de la seguridad social en el país a través de la expedición de la Ley 90 de 1946 y posteriormente se expresa por el desarrollo que hiciera el sistema de compensación familiar mediante la consolidación progresiva de los servicios sociales como mecanismos para el pago del subsidio familiar a los trabajadores beneficiarios.

En efecto, el artículo 70 de la Ley 90 de 1946 autorizó al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a:

“a) La adquisición, construcción o financiación de clínicas quirúrgicas, de maternidad, salas-cunas, sanatorios, hospitales, puestos de socorro, dispensarios, laboratorios y demás edificaciones necesarios para los fines del Instituto.

“b) La adquisición, construcción y sostenimiento de colonias obreras, campos de reposo e institutos de reeducación profesional para inválidos y lesionados.

“c) La financiación de urbanizaciones populares, destinadas a crearle al asegurado un patrimonio familiar o a proporcionarle en arriendo habitación higiénica barata, para lo cual podrá el instituto celebrar las operaciones que sean necesarias y hacer uso de las demás facultades concedidas por las leyes 91 de 1936 y 166 de 1941;

“d) La creación de cajas de préstamos en las cajas seccionales, a partir de la fecha que se determine en los respectivos estatutos y con arreglo a las condiciones que en ellos se señalen, y

“e) La fundación de institutos de orientación profesional destinados al estudio del personal de los afiliados o de las empresas aseguradoras que lo soliciten”.

Ello evidencia que, desde los orígenes del sistema de seguridad social en el país, se preveían las coberturas relacionadas con los servicios sociales, en aspectos tales como la vivienda y los créditos para los trabajadores, así como se consagraba la opción de constituir cajas de compensación familiar para la atención del subsidio familiar.

Posteriormente y tal como ya se comentó, el sistema de subsidio familiar, administrado por las cajas de compensación familiar, fue habilitado para pagar la prestación social subsidio familiar a los trabajadores de medianos y menores ingresos, a través de especie y servicios, con lo cual a partir de los años setenta del siglo pasado se desarrollaron ampliamente dichos servicios en los campos del mercadeo, la recreación, la cultura y la educación, entre otros.

Luego la Ley 21 de 1982 ratificó esta tendencia y reconoció explícitamente las tareas de las cajas de compensación familiar en el ámbito de los servicios sociales, incorporando disposiciones como el artículo 62, a través del cual enlistó y fijó prioridades para el desarrollo de los mismos, bajo la modalidad de “obras y programas sociales que emprendan las cajas de compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie...”.

Recordemos que el listado de los servicios reconocidos por el ordenamiento jurídico para la década de los ochenta pasada fue el siguiente:

- a) Salud.
- b) Programas de nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros que compongan la canasta familiar para ingresos bajos (obreros) definida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).
- c) Educación integral y continuada; capacitación y servicios de biblioteca.
- d) Vivienda.

- e) Crédito de fomento para industrias familiares.
- f) Recreación social.
- g) Mercadeo de productos diferentes a los enunciados en el ordinal 2, conforme a la reglamentación del Gobierno Nacional.

Normatividad posterior confirmó la realización de dichas obras y programas por parte de las cajas de compensación familiar para atender servicios sociales, los cuales históricamente se han apreciado como parte del sistema de subsidio familiar o de compensación familiar en el país, pues en su origen práctico se desarrollaron a partir de los esfuerzos del mismo y como parte de las acciones a cargo de las cajas.

Vale la pena mencionar que algunos de dichos servicios fueron prestados al público abierto por habilitación legal, esto es, no se reservaron a la población afiliada a las cajas, como ocurrió con el caso del mercadeo y de la recreación.

La asignación de nuevas funciones a las cajas de compensación familiar a partir de los años noventa acrecentó el número y la dimensión de las actividades a su cargo y, por ende, amplió el portafolio de servicios sociales por ellas desarrollados, incursionando, como se vio, en el campo de la vivienda, la educación, la atención de niños y jóvenes, la protección de desempleados y otros.

Así las cosas el artículo 16 de la Ley 789 de 2002 reafirmó la ejecución por las cajas de compensación familiar de tales servicios, ampliando el abanico de opciones y consagrando un principio general de asociatividad que les permite a aquellas asociarse para la realización de los fines propios; el esquema anterior que implicaba la ejecución de servicios dentro de un listado taxativo y a partir de un orden de prioridades fue sustituido por un marco más flexible, acompasado con las realidades institucionales del sistema y con las necesidades de la sociedad contemporánea.

Desde esta perspectiva, los servicios sociales en Colombia pueden definirse a partir de las obras y programas sociales desarrollados por las cajas de compensación familiar para el pago del subsidio familiar y para la atención de sus trabajadores afiliados y sus familias, así como de población abierta en ciertos casos, los cuales se han venido ampliando en forma progresiva y cuentan con regulación y alcances propios frente a cada servicio, tal como se expresó en el capítulo correspondiente de esta obra.

Esto es, desde una definición amplia, en Colombia los servicios sociales son aquellas prestaciones desarrolladas por las cajas de compensación familiar en los campos de la recreación social, deporte, turismo, centros recreativos y vacacionales; cultura, museos, bibliotecas y teatros; vivienda de interés social; créditos; jardines sociales o programas de atención integral para niños y niñas de

0 a 6 años; programas de jornada escolar complementaria; educación y capacitación; atención de la tercera edad; programas de nutrición materno infantil y, en general, los programas autorizados normativamente al sistema de compensación familiar.

Otra conclusión que es menester expresar a esta altura tiene que ver con la multiplicidad de roles que se reconocen a las cajas de compensación familiar, la cual debe cruzarse con la diversidad de funciones o prestaciones que ejecutan; es decir, porque una prestación sea desarrollada por un operador de otra denominación o subsistema, no deja de poseer sus condiciones propias en cuanto a la materialidad de la atención.

En efecto, puede afirmarse que en el país las cajas de compensación familiar como operadoras del sistema de seguridad social, a través de una sola personalidad jurídica, proveen servicios en tres campos de dicho sistema, a saber: i) el del subsidio familiar o las asignaciones familiares, ii) el de la protección a los desempleados y iii) el de los servicios sociales, sin perjuicios de sus funciones adicionales.

Esta síntesis no permite concluir que en el país los servicios sociales son equivalentes a las prestaciones del subsidio familiar o la atención de los desempleados, sino que están estrechamente relacionados y son operados por un mismo ejecutor, en su dimensión contributiva. Ya veremos cómo, en lo que respecta a prestaciones asimilables no contributivas, la operación de estas estará a cargo de ejecutores públicos, representados por Acción Social, así como por los entes territoriales, los cuales en desarrollo de la política social descentralizada podrán destinar recursos y ejecutar programas en relación con poblaciones con especiales necesidades o en condiciones de vulnerabilidad.

8.2. **Noción restringida**

Corresponde a la que la reforma estructural de los años noventa incorpora en la Ley 100 y se concreta en la definición que sobre la materia contiene el libro cuarto de la misma.

Es llamativo señalar varias características de la regulación de dicha ley en el ámbito de los servicios sociales. Entre ellas, el reducido espacio normativo que le atribuyó el legislador a estos tópicos. En efecto, de los 289 artículos de la Ley 100 de 1993, apenas 7 –entre el 257 y el 263– se refieren a los denominados servicios sociales complementarios.

Dentro del aludido libro se contiene la autorización a las entidades territoriales para que establezcan planes de subsidio al desempleo, conforme lo regulado por el artículo 263 de la Ley 100.

Otra condición de este régimen tiene que ver con su establecimiento disperso y no denominado siquiera bajo la idea de un sistema (o subsistema), a diferencia de lo ocurrido con las coberturas en salud, pensiones y riesgos profesionales. Esto es, ni las prestaciones del subsidio familiar ni los servicios sociales fueron contemplados por el legislador fundante del moderno sistema de seguridad social en Colombia, como subsistemas, lo que entraña una concepción más en torno a ser programas o atenciones, antes que verdaderos esquemas de aseguramiento.

Tal particularidad afecta especialmente al campo de los servicios sociales, pues en lo que respecta al subsidio familiar, este venía siendo regulado por disposiciones especiales que, pese a las dificultades prácticas en la materia, han permitido su reconocimiento como sistema. En cambio, difícilmente se concibe el espacio de los servicios sociales bajo una interpretación sistémica.

Por su parte, bajo la conceptualización de la reforma, la noción de los servicios sociales, a los que califica de complementarios, están establecidos para cubrir a los adultos mayores que carezcan de protección pensional y estén en condiciones de indigencia. Es decir, nos ubicamos frente a una noción restringida de tales servicios, en la medida en que los mismos se conciben por el legislador como prestaciones sustitutivas para proteger a población de la tercera edad en vulnerabilidad.

Ello se reafirma al apreciar los objetivos del sistema de seguridad social consagrados en el artículo 6 de la aludida Ley 100. Específicamente, el numeral 2 de aquel señala como propósito del sistema “garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente ley”, considerando que los otros fines se concretan en la atención de las prestaciones contributivas y la ampliación de la cobertura hasta la universalidad, mediante mecanismos que desarrollen el principio de la solidaridad y permitan el aseguramiento de sectores sin capacidad de pago.

De lo expuesto se concluye que la noción de servicios sociales específica aplicable en Colombia se concreta a la que consagra la Ley 100 de 1993, en virtud de la cual aquellos son los denominados complementarios y cuyo objetivo es atender a la población adulta mayor no cubierta por el régimen de pensiones y en condición de indigencia, propósito en el cual se vincula para su financiación al fondo de solidaridad pensional.

Nótese que, desde esta óptica, para nada figuran los restantes servicios sociales que el país ha venido desarrollando por conducto de sus cajas de compensación familiar, limitándose la interpretación de esta cobertura de la seguridad social a la atención de los adultos mayores sin acceso a pensión. Y como se trata de un criterio de autoridad, pues en sentido estricto debemos reconocer que el campo de los aludidos servicios sociales es el propio de las coberturas para la tercera edad.

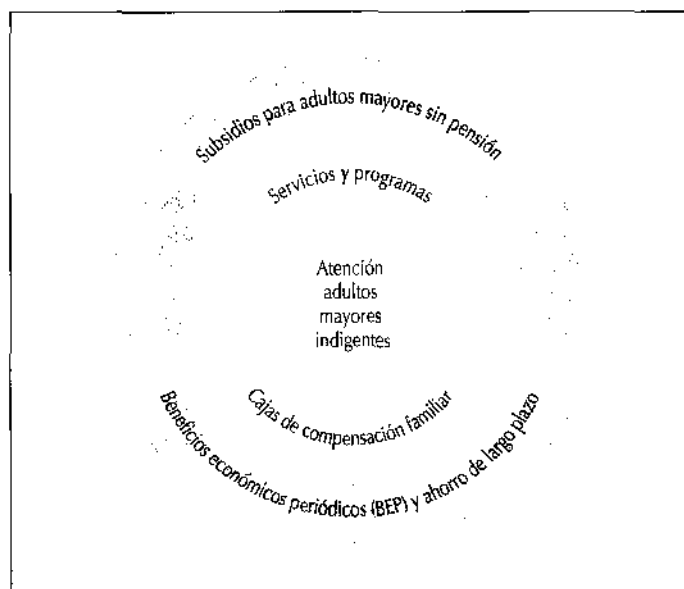
También se debe mencionar al respecto que, en el espacio más amplio de los servicios sociales a cargo del sistema de compensación familiar, figuran las atenciones que se desarrollen en beneficio de la población adulta mayor, si bien en la alusión de la Ley 789 de 2002 para nada se incorpora el criterio de la necesidad o la indigencia.

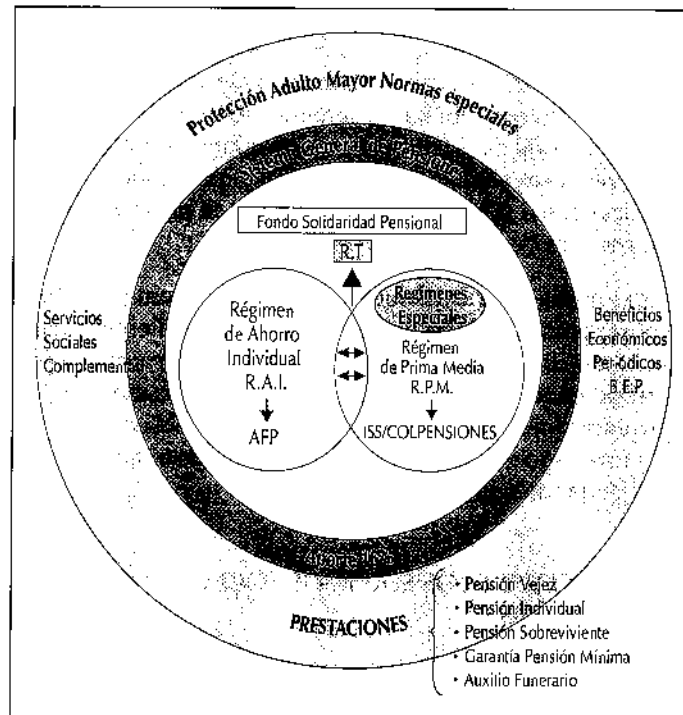
Igualmente debe precisarse que por aplicación del mismo criterio de autoridad, en Colombia los servicios sociales –aún sentido estricto, esto es, las atenciones a adultos mayores en condición de indigencia– hacen parte del sistema de seguridad social, pues tópicamente su regulación fue introducida dentro de la ley que determinó la estructura del sistema (libro cuarto), por lo cual legal y constitucionalmente a dichos servicios deberán aplicárseles los principios generales propios de dicho sistema.

En consideración a la definición exegética de tales servicios que se aplica en el país, adelante desarrollaremos el régimen que se deriva del artículo 257 de la Ley 100 de 1993, así como haremos referencia a las más recientes disposiciones que tocan la protección de los adultos mayores en el país, pues a ellos es a quienes se refieren específicamente los servicios sociales.

Gráfico 44

**Servicios sociales en Colombia:
Protección a adultos mayores**





8.3. Noción expansiva

Según nuestra interpretación, esta corresponde a una fase más reciente de la evolución de los servicios sociales en el país y a su fortalecimiento en razón precisamente de las condiciones del mercado laboral y de las variables sociales, así como de las debilidades de cobertura en el aseguramiento pensional, especialmente.

La misma está representada en lo que a nuestro juicio constituye el régimen no contributivo de subsidio familiar y servicios sociales en el país, y que se refleja en la cobertura de las acciones de promoción social a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), de la Consejería Presidencial de Acción Social y de los entes territoriales, dentro del más amplio espectro del sistema de protección social, conforme la definición referencial de la Ley 1151 de 2007.

En efecto, estas entidades públicas han asumido las coberturas económicas y asistenciales para poblaciones sin capacidad de renta o en condiciones de vulnerabilidad, proveyéndoles prestaciones que referencialmente podrían ser consideradas como de subsidio familiar y servicios sociales, si se considera el campo de la seguridad social tradicional.

De otro lado, la revitalización de la noción de servicios sociales en Colombia se ha expresado concretamente en la alternatividad pensional generada por el Acto Legislativo 1 de 2005 y su modificación del artículo 48 de la Constitución Política, en cuanto a posibilitar el surgimiento de los denominados beneficios económicos periódicos (BEP), como asignaciones sin condición pensional que pueden ser inferiores al salario mínimo legal y que se reconocerán a las personas que no alcancen a acreditar ni los requisitos ni el capital necesarios para acceder a una pensión de vejez.

En la misma medida, el establecimiento del esquema de ahorro pensional de largo plazo para trabajadores por días o independientes, que se configura igualmente como un reemplazo de la seguridad de las pensiones, estatuyéndose como una alternativa de protección para los adultos mayores, se configura como un nuevo mecanismo institucional al amparo de los servicios sociales que dará impulso a este esquema de protección y que ha generado el surgimiento de normas nuevas en la materia.

9. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS SERVICIOS SOCIALES COMPLEMENTARIOS

Se encuentran regulados por el Decreto 3771 de 2007, el cual contiene las normas para la administración de los recursos de las subcuentas de solidaridad y de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, disponiendo el procedimiento para el trámite de los subsidios a las cotizaciones para el régimen de pensiones y los requisitos⁽¹¹⁾ y beneficios que se reconocen a los adultos mayores en condición de indigencia, conforme lo previsto por el libro IV de la Ley 100 de 1993.

(11) "ART. 30.—*Requisitos para ser beneficiario de los subsidios de la Subcuenta de Subsistencia.* Los requisitos para ser beneficiarios de los subsidios de la Subcuenta de Subsistencia son:

"1. Ser colombiano.

"2. Tener como mínimo tres años menos de la edad que rija para adquirir el derecho a la pensión de vejez de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

"3. Estar clasificado en los niveles 1 o 2 del Sisbén y carecer de rentas o ingresos suficientes para subsistir. Se trata de personas que se encuentran en una de estas condiciones: Viven solas y su ingreso mensual no supera medio salario mínimo legal mensual vigente; o viven en la calle y de la caridad pública; o viven con la familia y el ingreso familiar es inferior o igual al salario mínimo legal mensual vigente; o residen en un centro de bienestar del adulto mayor; o asisten como usuario a un centro diurno.

"4. Haber residido durante los últimos diez (10) años en el territorio nacional.

"PAR. 1°—Los adultos mayores de escasos recursos que se encuentren en protección de centros de bienestar del adulto mayor y aquellos que viven en la calle de la caridad pública; así como a los indígenas de escasos recursos que residen en resguardos, a quienes

Los beneficios que se prestan a dicha población son:

- a) Un subsidio económico directo, que se otorga en dinero, mediante giro directo a los beneficiarios y
- b) Un subsidio económico indirecto, que se otorga en servicios sociales básicos, el cual se entrega a través de los centros de bienestar del adulto mayor, centros diurnos, resguardos indígenas o a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La aludida norma consagra entonces una definición normativa respecto de lo que se entiende para efectos del libro IV de la Ley 100 de 1993 por servicios sociales, identificándolos bajo dos categorías:

Básicos, la cual comprende alimentación, alojamiento y medicamentos o ayudas técnicas (elementos para atender una discapacidad y que favorecen la autonomía personal y su calidad de vida) no incluidos en el plan obligatorio de salud (POS) del régimen subsidiado, ni financiadas con otras fuentes, medicamentos o ayudas técnicas incluidas en el POS, cuando el beneficiario del programa no esté afiliado al régimen subsidiado de salud.

Complementarios, es decir aquellos que se enfocan al desarrollo de actividades de educación, recreación, cultura, deporte, turismo y proyectos productivos.

Al respecto y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 126 de la Ley 1151 de 2007, Plan Nacional de Desarrollo 2006 - 2010, “los recursos aportados por la Nación a la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, con destino a la atención de programas alimentarios de la tercera edad, se realizarán en cumplimiento de lo previsto en el literal c) del numeral 2 del artículo 27 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 8 de la Ley 797 de 2003, y podrán ejecutarse a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF”.

Mediante esta disposición se articulan a las funciones del ICBF actividades en cuanto al desarrollo de programas alimentarios a favor de los adultos mayo-

(Cont. nota 11)

por dichas circunstancias no se les aplica la encuesta Sisbén, podrán ser identificados mediante un listado censal elaborado por la entidad territorial o la autoridad competente.

“PAR. 2º—La entidad territorial o el resguardo seleccionará los beneficiarios previa verificación del cumplimiento de los requisitos. Con el fin de garantizar un mayor acceso, el Ministerio de la Protección Social seleccionará los beneficiarios que residan en los centros de bienestar del adulto mayor, previa convocatoria y verificación de requisitos”.

res en condición de indigencia, sujetos de protección bajo los programas de los servicios sociales complementarios.

10. SERVICIOS SOCIALES COMPLEMENTARIOS Y AHORRO DE LARGO PLAZO

Bajo el paradigma de la protección social, se han estructurado en Colombia esquemas alternativos de microseguros, a los que se ha encuadrado en el campo de los servicios sociales complementarios.

Ello ha acontecido de manera particular a partir de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 1151 de 2007, y cuenta con desarrollo normativo a través de los decretos 2060 de 2008 y 1800 de 2009.

En relación con los trabajadores que contraten personas naturales por períodos inferiores a un mes y una vez surtido el proceso de afiliación que les compete a los contratantes a través del formulario único de afiliación electrónica, se crearán cuentas de ahorro de largo plazo administradas por las sociedades administradoras de fondos de cesantías, a las cuales se abonarán los aportes solidarios del empleador en monto equivalente al 12% del ingreso del trabajador, sin que este sea inferior a un salario mínimo legal diario.

Dicho régimen resulta aplicable también para los trabajadores independientes que en los términos de la Ley 1250 de 2008 perciban ingresos de hasta un salario mínimo legal mensual, quienes no están obligados temporalmente a aportar al sistema de pensiones (por tres años desde la vigencia de la aludida ley).

Este régimen de ahorro de largo plazo se integra a la figura constitucional de los Beneficios Económicos Periódicos, con la cual se persigue amparar en la vejez a las personas que no accedan a derechos pensionales, por lo que los recursos incorporados a las cuentas solamente podrán ser retirados por los trabajadores para el disfrute de un beneficio tal al finalizar la etapa de acumulación o en circunstancias de graves imprevistos personales o familiares.

Tal mecanismo de protección constituye un nuevo esquema de aseguramiento y se encuadra dentro de los servicios sociales, pues de manera expresa así se ha dispuesto normativamente.

En efecto, el artículo 7º del Decreto 1800 de 2009 señala: "Teniendo en cuenta que lo reglamentado por el presente decreto se refiere a un *programa social complementario*, las disposiciones aquí consignadas no hacen parte del Sistema General de Pensiones" (cursivas fuera del texto).

11. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN A ADULTOS MAYORES EN COLOMBIA

En los últimos años se han expedido varias normas orientadas a generar esquemas de apoyo para los adultos mayores, las cuales en nuestro concepto carecen de visión integral y posibilidades reales de ejecución, a la vez que se distancian de la articulación debida con el sistema de protección social, siendo inclusive contrarias entre sí.

Sin embargo, el tema de pensiones no contributivas o de beneficios económicos periódicos no se ha abordado, pese a existir mandato expreso al respecto, tanto en el artículo 48 de la Carta Política como en los términos del artículo 142 de la Ley 1151 de 2007, el cual disponía: “El Gobierno Nacional deberá presentar, a más tardar dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el proyecto de ley que reglamente los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005”.

En efecto, aun cuando anteriormente se había radicado proyecto por el Gobierno Nacional en la materia, con posterioridad a la vigencia del Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1551 de 2007, la obligación no fue cumplida, aplazándose el análisis integral sobre la forma en que el Estado colombiano abordará la protección económica de la población adulta mayor sin derecho a pensión.

11.1. Ley 1091 de 2006: colombianos de oro

Por medio de dicho ordenamiento se creó la figura del (la) colombiano(a) de oro que aplica a las personas mayores de 65 años, residentes en el territorio nacional.

La norma establece algunos beneficios para dicha población, los cuales pueden extenderse por convenio que celebre el Estado con entidades del sector privado, para cuyo ejercicio se requiere portar la tarjeta que acredita al individuo como tal, previa expedición por parte de la Registraduría Nacional del Estado y Civil.

Todo colombiano de oro gozará de un régimen especial, el cual le confiere derecho a atención preferencial, ágil y oportuna, así como el servicio de salud brindado por el Sistema General en Seguridad Social Integral, y también gozará de descuentos en programas especiales de turismo ofrecidos por las cajas de compensación familiar, para los no afiliados y afiliados (art. 3°).

Se fija el 24 de noviembre de cada año como la fecha en que se celebrará la conmemoración para los colombianos en dicha condición de edad, sin distinguir su calidad de pensionado o no.

Finalmente, se ordena a todas las entidades públicas y privadas prestadoras de servicio al público que dispongan la instalación de ventanillas especiales para

la atención de esta población y que anuncien adecuadamente los procedimientos empleados al efecto.

Disposiciones como estas quedan reservadas a la memoria histórica, sin efectividad ni consecuencias de impacto social.

11.2. **Ley 1171 de 2007: beneficios para adultos mayores**

Para esta disposición, los beneficiarios de protección como adultos mayores son los colombianos y los extranjeros residentes en el país, mayores de 62 años. Basta, para la acreditación de su condición, la presentación del documento de identidad correspondiente.

El objeto de la misma se concreta en “conceder a las personas mayores de 62 años beneficios para garantizar sus derechos a la educación, a la recreación, a la salud y propiciar un mejoramiento en sus condiciones generales de vida” (art. 1º).

La norma establece beneficios económicos en servicios de capacitación, recreación, turismo y transporte, con particular referencia a personas identificadas en los niveles I y II del Sisbén.

Igual establece la obligación de disponer la operación de una ventanilla preferencial para adultos mayores, pero se concreta para el caso de las entidades públicas (art. 9º).

En materia pensional y específicamente en lo que concierne al pago de las mesadas, contiene una modificación al inciso primero del artículo 5º de la Ley 700 de 2001, al disponer que el mismo se subroga por la siguiente disposición:

ART. 5º—Para hacer efectivo el cobro de las mesadas, los pensionados podrán acercarse a la entidad financiera en que tengan su cuenta corriente o de ahorros cualquier día del mes, una vez esta se haya consignado y el cobro se podrá realizar en cualquier ventanilla de la entidad financiera sin excepción. La Superintendencia Financiera conforme a sus competencias vigilará el cumplimiento de lo aquí dispuesto e impondrá las sanciones del caso cuando a ello hubiere lugar.

Por otra parte, contiene dos disposiciones que se refieren particularmente a beneficios especiales en el sistema de salud⁽¹²⁾.

(12) “ART. 12.—*Consultas médicas.* Sin perjuicio de los derechos que les asisten a los niños y a las niñas, las empresas promotoras de salud deberán asignar los servicios de consulta externa médica, odontológica y por médico especialista y apoyos diagnósticos a los

11.3. **Ley 1251 de 2008: protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores**

Contiene dicha ley varias previsiones en un estatuto preliminar, que pretende convertirse en el marco regulatorio de protección para ese sector de la población.

Define como adulto mayor a las personas con edad de 60 o más años. Incluye como principios de acción: (i) la participación activa, (ii) la corresponsabilidad, (iii) la igualdad de oportunidades, (iv) el acceso a beneficios, (v) la atención, (vi) la equidad, (vii) la independencia y autorrealización, (viii) la solidaridad, (ix) la dignidad, (x) la descentralización, (xi) la formación permanente, (xii) la no discriminación, (xiii) la universalidad, (xiv) la eficiencia y (xv) la efectividad, para lograr la inclusión de los adultos mayores en la vida social y económica activa.

Consagra igualmente un amplio catálogo de deberes a cargo del Estado, la sociedad, la familia, los adultos mayores y los medios de comunicación, a la vez que fija las pautas para la adopción por parte del Ministerio de la Protección Social de la política nacional de envejecimiento y vejez.

Dentro de las estrategias que debe abordar dicha política se citan las referentes al sistema de protección social, tanto en los ámbitos de salud como de pensiones, resaltando la necesidad de acompañar y monitorear el proceso hacia la conformación de la pensión justa y equitativa para las necesidades de los adultos mayores que les permita una vida digna. Igualmente se hace referencia a los frentes de integración social, productividad, recreación y entorno físico y social, entre otros. En efecto, el artículo 17 de la Ley 1251 de 2008 se refiere a las distintas áreas de intervención⁽¹³⁾.

Por último, la ley dispone las condiciones que deben cumplir las instituciones prestadoras de servicios especializados para adultos mayores. Se crea tam-

(Cont. nota 12)

afiliados mayores de 62 años dentro de las 48 horas siguientes a la solicitud por parte de estos.

"ART. 13.—*Fórmula de medicamentos.* Cuando la entidad promotora de salud no suministre de manera inmediata los medicamentos formulados que estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud a las personas mayores de 62 años, deberá garantizar su entrega en el domicilio del afiliado dentro de las 72 horas siguientes, salvo si esta es de extrema urgencia a la solicitud por parte de este".

(13) "ART. 17.—*Áreas de intervención.* En la elaboración del Plan Nacional se tendrán en cuenta las siguientes áreas de intervención:

"1. Protección a la salud y bienestar social. Los adultos mayores tienen derecho a la protección integral de la salud y el deber de participar en la promoción y defensa de la salud propia, así como la de su familia y su comunidad. El Ministerio de la Protección Social atenderá las necesidades de salud y de bienestar social de este grupo poblacional mediante la formulación de políticas y directrices en materia de salud y bienestar social, a fin de que se presten servicios integrados con calidad.

bién el Consejo Nacional del Adulto Mayor, en el cual no se otorga representación al subsistema de pensiones.

(Cont. nota 13)

“Corresponde al Estado, a través de sus entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal, de conformidad con el ámbito de sus competencias, a las aseguradoras, a las instituciones públicas y privadas del sector salud y de asistencia social:

“a) Garantizar la provisión de servicios y programas integrales de atención, promoción y prevención en salud mental para los adultos mayores en instituciones públicas y privadas;

“b) Proponer acciones tendientes a la elevación de calidad y especialización de los servicios de la salud que prestan al adulto mayor;

“c) Desarrollar acciones permanentes de educación y capacitación en la prevención y el autocuidado;

“d) Evaluar y fortalecer el funcionamiento de los programas de apoyo alimentario y de medicamentos gratuitos;

“e) Acompañar y monitorear el proceso hacia la conformación de la pensión justa y equitativa a las necesidades de los adultos mayores que permitan una vida digna;

“f) Evaluación permanente a la calidad de los servicios prestados en los centros de cuidados prolongados para los adultos mayores (centros de protección social, casas, etc.);

“g) Ampliar las coberturas de acceso a los servicios de salud y bienestar social de acuerdo a las necesidades presentadas por el adulto mayor;

“h) Generar mecanismos eficaces para la vigilancia y control de las instituciones prestadoras de servicios al adulto mayor;

“i) Crear programas especiales en detección oportuna y tratamiento temprano de enfermedades crónicas entre los adultos mayores, así como de cuidado y auxilio a quienes sufren de discapacidades funcionales;

“j) Crear programas de salud, asistencia social y bienestar dirigidos a atender las necesidades de las personas en las diferentes etapas del ciclo de vida, mediante medidas preventivas y de promoción de la salud y actividades que generen un envejecimiento saludable;

“k) Generar, fortalecer y fomentar especialidades médicas y asistenciales para adultos mayores en Geriatría y Gerontología;

“l) Generar capacitaciones para cuidadores formales e informales de adultos mayores;

“m) Desarrollar servicios amplios de atención de la salud mental que comprendan desde prevención hasta la intervención temprana, la prestación de servicios de tratamiento y la gestión de los problemas de salud mental de los adultos mayores.

“PAR. 1º—Los adultos mayores residentes en Colombia tendrán derecho a acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Plan Obligatorio de Salud, POS, bien sea en su calidad de afiliado del régimen contributivo o subsidiado.

“PAR. 2º—El adulto mayor afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud que por el tipo de atención requiera una oferta de servicio por fuera de su lugar de origen tendrá derecho a que se le garantice un lugar de paso temporal donde se realizará su atención.

“2. Educación, cultura y recreación. La educación, la cultura y la recreación hacen parte del proceso de formación integral del ser humano; con tal fin, el Estado deberá:

“a) Promocionar y estimular los programas en Gerontología en pre y posgrado;

“b) Crear núcleos temáticos sobre envejecimiento y vejez en la educación formal, en los niveles preescolar, básica primaria y vocacional, así como en la educación no formal;

La administración de los recursos para los programas que se desarrollen por la ley estará a cargo del Fondo de Promoción Social.

(Cont. nota 13)

"c) Propender por desarrollar en los adultos mayores la formación en derechos humanos, educación para la participación ciudadana en la equidad y participación y, en general, en todos los campos de su interés para el mejoramiento continuo;

"d) Educación intercultural en temas ambientales y de sostenibilidad, de desarrollo económico y social con énfasis en el mejoramiento de la calidad de vida;

"e) Lograr una mejor calidad y expectativas de vida personal, familiar y social a través de acciones educativas y participativas que permitan crear conciencia de la dignidad humana y formar actitudes positivas y respetuosas frente a la vejez y al envejecimiento como aporte a la sociedad;

"f) Contribuir a la educación integral de esta población permitiéndole elaborar proyectos de vida acordes con su edad y expectativas de vida que los ayuden a asumir roles en la vida familiar y social;

"g) Integrar de manera efectiva el saber adquirido por los adultos mayores optimizándolo dentro de la sociedad;

"h) Proponer el acceso del adulto mayor a la educación formal e informal en diversas formas y niveles de capacitación a fin de lograr su desarrollo individual, familiar y social como forma de inclusión a la sociedad;

"i) Desarrollar propuestas para el acceso del adulto mayor a las actividades culturales tanto de creación como de apropiación de la cultura;

"j) Desarrollar acciones que promuevan y permitan el acceso del adulto mayor a las actividades deportivas diseñadas en función de sus necesidades particulares;

"k) Impulsar acciones para la conformación de espacios públicos de encuentro, comunicación y de convivencia intra e intergeneracional (clubes, centros de día, espectáculos, etc.);

"l) Desarrollar acciones para construir en el conjunto de la población una cultura de la vejez y del envejecimiento activo.

3. Entorno físico y social favorable. Corresponde al Estado, a través de sus entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal de conformidad con el ámbito de sus competencias, a las instituciones públicas y privadas, garantizar a los adultos mayores condiciones óptimas para que el entorno físico sea acorde con sus necesidades. Para ello se determinarán acciones tendientes y deberán:

"a) Que los servicios públicos que se presten cuenten con infraestructuras adecuadas y de acceso para el adulto mayor;

"b) Propiciar programas de vivienda que permitan a los adultos mayores la obtención de vivienda propia o remodelarla en caso de ya contar con ella;

"c) Generar estrategias para permitir el acceso a proyectos de vivienda de interés social que ofrezcan igual oportunidad a las parejas compuestas por los adultos mayores, solas o jefes de familia;

"d) Promover la construcción de viviendas especiales de acuerdo a las necesidades de habitabilidad, seguridad y accesibilidad de los adultos mayores;

"e) Desarrollar acciones tendientes a generar espacios urbanos con características físico-espaciales que generen un entorno seguro y accesible acordes a las necesidades de los adultos mayores;

"f) Generar mecanismos que faciliten adaptar medios de transporte a las necesidades de los adultos mayores;

11.4. **Ley 1276 de 2009: criterios para la atención integral del adulto mayor en los centros vida**

Esta disposición modifica la Ley 687 de 2001 y tiene por objeto la protección de la “tercera edad” de los niveles I y II del Sisbén a través de los centros vida, “como instituciones que contribuyen a brindarles una atención integral a sus necesidades y mejorar su calidad de vida” (art. 1°).

La ley se refiere igualmente al mecanismo de la estampilla para el bienestar del adulto mayor, fijando criterios en cuanto a su recaudo y al empleo de los recursos por ella generados en el orden territorial. Igualmente se refiere a las funciones a cargo de los centros vida, a los que define como “el conjunto de proyectos, procedimientos, protocolos e infraestructura física, técnica y administrativa orientada a brindar una atención integral, durante el día, a los adultos mayores, haciendo una contribución que impacte en su calidad de vida y bienestar” (art. 7°, lit. a). Estos centros están obligados también a prestar atención gratuita a los ancianos indigentes.

El artículo 11 de la ley se refiere a los servicios mínimos que deberán ofrecer los centros vida, a saber: alimentación, orientación psicosocial, atención primaria en salud, aseguramiento en salud⁽¹⁴⁾, capacitación en actividades productivas, deporte, cultura, recreación, encuentros intergeneracionales, promoción del trabajo asociativo, promoción de la constitución de redes de apoyo, uso de internet, auxilio exequial de 1 SMLMV, de acuerdo con las posibilidades del ente territorial.

(Cont. nota 13)

“g) Disminuir los riesgos de accidentes de tránsito de los adultos mayores a través de campañas de educación a conductores y a peatones y la señalización adecuada de las vías públicas.

“4. Productividad. El Estado, a través de sus entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal, de conformidad con el ámbito de sus competencias, las instituciones públicas y privadas, la sociedad y la familia, deberán generar acciones tendientes a involucrar al adulto mayor en el desarrollo económico y productivo de nuestro país. Para esto deberán:

“a) Facilitar y promover la obtención de ingresos mediante el empleo, el desarrollo de proyectos productivos y la formación de empresas sociales para el adulto mayor;

“b) Desarrollar mecanismos para el acceso al crédito con propósitos productivos para el adulto mayor;

“c) Promover el acceso del adulto mayor al empleo formal;

“d) Capacitar, promover y facilitar el acceso a las nuevas tecnologías y al teletrabajo como mecanismo para la generación de ingresos y de empleo”.

- (14) Será universal en todos los niveles de complejidad, incluyendo a los adultos mayores dentro de los grupos prioritarios que define la seguridad social en salud, como beneficiarios del régimen subsidiado (art. 11, num. 1 4).

12. SERVICIOS SOCIALES Y SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

Se han visto ya las estrechas relaciones existentes entre estos componentes del sistema de seguridad social, que en el caso de Colombia son operados predominantemente por una misma institucionalidad, las cajas de compensación familiar.

No es admisible señalar que se trata de las mismas prestaciones o coberturas, por cuanto los servicios sociales corresponden a una rama independiente de la seguridad social, si bien la autonomía de las sociedades para establecer sus niveles de protección permite que se den estrechos relacionamientos entre subsistemas, tal como acontece en el caso nacional, en el que a través de servicios sociales dispensados por las cajas se paga la prestación social subsidio familiar, a la vez que se atiende a la población trabajadora y a sus familias, sin perjuicio de la extensión de algunos servicios a no afiliados.

De otro lado, se han aplicado más recientemente servicios sociales para desempleados, en particular en el campo de la recreación y la cultura.

Estos servicios son ejecutados por las cajas de compensación familiar bajo modalidad contributiva, pues ellos se financian tanto por los aportes que nutren al sistema de compensación familiar, como por las cuotas de recuperación o tarifas que pagan los usuarios de los mismos.

En el caso de Colombia es posible sostener que dentro de las prestaciones del sistema de compensación familiar se encuentran las relacionadas con la atención de servicios sociales, por cuanto así lo quiso regular el legislador, atribuyendo la función a unos mismos entes, que resultan, como se ha dicho, operadores de tres subsistemas de la seguridad social clásica: la atención por asignaciones familiares, por desempleo y por servicios sociales.

Si se acoge una definición restringida de servicios sociales y se le acota al ámbito de los complementarios regulados a partir del libro IV de la Ley 100 de 1993, entenderemos por estos los que cubren a los adultos mayores en condición de indigencia y sin cobertura previsional. Frente a ellos las cajas actúan pero no de manera directa o inmediata, por cuanto su población afiliada es la trabajadora formal; solamente en la medida en que se realice la afiliación facultativa por parte de los desempleados y pensionados podría darse esa cobertura, si bien por esencia no existen atribuciones legales que se reconozcan a dichas corporaciones cubrir a los mayores carentes de recursos.

Las atenciones que dispensa el sistema de compensación familiar a estas poblaciones obedecen a contrataciones que realicen los entes territoriales, a través de las cuales se persigue arbitrar prestaciones económicas o asistenciales para los adultos mayores sin recursos. No obstante en estos eventos las cajas obran como ejecutores de servicios o prestatarias bajo contratación del ente responsable.

No sobra señalar en todo caso que han existido propuestas políticas orientadas a integrar a las aludidas cajas en la cobertura de servicios para los adultos

mayores, en especial para aquellos sin recursos; las mismas se han enfrentado a la dificultad de identificar recursos que las posibiliten, pues hasta ahora se han basado en redestinar recursos del aporte patronal del 4% a esa finalidad, estrategia que si bien persigue un fin colectivo de alto impacto resulta inconveniente por la desnaturalización que termina provocando al sistema de subsidio familiar.

De otro lado y considerando la activa presencia de los programas de promoción social en los campos del bienestar familiar y la acción social, debe considerarse que se ha venido consolidando en el país, más allá de la estructuración formal, unos subsistemas de subsidio familiar y servicios sociales bajo la modalidad de régimen subsidiado, esto es, no contributivos, mediante los cuales se atienden poblaciones sin recursos o que no realizan aportes, marchándose hacia la universalización de las coberturas, pero no en forma homogénea ni integrada.

A nosotros nos parece conveniente pensar en un replanteamiento integral de estos subsistemas, de tal suerte que, desde la experiencia e institucionalidad de la compensación familiar, se pudiera operar el aludido régimen subsidiado y con esquemas adicionales de financiación, logrando economías de escala y esquemas de administración más eficientes con presencia en todo el territorio nacional.

Ello redundaría además en garantizar el reconocimiento de los subsidios y servicios para esas poblaciones vulnerables o mayormente necesitadas, bajo la óptica de los derechos e integrándose a la seguridad social, de tal suerte que todas las personas en el país pudieran tener acceso a asignaciones familiares por hijo, por ejemplo, o a ciertos servicios sociales que se definan como esenciales, sin perjuicio de mantener coberturas adicionales para quienes desde la economía formal aportan directamente o por conducto de sus empleadores para la financiación del régimen contributivo.

En tanto esto ocurre, hemos de reconocer que el subsidio familiar y los servicios sociales presentan manifestaciones para poblaciones sin aporte, que están a cargo de operadores públicos y sin perjuicio que, en algunos casos, estos contraten a operadores privados, como las mismas cajas de compensación familiar, para su prestación.

Finalmente, la implementación de los beneficios económicos periódicos y de los esquemas de ahorro de largo plazo colocan de presente la necesidad de articular estos esfuerzos desde los servicios sociales y no desconocer el rol que puedan desempeñar las cajas de compensación familiar, en la provisión de las prestaciones que se generen a partir de estas modalidades especiales de aseguramiento.

No obstante frente a quienes opinan que tanto el subsidio familiar como los servicios sociales son emanaciones de políticas sociales, sin carácter vinculante y dependientes de la existencia de recursos para su provisión, estimamos perti-

nente puntualizar que se trata de prestaciones complementarias de la seguridad social, que solamente se explican a partir de su reconocimiento como derechos subjetivos de los beneficiarios, con los cuales se realiza su dignidad y se procuran las condiciones de bienestar exigibles dentro de un Estado social de derecho (estado de bienestar desde la óptica europea), que el ordenamiento internacional reconoce con el carácter de derechos humanos.

13. SERVICIOS SOCIALES Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Desde lo comentado es posible afirmar que si bien el área de los servicios sociales dentro de la seguridad social es la de menor desarrollo conceptual y práctico, en un futuro no muy lejano habrá de convertirse en la veta por la cual los sistemas de protección social harán posible el cumplimiento de sus objetivos.

Sin desconocer el rol insustituible de las ramas clásicas del aseguramiento, los servicios sociales, de la mano con las prestaciones por asignaciones familiares, tendrán a su cargo la extensión de las coberturas, la protección universal y el asegurar en las sociedades la dispensación de las prestaciones requeridas para que el estándar ético mínimo de bienestar y calidad de vida sea posible, con lo cual se posibilitarán las condiciones de desarrollo social y económico de los países.

Entre las circunstancias de mayor relevancia que hacen de los servicios sociales el área de futuro de la seguridad social, mencionamos las siguientes:

a) La necesidad de cubrir con servicios a amplios sectores de la población que están por fuera de las coberturas de los seguros clásicos y que respondan a las condiciones recientes de los mercados de trabajo. Se trata de trabajadores informales, independientes, migrantes y por cuenta propia, así como sectores poblacionales en condición de vulnerabilidad, por razones naturales (fenómenos de la naturaleza) o sociopolíticas (fenómenos asociados a la convivencia: desplazados, reinsertados, víctimas de conflictos armados).

b) La escasa capacidad de los sistemas de seguridad social en cubrir prestaciones previsionales o de riesgos del trabajo o de asignaciones familiares y de salud para esos sectores de la población.

c) El fenómeno del envejecimiento poblacional que marca un acelerado ritmo en el crecimiento del número de personas adultas mayores en las sociedades, a las que los sistemas de protección tendrán que cubrir con nuevas prestaciones, autónomas o en complemento de las tradicionales.

d) La creciente demanda de servicios por parte de los individuos, estimulada por el auge de las ciencias y la tecnología, que coloca sobre la mesa de la discusión pública el alcance del concepto de bienestar, ligado a nociones tales

como derecho a la felicidad, dignidad humana y mínimo vital. También en esta dirección la reflexión sobre el trabajo decente bajo la orientación de la OIT deja ver la necesidad de determinar cuáles son los estándares mínimos que deben cubrir las sociedades en materia de derechos. De un lado se exigen más prestaciones como en el caso de coberturas inmateriales (derecho al ocio, al uso del tiempo libre y el deporte: derechos sociales) y, de otro, se producen más satisfactores para aquellas (nuevas tecnologías médicas, soporte psicológico, herramientas informáticas y de comunicación, etc.).

e) Las exigencias en satisfacer los propósitos contenidos en la Declaración de los Objetivos del Milenio adoptada por la ONU, como constitución universal para los Estados de cara a la nueva centuria. De manera particular el papel de los sistemas de protección social y, dentro de ellos, de los servicios sociales, se resalta en lo que tiene que ver con la disminución de la mortalidad infantil, la atención materna y el control del VIH/sida, como también de otras enfermedades y pandemias.

f) La conciencia creciente en lo relativo a reconocer prioridad de protección a los niños de todos los estamentos sociales, lo que conlleva la adopción de nuevas y creativas fórmulas de aseguramiento, que incluyen prestaciones tales como las alimentarias, pero también las referidas a soporte emocional y desarrollo de destrezas a temprana edad y estimulación, sin dejar de lado, por supuesto, las acciones para asegurar la concurrencia de niños y jóvenes a los centros de formación.

g) El desarrollo constitucional de la seguridad social por el cual se han ampliado las demandas ciudadanas en materia de derechos sociales, entendiéndose a los de la seguridad social como susceptibles de protección directa en el caso de conexidad con fundamentales o, por efecto inmediato, como en el ámbito de la salud.

h) Las demandas por el derecho de igualdad material o real, que exigen coberturas para poblaciones en condición de vulnerabilidad y atención a personas sujetas de especial protección como adultos mayores y discapacitados.

i) El fortalecimiento de políticas integrales en materia de prevención y reducción de la pobreza, que implica la adopción de mecanismos tales como subsidios condicionados y el desarrollo de estrategias de promoción social a favor de grupos humanos, mediante esquemas de intervención pública focalizada (programas de empleo, acciones de apoyo a desempleados y de respaldo a jefes uniminales cabeza de hogar, microcréditos, etc.).

j) Las posibilidades que brindan los esquemas de servicios sociales en cuanto a generar coberturas con menores costos y mayores eficiencias, si se articulan adecuadamente y se estructuran desde la seguridad social, pero según los derroteros más generales de las políticas sociales.

CAPÍTULO XIII

Promoción social y lucha contra la pobreza

1. PROGRAMAS DE SUBSIDIOS

Los programas de asistencia y promoción social basados en subsidios tienen su origen en las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para contrarrestar los efectos de la grave crisis económica sufrida por el país en la década del noventa.

Como aplicación de la estrategia de “transferencias condicionadas en efectivo” impulsada y cofinanciada con recursos del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo, se creó el Fondo de Inversión para la Paz (FIP), mediante la Ley 487 del 24 de diciembre de 1998 y reorganizado por el Decreto 1813 del 18 de septiembre de 2000 y por el Decreto 1003 del 29 de mayo de 2001, como principal instrumento de financiación de programas y proyectos estructurados para la obtención de la paz. Con él se estructuró la Red de Apoyo Social (RAS), para operar 3 programas independientes, (i) programa subsidios condicionados, (ii) manos a la obra y (iii) capacitación para jóvenes desempleados.

El Fondo de Inversión para la Paz (FIP) fue creado como una cuenta especial, sin personería jurídica, adscrita a la Presidencia de la República y “administrado por fuera de los canales usuales de los recursos fiscales y con directa participación de la sociedad civil, y se alimentará de recursos públicos y de la comunidad internacional⁽¹⁾”.

Desde ese momento el FIP se convirtió en el principal instrumento para financiar programas y proyectos estructurados para obtener la paz, entre los que se encuentra el programa Familias en Acción.

El FIP ha sido regulado por los decretos 149 de 2000, 1813 de 2000, 1003 de 2001, 2648 de 2002, 992 de 2003 y 4035 de 2006.

(1) Presidencia de la República. Departamento Nacional de Planeación, *Plan Nacional de Desarrollo 1998-2002. Cambio para construir la paz* (tomo I), p. 45.

“La Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Acción Social, es la entidad del Gobierno Nacional que busca movilizar a Colombia para superar la pobreza extrema, avanzar en la reconciliación y liderar la agenda de cooperación internacional del país”⁽²⁾.

Fue creada mediante el Decreto 2467 de 2005 con el fin de canalizar los recursos nacionales e internacionales para ejecutar todo los programas sociales que dependen de la Presidencia de la República y que atienden a los colombianos afectados por la pobreza, el narcotráfico y la vigencia.

Tiene como objetivos⁽³⁾:

- Contribuir a la superación de la pobreza
- Aumentar la cooperación internacional y mejorar su coordinación
- Apoyar la recuperación social del territorio
- Construir excelencia en el servicio público

Acción Social tiene dos direcciones: Dirección de Programas Sociales y Dirección de Cooperación Internacional.

Adicionalmente coordina cuatro sistemas:

- La Red para la Superación de la Pobreza Extrema: Red Juntos (ahora Red Unidos)
- Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIPD)
- Centro de Coordinación de Acción Integral (CCAI)
- Sistema Nacional de Cooperación Internacional

“La Red de Apoyo Social, como parte de la Estrategia de Recuperación Económica y Social del Plan Colombia, es un programa diseñado para mitigar el impacto de la recesión económica y el saneamiento fiscal sobre la población más vulnerable”⁽⁴⁾.

(2) Disponible en Web: <<http://www.accionsocial.gov.co>>.

(3) República de Colombia. Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, *Cartilla Institucional*, mayo de 2008.

(4) Departamento Nacional de Planeación, *Plan Colombia Red de apoyo social: programas de subsidios condicionados y capacitación laboral de jóvenes desempleados de bajos recursos* (Documento CONPES 3081), Bogotá, 2B de junio de 2000.

La Red de Apoyo Social se ha formulado sobre la base de tres programas:

- a) Manos a la Obra, encaminado a brindar ocupación transitoria en la población pobre;
- b) Subsidios Condicionados, orientado a dar transferencias a familias de bajos recursos, condicionadas a la asistencia a los controles de crecimiento y desarrollo de los menores de siete años, y a la asistencia al colegio de los niños entre siete y diecisiete años; y
- c) Capacitación Laboral de Jóvenes Desempleados de Bajos Recursos, dirigido a la población entre 18 y 25 años de estratos de bajos ingresos para mejorar sus posibilidades para acceder al mercado laboral.

“El Gobierno Nacional ha diseñado los programas Subsidios Condicionados y Capacitación Laboral de Jóvenes Desempleados de Bajos Recursos, los cuales se financiarán mediante créditos de la banca multilateral hasta por US\$320 millones, que complementan los recursos de Manos a la Obra equivalentes a US\$362 millones. En consecuencia, el monto total de operaciones de crédito externo contratadas para la Red de Apoyo Social durante el año 2000 ascenderá a US\$682 millones⁽⁵⁾.

“Ahora bien, al analizar la desagregación de los programas que hacen parte de la fase de estabilización socioeconómica, se encontró que para entregar subsidios de vivienda urbana se destinó el 41% de los recursos asociados a esta fase (\$380.658 millones). Le siguen, en orden de importancia, los destinados al programa: Familias en Acción, que otorgó subsidios de educación y nutrición para niños por \$149.157 millones (16%) y los dirigidos a brindar salud por \$128.702 millones (14%)⁽⁶⁾.

No se pierda de vista que el Documento CONPES 102 de 2006 estableció la Red de Protección Social de Extrema Pobreza, en tanto el Decreto 4719 del 22 de diciembre de 2010 creó la Comisión Intersectorial de la Red de Protección Social para la Superación de la Pobreza Extrema, Red Juntos.

2. MONTO DE LOS SUBSIDIOS

A continuación se detallan los montos de subsidios del programa Familias en Acción destinados según los diferentes programas de Acción social, para el

(5) *Ibíd.*

(6) Contraloría General de la República. *Informe de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, 2009*, 2010.

nivel 1 del Sisbén para los grupos de grandes ciudades y población no perteneciente a grandes ciudades:

— **Sisbén nivel 1 (no perteneciente a las grandes ciudades) y población en condición de desplazamiento:**

a) *Subsidio de nutrición*

Se otorga a niños de entre 0 y 7 años (al cumplir los 7 años el niño ya no aplica para este subsidio), por grupo familiar, es decir, se liquidará uno por familia sin importar el número de niños de entre 0 y 7 años y su valor es de \$50.000/mes (\$100.000/ciclo).

b) *Subsidio de educación*

Se otorga a niños de entre de 7 y 18 años (al cumplir los 18 años el niño ya no aplica para este subsidio), es por niño, y se entrega así:

- Primaria: \$15.000/mes (\$30.000/ciclo).
- Secundaria: \$30.000/mes (\$60.000/ciclo).

— **Sisbén nivel 1 (grandes ciudades: Cali, Medellín y Soacha):**

a) *Subsidio de nutrición*

Se otorga a niños de entre 0 y 7 años (al cumplir los 7 años el niño ya no aplica para este subsidio), por grupo familiar, es decir, se liquidará uno por familia sin importar el número de niños de entre 0 y 7 años y su valor es de \$50.000/mes (\$100.000/ciclo).

b) *Subsidio de educación*

Se otorga a niños de entre de 7 y 18 años (al cumplir los 18 años el niño ya no aplica para este subsidio), es por niño, y se entrega así:

- Primaria: \$15.000/mes (\$30.000/ciclo).
- Secundaria: 6º, 7º y 8º: \$25.000/mes (\$50.000/ciclo).
- 9º y 10º: \$35.000/mes (\$70.000/ciclo).
- 11º: \$40.000/mes (\$80.000/ciclo).

— **Sisbén nivel 1 (grandes ciudades: Ibagué, Neiva, Popayán, Santa Marta y Sincelejo):**

a) *Subsidio de nutrición*

Se otorga a niños de entre 0 y 7 años (al cumplir los 7 años el niño ya no aplica para este subsidio), por grupo familiar, es decir, se liquidará uno por

familia sin importar el número de niños de entre 0 y 7 años y su valor es de \$50.000/mes (\$100.000/ciclo).

También se otorga a niños de entre 7 y 11 años (al cumplir los 11 años el niño ya no aplica para este subsidio), por grupo familiar, es decir, se liquidará uno por familia sin importar el número de niños de entre 7 y 11 años y su valor es de \$20.000/mes (\$40.000/ciclo).

Cuando una familia tiene niños de entre 0 y 7 y entre 7 y 11, se entregará un solo subsidio que será de \$50.000/mes (\$100.000/ciclo).

b) Subsidio de educación

Se otorga a niños de entre 11 y 18 años (al cumplir los 18 años el niño ya no aplica para este subsidio), es solo para secundaria y es por niño (no hay subsidio de primaria) y se entrega así:

- 6°, 7° y 8°: \$30.000/mes (\$60.000/ciclo).
- 9° y 10°: \$45.000/mes (\$90.000/ciclo).
- 11°: \$60.000/mes (\$120.000/ciclo).

— **Sisbén nivel 1 (grandes ciudades: Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Montería, Pasto, Pereira, Villavicencio y Yopal):**

a) Subsidio de nutrición

Se otorga a niños de entre 0 y 7 años (al cumplir los 7 años el niño ya no aplica para este subsidio), por grupo familiar, es decir, se liquidará uno por familia sin importar el número de niños de entre 0 y 7 años y su valor es de \$50.000/mes (\$100.000/ciclo).

También se otorga a niños de entre 7 y 11 años (al cumplir los 11 años el niño ya no aplica para este subsidio), por grupo familiar, es decir, se liquidará uno por familia sin importar el número de niños entre 7 y 11 años y su valor es de \$20.000/mes (\$40.000/ciclo).

Cuando una familia tiene niños de entre 0 y 7 y entre 7 y 11, se entregará un solo subsidio que será de \$50.000/mes (\$100.000/ciclo).

b) Subsidio de educación

Se otorga a niños de entre 11 y 18 años (al cumplir los 18 años el niño ya no aplica para este subsidio), es solo para secundaria y es por niño (no hay subsidio de primaria) y se entrega así:

- 6º, 7º y 8º: \$25.000/mes (\$50.000/ciclo).
- 9º y 10º: \$35.000/mes (\$70.000/ciclo).
- 11º: \$40.000/mes (\$80.000/ciclo).

3. PROGRAMAS

A continuación se describen los programas que adelanta la Agencia, citando las normas o documentos CONPES que justificaron su creación.

— *Programa de atención a la población desplazada*

Ley 387 de 1997, Decreto Reglamentario 2569 del 12 de diciembre de 2000. El Decreto 250 de 2005 adopta el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia

El documento CONPES 2804 del 13 de septiembre de 1995 desarrolla los lineamientos que la política del Salto Social enuncia con relación a la atención integral a la población desplazada por la violencia. Por tanto, el documento hace parte de la estrategia social del Gobierno y de su política de promoción y protección de los derechos humanos presentada en el “Plan Nacional de Desarrollo y de Inversiones 1995-1998”.

El documento CONPES 3400 del 28 de noviembre de 2005 somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social el esfuerzo financiero y las metas de las entidades del SNAIPD, para atender los requerimientos de la población desplazada en el período 1995-2005. Esto incluye la puesta en marcha del Plan Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada para el 2006.

El objetivo del programa es acompañar y ejecutar planes y programas en coordinación con las entidades del SNAIPD dirigidas a la atención de integral de la población desplazada y en riesgo de desplazamiento.

— *Programa de asistencia integral (PAI)*

El objeto del programa es integrar a la población en situación de desplazamiento y/o vulnerabilidad en una estructura de atención que le permita generar las condiciones necesarias para su auto sostenibilidad y vida digna.

— *Familias en acción*

El programa entrega subsidios de nutrición a los niños menores de 7 años, un subsidio escolar a los menores entre 7 y 18 años que pertenezcan a las familias del nivel 1 del SISBEN y familias desplazadas que figuren en el RUPD.

El objetivo del programa es contribuir a la formación de capital humano de las familias en extrema pobreza del nivel 1 del Sisbén, en condición de desplazamiento o indígenas.

La estructura y características básicas del programa fueron definidas en el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana como parte del componente social del Plan Colombia, pero su expansión y consolidación se dio en el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe.

“En respuesta al deterioro de la calidad de vida de la población, en el año 2000 se creó la Red de Apoyo Social (RAS) como estrategia para mitigar los efectos negativos del ciclo económico sobre la población más vulnerable, con programas como Jóvenes en acción, Empleo en Acción y Familias en Acción”⁽⁷⁾.

— *Red de Seguridad Alimentaria (ReSA)*

Creada en el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 como parte de los programas y proyectos a realizarse desde los distintos sectores, tendientes a mejorar la seguridad alimentaria y nutricional de la población colombiana.

El objetivo es impulsar proyectos productivos de generación de alimentos para el autoconsumo y mejorar las condiciones de habitabilidad, con el propósito de estimular la permanencia en el campo de la población en riesgo de desplazamiento.

— *Programa paz y desarrollo y laboratorios de paz*

El programa paz y desarrollo fue presentado mediante el Documento CONPES 3278 del 15 de marzo de 2004, y sometió a consideración la autorización a la Nación para contratar un crédito externo con el Banco Mundial hasta por un monto de US\$30 millones, o su equivalente en otras monedas, para la financiación de su primera fase (2004-2007)

El objetivo de este programa es generar condiciones sociales y económicas de mejoramiento de la calidad de vida de comunidades vulnerables y de estabilización socioeconómica sostenible de familias desplazadas por la violencia, en cinco regiones críticas del país.

— *Programa presidencial contra cultivos ilícitos*

Tiene como objetivo la erradicación voluntaria y manual de cultivos ilícitos en áreas estratégicas para proteger el medio ambiente y lograr que las comuni-

(7) Departamento de Planeación Nacional, *Red de protección social contra la extrema pobreza* (Documento CONPES 102), 25 de septiembre de 2006.

dades que tenían esos cultivos regresen a la legalidad por medio de opciones más efectivas.

— *Desarraigados*

Este programa cuenta con la financiación y acompañamiento de la Unión Europea. Busca apoyar a la población desarraigada y vulnerable a través del apalancamiento de procesos con caracterización de la población, organización, identificación de alternativas de vida, generación de ingresos, alianzas tanto públicas como privadas en el marco del desarrollo local.

Tiene como objetivo reducir el impacto del desarraigo, mitigar la pobreza y contribuir a la reconstrucción del tejido social.

En materia de planeación y presupuesto, el Gobierno Nacional presenta cada año a consideración del Congreso de la República el Presupuesto General de la Nación (PGN), que surtido el trámite legislativo correspondiente expide la Ley Anual del Presupuesto.

Mediante esta última se asignan los recursos para el cumplimiento de las actividades concretas de las entidades del Estado.

Presupuesto

Las últimas leyes anuales de presupuesto, sin incluir las modificatorias y los decretos reglamentarios, como otros ordenamientos específicos, hacen relación al financiamiento de algunos programas de Acción Social así:

a) Ley 1110 de 2006

Artículo 66. Los recursos presupuestados al proyecto “Capacitación Jóvenes en Acción” del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) se destinarán inicialmente para la atención de la población desplazada por la violencia, en cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004 proferida por la Honorable Corte Constitucional. Una vez se cubra la demanda de la población desplazada, los recursos se podrán destinar a población no desplazada.

b) Ley 1169 de 2007

Artículo 57. Los recursos incorporados al programa denominado “Atención a la Niñez y apoyo a la Familia para posibilitar el ejercicio de los derechos a través de subsidios condicionados” del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) deberán ser ejecutados en coordinación con la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social).

Artículo 58. Los recursos presupuestados para el proyecto “Capacitación Jóvenes en Acción” del Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena) se destina-

rán inicialmente a la atención de la población desplazada por la violencia, en cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004, proferida por la Honorable Corte Constitucional. Una vez se cubra la demanda de la población desplazada, los recursos se podrán destinar a la población no desplazada.

Artículo 74. Las entidades responsables de la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, sectoriales del orden nacional, de que trata la Ley 387 de 1997, darán prioridad en la ejecución de sus respectivos presupuestos, a la atención de la población desplazada por la violencia, en cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004 proferida por la Honorable Corte Constitucional. Esta priorización se efectuará teniendo en cuenta la categoría de la entidad territorial de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 617 de 2000, y con el consolidado para diciembre del año 2006, del número de hogares recibidos o expulsados de acuerdo con el Registro Único de Población Desplazada de la Agencia Presidencial para la Acción Social, en armonía con los principios de concurrencia, complementariedad y subsidiariedad.

Las entidades de las que trata este artículo reportarán al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación, en el detalle que estos establezcan, la información relacionada con la ejecución presupuestal de dichos recursos, así como los criterios de priorización utilizados, la cual será enviada al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para informar a la honorable Corte Constitucional sobre el cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004.

c) Ley 1260 de 2008

Artículo 48. En el Fondo de Programas Especiales para la Paz, se constituirán las subcuentas de "Programas para la Desmovilización" y "Programas de Reincorporación a la Vida Civil", en las cuales la ordenación del gasto, además de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 368 de 1997, podrá ser delegada en otros funcionarios del nivel directivo, de conformidad con las normas orgánicas del presupuesto.

Artículo 57. La apropiación destinada a la ejecución del programa "Atención a la Niñez y apoyo a la Familia para posibilitar el ejercicio de los derechos a través de subsidios condicionados", aprobada en la sección presupuestal Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), se ejecutará en coordinación con la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social), a través de un convenio interadministrativo.

Para efectos del presente artículo la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social), podrá hacer unidad de caja y llevará una contabilidad separada de acuerdo con el origen de los recursos.

Artículo 58. Los recursos presupuestados para el proyecto "Capacitación Jóvenes en Acción" del Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena) se destina-

rán inicialmente a la atención de la población desplazada por la violencia, en cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004, proferida por la honorable Corte Constitucional. Una vez se cubra la demanda de la población desplazada, los recursos se podrán destinar a la población no desplazada.

Artículo 68. Las entidades responsables de la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, sectoriales del orden nacional, de que trata la Ley 387 de 1997, darán prioridad en la ejecución de sus respectivos presupuestos a la atención de la población desplazada por la violencia, en cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004 proferida por la Honorable Corte Constitucional. Esta priorización se efectuará teniendo en cuenta la categoría de la entidad territorial de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 617 de 2000, y con el consolidado para diciembre del año 2006, del número de hogares recibidos o expulsados de acuerdo con el Registro Único de Población Desplazada de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, en armonía con los principios de concurrencia, complementariedad y subsidiariedad.

Las entidades de las que trata este artículo reportarán al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación, en el detalle que estos establezcan, la información relacionada con la ejecución presupuestal de dichos recursos, así como los criterios de priorización utilizados, la cual será enviada al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para informar a la Honorable Corte Constitucional sobre el cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004.

d) Ley 1365 de 2009

Artículo 46. En el Fondo de Programas Especiales para la Paz, se constituirán las subcuentas de "Programas para la Desmovilización" y "Programas de Reincorporación a la Vida Civil", en las cuales la ordenación del gasto, además de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 368 de 1997, podrá ser delegada en otros funcionarios del nivel directivo, de conformidad con las normas orgánicas del presupuesto.

Artículo 47. Todos los programas y proyectos en carreteras y aeropuertos, que no estén a cargo de la Nación y que estén financiados con recursos del Fondo de Inversiones para la Paz que está adscrito a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, podrán ser ejecutados por el Instituto Nacional de Vías, la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil o mediante convenios con las entidades territoriales según sea el caso.

Artículo 63. Las entidades responsables de la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, sectoriales del orden nacional, de que trata la Ley 387 de 1997, darán prioridad en la ejecución de sus respectivos presupuestos, a la atención de la población desplazada por la violencia, en cumplimiento

de la Sentencia T-025 de 2004 y de sus autos de seguimiento proferidos por la Honorable Corte Constitucional.

Esta priorización de recursos deberá considerar las acciones diferenciales para sujetos de especial protección constitucional.

La priorización referenciada en el inciso anterior se efectuará teniendo en cuenta: (i) la categoría de la entidad territorial, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 617 de 2000, (ii) el número de hogares recibidos o expulsados, de acuerdo con el Registro Único de Población Desplazada de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, y (iii) los índices de presión de las entidades territoriales, calculado según el número de población desplazada recibida con relación a la población total. Lo anterior en armonía con los principios de concurrencia, complementariedad y subsidiariedad.

Las entidades de las que trata este artículo reportarán al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación, en el detalle que estos establezcan, la información relacionada con la ejecución presupuestal de dichos recursos, así como los criterios de priorización utilizados.

e) Ley 1420 de 2010

Artículo 47. Todos los programas y proyectos en carreteras y aeropuertos, que no estén a cargo de la Nación y que estén financiados con recursos del Fondo de Inversiones para la Paz que está adscrito a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, podrán ser ejecutados por el Instituto Nacional de Vías, la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil o mediante convenios con las entidades territoriales según sea el caso.

f) Ley 1450 de 2011

Artículo 16. Programa para la generación y fortalecimiento de capacidades institucionales para el desarrollo territorial. El Departamento Nacional de Planeación coordinará el diseño y ejecución de un “programa para la generación y fortalecimiento de capacidades institucionales para el desarrollo territorial”, del que se beneficiarán a alcaldías, gobernaciones, grupos étnicos, cuerpos colegiados y a la sociedad civil. Como acciones inmediatas de este programa se contempla la asistencia técnica a las entidades territoriales en materia de formulación de planes municipales, distritales y departamentales de desarrollo para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, atención integral a las Víctimas del Desplazamiento Forzado por la Violencia, gestión del riesgo por cambio climático, planes de desarrollo de las entidades territoriales y formulación de proyectos regionales estratégicos.

Parágrafo. En el marco de este programa y como una de sus acciones prioritarias e inmediatas, se conformará y operará el equipo Interinstitucional de Asistencia Técnica Territorial en materia de formulación, ejecución, articulación y se-

guimiento de la política dirigida a las Víctimas del Desplazamiento Forzado por la Violencia. Este equipo estará integrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio del Interior y de Justicia y la Agencia Presidencial para la Acción Social y Cooperación Internacional. Para el logro de los propósitos de este equipo, cada una de las entidades involucradas asignará los recursos humanos y financieros necesarios para tal fin.

Artículo 136. Ajuste de la oferta programática para la primera infancia. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) priorizará su presupuesto en forma creciente para ser destinado a la financiación de la estrategia de atención a la primera infancia. Acción Social, el Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Educación Nacional, en lo de sus competencias, atenderán los criterios fijados en la política para la atención a la primera infancia.

La Comisión Intersectorial para la Atención Integral a la Primera Infancia definirá el mecanismo y los plazos para poner en marcha la estrategia de ajuste de oferta programática. Lo anterior, sin que se afecten las funciones del ICBF como ente que vela por la protección de las familias y los niños en el marco de los establecido en la Ley 1ª de 1968 y la Ley 1098 de 2005.

Disposiciones sobre los Servicios de Acción Social

Las principales disposiciones que se refieren al ámbito de los servicios de Acción Social son las siguientes:

- Ley 487 de 1998
- Ley 387 de 1997
- Decreto 1813 de 2000
- Decreto 2569 de 2000
- Decreto 1003 de 2001
- Decreto 149 de 2000
- Decreto 1813 de 2000
- Decreto 1003 de 2001
- Decreto 2648 de 2002
- Decreto 992 de 2003
- Decreto 250 de 2005
- Decreto 2467 de 2005
- Decreto 4035 de 2006

4. PRINCIPALES CONDICIONES ACTUALES DE OPERACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE LUCHA CONTRA LA POBREZA, PERSPECTIVAS

Es innegable el esfuerzo realizado por el Estado colombiano en lo atinente a gestionar en forma eficiente y con impacto social programas orientados a combatir la pobreza en el país. Con independencia de las observaciones que puedan hacerse en torno a la institucionalidad y a la mejoras que en nuestro concepto demandan estas tareas hacia su articulación con las políticas de seguridad social, se ha avanzado en esquemas de identificación, acompañamiento integral y seguimiento a la población atendida.

En otros países la implementación de programas para cumplir los Objetivos del Milenio en cuanto a pobreza determinaron el surgimiento de ministerios de promoción social y relacionados, lo cual asegura un rango político y estratégico a estas iniciativas, pero a la vez garantiza un más adecuado ejercicio de control político sobre ellos, lo que no es tan claro en el caso colombiano, al haberse refundido la institucionalidad de estos programas en la misma Presidencia de la República y encontrarse bastante aislada de la cartera de protección social y de los sectores trabajo, salud y protección social.

Las acciones de lucha contra la pobreza se han basado en el criterio de focalización y uso eficiente de los recursos para promover la autogestión y el empoderamiento de los hogares beneficiarios.

En efecto, de los más de siete millones de personas que cabrían en la aplicación de programas tales, se han centrado esfuerzos en algo así como en millón y medio que representan el sector de población en condiciones de extrema pobreza.

Y para facilitar que los programas no se tornen en meramente asistenciales de provisión de recursos, se ha diseñado un esquema que implica trabajo permanente liderado por un gestor social que se responsabiliza de un número de familias, de tal forma que cada una de ellas gestione una bitácora de desarrollo a partir del cumplimiento progresivo de alrededor de 45 indicadores, entre los que están los relacionados con formalización ciudadana (documentos y titulación), generación de ingresos (empleo y productividad) y bienestar de la familia (salud y buenas prácticas).

No se trata de aplicar recursos a los beneficiarios sino de acompañar su desarrollo de tal forma que logren superar la condición de extrema pobreza, bajo la guía de un responsable.

El programa recurre además a alianzas de gestión con el sector privado y busca, a través de estrategias como la de gestor social por un día, divulgar sus alcances pero, especialmente, sensibilizar a la población sobre la necesidad de

contar con el apoyo solidario de todos para lograr adecuados resultados en la eliminación de la pobreza extrema.

No obstante sigue siendo a nuestro juicio una materia de especial relevancia la referida a la salida del programa de los beneficiarios. Toda acción estatal orientada a la promoción social y a la lucha contra la pobreza se enfrenta a construir y aplicar indicadores que, en caso de ser satisfactorios, se evidencien en su propia destrucción o, mejor, en su reducción a las justas proporciones.

Todas las sociedades habrán de responder por riesgos sociales como la pobreza provocada o causada por fenómenos naturales, que demandan proyectos regulares de asignación de recursos y acompañamiento especializado, si bien no puede ser la regla general que las familias permanezcan en forma indefinida en dichos programas.

No es admisible la graduación en pobreza; las sociedades están obligadas a generar las condiciones suficientes para que las familias autogestionen su desarrollo y, en caso de que existan estas condiciones, aquellas hagan tránsito a otros esquemas de protección, para impedir que se tornen en cargas fiscales insostenibles por principios de justicia y equidad.

En la medida en que toda la política social funcione (trabajo en un frente básico, protección y seguridad social de una parte –incluyendo salud–, asistencia social de otra, más los esfuerzos privados), la cobertura de los programas de lucha contra la pobreza deberán reducirse hasta sus mínimas expresiones.

El reto es, a nuestro modo de ver, lograr la transición autogestionada de las familias amparadas por programas de subsidios condicionados similares, desde la asistencia hasta la seguridad social contributiva, con miras a consolidar y mejorar sus estatus de derechos e inclusión. Este paso es el que demanda aún mayores esfuerzos institucionales y sociales.

De otro lado debe registrarse la creación de la Alta Consejería Presidencial para la Prosperidad Democrática, la cual viene a coordinar conceptual y estratégicamente los esfuerzos del país desde su marco macroeconómico e institucional hasta la operación de los diferentes componentes de la acción contra la pobreza en el país.

Ello ha supuesto el desarrollo del Programa de la Red JUNTOS a la estrategia de siguiente nivel denominada Red *Unidos*, cuya operatividad inició en 2011.

El programa *Unidos* hace parte del Plan Nacional de Prosperidad Social: “La hoja de ruta hacia una Colombia sin pobreza extrema”, cuyos objetivos son los siguientes⁽⁸⁾:

(8) Ver <http://www.accionsocial.gov.co/documentos/UNIDOS/CARTILLA_UNIDOS.pdf>.

—Objetivo general

Fortalecer el plan para la superación de la pobreza extrema mediante una mejor caracterización de las familias más pobres, el aseguramiento de la oferta de servicios sociales, necesaria y pertinente, y la promoción de la innovación social. La meta fijada para los próximos cuatro años es asegurar que 350.000 familias a la Red UNIDOS puedan prescindir del acompañamiento de los cogestores.

—Objetivos específicos

- a) Construir sobre las lecciones aprendidas por la Red *Juntos* durante sus primeros años de implementación.
- b) Asegurar la focalización de los programas sociales en los más pobres.
- c) Generar el clima de negocios para inversiones privadas sociales sostenibles.
- d) Promover el emprendimiento social.
- e) Crear alianzas con los entes territoriales e identificar trampas de desarrollo local.
- f) Identificar incentivos perversos.

La Red *Unidos* es la misma Red *Juntos* fortalecida a través de la innovación y de la inversión social privada.

El Plan Nacional de Prosperidad Social⁽⁹⁾ se define como una de las rutas que coloca en marcha el Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos para cumplir las metas sociales plasmadas en el Plan Nacional de Desarrollo y su énfasis es superar la pobreza extrema.

En cuanto a la operatividad del programa *Unidos*, se tiene que la red correspondiente congrega a 20 entidades del Estado involucradas en la provisión de servicios sociales básicos para la población en pobreza extrema. Su misión es asegurar que las familias más pobres puedan acceder a los programas para los que son elegibles. Con ese propósito, Acción Social cuenta con un grupo de enlaces familiares (cogestores sociales), responsables que identifican a las familias y las acompañan en la implementación de un Plan Familiar. Este plan implica el alcance de 45 logros en dimensiones clave para la acumulación de capacidades para superar la situación de vulnerabilidad. Los municipios, por su parte, cofinancian el costo de operación de la red.

(9) Información tomada de <<http://www.accionsocial.gov.co/descargas/descargas.aspx>>.

En cuanto a coordinación e implementación del Plan Nacional de Prosperidad Democrática, téngase en cuenta que la Alta Consejería para la Prosperidad Social (ACPS), la cual ejerce la presidencia de la Comisión Intersectorial de la Red *Unidos*, le hará seguimiento al plan. El documento guía fue elaborado en forma conjunta con entidades como el Departamento Nacional de Planeación (DNP), la Agencia Presidencial para la Acción Social y el Ministerio de la Protección Social. Muchas de las actividades integran a las 19 entidades participantes de la red.

En lo que se refiere a la financiación del aludido plan se menciona que la mayoría de las actividades propuestas en el mismo están concebidas dentro del Plan Nacional de Desarrollo. Su financiamiento se enmarca, en su mayoría, en el presupuesto asignado a las entidades nacionales. Los costos de operación de los cogestores sociales son cofinanciados por Acción Social y por los municipios. Los costos de oferta son asumidos por las entidades nacionales respectivas y además se apalancan recursos del sector privado para complementar la oferta y desarrollar negocios inclusivos que permitan a las familias generar sus propios ingresos.

El programa se fundamenta en las siguientes estrategias:

a) Operación eficiente y eficaz: Aborda la parte operativa que está a cargo de Coordinación Nacional (CN) en Acción Social. Se contemplan, entre otros, ajustes a los sistemas de información, modernización de dispositivos móviles de captura y fortalecer las comunicaciones internas y externas. Se apunta a promover la corresponsabilidad, optimizar procesos y asegurar costo eficiencia. El sistema de información, InfoUNIDOS, será una herramienta útil para la toma de decisiones de política por parte de entidades públicas y privadas.

b) Oferta pública necesaria y pertinente: Identifica las barreras de acceso a los logros por parte de las familias, y plantea soluciones para abordarlas. Los problemas pueden ser: falta de información por parte de los cogestores sociales; falta de intermediación y acceso preferencial; y ausencia, impertinencia y/o insuficiencia de oferta. Dentro de las soluciones se contemplan medidas tipo acción afirmativa que aseguren la focalización y priorización en esta población.

c) Alianzas con los territorios: Se apunta a redefinir las relaciones entre Acción Social y los entes territoriales de cara a promover la corresponsabilidad. Se propone entonces: i) revisar los incentivos y abordar asuntos de economía política y ii) analizar y promover la superación de las trampas que pueden obstaculizar cualquier intervención para reducir la pobreza o para promover el desarrollo local.

d) Optimización de la inversión social privada: El rol del sector privado y de las organizaciones sociales se aprecia clave para asegurar el alcance de los logros. Su participación debe ser sostenible y debe alinear intereses socia-

les, económicos y en desarrollo. Se proponen acciones en tres áreas: i) institucional y clima de negocios, ii) capacitación y gestión del conocimiento y iii) financiamiento.

e) Innovación social: Las barreras de acceso, en la mayoría de los casos, están relacionadas con fallas del mercado. Para abordarlas se requieren soluciones novedosas, que sean más justas y sostenibles que otras existentes, y cuyo valor agregado beneficie fundamentalmente a la sociedad en su conjunto más que a individuos concretos. Para identificar y/o poner en marcha estas soluciones se crea un Centro de Innovación Social (CIS). Adicionalmente, se contempla la identificación de municipios con características iniciales propicias para la erradicación de la pobreza extrema UNIDOS.

f) Puentes y siguientes pasos: El acompañamiento por parte de los cogestores no puede ni debe ser indefinido. Se identifican los criterios para determinar cuándo las familias podrán prescindir del acompañamiento. Así mismo se establecen reglas claras para asegurar este paso, sin desconocer la posible reversión de los logros.

De otro lado, la aprobación de la denominada Ley de Víctimas supone nuevos retos en lo que corresponde al diseño e implementación de las políticas de prevención y erradicación de la pobreza.

En efecto, la Ley 1448 del 10 de junio de 2011 contiene importantes instrumentos y obligaciones del Estado en lo concerniente a hacer efectivo el goce de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de las víctimas a partir del 1º de enero de 1985 de las violaciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se les dignifiquen a través de la materialización de sus derechos constitucionales.

Los derechos de las víctimas están definidos por el artículo 28 de la Ley 1448 de 2011 y se concretan en los siguientes:

- Derecho a la verdad, justicia y reparación.
- Derecho a acudir a escenarios de diálogo institucional y comunitario.
- Derecho a ser beneficiario de las acciones afirmativas adelantadas por el Estado para proteger y garantizar el derecho a la vida en condiciones de dignidad.
- Derecho a solicitar y recibir atención humanitaria.
- Derecho a participar en la formulación, implementación y seguimiento de la política pública de prevención, atención y reparación integral.

—Derecho a que la política pública de que trata la presente ley tenga enfoque diferencial.

—Derecho a la reunificación familiar cuando por razón de su tipo de victimización se haya dividido el núcleo familiar.

—Derecho a retornar a su lugar de origen o reubicarse en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad, en el marco de la política de seguridad nacional.

—Derecho a la restitución de la tierra si hubiere sido despojado de ella, en los términos establecidos en la presente ley.

—Derecho a la información sobre las rutas y los medios de acceso a las medidas que se establecen en la presente ley.

—Derecho a conocer el estado de procesos judiciales y administrativos que se estén adelantando, en los que tengan un interés como parte o intervinientes.

—Derecho de las mujeres a vivir libres de violencia.

Para la atención de las mismas se contemplan, entre otras medidas, acciones de ayuda humanitaria, atención y asistencia, como también se refuerza la protección para las víctimas del desplazamiento forzoso. La reparación a las víctimas contiene un capítulo especial en lo concerniente a la restitución de tierras.

La creación del Sistema Nacional de Atención a Víctimas supone la creación de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a Víctimas, que dependerá del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Por su parte se producirá la transformación de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional en Departamento Administrativo; mientras ello ocurre, esta institución y las demás relacionadas continuarán ejecutando las políticas de atención y reparación a las víctimas de que trata la ley (art. 170)⁽¹⁰⁾.

(10) "ART. 170.—*Transición de la institucionalidad.* Durante el año siguiente a la vigencia de la presente ley, el Gobierno Nacional deberá hacer los ajustes institucionales que se requieran en las entidades y organismos que actualmente cumplen funciones relacionadas con los temas objeto de la presente ley, con el fin de evitar duplicidad de funciones y garantizar la continuidad en el servicio, sin que en ningún momento se afecte la atención a las víctimas.

"La Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional se transformará en un departamento administrativo que se encargará de fijar las políticas, planes generales, programas y proyectos para la asistencia, atención y reparación a las víctimas de las violaciones a las que se refiere el artículo 3° de la presente ley, la inclusión social, la atención a grupos vulnerables y la reintegración social y económica.

El artículo 175 de la Ley 1448 de 2011 dispone que el Gobierno Nacional definirá en el término de un año el Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, el cual establecerá los mecanismos necesarios para la implementación de todas las medidas de atención, asistencia y reparación contempladas en la normativa. Ese instrumento constituye una guía esencial para la articulación que será necesaria entre las políticas sociales de lucha contra la pobreza y las que desarrollen la Ley 1448 en materia de protección a víctimas del conflicto armado. La tarea en todo caso de articulación es de inmensas dimensiones, tanto en lo institucional como en lo operativo, pues es creciente el surgimiento de nuevas instancias, procedimientos y mecanismos para la atención de necesidades de las poblaciones nacionales y los sectores, lo que no deja de plantear retos de coordinación.

Piénsese a este respecto que ha operado una creciente tendencia por regular en beneficio de los derechos de sectores y grupos poblacionales, sin que se desconozca que puedan ocurrir franjas de “sobre regulación” protectora o circunstancias que generen cruces institucionales. Existen regulaciones para minorías, o para niños, o para mujeres maltratadas, como una base general de protección a víctimas del conflicto armado —de las más desarrolladas normativamente en el mundo—, pero igualmente un sistema de protección social y una política de protección y eliminación de la pobreza.

De la capacidad que tengan el Estado y la sociedad en Colombia para articular y hacer efectivos estos esquemas de justicia, inclusión y aseguramiento dependerá su buen suceso, no sin que en todo caso se plantee al menos un reto analítico y conceptual en cuanto a considerar la expedición de la Ley 1448 mencionada y, en la misma anualidad, el Acto Legislativo 3 por el cual se incorpora al texto de la Constitución el principio de la sostenibilidad fiscal⁽¹¹⁾.

(Cont. nota 10)

“PAR.—Hasta tanto se adopte la estructura y la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a Víctimas, y se transforme la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional en Departamento Administrativo, esta entidad, así como las demás que vienen cumpliendo estas funciones, continuarán ejecutando las políticas de atención y reparación a las víctimas de que trata la presente ley.

“Los empleos de carrera administrativa que se creen como resultado de las reformas institucionales que deben implementarse en la presente ley serán provistos a través de una convocatoria especial que deberá adelantar la Comisión Nacional de Servicio Civil, para tales propósitos”.

(11) *ART. 1º—El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida

5. PROGRAMAS DE LUCHA CONTRA LA POBREZA Y SISTEMA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

La estructuración en el país de esenciales programas de lucha contra la pobreza, atención de desplazados, poblaciones en condiciones de vulnerabilidad y víctimas del conflicto armado ha generado lo que podría considerarse un sistema no contributivo de subsidio familiar, operado por institucionalidad pública y con un diseño y operación diferentes a los que se aplican por el sistema de subsidio familiar para la población formal trabajadora.

(Cont. nota 11)

de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

“El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

“La sostenibilidad fiscal debe orientar a las ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

“El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

“PAR.—Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

“ART. 2°—El primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política quedará así:

“Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

“ART. 3°—El primer inciso del artículo 346 de la Constitución Política quedará así:

“El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo”.

En efecto, al apreciar la enunciación de subsidios desplegados por la Consejería Presidencial de Acción Social y ahora con el apoyo de la Alta Consejería para la Prosperidad Democrática, se hace evidente que una misma lógica es aplicable tanto al sistema de subsidio familiar contributivo administrado por las cajas de compensación familiar como al sistema de promoción social y atención a poblaciones vulnerables, administrado por operadores públicos, en muchos casos con la participación de entidades privadas y de las mismas cajas de compensación familiar que son convocadas para ejecutar parte de estas acciones.

Sin perjuicio de las diferencias que puedan caber en temas como el alcance de las pretensiones y el origen de la financiación, apreciar esta dispersión de subsidios públicos y de mecanismos de cobertura en promoción social motiva a nuestro juicio una reflexión en torno a la conveniencia de proyectar esquemas más integrados y universales de protección, que, como en el caso de los sistemas de asignaciones familiares universales, pudieran responder con mayor impacto y eficiencia y desde una perspectiva de derechos genuina, a las necesidades de inclusión y equidad que reclama la sociedad colombiana.

Nos parece que el establecer y operar puentes entre los subsistemas de seguridad social y promoción social es tarea inaplazable, así como identificar mecanismos para precisar los alcances protectores de la multiplicidad de subsidios existentes en el país y definir esquemas progresivos de integración de los mismos, a partir de criterios de universalidad y de una visión hacia la seguridad social.

Desde esta perspectiva, el papel que está llamado a jugar el sistema de compensación familiar es de gran trascendencia. En efecto, la existencia de una capacidad instalada tal, la capitalización de recursos y de experiencia, el reconocimiento social, la confianza en el relacionamiento público privado, colocan a las cajas de compensación familiar como operadoras necesarias de programas articulados de cobertura contra riesgos sociales, no solo por cargas familiares (universales se reitera), sino, por ejemplo, por contingencias naturales o fenómenos de violencia.

Ello supone sin duda redefinir esquemas de financiación, reconocer estas prestaciones de asistencia social y política social como derechos y por ende con criterio de universalidad, a la vez que adecuar reales mecanismos de control y seguimiento a la implementación de las acciones, que permitan identificar y aplicar un tablero de control de indicadores, para medir el impacto de las mismas en la prevención y la lucha contra la pobreza y la exclusión.

Se trata pues el presente de un llamado a la articulación de esfuerzos institucionales, motivado por la inquietud académica que genera apreciar la bue-

na intencionalidad de las autoridades, los operadores y la sociedad toda, pero a la vez las insuficiencias económicas, las condiciones sociales y las posibilidades reales de impactar en un tema tan estratégico para la consolidación del país como es el logro de la equidad.

Un sistema de asignaciones familiares universal contribuirá en gran medida a ese propósito, lo mismo que un sistema estructurado de protección y seguridad social universalista y articulado en sus diversos componentes, incluyendo en este esfuerzo a los programas de lucha contra la pobreza y atención de poblaciones en condición de vulnerabilidad.

ANEXO NORMATIVO

LEY 21 DE 1982

(Enero 22)

“Por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar y se dictan otras disposiciones”.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

CAPÍTULO I

Del subsidio familiar

ART. 1°—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.

PAR.—Para la reglamentación, interpretación y, en general, para el cumplimiento de esta ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio familiar.

ART. 2°—El subsidio familiar no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso.

ART. 3°—El **subsidio familiar no es gravable fiscalmente**. Los pagos efectuados por concepto del subsidio familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, son deducibles para efectos de la liquidación de impuesto sobre la renta y complementarios.

PAR.—Para que las sumas pagadas por los conceptos anteriores, lo mismo que las

sufragadas por salarios y descansos remunerados, puedan aceptarse como deducciones, será necesario que el contribuyente presente los respectivos certificados de paz y salvo con el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y la caja de compensación familiar de afiliación, en los que conste que el interesado pagó los aportes correspondientes al respectivo año fiscal.

ART. 4°—El subsidio familiar es inembargable, salvo en los siguientes casos:

1. En los procesos por alimentos que se instauren en favor de las personas a cargo que dan derecho al reconocimiento y pago de la prestación.

2. En los procesos de ejecución que se instauren por el Instituto de Crédito Territorial, el Banco Central Hipotecario, el Fondo Nacional del Ahorro, las cooperativas y las cajas de compensación familiar por el incumplimiento de obligaciones originados en la adjudicación de vivienda. Tampoco podrá compensarse, deducirse, ni retenerse, salvo autorización expresa del trabajador beneficiario.

ART. 5°—El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores bene-

ficiarios en dinero, especie o servicios, de conformidad con la presente ley.

Subsidio en dinero es la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que se dé derecho a la prestación.

Subsidio en especie es el reconocido en alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación de esta ley.

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.

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

CAPÍTULO II

De los aportes de los empleadores obligados a pagarlos

ART. 7º—Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA:

1. La Nación, por intermedio de los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias.
2. Los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios.
3. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las

empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal.

4. Los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes.

PAR.—(Nota: Adicionado por la Ley 223 de 1995 artículo 181)

ART. 8º—La Nación, los departamentos, intendencias, comisarías, El Distrito Especial de Bogotá y los municipios deberán, además del subsidio familiar y de los aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, efectuar aportes para la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, y para las escuelas industriales, e institutos técnicos nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, distritales y municipales.

ART. 9º—Los empleadores señalados en los artículos 7º y 8º de la presente ley pagarán una suma equivalente al seis por ciento (6%) del monto de sus respectivas nóminas, que se distribuirá en la forma dispuesta en los artículos siguientes.

ART. 10.—Los pagos por concepto de los aportes anteriormente referidos se harán dentro de los diez (10) primeros días del mes siguiente al que se satisface.

ART. 11.—Los aportes hechos por la Nación, los departamentos las intendencias, las comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, tendrán la siguiente destinación.

1. El cuatro por ciento (4%) para proveer el pago del subsidio familiar.
2. El medio por ciento (1/2%) para el servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, destinado a programas específicos de formación profesional acelerada, durante la prestación del servicio militar obligatorio.
3. El medio por ciento (1/2%) para la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP.

4. El uno por ciento (1%) para las escuelas industriales e institutos técnicos nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, distritales o municipales.

ART. 12.—Los aportes hechos por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital y municipal y empleadores del sector privado, tendrán la siguiente destinación.

1. El cuatro por ciento (4%) para proveer el pago del subsidio familiar.

2. El dos por ciento (2%) para el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

ART. 13.—El Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y los organismos descentralizados adscritos o vinculados a dicho ministerio, continuarán pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que rigen para dichas entidades, pero los aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, escuelas industriales e institutos técnicos, se continuarán pagando de acuerdo con las normas generales.

ART. 14.—Para efectos del régimen del subsidio familiar se entenderá por empleador toda persona natural o jurídica que tenga trabajadores a su servicio y se encuentre dentro de la enumeración hecha en el artículo 7º de la presente ley.

ART. 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 7º.

ART. 16.—A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, los aportes de la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, podrán ser girados directamente a dichas entidades, e igualmente los correspondientes a las escuelas industriales e institutos técnicos, a la cuenta especial determinada por el Ministerio de Educación Nacional.

ART. 17.—Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, escuelas industriales e institutos técnicos, se entiende por nómina mensual de salario la totalidad de los pagos hechos por conceptos de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.

Los pagos hechos en moneda extranjera, deberán incluirse en la respectiva nómina, liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago.

CAPÍTULO III

De los trabajadores beneficiarios

ART. 18.—Son beneficiarios del régimen del subsidio familiar los trabajadores

al servicio de los empleadores señalados en el artículo 7º que, además, reúnan los siguientes requisitos:

1. Tener el carácter de permanentes;
2. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;
3. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23, y
4. Tener personas a cargo que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el capítulo 4º de esta ley.

ART. 19.—Se entiende por trabajador permanente quien ejecute labores propias de las actividades normales del empleador y no realice un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

ART. 20.—Tienen derecho al subsidio familiar en dinero, especie y servicios los trabajadores cuya remuneración mensual fija o variable no sobrepase el límite de treinta y cuatro mil doscientos pesos (\$ 34.200) mensuales o la suma que equivalga a cuatro veces el salario mínimo legal que rija en el lugar donde se realice el pago, si fuere superior al monto primeramente indicado.

ART. 21.—Para el cómputo de los ingresos a que se refiere el artículo anterior, sólo se tendrá en cuenta la remuneración fija u ordinaria de conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y los porcentajes sobre ventas y comisiones y las participaciones de utilidades que se paguen mensualmente.

ART. 22.—En el caso del salario variable, la fijación del límite de remuneración que da derecho a obtener el subsidio familiar se hará con base en el promedio de los salarios devengados en el año inmediatamente anterior o durante el tiempo que hubiere laborado el trabajador cuando fuere inferior a dicho lapso.

ART. 23.—Tendrán derecho al pago del subsidio familiar los trabajadores que laboren diariamente más de la mitad de la jornada máxima legal ordinaria o totalicen un mínimo de noventa y seis (96) horas de labor durante el respectivo mes.

Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta, para efectuar el cómputo anterior, el tiempo diario laborado por todos ellos.

PAR.—Los trabajadores que laboren en varias empresas tendrán derecho a recibir el subsidio de la caja a que esté afiliado el empleador de quien el trabajador reciba la mayor remuneración mensual. Si las remuneraciones fueren iguales el trabajador tendrá la opción de escoger la caja.

ART. 24.—El pago del subsidio familiar se hará cualquiera sea el número plural de días laborados durante el respectivo mes, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 23. Se considerarán como días laborados los correspondientes a descansos, permisos remunerados de ley, convencionales o contractuales.

En consecuencia, el subsidio familiar se pagará durante el período de vacaciones anuales y en los días de descanso o permisos remunerados de ley, convencionales o contractuales.

ART. 25.—Durante los períodos de incapacidad por motivo de enfermedad no profesional, maternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional, el trabajador beneficiario tendrá derecho a recibir el subsidio familiar. Dicho trabajador deberá acreditar su incapacidad con certificación expedida por el Instituto de Seguros Sociales en el caso de los trabajadores del sector privado, o por el organismo de previsión social correspondiente en el caso de trabajadores del sector público, subsidiariamente, donde no exista seguro social obligatorio u organismos de previsión social, se acreditará la incapacidad median-

te prueba idónea del servicio médico del empleador.

ART. 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.

CAPÍTULO IV

De las personas a cargo

ART. 27.—Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

1. Los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos y los hijastros.
2. Los hermanos huérfanos de padre.
3. Los padres del trabajador.

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.

PAR.—El cónyuge o compañero permanente del trabajador, así como las personas relacionadas en el presente artículo podrán utilizar las obras y programas organizados con el objeto de reconocer el subsidio en servicios.

(Nota: Se declara exequible la expresión “compañero o compañera permanente” contenida en el párrafo del presente artículo por la Corte Constitucional en Sentencia C-29 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en el entendido de que, en las mismas condiciones, comprende también a los integrantes de la pareja del mismo sexo).

ART. 28.—Los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos, los hijastros y los hermanos huérfanos de padre se consideran personas a cargo hasta la edad de dieciocho (18) años.

Sin embargo, a partir de los doce (12) años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente oficialmente aprobado con un mínimo de cuatro (4) horas diarias o de ochenta (80) mensuales.

Cuando la persona a cargo sobrepase la edad de dieciocho (18) años y empiece o esté haciendo estudios post-secundarios, intermedios o técnicos dará lugar a que por él se pague el subsidio familiar, hasta la edad de veintitrés (23) años cumplidos, acreditando la respectiva calidad de estudiante post-secundario, intermedio o técnico.

ART. 29.—El subsidio familiar por los hijos a cargo se pagará desde el mes de su nacimiento hasta el de su defunción, o cumplimiento de la edad de dieciocho (18) años, salvo lo dispuesto en el artículo anterior para estudiantes post-secundarios, intermedios o técnicos o aquel en que cese la convivencia con el trabajador beneficiario.

ART. 30.—Los hermanos huérfanos de padre y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida y que hayan perdido más del sesenta por ciento (60%) de su capacidad normal de trabajo, causarán derecho al subsidio familiar sin ninguna limitación en razón de su edad y percibirán doble cuota de subsidio si reciben educación o (formación profesional) especializadas en establecimiento idóneo.

(Nota: Declarada inexecutable la expresión entre paréntesis por la Sentencia 559 de 2001 de la Corte Constitucional).

ART. 31.—El subsidio familiar por los hermanos huérfanos de padre se pagará desde el mes en que estos queden a cargo del trabajador beneficiario hasta el mes de su defunción, cumplimiento de la edad de dieciocho (18) años, salvo lo dispuesto en el artículo 28 para estudiantes post-secundarios, intermedios o técnicos o aquel en que cese la convivencia con el trabajador.

ART. 32.—Los padres del trabajador beneficiario se considerarán personas a cargo si son mayores de sesenta (60) años o si teniendo cualquier edad, se halla disminuida su capacidad de trabajo en más de un sesenta por ciento (60%), siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna.

ART. 33.—Las cajas de compensación familiar podrán disponer que en determinados casos se pague el subsidio familiar a persona distinta del trabajador beneficiario que ofrezca mejores seguridades respecto del empleo del subsidio.

ART. 34.—En caso de muerte de una persona a cargo, por la cual el trabajador estuviera recibiendo subsidio familiar, se pagará un subsidio extraordinario por el mes en que ésta ocurra, equivalente a doce (12) mensualidades del subsidio en dinero que se viniera recibiendo por el fallecido.

ART. 35.—En caso de muerte de un trabajador beneficiario, el empleador dará aviso inmediato del hecho a la caja de compensación familiar a que estuviera afiliado, y ésta continuará pagando durante doce (12) meses el monto del subsidio, a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidados de las personas a cargo del fallecido.

ART. 36.—Podrán cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos, el padre y la madre cuyas remuneraciones, sumadas las dos, y no excedan del equivalente al cuádruplo del salario mínimo legal vigente. No podrán cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos los cónyuges cuyas remuneraciones sumadas superen este límite, ni tampoco podrá cobrar el subsidio más de un trabajador por concepto de los hermanos huérfanos de padre, ni de los padres mayores de sesenta (60) años.

ART. 37.—Todo trabajador beneficiario tendrá obligación de avisar a la respectiva caja directamente o por conducto del empleador, los nacimientos o muertes de personas a cargo, el término de la convivencia, y cualquier otro hecho que determine modificaciones en la cuantía del subsidio, dentro del mes en que cualquiera de dichos eventos ocurra.

ART. 38.—Con el objeto de lograr la máxima eficacia de los programas de medicina infantil preventiva que las cajas de compensación familiar ejecuten o promuevan en desarrollo de lo prescrito en los artículos 41 y 62, los trabajadores beneficiarios con derecho a percibir el subsidio familiar por los hijos, o hermanos huérfanos de padre menores de siete años, tendrán la responsabilidad de someterlos a los controles médicos que se determinen en el correspondiente decreto reglamentario.

CAPÍTULO V

De las cajas de compensación familiar

ART. 39.—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 en la forma establecida por la ley.

ART. 40.—Las cajas de compensación familiar que se establezcan a partir de la vigencia de la presente ley deberán estar organizadas en la forma prevista en el artículo anterior y obtener personería jurídica de la Superintendencia del Subsidio Familiar, que sólo podrá reconocerla cuando se demuestre su conveniencia económica y social y cumpla además uno de los siguientes requisitos:

1. Tener un mínimo de quinientos (500) empleadores obligados a pagar el subsidio familiar por conducto de una caja.

2. Agrupar un número de empleados que tengan a su servicio un mínimo de diez mil (10.000) trabajadores beneficiarios del subsidio familiar.

PAR.—La Superintendencia del Subsidio Familiar, previo concepto del Consejo Superior del Subsidio Familiar, podrá autorizar la constitución de una caja sin el lleno de los requisitos anteriores en casos excepcionales de especial conveniencia y atendiendo siempre a su ubicación geográfica.

ART. 41.—Las cajas de compensación familiar tendrán, entre otras, las siguientes funciones:

1. Recaudar, distribuir y pagar los aportes destinados al subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, las escuelas industriales y los institutos técnicos en los términos y con las modalidades de la ley.

2. Organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar en especie o servicios, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 62 de la presente ley.

3. Ejecutar con otras cajas o mediante vinculación con organismos y entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios, dentro del orden de prioridades señalado por la ley.

4. Cumplir con las demás funciones que señale la ley.

(Nota: Adicionado por la Ley 789 de 2002 artículo 16).

(Nota: Véase Ley 920 de 2004 artículo 1°).

ART. 42.—Los recaudos hechos por las cajas de compensación familiar con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, serán girados a la res-

pectiva entidad dentro de los veinte (20) días del mes siguiente a aquel en que se hubiere recibido. Los aportes con destino a las escuelas industriales e institutos técnicos, serán girados dentro del mismo término a la cuenta que disponga el Ministerio de Educación Nacional.

Las cajas de compensación familiar podrán descontar del total de los aportes recaudados para el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, el medio por ciento (1/2%) autorizado para gastos de administración.

ART. 43.—Los aportes recaudados por las cajas por concepto de subsidio familiar se distribuirán en la siguiente forma:

1. Un cincuenta y cinco por ciento (55%) como mínimo para el pago de subsidio familiar en dinero.

2. Hasta un diez por ciento (10%) para gastos de instalación, administración y funcionamiento.

3. Hasta un tres por ciento (3%) para la construcción de la reserva legal de fácil liquidez dentro de los límites de que trata la presente ley.

4. 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.

PAR. 1°—Los rendimientos y productos líquidos de las operaciones que efectúen las cajas de compensación familiar, así como los remanentes presupuestales de cada ejercicio, serán apropiados por el consejo directivo, el cual deberá destinarlos bien al pago del subsidio en dinero, bien a la realización de obras y programas sociales con estricta sujeción a lo establecido en el artículo 62.

PAR. 2°—Durante un período de tres años contado a partir de la vigencia de la

presente ley, aquellas cajas de compensación cuyos recaudos por concepto de subsidio familiar no superen el cinco por ciento (5%) de los de la caja de recaudos más altos podrán optar por una o ambas de las siguientes alternativas:

- a) Pagar como subsidio en dinero una suma no inferior al cuarenta por ciento (40%) de los recaudos;
- b) Dedicar a gastos de administración hasta un quince por ciento (15%) de los recaudos.

Para estos efectos se requerirá autorización previa de la Superintendencia del Subsidio Familiar y concepto favorable del Consejo Superior del Subsidio Familiar. La autorización sólo se impartirá en casos específicos de especial conveniencia.

ART. 44.—Las cajas de compensación familiar no podrán, salvo cuando se haga el pago de subsidio familiar o en virtud de autorización expresa de la ley, facilitar, ceder, dar en préstamo, o entregar a título gratuito a precios subsidiados, bienes o servicios a cualquier persona jurídica o natural.

ART. 45.—La calidad del miembro afiliado de la respectiva caja se suspende por mora en el pago de los aportes y se pierde en virtud de la resolución dictada por el consejo directivo de la misma, por causa grave. Se entiende como tal, entre otras, el suministro de datos falsos por parte del empleador a la respectiva caja, la violación de las normas sobre salarios mínimos, reincidencia en la mora del pago de los aportes y del envío de informes que den lugar a la disminución de aportes o al pago fraudulento del subsidio.

Las cajas de compensación familiar, tienen obligación de dar el correspondiente informe a la Superintendencia del Subsidio Familiar, que será previo en los casos de pérdida de la calidad de afiliado, a efectos de que se adopten las providencias del caso.

Sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley, el empleador que incurra en desafiliación por el no pago de aportes o por el fraude de estos, no será aceptado por otra caja de compensación familiar hasta tanto no satisfaga los aportes debidos o reintegre los valores cobrados fraudulentamente a la respectiva caja.

ART. 46.—Toda caja de compensación familiar estará dirigida por la asamblea general de afiliados, el consejo directivo y el director administrativo.

ART. 47.—Son funciones de la asamblea general:

1. Expedir los estatutos que deberán someterse a la aprobación de la Superintendencia del Subsidio Familiar.
2. Elegir a los representantes de los empleadores ante el consejo directivo.
3. Elegir el revisor fiscal y su suplente.
4. Aprobar u objetar los balances, estados financieros y cuentas de fin de ejercicios y considerar los informes generales y especiales que presente el director administrativo.
5. Decretar la liquidación y disolución de la caja con sujeción a las normas legales y reglamentarias que se expidan sobre el particular.
6. Velar, como máximo órgano de dirección de la caja, por el cumplimiento de los principios del subsidio familiar, así como de las orientaciones y directrices que en este sentido profieran el Gobierno Nacional y la Superintendencia del Subsidio Familiar.
7. Las demás que le asignen la ley y los estatutos.

ART. 48.—Toda caja de compensación familiar tendrá un revisor fiscal y su respectivo suplente elegidos por la asamblea general.

El revisor fiscal reunirá las calidades y requisitos que la ley exige para ejercitar estas funciones.

ART. 49.—Son funciones del revisor fiscal:

1. Asegurar que las operaciones de la caja se ejecuten de acuerdo con las decisiones de la asamblea general y el consejo directivo, con las prescripciones de las leyes, el régimen orgánico del subsidio familiar y los estatutos.

2. Dar oportuna cuenta, por escrito a la asamblea, al consejo directivo, al director administrativo y a la Superintendencia del Subsidio Familiar, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la entidad y en el desarrollo de sus actividades.

3. Colaborar con la Superintendencia del Subsidio Familiar y rendir los informes generales periódicos y especiales que le sean solicitados.

4. Inspeccionar los bienes e instalaciones de la caja y exigir las medidas que tiendan a su conservación o a la correcta y cabal prestación de los servicios sociales a que están destinados.

5. Autorizar con su firma los inventarios, balances y demás estados financieros.

6. Convocar a la asamblea general a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario.

7. O las demás que le señalen las leyes o los estatutos y las que siendo compatibles con las anteriores, le encomienden la asamblea general y la Superintendencia del Subsidio Familiar.

ART. 50.—Los consejos directivos de las cajas de compensación familiar, estarán compuestos por nueve (9) miembros principales o sus respectivos suplentes, integrados así:

1. Cinco (5) miembros principales con sus respectivos suplentes en representación de los empleadores afiliados.

2. Cuatro (4) miembros principales con sus respectivos suplentes en representación de los trabajadores.

Todos los miembros tendrán iguales derechos y obligaciones y ninguno podrá pertenecer a más de un consejo directivo.

PAR.—Los consejos directivos requerirán de una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros para tomar las determinaciones concernientes a:

1. Aprobación del presupuesto anual de ingresos y egresos;

2. Fijación de la cuota del subsidio en dinero, pagadera por personas a cargo, cuando ella resultare de la asignación de un porcentaje superior al previsto en el artículo 43 para este propósito.

3. Apropiación de los planes y programas de inversión y organización de servicios que debe someter a su consideración al director administrativo.

ART. 51.—Los miembros de los consejos directivos de las cajas de compensación, representantes de los empleadores, serán elegidos por las asambleas generales mediante el sistema de cuociente electoral y de acuerdo con los respectivos estatutos.

ART. 52.—(Modificado).* Los representantes de los trabajadores serán escogidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de las listas que le envíen los comités ejecutivos de las federaciones y confederaciones de trabajadores con personería jurídica.

Dichas listas deberán integrarse con personas que estén vinculadas laboralmente a los empleadores afiliados a la respectiva caja.

PAR.—Las listas de que trata el presente artículo deberán ser enviadas al Ministe-

rio de Trabajo y Seguridad Social con treinta (30) días de anterioridad al vencimiento del período de los miembros de los consejos directivos. Si los interesados no dieren cumplimiento a lo anterior, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hará las designaciones que fueren procedentes, escogiendo dichos representantes entre los trabajadores de empresas afiliadas a la respectiva caja.

***(Nota: Modificado por la Ley 789 de 2002 artículo 22).**

ART. 53.—Entre los miembros del consejo directivo, el director administrativo y el revisor fiscal no podrá haber vínculos de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Los miembros de los consejos directivos no podrán celebrar contratos con la respectiva caja.

ART. 54.—Son funciones de los consejos directivos:

1. Adoptar la política administrativa y financiera de la caja teniendo en cuenta el régimen orgánico del subsidio familiar y las directrices impartidas por el Gobierno Nacional.

2. Aprobar, en consonancia con el orden de prioridades fijadas por la presente ley, los planes y programas a que deban ceñirse las inversiones y la organización de los servicios sociales.

Los planes y programas antedichos serán sometidos al estudio y aprobación de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

3. Aprobar el presupuesto anual de ingresos y egresos y someterlos a la aprobación de la autoridad competente.

4. Fijar, por semestres anticipados, la cuota de subsidio en dinero, pagadera por personas a cargo, calculada con base en el porcentaje mínimo de los recaudos previstos en el numeral 1º del artículo 43 y el número de personas a cargo.

5. Determinar el uso que se dará a los rendimientos líquidos o remanentes que arrojen en el respectivo ejercicio las operaciones de la caja correspondiente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.

6. Vigilar y controlar la ejecución de los programas, la prestación de los servicios y el manejo administrativo y financiero de la caja.

7. Elegir el director administrativo y los demás funcionarios que señalen los estatutos.

8. Evaluar los informes trimestrales de gestión y de resultados que debe presentar el director administrativo.

9. Aprobar los contratos que suscriba el director administrativo cuando su cuantía fuere superior a la suma que anualmente determine la asamblea general.

10. Las demás que le asignen la ley y los estatutos.

ART. 55.—Son funciones del director administrativo:

1. Llevar la representación legal de la caja.

2. Cumplir y hacer cumplir la ley, los estatutos y reglamentos de la entidad, las directrices del Gobierno Nacional y los ordenamientos de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

3. Ejecutar la política administrativa y financiera de la caja y las determinaciones del consejo directivo.

4. Dirigir, coordinar y orientar la acción administrativa de la caja.

5. Presentar, a consideración del consejo directivo, las obras y programas de inversión y organización de servicios, y el proyecto de presupuesto de ingresos y egresos.

6. Presentar a la asamblea general el informe anual de labores, acompañado de

los balances y estados financieros del correspondiente ejercicio.

7. Rendir ante el consejo administrativo los informes trimestrales de gestión y resultados.

8. Presentar ante la Superintendencia del Subsidio Familiar los informes generales o periódicos que se le solicitan sobre las actividades desarrolladas, el estado de ejecución de los planes y programas, la situación general de la entidad y los tópicos que se relacionan con la política de seguridad social del Estado.

9. Presentar a la consideración del consejo directivo los proyectos de planta de personal, manual de funciones y reglamento de trabajo.

10. Suscribir los contratos que requiera el normal funcionamiento de la caja, con sujeción a las disposiciones legales y estatutarias.

11. Ordenar los gastos de la entidad.

12. Las demás que le asigne la ley y los estatutos.

ART. 56.—El gobierno reglamentará los sistemas de votación de las asambleas generales de la caja de compensación.

ART. 57.—Las cajas de compensación tienen obligación de aceptar a todo empleador que solicite afiliación, si cumple con las normas sobre salarios mínimos, debe pagar el subsidio familiar a través de una caja y se aviene al cumplimiento de sus respectivos estatutos.

Las cajas de compensación familiar deben comunicar por escrito todo rechazo o aprobación de afiliación, dentro de un término no superior a treinta (30) días, contados a partir de la fecha de presentación de la respectiva solicitud.

En caso de rechazo, la resolución hará especificación de los motivos determinantes.

Una copia de la resolución será enviada, dentro del mismo término, a la Superintendencia del Subsidio Familiar la cual podrá improbar la decisión y ordenar a la caja de afiliación del empleador, en protección de los derechos de los trabajadores beneficiarios.

ART. 58.—Toda caja de compensación familiar, para atender oportunamente las obligaciones a su cargo, constituirá una reserva de fácil liquidez, hasta la cuantía que señale su consejo directivo, la cual no podrá exceder del monto de una mensualidad del subsidio familiar reconocido en dinero en el semestre inmediatamente anterior, ni ser inferior al treinta por ciento (30%) de esta suma.

Los recursos con que se constituya esta reserva legal procederán de la suma a que hace referencia el numeral 3° del artículo 43 de la presente ley.

Disminuida o agotada la reserva, volverá a formarse hasta la cuantía señalada.

ART. 59.—La reserva legal a que se refiere el artículo, sólo podrá ser invertida en aquellos valores que sean expresamente autorizados por el gobierno.

ART. 60.—Las cajas de compensación familiar podrán cobrar al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, hasta el medio por ciento (1/2%) del valor recaudado por concepto de aportes para tal institución.

Esta suma podrá ser utilizada por las cajas para los fines previstos en el numeral 2° del artículo 43 de la presente ley.

ART. 61.—Las cajas de compensación familiar podrán organizar conjuntamente obras y programas sociales con el fin de lograr una mejor y más económica atención a los trabajadores beneficiarios y las personas a su cargo.

ART. 62.—Las obras y programas sociales que emprendan las cajas de compensación

ción con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie, se realizarán exclusivamente en los campos y en el orden de prioridades que a continuación se señala:

1. Salud;
2. Programas de nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros que compongan la canasta familiar para ingresos bajos (obreros) definida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE;
3. Educación integral y continuada; capacitación y servicios de biblioteca;
4. Vivienda;
5. Crédito de fomento para industrias familiares;
6. Recreación social;
7. Mercadeo de productos diferentes a los enunciados en el ordinal 2º; el cual se hará de acuerdo con la reglamentación que expida posteriormente el Gobierno Nacional.

PAR.—El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo visto bueno del Consejo Superior del Subsidio Familiar, teniendo en cuenta las condiciones de vida familiar de los trabajadores beneficiarios y las circunstancias económicas y sociales que imperen en la respectiva zona territorial podrá modificar el anterior orden de prioridades.

ART. 63.—La Superintendencia del Subsidio Familiar tendrá en cuenta el orden de prioridades señalado en el artículo anterior para aprobar o improbar obras y programas sociales de las cajas de compensación.

PAR.—Las inversiones en obras y programas sociales y las que se hagan con los recursos destinados a atender gastos de instalación, administración y funcionamiento, realizadas o que se realicen por las cajas de compensación familiar sin la debida aprobación oficial o en contravención

de disposiciones legales y que no cumplan los objetivos del subsidio, deberán adecuarse, en un término prudencial, a las normas legales y reglamentarias pertinentes. Si tal adaptación no se efectuare en el término señalado o no fuere posible se ordenará la venta de las obras realizadas.

ART. 64.—Los consejos directivos de las cajas de compensación familiar podrán fijar tarifas diferenciales progresivas, teniendo en cuenta los niveles de remuneración de los trabajadores beneficiarios, para todas aquellas obras y programas sociales desarrollados de conformidad con el artículo 62, de tal manera que las tarifas sean más bajas para aquellos trabajadores que reciban los menores ingresos.

Las tarifas de los servicios que se presenten a personas distintas de las enunciadas en el artículo 27 y del trabajador beneficiario, no serán subsidiadas. Tales tarifas se determinarán teniendo como base los costos reales de operación y mantenimiento, y serán controladas por la Superintendencia del Subsidio Familiar.

ART. 65.—Las cajas de compensación familiar podrán convenir con otras cajas, empleadores, sindicatos y organismos especializados públicos y privados, la realización de planes de construcción, financiación y mejora de vivienda para los trabajadores beneficiarios.

PAR. 1º.—Con el fin de llevar a cabo programas de vivienda las cajas podrán constituir entre sí corporaciones gestoras, las cuales serán organizadas de conformidad con el artículo 633 del Código Civil.

PAR. 2º.—Cuando el cuociente de recaudos para subsidio familiar de una caja resultare superior al 110% (ciento diez por ciento) del cuociente nacional, deberá invertir al año siguiente un mínimo del 10% (diez por ciento) de sus recaudos para programas de vivienda. Del resto se tomará el porcentaje para subsidio monetario según

la regulación general prevista en el artículo 43 de la presente ley.

PAR. 3°—El cociente nacional será el resultado de dividir el total de recaudos para subsidio en las cajas por el número promedio de personas a cargo durante el año inmediatamente anterior. El correspondiente a cada caja resultará de igual operación respecto de sus recaudos para subsidio y personas a cargo.

PAR. 4°—El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá exonerar de esta obligación cuando, además de darse especiales circunstancias que así lo justifiquen, los recaudos para subsidio en la respectiva caja no superen el quince por ciento (15%) de los de la caja de recaudos más altos.

ART. 66.—Para los fines previstos en el artículo anterior y con el objeto de estimular el ahorro, las cajas de compensación familiar podrán constituir asociaciones mutualistas de ahorro y préstamos para vivienda y cooperativas para vivienda con aportes voluntarios de los trabajadores beneficiarios y concederles préstamos para los mismos fines.

ART. 67.—A fin de incrementar los planes, programas y servicios sociales de las cajas de compensación familiar que sean aprobados por la Superintendencia del Subsidio Familiar, se hace extensiva a ellas lo dispuesto en los artículos 18, 83, 85, 94 y 95 del Decreto 1598 del 1963, el artículo 2° de la Ley 128 de 1936 y demás prerrogativas que se conceden a las organizaciones cooperativas.

ART. 68.—Resuelta la liquidación de una caja de compensación familiar se procederá de conformidad con lo preceptuado en el Código Civil sobre disolución de corporaciones.

Los estatutos de las cajas deberán contemplar claramente la forma de disposición de sus bienes en caso de disolución, una vez satisfechos los pasivos, en tal for-

ma que se provea su utilización en objeto similar al de la corporación disuelta a través de instituciones sin ánimo de lucro o de carácter oficial.

En ningún caso los bienes podrán ser repartidos entre los empleadores afiliados o trabajadores beneficiarios de la corporación en disolución. A falta de regulación, los bienes pasarán al dominio de la Nación y el Gobierno Nacional podrá adjudicarlos a otra u otras cajas de compensación familiar, o en su defecto, a entidades públicas o privadas de similares finalidades.

CAPÍTULO VI

Del subsidio familiar del sector primario

ART. 69.—Los empleadores cuyas actividades sean la agricultura, la silvicultura, la ganadería, la pesca, la minería, la avicultura o la apicultura, pagarán el subsidio familiar por intermedio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, más cercana al domicilio de los trabajadores o de una caja de compensación familiar según la regulación general.

PAR.—Los empleadores del sector agroindustrial podrán seguir pagando el subsidio familiar a través de una caja de compensación según la regulación general.

ART. 70.—Para que los pagos efectuados por concepto de salarios, subsidio familiar, aportes para el SENA, calzado y overoles para los trabajadores sean deducibles para efectos de impuestos sobre la renta y complementarios, es necesario que el contribuyente acredite haber consignado oportunamente en la oficina de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero que funcione en la localidad más cercana al domicilio de sus trabajadores, o en la caja de compensación a que se hallare afiliado, los aportes ordenados por la presente ley.

Igual comprobación se requerirá cuando se tramite un crédito ante la Caja de

Crédito Agrario, Industrial y Minero, o ante cualquier institución que trámite o haga intermediación de crédito para el sector agropecuario.

Las certificaciones de paz y salvo que se expidan para efecto de este artículo serán válidas durante el año fiscal correspondiente.

ART. 71.—Los empleadores determinados en el artículo 7° deberán consignar en la agencia, sucursal u oficina de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, o en la caja de compensación a que se hallaren afiliados, dentro de los veinte (20) primeros días hábiles de cada mes, una suma equivalente al seis por ciento (6%) del valor de la nómina del mes inmediatamente anterior.

Dicha nómina deberá contener todas las cantidades pagadas y los nombres de los beneficiarios de los pagos que durante el mes anterior se hubieren hecho, tanto a los trabajadores permanentes como a los contratistas y subcontratistas y trabajadores a término fijo, por tarea o destajo.

PAR.—En caso de extemporaneidad en la consignación la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, cobrará interés de mora, sin perjuicio de las sanciones legales.

ART. 72.—Para todos los efectos del subsidio familiar se presume que es trabajador permanente, el contratista o el subcontratista, por obra determinada, a destajo, por tarea o a término fijo, de las labores propias del sector primario y ejecutadas en beneficio de las actividades directas del empleador de este sector, que haya celebrado en un semestre por lo menos un contrato en cuya ejecución se empleare por lo menos un mes.

ART. 73.—Son beneficiarios del subsidio familiar los trabajadores permanentes de conformidad con el artículo anterior cuando cumplan las condiciones que

se señalan en el artículo 18 de la presente ley.

ART. 74.—Las entidades encargadas del pago del subsidio familiar del sector agropecuario establecerán reglamentos especiales para acreditar las calidades que dan derecho al pago de la prestación.

ART. 75.—La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero podrá reglamentar lo concerniente a la forma de pago del subsidio familiar en dinero mediante la consignación mensual en cuentas de ahorro del valor de esta prestación.

ART. 76.—Los saldos acumulados correspondientes a reservas o remanentes no exigibles a corto plazo de que disponga la Caja Agraria, así como los dineros correspondientes a cuotas del subsidio familiar no reclamados por sus beneficiarios dentro de los términos legales de prescripción del derecho, serán invertidos en condiciones de rentabilidad superiores a las que ofrecen las cuentas de ahorro y repartidos junto con sus créditos al final de cada ejercicio a título de cuotas extraordinarias de subsidio en dinero entre los trabajadores beneficiarios.

ART. 77.—La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero remitirá al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, el valor de los recaudos que correspondan a dicha entidad dentro del término fijado en el artículo 42 de la presente ley y podrá descontar de ellos el medio por ciento (1/2%) para gastos de administración.

La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero deducirá de los ingresos correspondientes al recaudo del subsidio familiar hasta un ocho por ciento (8%) para gastos de administración y hasta un seis por ciento (6%) para la constitución de un fondo de reserva legal de fácil liquidez.

El porcentaje restante se destinará exclusivamente al pago del subsidio fami-

liar en dinero a los trabajadores beneficiarios.

Sin embargo, por consideraciones de especial conveniencia, la Superintendencia del Subsidio Familiar podrá autorizar a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero destinar hasta un quince por ciento (15%) de los ingresos correspondientes al recaudo del subsidio familiar para la realización de obras y programas sociales con el objeto de reconocer el pago del subsidio en servicios o especie.

ART. 78.—La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero organizará una dependencia que tendrá por objeto exclusivo la administración del subsidio familiar del sector primario y de las empresas de otros sectores que paguen el subsidio familiar por medio de dicha caja. Esta dependencia tendrá un reglamento especial que contemplará el manejo administrativo y contable de los recursos captados por concepto de subsidio familiar.

ART. 79.—Como organismo asesor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en materia de subsidio familiar, habrá un consejo asesor, integrado así:

1. El Ministro de Trabajo y Seguridad Social, o su delegado quien lo presidirá.

2. El gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, o su delegado.

3. Dos (2) representantes de los trabajadores del sector primario, designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de ternas pasadas por las organizaciones sindicales que tengan personería jurídica debidamente otorgada.

4. Dos (2) representantes de los empleadores del sector primario, escogidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de ternas que pasen las asociaciones de dicho sector.

5. El Superintendente del Subsidio Familiar o su delegado.

ART. 80.—En lo no prescrito en normas especiales para el subsidio familiar de los trabajadores del sector primario, se aplicarán las normas generales del subsidio expresadas en la presente ley.

CAPÍTULO VII

Del Consejo Superior del Subsidio Familiar

ART. 81.—Como entidad asesora del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en materia de subsidio familiar, créase el Consejo Superior del Subsidio Familiar, que estará integrado de la siguiente manera:

1. El Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado quien lo presidirá.

2. El jefe del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.

3. El gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero o su delegado.

4. El Superintendente del Subsidio Familiar.

5. Cuatro (4) representantes de los trabajadores o sus respectivos suplentes.

6. Dos (2) representantes de los empleadores o sus respectivos suplentes.

7. Dos (2) representantes de las cajas de compensación familiar y sus respectivos suplentes.

ART. 82.—Los representantes de los trabajadores, los empleadores y las cajas de compensación familiar serán designados para períodos de un (1) año por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la siguiente manera:

1. Los representantes de los trabajadores de ternas que le sean remitidas por los comités ejecutivos de las confederaciones de trabajadores con personería jurídica.

2. Los representantes de los empleadores de ternas que le sean remitidas por la

Asociación Nacional e Industriales, ANDI, la Federación Nacional de Comerciantes, Fenalco, la Asociación Colombiana Popular de Industriales, Acopi, la Cámara Colombiana de la Construcción, Camacol, la Asociación de Fabricantes de Productos Farmacéuticos, Afidro, y demás gremios y asociaciones representativos del sector empresarial.

3. Los representantes de las cajas, de temas elaboradas por las asociaciones de cajas de compensación familiar debidamente reconocidas, las que tendrán representación adecuada según el número de entidades que agrupen, y quienes deberán ser representantes legales de las cajas o asociaciones de cajas.

ART. 83.—El Ministro de Trabajo y Seguridad Social, podrá invitar a las sesiones de Consejo Superior del Subsidio Familiar a personas diferentes de sus miembros con el fin de escucharlas sobre temas específicos.

ART. 84.—Son funciones del Consejo Superior del Subsidio Familiar:

1. Asesorar al Gobierno Nacional en el estudio, formulación, coordinación, ejecución y evaluación de las políticas sobre subsidio familiar, en el marco de la política que adopte el Estado sobre seguridad social.

2. Sugerir normas y procedimientos para asegurar que las obras y los programas sociales de las cajas de compensación familiar se adecuen a las políticas nacionales de seguridad social y subsidio familiar y consulten el orden de prioridades señalado por la presente ley.

3. Sugerir los mecanismos y procedimientos apropiados para lograr la coordinación y acción conjunta de las cajas de compensación familiar en la planeación, programación y ejecución de los servicios sociales.

4. Formular sugerencias sobre los tipos de programas y las modalidades de prestaciones del subsidio respecto de los cuales convenga orientar los recursos de las cajas para conseguir la mejor protección de los trabajadores beneficiarios y las personas a su cargo.

5. Las demás que le señalen la ley y el reglamento.

ART. 85.—Para el mejor desempeño de sus funciones, el Consejo Superior del Subsidio Familiar podrá solicitar a otras entidades públicas la elaboración de estudios tendientes al cumplimiento de sus funciones.

ART. 86.—Cuando el respectivo empleador no esté afiliado a una caja de compensación familiar o a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y por parte del trabajador le sea exigido judicialmente el pago de esta prestación, se presume que la suma debida corresponde al doble de la cuota de subsidio en dinero más alta que está pagando dentro de los límites del respectivo departamento, intendencia o comisaría donde se hayan causado los salarios.

Todo ello sin perjuicio de las demás sanciones que por el no pago oportuno de las prestaciones establece el Código Sustantivo del Trabajo.

ART. 87.—Las cajas de compensación familiar previo decreto reglamentario del Gobierno Nacional sobre la materia podrán prestar los servicios de salud a los derechohabientes de los afiliados al Instituto de los Seguros Sociales que laboran en sus empresas afiliadas y podrán suministrar medicamentos a los beneficiarios del instituto, sin menoscabo de los propios recursos económicos de las cajas y con base en los contratos civiles que garanticen a éstas los pagos oportunos de los servicios prestados o medicamentos suministrados.

ART. 88.—Para los efectos de garantizar a los trabajadores beneficiarios el reconocimiento de asignaciones monetarias equivalentes, y para evitar que se concentre en algunas cajas la afiliación de los empleadores que a partir de esta ley queden obligados al pago del subsidio familiar, la autoridad competente de la Superintendencia del Subsidio Familiar, previo el debido estudio estadístico financiero, señalará a cada caja el número de aportantes que necesariamente deberá admitir como afiliados.

ART. 89.—Las obras y programas sociales que las cajas de compensación familiar, debidamente autorizadas, hayan abierto al público con anterioridad a la vigencia de esta ley, continuarán abiertas, con sujeción a las normas reglamentarias que el Gobierno Nacional expida, si se ajustan a las prescripciones legales y a los fines del subsidio familiar.

Los servicios sociales de las cajas, distintos de los de mercadeo y recreación social, que se organicen a partir de la vigencia de esta ley, deberán destinarse en forma exclusiva a los trabajadores de las empresas afiliadas.

PAR.—Los nuevos servicios de salud, mercadeo, educación integral y continuada, capacitación y de biblioteca y recreación social, deberán localizarse en zonas de fácil acceso para las clases populares.

ART. 90.—Los estatutos de las cajas de compensación familiar quedan reformados en los términos de la presente ley.

Las cajas de compensación familiar procederán a adecuar sus estatutos dentro de un término no superior a dos (2) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley para lo cual convocarán sus respectivas asambleas generales y constituirán quórum de las mismas, cualquier número plural de afiliados asistentes citados de conformidad con las normas vigentes.

ART. 91.—El Gobierno queda autorizado para hacer los traslados presupuestales que demande el cumplimiento de la presente ley.

ART. 92.—La Nación, los departamentos, las intendencias y las comisarías, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios y demás entidades y organismos públicos incluirán forzosamente en sus respectivos presupuestos anuales las partidas necesarias para pagar a sus trabajadores el subsidio familiar y demás aportes previstos por la ley.

ART. 93.—La presente ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

ART. 94.—La presente ley tendrá vigencia a partir de su promulgación^(*).

Publíquese y ejecútese.

Dada en Bogotá, D.E., a 22 de enero de 1982.

(*) Esta ley fue publicada en el Diario Oficial el 5 de febrero de 1982.

LEY 789 DE 2002

(Diciembre 27)

“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”.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Definición sistema de protección social

ART. 1º—Sistema de protección social. El sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo.

El objeto fundamental, en el área de las pensiones, es crear un sistema viable que garantice unos ingresos aceptables a los presentes y futuros pensionados.

En salud, los programas están enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad y oportunidad, a los servicios básicos.

El sistema debe crear las condiciones para que los trabajadores puedan asumir las nuevas formas de trabajo, organización y jornada laboral y simultáneamente se socialicen los riesgos que implican los cambios económicos y sociales. Para esto, el sistema debe asegurar nuevas destrezas a sus ciudadanos para que puedan afrontar una economía dinámica según la demanda del nuevo mercado de trabajo bajo un

panorama razonable de crecimiento económico.

Creación del fondo de protección social. Créase el fondo de protección social, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o a la entidad que haga sus veces, cuyo objeto será la financiación de programas sociales **(que el Gobierno Nacional defina como prioritarios)*** y aquellos programas y proyectos estructurados para la obtención de la paz.

El fondo de protección social tendrá las siguientes fuentes de financiación:

1. Los aportes que se asignen del presupuesto nacional.
2. Los recursos que aporten las entidades territoriales para planes, programas y proyectos de protección social.
3. Las donaciones que reciba.
4. Los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos.
5. Los rendimientos financieros de sus excedentes de liquidez y, en general, to-

dos los demás recursos que reciba a cualquier título.

(PAR.—El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento y la destinación de los recursos del fondo de protección social. La contratación con los recursos del fondo deberá regirse por las reglas que regulan la contratación en el derecho privado)*.

***(Nota: Se declara exequible condicionalmente el presente artículo por la Corte Constitucional en Sentencia C-38 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en el entendido de que los programas sociales deben corresponder al plan nacional de desarrollo o a leyes preexistentes, y el gasto se haya incorporado previamente en el correspondiente presupuesto; salvo las expresiones “que el Gobierno Nacional defina como prioritarios” y el párrafo que se declaran inexecutable).**

CAPÍTULO II

Régimen de subsidio al empleo

ART. 2º—Subsidio al empleo para la pequeña y mediana empresa. Como mecanismo de intervención en la economía para buscar el pleno empleo, créase el subsidio temporal de empleo administrado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social como mecanismo contracíclico y de fortalecimiento del mercado laboral dirigido a las pequeñas y medianas empresas, que generen puestos de trabajo a jefes de hogar desempleados. Este beneficio sólo se otorgará a la empresa por los trabajadores adicionales que devenguen un salario mínimo legal vigente, hasta el tope por empresa que defina el Gobierno Nacional.

El Gobierno Nacional, previo concepto del Conpes, definirá la aplicación de este programa teniendo en cuenta los ciclos económicos, y señalará las regiones y los sectores a los cuales se deberá otorgar este subsidio, así como los requisitos que deben cumplir las pequeñas y medianas em-

presas que estén pagando todos los aportes a seguridad social de sus trabajadores y los trabajadores adicionales para acceder al programa, incluyendo el porcentaje de éstos que la empresa contrate amparados por el subsidio, los instrumentos de reintegro de los recursos cuando no se cumplan los requisitos para acceder al subsidio, y la duración del mismo, teniendo en cuenta en todo caso los recursos disponibles y los asignados en la Ley 715 de 2001 para estos efectos.

En ningún caso el otorgamiento de este subsidio generará responsabilidad a cargo del Estado frente a los trabajadores por el pago oportuno de salarios, prestaciones sociales y aportes, los cuales en todo caso son responsabilidad de los respectivos empleadores.

PAR.—Tendrán prioridad en la asignación de los recursos las zonas rurales, en especial aquellas que presentan problemas de desplazamiento y conflicto campesino.

ART. 3º—Régimen del subsidio familiar en dinero. Tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, SMLMV, siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero(a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, SMLMV.

Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta para efectos del cómputo anterior el tiempo laborado para todos ellos y lo pagará la caja de compensación familiar a la que está afiliado el empleador de quien el trabajador reciba mayor remuneración mensual. Si las remuneraciones fueren iguales, el trabajador tendrá la opción de escoger la caja de compensación. En todo caso el trabajador no podrá recibir doble subsidio.

El trabajador beneficiario tendrá derecho a recibir el subsidio familiar en dinero durante el período de vacaciones anuales y en los días de descanso o permiso remunerado de ley, convencionales o contractuales; períodos de incapacidad por motivo de enfermedad no profesional, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

PAR. 1°—Darán 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.

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.

4. Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, causarán doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas se encuentran a su cargo y conviven con él.

5. En caso de muerte de una persona a cargo por la cual el trabajador estuviere recibiendo subsidio familiar, se pagará un subsidio extraordinario por el mes en que éste ocurra, equivalente a 12 mensualidades del subsidio en dinero que viniere recibiendo por el fallecido.

6. En caso de muerte de un trabajador beneficiario, la caja de compensación familiar, continuará pagando durante 12 meses el monto del subsidio por personas a cargo, a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidado de ellos. El empleador, dará aviso inmediato de la muerte de un trabajador afiliado a la caja de compensación.

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.

PAR. 2°—Tendrán derecho a subsidio familiar en especie y servicios para todos los demás servicios sociales los trabajadores cuya remuneración mensual fija o variable, no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, SMLMV, y tendrán derecho a estos subsidios las personas a cargo enunciadas en el parágrafo 1° del presente artículo, incluyendo el (la) cónyuge y el trabajador.

En el caso del parágrafo 1°, los consejos directivos de las cajas de compensación familiar fijarán las tarifas y montos subsidiados que deberán ser inversamente proporcional al salario devengado.

ART. 4°—**Cuota monetaria.** A partir del 1° de julio de 2003, el subsidio familiar en dinero que las cajas de compensación familiar deben pagar, a los trabajadores que la ley considera beneficiarios, será cancelado, en función de cada una de las personas a cargo que dan derecho a percibirlo, con una suma mensual, la cual se denominará, para los efectos de la presente ley, cuota monetaria.

PAR. 1°—Para los efectos de la presente ley se entiende por personas a cargo aquellas que dan derecho al trabajador beneficiario a recibir subsidio en dinero, siempre que se haya pagado durante el respectivo ejercicio.

PAR. 2°—Con el fin de garantizar el régimen de transparencia y propiciar las condiciones apropiadas para el desarrollo de lo dispuesto en la presente ley en relación con el diseño y estructuración de la cuota monetaria, en aquellas regiones, departamentos o ciudades, en donde existan cuotas monetarias ordinarias diferenciales, a partir de la vigencia de esta ley y hasta el 30 de junio de 2003, queda prohibido darles curso a las nuevas solicitudes de desafiación de cualquier empleador de la caja en que actualmente se encuentre afiliado, para afiliarse a otra caja. Si se llegare a dar, tal afiliación será nula, no surtirá efectos y deberá regresar el empleador a la caja donde se encontraba afiliado. Se excepcionan aquellas cajas cuya creación sea inferior a dos años contados hacia atrás de la vigencia de la presente ley.

La Superintendencia del Subsidio Familiar velará por el cumplimiento de esta norma. La Superintendencia de Subsidio Familiar declarará antes del 15 de enero de 2003 las entidades territoriales, en donde quedará congelado por seis (6) meses el traslado de empresas entre cajas de compensación, previa verificación de que existían diferencias en las cuotas monetarias ordinarias que se aplicaban a 31 de diciembre del año 2002 en las cajas de compensación creadas en la respectiva entidad territorial y regidas por la Ley 21 de 1982.

Durante del período de congelación las cajas podrán, con sujeción a la lealtad, competencia y las normas establecidas, mercadear y publicitar su portafolio de servicios.

PAR. 3°—Para acortar las diferencias entre cuotas de cajas localizadas en un mismo departamento o ciudad, la superintendencia tendrá facultades para limitar o disminuir la cuota monetaria de las cajas con cuotas más altas y los excedentes frente al porcentaje obligatorio del cincuenta y cinco por ciento (55%) se destinarán

a programas de inversión social de la misma caja.

ART. 5°—**Cálculo de la cuota monetaria.** Se conceden precisas facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para que en un término máximo de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de vigencia de la presente ley, expida las normas frente a los términos y condiciones a que debe sujetarse la cuota monetaria en el sistema de compensación familiar, así como su régimen de organización, funcionamiento y tiempo de implantación, con sujeción a estudio técnico y a los siguientes principios:

Sana competencia. La cuota monetaria debe buscar una sana competencia en el mercado, con el objeto de evitar un exceso en el otorgamiento de subsidios en dinero, como instrumento prioritario en el proceso de afiliación ajustando al sistema en un sano equilibrio entre servicios y recursos otorgados directamente en dinero a los beneficiarios.

Solidaridad. Es la práctica de la mutua colaboración y apoyo entre las diferentes cajas de compensación familiar, lo cual se concreta en la prohibición de establecer transferencias de recursos por parte de las cajas de compensación con ingresos y/o cuocientes inferiores al promedio a favor de las cajas de compensación con ingresos y/o cuocientes superiores al promedio para pago de subsidio en dinero o cualquier otro concepto. Para realizar este principio, se podrán establecer cuotas regionales, departamentales, mínimos, máximos o cualquier otro mecanismo que se considere procedente con este principio.

Equidad. Se concreta como mecanismo de redistribución y compensación regional o departamental, que se desarrolla en la prohibición de obligar a cajas ubicadas en regiones de menor desarrollo socioeconómico a girar recursos por cualquier concepto a cajas que se encuentren operando

en regiones con mayores índices de desarrollo socioeconómico, sin perjuicio de establecer, respetando el anterior parámetro, transferencias financieras entre cajas para lograr cuota monetaria equitativa al interior de cada departamento o región, dentro de los principios descritos en el presente artículo. Se concreta igualmente, en la necesidad de evaluar el total de los ingresos disponibles de la caja, cuando se examinen o determinen transferencias a otras cajas. Para efecto de la evaluación de las transferencias, se deberá examinar la capacidad de apalancamiento de la caja en sus propias fuentes de recursos para financiar la cuota monetaria, conforme al monto de los subsidios que hubieren otorgado.

Gradualidad. Los procesos de cambio o ajuste de la cuota monetaria, deberán implantarse en forma progresiva, evitando un deterioro relevante en las condiciones de los trabajadores tanto en forma directa como indirecta con relación a los demás servicios que les corresponde prestar a las cajas.

Integralidad. La cuota monetaria debe ser analizada en relación directa con las demás modalidades del subsidio en servicios y especie.

Solidaridad de la ciudad con el campo. Las cajas de compensación pagarán como subsidio al trabajador del sector agropecuario un quince por ciento (15%) sobre lo que paguen al trabajador urbano, para lo cual se podrán establecer mecanismos de gradualidad no superior a dos (2) años.

PAR. TRANS.—Para efecto del ejercicio de las facultades extraordinarias, se deberá emitir, dentro de los tres (3) meses siguientes a la presente ley, concepto técnico por una comisión accidental que será integrada por un (1) representante de Asocajas, un (1) representante de Fedecajas, un (1) representante de las cajas no agremiadas, dos (2) representantes por cada una de las comisiones VII de Senado y Cámara, el Superintendente del Subsidio Familiar o su

delegado, el Ministro de Trabajo o su delegado y un (1) representante de las centrales obreras que será designado por ellas mismas. Este concepto técnico será considerado por el gobierno como instrumento fundamental de apoyo en el ejercicio de sus facultades. La comisión establecida en la presente ley velará por la plena realización de los principios mencionados en las fórmulas y regulación que proyecten como apoyo al gobierno.

ART. 6º—**Recursos para el fomento del empleo y protección al desempleo.** Las cajas de compensación familiar, administrarán en forma individual y directa o asociada con otra u otras cajas un fondo para apoyar al empleo y para la protección al desempleado conforme los artículos 7º, 10 y 11 de la presente ley. El gobierno determinará la forma en que se administrarán estos recursos cuando no puedan ser gestionados directamente por la caja de compensación familiar.

Las cajas apropiarán de los recursos del fondo, por cada beneficiario de los programas de subsidio de que trata la presente ley, un monto per cápita que será definido en enero de cada año por la Superintendencia del Subsidio, de acuerdo con los beneficios que se deben otorgar, en concordancia con la presente ley. Las apropiaciones del monto per cápita se realizarán en la medida en que se produzcan las solicitudes de subsidios hasta agotar los recursos propios de cada caja. No obstante, para garantizar la solidaridad y el equilibrio ante la diferente situación de desempleo y recursos disponibles entre las distintas cajas del país, mínimo semestralmente la superintendencia realizará cortes contables y ordenará el traslado de recursos entre cajas, de acuerdo con el monto per cápita requeridas para los desempleados pendientes en unas cajas, en estricto orden de solicitud, y los recursos sobrantes en otras. Igual procedimiento se aplicará para el apoyo a los desempleados sin vinculación

anterior a las cajas de compensación de acuerdo al porcentaje previsto para tal efecto en esta ley.

Son fuentes de recursos del fondo las siguientes:

a) La suma que resulte de aplicar el porcentaje del 55% que en el año 2002 se aplicó a las personas a cargo que sobrepasaban los 18 años de edad. Este porcentaje se descontará todos los años del 55% obligatorio para el subsidio en dinero como fuente mencionada de recursos del fondo;

b) El porcentaje no ejecutado que le corresponde del cuatro por ciento (4%) de los ingresos de las cajas al sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar en el período anual siguiente;

c) El porcentaje en que se reducen los gastos de administración de las cajas de compensación familiar, conforme la presente ley. Esta disminución será progresiva, para el año 2003 los gastos serán de máximo 9% y a partir de 2004 será máximo del 8%;

d) El 1% del 100% de los recaudos para los subsidios familiar de las cajas con cuocientes inferiores al 80% del cuociente nacional; el 2% de los recaudos de las cajas con cuocientes entre el 80% y el 100% del cuociente nacional; y el 3% de los recaudos de las cajas con cuocientes superiores al 100% del cuociente nacional. Estos recursos serán apropiados con cargo al componente de vivienda del Fovis de cada caja, de que trata el numeral 7° del artículo 16 de esta ley;

e) Los rendimientos financieros del fondo.

PAR. 1°—De estos recursos se destinará hasta el cinco por ciento (5%) para absorber los costos de administración del fondo.

PAR. 2°—Las cajas de compensación que participen en una entidad de crédito vigilada por la Superintendencia Banca-

ria como accionistas, conforme la presente ley, deberán destinar los recursos previstos en este fondo para el microcrédito, como recursos de capital de dichas instituciones para su operación.

PAR. 3°—*(Nota: Adicionado por la Ley 920 de 2004 artículo 1° numeral 14.8).

(Nota: La Resolución 73 de 2003 de la Superintendencia de Subsidio Familiar define para el año 2003 el monto per cápita de que trata el artículo 6° de la Ley 789 de 2002).

(Nota: Véase Resolución 29 de 2007 artículo 1° y artículo 2° de la Superintendencia del Subsidio Familiar).

ART. 7°—Programas de microcrédito. Con cargo al treinta y cinco (35%) de los recursos que administren las cajas del fondo de que trata el artículo anterior, conforme la regulación prevista para el fondo para apoyo al empleo y protección al desempleado, estas instituciones deberán realizar operaciones de crédito para la microempresa y la pequeña y mediana empresa, con objeto de promover la creación de empleo adicional.

Las cajas otorgarán un beneficio a una parte del crédito que será no reembolsable, el cual equivaldrá al ciento por ciento (100%) de las cotizaciones parafiscales a salud, pensiones y riesgos profesionales por un período de contratación equivalente a cuatro (4) meses, siempre que el empleador demuestre que mantiene la relación laboral durante un período adicional igual al del subsidio.

PAR. 1°—Para ser beneficiario del crédito las empresas solicitantes deberán cumplir las siguientes condiciones:

a) Que la empresa no tenga deudas pendientes frente a períodos anteriores por concepto de aportes parafiscales a pensiones, salud, riesgos profesionales, Instituto Colombiano de Bienestar Fami-

liar, Servicio Nacional de Aprendizaje y cajas de compensación familiar. Será condición para mantener el beneficio otorgado el que el empleador atienda sus obligaciones en materia de aportes parafiscales, conforme las disposiciones legales, sin perjuicio de los regímenes de excepción previstos en la presente ley, y

b) Que los trabajadores adicionales sean jefes cabeza de hogar que hubieren estado vinculados a las cajas dentro del año inmediatamente anterior o quedar desempleado y que se trate de empresas vinculadas a las cajas. Los trabajadores adicionales no podrán devengar más de tres (3) salarios mínimos legales vigentes;

c) No tener en forma simultánea el beneficio previsto para el subsidio al empleo de que trata el artículo 2° de la presente ley.

CAPÍTULO III

Régimen de protección al desempleado

ART. 8°—**Subsidio al desempleo.** Como mecanismo de intervención para eventos críticos que presenten los ciclos económicos, créase el subsidio temporal al desempleo administrado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual se otorgará en las épocas que señale el Gobierno Nacional, previo concepto del Conpes.

El Gobierno Nacional reglamentará los requisitos de selección y el número de beneficiarios, monto y duración del subsidio, y las condiciones que deben tenerse para acceder y conservar el derecho al subsidio, teniendo en cuenta los recursos presupuestales disponibles, así como lo referente a los convenios de cooperación o interadministrativos necesarios para la ejecución del programa.

PAR.—Para efectos del subsidio al empleo de que trata el artículo 2° y del subsidio al desempleo de que trata el artículo 8° de la presente ley, créase el Fondo de Subsidio al Empleo y al Desempleo como

una cuenta especial adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sin personería jurídica, cuyos recursos serán administrados mediante fiducia pública.

ART. 9°—**Servicios para desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar.** Con cargo a los recursos propios de las cajas, los desempleados con vinculación anterior a estas entidades, tendrán derecho a los programas de educación, capacitación, recreación y turismo social, en las mismas condiciones que tenía como afiliado al momento de su retiro, durante 1 año a partir de su acreditación como desempleado y en la última caja en la que estuvo afiliado.

PAR. 1°—Las personas a cargo o beneficiarios gozarán también de estos derechos por el mismo tiempo.

PAR. 2°—Los trabajadores que hubieren acreditado veinticinco (25) o más años al sistema de cajas de compensación familiar y se encuentren pensionados tendrán derecho a los programas de capacitación, recreación y turismo social a las tarifas más bajas de cada caja de compensación.

PAR. 3°—Los trabajadores que perdieron su trabajo antes de la vigencia de la presente ley podrán acceder a los programas del presente artículo siempre y cuando su desvinculación haya sido dentro del último año.

ART. 10.—(Modificado).* **Régimen de apoyo para desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación familiar.** Los jefes cabeza de hogar que se encuentren en situación de desempleo luego de haber estado vinculados al sistema de cajas de compensación familiar no menos de 1 año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo, tendrán derecho con cargo a los recursos del fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6° de la presente ley a los siguientes

beneficios, por una sola vez y hasta que se agoten los recursos del fondo. La reglamentación establecerá los plazos y condiciones a partir de los cuales se reconocerá este subsidio.

a) Un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se dividirá y otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud, y/o bonos alimenticios y/o educación, según la elección que haga el beneficiario. Para efectos de esta obligación las cajas destinarán un máximo del 30% de los recursos que les corresponde administrar con cargo al Fondo para el Fomento del Empleo y la Protección del Desempleo;

b) Capacitación para el proceso de inserción laboral. Para efectos de esta obligación las cajas destinarán un máximo del veinticinco por ciento (25%) de los recursos que les corresponde administrar con cargo al Fondo para el Fomento del Empleo y la Protección del Desempleo.

(Nota: Definido el monto per cápita para el año 2004, de que trata el literal a) por la Resolución 24 de 2004 artículo 1° de la Superintendencia de Subsidio Familiar).

(Nota: Definido el monto per cápita para el año 2005, de que trata el literal a) por la Resolución 17 de 2005 artículo 1° de la Superintendencia de Subsidio Familiar).

(Nota: Definido el monto per cápita para el año 2005, de que trata el literal a) por la Resolución 39 de 2006 artículo 1° de la Superintendencia de Subsidio Familiar).

***(Nota: Modificado por la Ley 1438 de 2011 artículo 47).**

ART. 11.—(Modificado).* (Régimen de apoyo para desempleados sin vinculación anterior a cajas de compensación familiar. Con cargo al cinco por ciento (5%)

del Fondo para el Fomento del Empleo y la Protección del Desempleo de que trata el artículo 6° de la presente ley, las cajas establecerán un régimen de apoyo y fomento al empleo para jefes cabeza de hogar sin vinculación anterior a las cajas de compensación familiar)*, que se concretará en un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud, o bonos alimenticios o educación, según la elección que haga el beneficiario. Tendrán prioridad frente a las cajas de compensación familiar, los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se define por el Gobierno Nacional. Para acceder a esta prestación, se deberá acreditar falta de capacidad de pago, conforme términos y condiciones que disponga el reglamento en materia de organización y funcionamiento de este beneficio.

(Nota: Definido el monto per cápita para el año 2004, de que trata el presente artículo por la Resolución 24 de 2004 artículo 2° de la Superintendencia de Subsidio Familiar).

(Nota: Definido el monto per cápita para el año 2005, de que trata el presente artículo por la Resolución 17 de 2005 artículo 2° de la Superintendencia de Subsidio Familiar).

(Nota: Definido el monto per cápita para el año 2005, de que trata el presente artículo por la Resolución 39 de 2006 artículo 2° de la Superintendencia de Subsidio Familiar).

***(Nota: Declaradas exequibles condicionalmente la expresiones entre paréntesis por la Corte Constitucional en Sentencia C-393 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en el entendido de que cuando una caja de compensación familiar haya agotado dicho porcentaje, veri-**

ficará si el peticionario reúne los requisitos y enviará la petición al Ministerio de la Protección Social para que proceda al reconocimiento del derecho y el fondo creado en virtud del artículo 8° de la Ley 789 de 2002 cumpla su obligación de pagar efectivamente el subsidio al desempleo).

***(Nota: Modificado por la Ley 1438 de 2011 artículo 47).**

ART. 12.—Capacitación para inserción laboral. De las contribuciones parafiscales destinadas al Servicio Nacional de Aprendizaje, se deberá destinar el veinticinco por ciento (25%) de los recursos que recibe por concepto de los aportes de que trata el numeral 2° del artículo 11 y el numeral 2° del artículo 12 de la Ley 21 de 1982, para la capacitación de población desempleada, en los términos y condiciones que se determinen por el Gobierno Nacional para la administración de estos recursos, así como para los contenidos que tendrán estos programas. Para efecto de construir y operar el sistema nacional de registro laboral de que trata el artículo 42 de la presente ley, en los términos y condiciones que se fijan en el reglamento, el SENA apropiará un cero punto uno por ciento (0.1%) del recaudo parafiscal mientras sea necesario.

CAPÍTULO IV

Régimen especial de aportes para la promoción del empleo

ART. 13.—Régimen especial de aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Servicio Nacional de Aprendizaje y a las cajas de compensación familiar. Estarán excluidos del pago de los correspondientes aportes al régimen del subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, los empleadores que vinculen trabajadores adicionales a los que tenían en promedio en el año 2002, con las siguientes características o condiciones, siempre que éstos no devenguen más de

tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes:

1. Personas que hayan sido vinculadas para prestar un servicio a las empresas desde los lugares donde se encontraren privadas de la libertad o fueren vinculadas, mediante contrato de trabajo sin solución de continuidad, después de haber recobrado su libertad.

2. Personas con disminución de su capacidad laboral superior al veinticinco por ciento (25%) debidamente calificada por la entidad competente.

3. Reinsertados de grupos al margen de la ley, debidamente certificados por la entidad competente.

4. Personas entre los 16 y los 25 años y trabajadores mayores de 50 años.

5. Jefes cabeza de hogar según la definición de que trata la presente ley.

PAR. 1°—Las empresas que pretendan contratar conforme a la presente disposición, deberán acreditar las siguientes condiciones:

a) El valor de los aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación al momento y durante toda la ejecución del contrato debe ser igual o superior a la suma aportada durante el período inmediatamente anterior a la contratación, ajustada por el IPC certificado por el DANE.

Se entiende como período de contratación el promedio de los últimos doce (12) meses causados anteriores a la contratación;

b) Que no tengan deudas pendientes frente a períodos anteriores por concepto de aportes parafiscales a pensiones, salud, riesgos profesionales, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje y cajas de compensación familiar.

PAR. 2°—El valor de los aportes exentos no podrá representar más del diez por

ciento (10%) de los aportes que la empresa deba realizar en forma ordinaria con relación a cada uno de los aportes parafiscales objeto de exención temporal. Empresas entre cinco y diez trabajadores tendrán derecho a la exención de aportes por un trabajador adicional.

PAR. 3º—El Gobierno podrá definir períodos de permanencia adicional de los trabajadores beneficiarios de la exención, conforme la duración del beneficio a favor del empleador. En los períodos adicionales, conforme las reglas que el gobierno defina para su aplicación, habrá lugar al pago pleno de aportes.

PAR. 4º—La exención prevista en este artículo se aplicará siempre que la tasa de desempleo certificada por el DANE sea superior al doce (12%) mientras persista la situación en la respectiva región en la que opere el sistema de cajas y máximo tendrá una vigencia de 4 años contados a partir de la fecha en que entre a regir la presente ley.

PAR. 5º—Para efecto de la presente ley se considera jefe cabeza de hogar desempleado la persona que demuestre haber sido afiliada anteriormente (como cotizante y no como beneficiaria) a una EPS o una caja de compensación, con personas a cargo y que en momento de recibir el subsidio no sea afiliada como empleada ni a una EPS, ni a una caja de compensación, ni como cotizante ni como beneficiario.

Esta condición deberá ser declarada bajo juramento por el jefe cabeza de hogar ante la empresa que lo contrate y que solicite cualquiera de los subsidios de que trata la presente ley, en formulario que al efecto deberá expedir el gobierno.

PAR. 6º—Para los propósitos de este artículo, se consideran trabajadores adicionales aquellos que sobrepasen la suma de los contratados directamente y registrados de acuerdo al promedio del año 2002 en

las cajas de compensación familiar más los contratados indirectamente o en misión, a través de empresas temporales, cooperativas, empresas de vigilancia o similares. Para tal efecto, estas empresas intermediarias reportarán a las cajas de compensación el número de trabajadores que tenían en misión para cada empleador en el año 2002.

ART. 14.—**Régimen especial de aportes para estudiantes.** Los estudiantes menores de 25 años y mayores de 16 años con jornada de estudio diaria no inferior a cuatro (4) horas, que a su vez trabajen en jornadas hasta de cuatro (4) horas diarias o jornadas flexibles de veinticuatro (24) horas semanales, sin exceder la jornada diaria de seis (6) horas, se regirán por las siguientes normas:

a) Estarán excluidos de los aportes al ICBF, SENA y cajas de compensación familiar, siempre que no representen más del diez (10%) por ciento del valor de la nómina de la respectiva empresa;

b) Sus empleadores deberán efectuar los aportes para pensiones, salud y riesgos profesionales, en las proporciones y porcentajes establecidos en las leyes que rigen el sistema de seguridad social, y su base de cotización será como mínimo un (1) salario mínimo mensual legal vigente, SMMLV.

ART. 15.—**Régimen de contribuciones al sistema de salud para trabajadores independientes.** Será facultad del Gobierno Nacional diseñar un régimen de estímulos para los trabajadores independientes, con objeto de promover su afiliación al sistema de seguridad social en salud, respetando el principio de equilibrio financiero entre los beneficios concedidos y los recursos recaudados y las normas constitucionales en materia de derechos fundamentales, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre control a la evasión.

CAPÍTULO V

**Régimen de organización
y funcionamiento de las cajas
de compensación familiar**

ART. 16.—(Modificado).* **Funciones de las cajas de compensación.** El artículo 41 de la Ley 21 de 1982 se adiciona, con las siguientes funciones:

1. Ejecutar actividades relacionadas con sus servicios, la protección y la seguridad social directamente, o mediante alianzas estratégicas con otras cajas de compensación o a través de entidades especializadas públicas o privadas, conforme las disposiciones que regulen la materia.

2. Invertir en los regímenes de salud, riesgos profesionales y pensiones, conforme las reglas y términos del estatuto orgánico del sector financiero y demás disposiciones que regulen las materias.

Las cajas de compensación que estén habilitadas para realizar aseguramiento y prestación de servicios de salud y, en general para desarrollar actividades relacionadas con este campo conforme las disposiciones legales vigentes, individual o conjuntamente, continuarán facultadas para el efecto, en forma individual y/o conjunta, de manera opcional para la caja.

Las cajas de compensación familiar que no administren directamente los recursos del régimen subsidiado de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993 o a través de terceras entidades en que participen como asociados, deberán girarlos, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta las siguientes prioridades:

a) Para las cajas que dentro del mismo departamento administren recursos del régimen subsidiado en los términos de la Ley 100 de 1993;

b) Al Fondo de Solidaridad y Garantías.

Las cajas de compensación que realicen actividades de mercadeo social en forma directa, sin perjuicio de los convenios de concesiones, continuarán facultadas para el efecto, siempre que se encuentren desarrollando las correspondientes actividades a la fecha de vigencia de la presente ley, salvo lo previsto en el numeral décimo de este mismo artículo.

3. Participar, asociarse e invertir en el sistema financiero a través de bancos, cooperativas financieras, compañías de financiamiento comercial y organizaciones no gubernamentales cuya actividad principal de la respectiva institución sea la operación de microcrédito, conforme las normas del estatuto orgánico del sector financiero y demás normas especiales conforme la clase de entidad.

Cuando se trate de compra de acciones del Estado, las cajas de compensación se entienden incluidas dentro del sector solidario.

El gobierno reglamentará los principios básicos que orientarán la actividad del microcrédito para esta clase de establecimientos, sin perjuicio de las funciones de la Superintendencia Bancaria en la materia.

Las cajas cuando se trate de préstamos para la adquisición de vivienda podrán invertir, participar o asociarse para la creación de sociedades diferentes de establecimiento de crédito, cuando quiera que tales entidades adquieran el permiso de la Superintendencia Bancaria para la realización de operaciones hipotecarias de mutuo.

Con el propósito de estimular el ahorro y desarrollar sus objetivos sociales, las cajas de compensación familiar podrán constituir y participar en asociaciones mutualistas de ahorro y préstamo, instituciones financieras de naturaleza cooperativa, cooperativas financieras o cooperativas de ahorro y crédito, con aportes voluntarios

de los trabajadores afiliados y concederles préstamos para los mismos fines.

4. Podrán asociarse, invertir o constituir personas jurídicas para la realización de cualquier actividad, que desarrolle su objeto social, en las cuales también podrán vincularse los trabajadores afiliados.

5. Administrar, a través de los programas que a ellas corresponda, las actividades de subsidio en dinero; recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales; cultura, museos, bibliotecas y teatros; vivienda de interés social; créditos, jardines sociales o programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años; programas de jornada escolar complementaria; educación y capacitación; atención de la tercera edad y programas de nutrición materno-infantil y, en general, los programas que estén autorizados a la expedición de la presente ley, para lo cual podrán continuar operando con el sistema de subsidio a la oferta.

6. Administrar jardines sociales de atención integral a niños y niñas de 0 a 6 años a que se refiere el numeral anterior, propiedad de entidades territoriales públicas o privadas. En la destinación de estos recursos las cajas podrán atender niños cuyas familias no estén afiliadas a la caja respectiva.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar definirá de manera general los estándares de calidad que deberá cumplir la infraestructura de los jardines sociales para la atención integral de niños o niñas para que la entidad pueda ser habilitada.

Cuando se trate de jardines de propiedad de entes territoriales, la forma de contratación de cada programa de estos jardines será definida mediante convenio tripartito entre la respectiva caja de compensación familiar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el ejecutivo del ente territorial.

7. **(Modificado).*** Mantener, para el Fondo de Vivienda de Interés Social, hasta el 31 de diciembre de 2006, los mismos porcentajes definidos para el año de 2002 por la Superintendencia de Subsidio Familiar, con base en la Ley 633 del año 2000 de acuerdo con el cálculo de cociente establecido en la Ley 49 de 1990. Descontados los porcentajes uno por ciento (1%), dos por ciento (2%) y tres por ciento (3%) previsto en el literal d) del artículo 6º de la presente ley para el fomento del empleo.

º(Nota: Modificado por la Ley 1114 de 2006 artículo 4º).

8. Créase el fondo para la atención integral de la niñez y jornada escolar complementaria. Como recursos de este fondo las cajas destinarán, el porcentaje máximo que les autoriza para este fin la Ley 633 de 2000 y mantendrán para gastos de administración el mismo porcentaje previsto en dicha norma para Fovis.

9. Desarrollar una base de datos histórica en la cual lleve un registro de los trabajadores que han sido beneficiarios de todos y cada uno de los programas que debe desarrollar la caja en los términos y condiciones que para el efecto determine la Superintendencia del Subsidio.

10. Desarrollar un sistema de información de los beneficiarios de las prestaciones dentro del programa de desempleo de sus trabajadores beneficiarios y dentro del programa que se constituya para la población no beneficiaria de las cajas de compensación, conforme la presente ley, en los términos y condiciones que al efecto determine el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Trabajo y la Superintendencia del Subsidio Familiar.

11. Administrar directamente o a través de convenios o alianzas estratégicas el programa de microcrédito para la pequeña y mediana empresa y la microempresa, con cargo a los recursos que se prevén

en la presente ley, en los términos y condiciones que se establezca en el reglamento para la administración de estos recursos y conforme lo previsto en la presente ley y sin perjuicio de lo establecido en el numeral 3° de este artículo. Dichas actividades estarán sujetas al régimen impositivo general sobre el impuesto a la renta.

12. Realizar actividades de mercadeo, incluyendo la administración de farmacias. Las cajas que realicen actividades diferentes en materia de mercadeo social, lo podrán realizar siempre que acrediten para el efecto independencia contable, financiera y operativa, sin que puedan comprometer con su operación la expansión o mantenimiento los recursos provenientes de los aportes parafiscales o de cualquier otra unidad o negocio de la caja de compensación familiar.

13. El Gobierno Nacional determinará los eventos en que las cajas de compensación familiar podrán constituir e invertir en fondos de capital de riesgo, así como cualquier otro instrumento financiero para el emprendimiento de microcrédito, con recursos, de los previstos para efectos del presente numeral.

Las cajas podrán asociarse entre sí o con terceros para efectos de lo aquí previsto, así como también vincular como accionistas a los trabajadores afiliados al sistema de compensación.

14. (Nota: Adicionado por la Ley 920 de 2004 artículo 1°).

*(Nota: Modificado por la Ley 1430 de 2010 artículo 29).

ART. 17.—Liquidación de las cajas de compensación familiar. La liquidación será ordenada mediante acto administrativo de la superintendencia que ejerza su control, para cuya expedición se respetará el debido proceso establecido para intervenir administrativamente a estas entidades o sancionar a sus funcionarios, que es

el contenido en los artículos 90 del Decreto 341 de 1988, 35 y 36 del Decreto 2150 de 1992 y normas que los modifiquen o adiciónen. En el acto administrativo se dará un plazo hasta de seis meses para que la caja dé cumplimiento a las normas legales, siempre que dicho plazo se considere procedente por la autoridad de supervisión. En caso de que la caja no demuestre el cumplimiento, deberá iniciar la liquidación ordenada por el ente de control, dentro de los tres (3) meses siguientes al vencimiento del plazo que se fije por la autoridad de control. En caso contrario, procederá la intervención administrativa de la misma, para ejecutar la medida.

Para el evento en que la caja de compensación sea la única que funcione en el respectivo ente territorial, no se procederá a su liquidación, sino a su intervención administrativa, hasta tanto se logre superar la respectiva causal.

ART. 18.—Gastos de administración y contribuciones para supervisión. Los gastos de administración de las cajas se reducirán a partir de la vigencia de la presente ley, para el año 2003 serán máximo del nueve por ciento (9%) de los ingresos del 4%, a partir del año 2004 serán máximo del ocho por ciento (8%) de los ingresos antes mencionados.

ART. 19.—Régimen de afiliación voluntaria para expansión de cobertura de servicios sociales. Habrá lugar a un aporte a las cajas de compensación familiar del 0,6% sobre una base de un salario mínimo legal mensual vigente, sin que dicha suma otorgue derechos para el pago de subsidios, limitándose el beneficio a las actividades de recreación, capacitación y turismo social en igualdad de condiciones frente a los demás afiliados a la caja, cuando se presente uno cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de los períodos de protección previstos en esta ley por fidelidad:

a) Cuando los empleadores que no estando obligados a cotizar a las cajas de compensación familiar respecto de trabajadores beneficiarios del régimen especial de aportes de que trata el artículo 13 de esta ley, decidan realizar el aporte mencionado, por el trabajador beneficiario del régimen especial de aportes;

b) Los trabajadores independientes que decidan afiliarse a una caja de compensación familiar, conforme el principio de libertad de escogencia que deberá ser respetado por parte de la respectiva caja. Para que un trabajador independiente se afilie, con su grupo familiar, y mantenga su vinculación con una caja, se hace exigible su afiliación previa al sistema de salud, siendo la base de ingresos para aportar al sistema de cajas la misma base de aporte que exista para el sistema de salud y en todo caso no inferior a la que se utilice dentro del sistema de pensiones;

c) Las personas que estando vinculadas a una caja de compensación familiar pierdan el empleo y decidan continuar vinculados a la entidad en los términos previstos en esta norma en su calidad de desempleados, una vez vencido su período de protección.

d) **(Nota: Adicionado por la Ley 1450 de 2011 artículo 167).**

PAR. 1°—Cuando el desempleado aporte el ciento por ciento (100%) de la cotización del dos por ciento (2%) sobre la base de dos (2) salarios mínimos, tendrá todos los mismos derechos que tienen los demás afiliados salvo al subsidio monetario. Esta misma regla se aplicará al trabajador independiente que aporte el dos por ciento (2%) sobre sus ingresos, conforme el sistema de presunciones establecido dentro del régimen de salud. En todo caso las cajas podrán verificar la calidad de la información sobre los ingresos del afiliado para dar cumplimiento a lo previsto en esta ley, o para hacerle dar cumplimiento a las normas generales sobre aporte.

PAR. 2°—Los aportes voluntarios a las cajas de compensación familiar, conforme el régimen de excepción, se registrarán por las reglas tributarias dispuestas para los aportes obligatorios en materia de impuesto de renta.

ART. 20.—**Régimen de inspección y vigilancia.** Las autorizaciones que corresponda expedir a la autoridad de inspección, vigilancia y control, se definirán sobre los principios de celeridad, transparencia y oportunidad. Cuando se trate de actividades o programas que demanden de autorizaciones de autoridades públicas, se entenderá como responsabilidad de la respectiva caja o entidad a través de la cual se realiza la operación, la consecución de los permisos, licencias o autorizaciones, siendo función de la autoridad de control, verificar el cumplimiento de los porcentajes de ley. Las autorizaciones a las cajas se regularán conforme los regímenes de autorización general o particular que se expidan al efecto. El control, se ejercerá de manera posterior sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia.

Corresponde a la Superintendencia del Subsidio Familiar, frente a los recursos que administran las cajas de compensación familiar y a la Superintendencia Nacional de Salud frente a los recursos que administran las entidades promotoras de salud la inspección, vigilancia y control. Las entidades mencionadas, con el objeto de respetar la correcta destinación de los recursos de la seguridad social, conforme lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Nacional no estarán obligadas a cancelar contribuciones a las contralorías.

(Para efecto de las solicitudes de información que se deban tramitar por otros órganos de control diferentes a las entidades de supervisión señaladas, tendrán los siguientes principios:

1. Coordinación interinstitucional. Conforme este principio, no se podrán

modificar los reportes que hayan sido definidos por las superintendencias del ramo, en relación a la información o procedimientos que allí se contienen.

2. Economía. No se podrá solicitar en forma duplicada información que se reporta a las entidades de control antes citadas. Para este efecto, los organismos de control que requieran información remitida a las superintendencias mencionadas, deberán solicitarla a estas últimas. Cuando se requieran controles permanentes o acciones particulares de inspección, vigilancia y control, deberá acudir a las Superintendencia de Subsidio y Salud, con el propósito de que se adelanten en forma coordinada.

Los estados financieros, que se reporten conforme las reglas contables que se definan por la Superintendencia Nacional de Salud y Superintendencia del Subsidio Familiar, deberán ser aceptados para todos los efectos, por todas las entidades con funciones de consolidación contable. Para efecto de las reglas contables y presentación de estados financieros que se deban expedir frente a las entidades mencionadas, primarán criterios que se definan por las entidades de supervisión mencionadas)*.

PAR. 1º—Las personas naturales que sean designadas por la Superintendencia de Subsidio y Salud para los procesos de intervención, se entenderán vinculadas por el término en que dure su labor o por el término en que dure la designación. Se entenderá, cuando medie contrato de trabajo, como contrato a término fijo las vinculaciones antes mencionadas. Para los procesos de intervención se podrá acudir al instrumento de gestión fiduciaria a través de las entidades facultadas al efecto. El control se ejercerá por regla general de manera posterior, salvo en aquellas cajas en que la Superintendencia de Subsidio Familiar mediante resolución motivada que así lo disponga.

PAR. 2º—Será facultad del Gobierno Nacional, definir los casos en que será procedente la liquidación voluntaria de ramos de actividad de las cajas de compensación o entidades promotoras de salud.

PAR. 3º—La inspección, vigilancia y control de las operaciones de crédito previstas en el numeral 11 del artículo 16 de esta ley será ejercida por la Superintendencia de Subsidio Familiar dando aplicación a las reglamentaciones que dicte, de manera general para los establecimientos de crédito, la Superintendencia Bancaria para la administración del riesgo crediticio, especialmente en los temas relacionados con el registro, contabilización y establecimiento de provisiones sobre cartera de créditos.

***(Nota: Declarado inexecutable el inciso 3º del presente artículo por la Corte Constitucional en Sentencia C-655 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil).**

ART. 21.—**Régimen de transparencia.** Las cajas de compensación familiar se abstendrán de realizar las siguientes actividades o conductas, siendo procedente la imposición de sanciones personales a los directores o administradores que violen la presente disposición a más de las sanciones institucionales conforme lo previsto en la presente ley:

1. Políticas de discriminación o selección adversa en el proceso de adscripción de afiliados u otorgamiento de beneficios, sobre la base de que todas las cajas de compensación familiar deben ser totalmente abiertas a los diferentes sectores empresariales. Basta con la solicitud y paz y salvo para que proceda su afiliación.
2. Operaciones no representativas con entidades vinculadas, conforme las definiciones que al efecto establezca el reglamento.
3. Acuerdos para distribuirse el mercado.

4. Remuneraciones o prebendas a los empleadores o funcionarios de la empresa diferentes a los servicios propios de la caja. Los funcionarios públicos que soliciten esta clase de beneficios para sí o para su entidad incurrirán en causal de mala conducta.

5. Devolución, reintegro o cualquier tipo de compensación de aportes a favor de una empresa con servicios o beneficios que no se otorguen a todas las empresas afiliadas o los convenios u operaciones especiales que se realicen en condiciones de privilegio frente a alguna de las empresas afiliadas, desconociéndose el principio de compensación y por ende el valor de la igualdad.

6. Incluir como objeto de promoción la prestación de servicios en relación con bienes de terceros frente a los cuales, los afiliados, no deriven beneficio.

7. Cuando se trate de la administración de bienes públicos, las cajas de compensación familiar se abstendrán de presentarlos sin la debida referencia a su naturaleza, precisando que no son bienes de la caja.

8. Ofrecer u otorgar dádivas o prebendas en relación con servicios de la caja a personal de empresas no afiliadas, excepción de las acciones que tengan como propósito presentar sus instalaciones, programas o servicios.

9. Ofrecer servicios que no se encuentren efectivamente en su portafolio de operación frente a sus afiliados, al no haber superado la etapa de planeación.

10. Retardar injustificadamente la expedición de paz y salvo a las empresas que hubieran tomado la decisión de desafiliarse con sujeción a los procedimientos legales. Para efecto de la expedición del paz y salvo se tendrá un plazo no superior a 60 días a partir de la solicitud.

11. Ejercer frente a los empleadores cualquier tipo de presión indebida con el

objeto de obtener la afiliación a la caja o impedir su desafiliación.

12. Ejercer actuaciones que impliquen abuso de posición dominante, realización de prácticas comerciales restrictivas o competencia desleal en el mercado de cajas de compensación familiar.

13. Las conductas que sean calificadas como práctica no autorizada o insegura por la Superintendencia de Subsidio Familiar.

14. Adelantar políticas de discriminación en la remuneración de sus redes de comercialización. Para este efecto, se deben pagar comisiones o remuneraciones iguales, con independencia de que se trate de empresas compensadas o descompensadas.

15. Incumplimiento de las apropiaciones legales obligatorias para los programas de salud, vivienda de interés social, educación, jornada escolar complementaria, atención integral a la niñez y protección al desempleado.

16. Incumplimiento de la cuota monetaria del subsidio en dinero, dentro de los plazos establecidos para tal efecto.

17. Excederse del porcentaje autorizado para gastos de administración instalación y funcionamiento durante dos ejercicios contables consecutivos, a partir de la vigencia de la presente ley. Para tal efecto, se considerarán como gastos de administración, instalación y funcionamiento, aquellos que se determinen conforme las disposiciones legales. En todo caso, debe tratarse de un método uniforme de cálculo de gastos administrativos precisando la forma de distribución de costos indirectos que se deben aplicar a los distintos servicios, proporcionalmente a los egresos que cada uno de ellos represente sobre los egresos totales de la respectiva caja.

18. Aplicar criterios de desafiliación en condiciones de desigualdad frente a los

empleadores, contrariando las disposiciones legales así como la violación de los reglamentos en cuanto al término en que debe proceder la desafiliación de la empresa y la suspensión de servicios como consecuencia de la mora en el pago de los aportes.

19. Condicionar la comercialización de productos en las áreas de mercadeo o empresas subsidiarias, a la condición que el empleador deba afiliarse o mantenerse afiliado a la respectiva caja de compensación.

PAR. 1°—La Superintendencia de Subsidio Familiar sancionará las prácticas de selección adversa, así como los procesos de comercialización que no se enfoquen a afiliar a los diferentes niveles empresariales por parte de las diferentes cajas. El Gobierno Nacional a través del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social podrá definir mecanismos de afiliación a través de los cuales se pueda escoger caja de compensación por parte de empresas que no han sido objeto del proceso de promoción, estando la respectiva caja obligada a formalizar su afiliación. Los trabajadores con una mayoría superior al 70%, podrán estipular períodos hasta de cuatro (4) años frente a la permanencia en una caja de compensación, período que se reducirá sólo cuando se demuestre falla en los servicios acreditada plenamente por la entidad de supervisión.

PAR. 2°—Las cajas de compensación familiar deberán construir un código de buen gobierno dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la presente ley. Este código de buen gobierno deberá ser conocido por todos los empleados de la respectiva caja.

PAR. 3°—Cuando se compruebe el traslado o retención de empleadores mediante violación de alguna de las normas vigentes; además de la sanción personal al representante legal, que será proporcional al monto de los aportes, la superintendencia orde-

nará que la afiliación regrese a la caja de afiliación anterior con devolución de los aportes menos los subsidios pagados.

PAR. 4°—Cuando una caja deba desafiliar a una empresa o afiliado, por mora de dos (2) meses en el pago de sus aportes o inexactitud en los mismos, deberá previamente darle oportunidad de que se ponga al día o corrija las inconsistencias, para lo cual otorgará un término de 1 mes contado a partir del recibo de la liquidación escrita de lo adeudado. Pasado el término, procederá a su desafiliación, pero deberá volver a recibir la afiliación si se la solicitan, previa cancelación de lo adeudado, más los aportes correspondientes al tiempo de la desafiliación.

La liquidación realizada por el jefe de aportes de la caja, con recurso de apelación ante el representante legal de la misma, será título ejecutivo para el cobro de los aportes adeudados.

PAR. 5°—Las cajas de compensación familiar estarán sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia y protección al consumidor. La vigilancia se adelantará conforme lo previsto en las leyes 155 de 1959 y 256 de 1996 y el Decreto-Ley 2153 de 1992 y demás normas que los reglamenten o modifiquen.

PAR. 6°—Los directores y subdirectores de las cajas de compensación familiar, no podrán ser elegidos a ninguna corporación ni cargo de elección popular, hasta un año después de haber hecho dejación del cargo en la respectiva caja.

(Nota: El parágrafo 6 del presente artículo fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-15 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en el entendido de que la inhabilidad que en este se establece (i) no se aplica a quienes aspiren al cargo de Presidente de la República, (ii) se apli-

ca para quienes aspiren al cargo de congresista por el término de seis (6) meses, y (iii) se aplica cuando el ámbito de actuación del director o subdirector tenga lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección).

ART. 22.—El artículo 52 de la Ley 21 de 1982, modificado por el artículo 3° de la Ley 31 de 1984, quedará así:

ART. 52.—Consejos directivos. Los representantes de los trabajadores beneficiarios serán escogidos por el Ministerio de Trabajo de listas que presentarán las centrales obreras con personería jurídica reconocida y de los listados enviados por las cajas de compensación de todos los trabajadores beneficiarios no sindicalizados.

Modifícase el numeral 2° del artículo 1° de la Ley 31 de 1984, en el sentido de que podrán pertenecer a los consejos directivos de las cajas de compensación familiar, en representación de los trabajadores y de los empleadores, todos los afiliados a ésta sin límite de salario.

ART. 23.—**Manejo de conflictos de interés.** Para garantizar una correcta aplicación de los recursos del sistema, es deber del representante legal de la caja o sus entidades vinculadas, informar al consejo directivo o máximo órgano administrativo, aquellos casos en los cuales él o un administrador, miembro del consejo directivo, socio o asociado, revisores fiscales tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad; primero de afinidad o único civil, con las personas que se relacionan a continuación:

1. Los socios, asociados o de personas jurídicas que hagan parte de la red de servicios contratadas directa o indirectamente por la entidad o de las entidades vinculadas por razón de inversiones de capital.

2. Los contratistas personas naturales y los socios o asociados de personas jurídicas con quienes la entidad o sus entida-

des vinculadas celebren cualquier tipo de contrato o convenio dentro del marco de la operación del régimen.

3. Los socios, asociados o de personas jurídicas receptoras de recursos de capital de la entidad o entidades vinculadas, conforme su objeto social lo permita.

En estos casos el representante legal o la persona que tenga uno de los vínculos anteriores deberá abstenerse de participar en los procesos de selección, contratación o auditoría y la entidad deberá celebrarlos siempre y cuando éstos proponentes se encuentren en condiciones de igualdad con las demás ofertas o ser la mejor opción del mercado. Será causal de remoción del consejo directivo u órgano administrativo la violación a la presente disposición, incluyendo una inhabilidad para desempeñar esta clase de cargos por un término de 10 años.

PAR. 1°—Es deber del representante legal de la entidad informar a los trabajadores de la entidad o entidades vinculadas sobre el contenido de la presente disposición y adoptar las medidas correspondientes tendientes a garantizar la periodicidad de esta información. En particular, esta debe ser una cláusula en los diferentes contratos que celebre la entidad o entidades vinculadas, para garantizar por parte de terceros el suministro de la información.

PAR. 2°—Es deber de las cajas de compensación familiar establecer mecanismos caracterizados por una total transparencia en cuanto a los procedimientos a que deben acudir los proveedores para ser incluidos en el registro correspondiente.

ART. 24.—**Funciones y facultades de la Superintendencia del Subsidio Familiar.** Son funciones y facultades de la Superintendencia del Subsidio Familiar a más de las que se establecen en las disposiciones legales:

1. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales re-

lacionadas con la organización y funcionamiento de las cajas de compensación familiar; las demás entidades recaudadoras y pagadoras del subsidio familiar, en cuanto al cumplimiento de este servicio y las entidades que constituyan o administren una o varias de las entidades sometidas a su vigilancia, siempre que comprometan fondos del subsidio familiar.

2. Reconocer, suspender o cancelar la personería jurídica de las entidades sometidas a su vigilancia.

3. Velar por el cumplimiento de las normas relacionadas con la eficiencia y control de gestión de las cajas de compensación familiar o entidades que constituyan o administren o participen como accionistas.

4. Instruir a las entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad en cuanto sujetos vigilados, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las normas que le compete aplicar y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

5. Velar por que no se presenten situaciones de conflictos de interés entre las entidades sometidas a su control y vigilancia y terceros y velar por el cumplimiento del régimen de incompatibilidades e inhabilidades para el ejercicio de funciones directivas y de elección dentro de la organización de las entidades bajo su vigilancia.

6. Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato prácticas ilegales o no autorizadas o prácticas inseguras que así sean calificadas por la autoridad de control y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento.

7. Fijar con sujeción a los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, los mecanismos y procedimientos contables que de-

ben adoptar las cajas de compensación familiar.

8. Contratar servicios de especialistas que presten asesorías en áreas específicas de las actividades de las superintendencias.

9. Velar por el adecuado financiamiento y aplicación de los recursos que administran las cajas de compensación familiar conforme las diferentes operaciones que se les autoriza a realizar en forma directa o a través de terceros.

10. Velar por que no se presente evasión y elusión de los aportes por parte de los afiliados al sistema de cajas de compensación; en tal sentido podrá solicitar la información necesaria a las entidades rectoras del régimen general de pensiones, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a las entidades recaudadoras territoriales y a otras entidades que reciban contribuciones sobre la nómina.

11. Dar posesión al revisor fiscal y representante legal de las cajas de compensación familiar, cuando se cerciore acerca del carácter, la idoneidad y la experiencia del petionario y, expedir la correspondiente acta de posesión. La posesión no requerirá presentación personal.

12. Velar por que las entidades vigiladas suministren a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

13. Publicar u ordenar la publicación de los estados financieros e indicadores de gestión de las entidades sometidas a su control, en los que se demuestre la situación de cada una de éstas y la del sector en su conjunto.

14. Practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas con el fin de obtener un conocimiento integral de su situación financiera, del manejo de los negocios, o de

aspectos especiales que se requieran, para lo cual se podrán recepcionar declaraciones, allegar documentos y utilizar los demás medios de prueba legalmente admitidos y adelantar las investigaciones a que haya lugar.

15. Impartir las instrucciones que considere necesarias sobre la manera como los revisores fiscales, auditores internos y contadores de los sujetos de inspección y vigilancia deben ejercer su función de colaboración con la superintendencia.

16. Imponer a las instituciones respecto de las cuales tenga funciones de inspección y vigilancia, a los administradores, empleados o revisor fiscal de las mismas, previo el debido proceso, multas sucesivas hasta de dos mil (2.000) salarios mínimos legales diarios vigentes a la fecha de la sanción a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo previsto en esta ley, cuando desobedezcan las instrucciones u órdenes que imparta la superintendencia sobre violaciones legales reglamentarias o estatutarias. Estas sanciones serán canceladas con cargo al porcentaje de gastos administrativos previstos en esta ley de los ingresos del cuatro por ciento (4%), cuando se trate de sanciones institucionales.

17. Imponer en desarrollo de sus funciones, las siguientes sanciones por violaciones legales, reglamentarias o estatutarias y no por criterios de administración como respeto a la autonomía:

a) Amonestación escrita;

b) Multas sucesivas graduadas según la gravedad de la falta, a los representantes legales y demás funcionarios de las entidades vigiladas, entre cien (100) y mil (1.000) salarios mínimos diarios legales vigentes en la fecha de expedición de la resolución sancionatoria. El producto de estas multas se girará a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo previsto en la presente ley, y

c) Multas sucesivas a las entidades vigiladas hasta por una suma equivalente a diez mil (10.000) salarios mínimos diarios legales vigentes en la fecha de expedición de la resolución sancionatoria, las cuales serán canceladas con cargo a los gastos de administración y cuyo producto se girará a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo previsto en la presente ley.

18. Sancionar con multas sucesivas hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Fondo para el Fomento al Empleo y Protección al Desempleo previsto en la presente ley, a los empleadores que incurran en cualesquiera de las siguientes conductas: no inscribir en una caja de compensación familiar a todas las personas con las que tenga vinculación laboral, siempre que exista obligación; no pagar cumplidamente los aportes de las cajas y no girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la caja de compensación familiar de acuerdo con las disposiciones legales; no informar las novedades laborales de sus trabajadores frente a las cajas.

19. Reglamentar la cesión de activos, pasivos y contratos y demás formas de reorganización institucional, como instrumento de liquidación o gestión de una caja de compensación familiar; así como toda clase de negociación de bienes inmuebles de su propiedad. No obstante, las cajas de compensación familiar no podrán, salvo el pago del subsidio familiar o en virtud de autorización expresa de la ley, facilitar, ceder, dar en préstamo o entregar a título gratuito o a precios subsidiados, bienes o servicios a cualquier persona natural o jurídica. Los estatutos de las cajas deberán contemplar claramente la forma de disposición de sus bienes en caso de disolución, una vez satisfechos los pasivos, en tal forma que se provea su utilización en objeto similar al de la corporación disuelta a través de cajas de compensación familiar.

20. Garantizar que aquellas entidades públicas que administran directamente los recursos del subsidio familiar por autorización expresa de la ley, cumplan con la destinación porcentual a los programas de régimen subsidiado de salud, Fovis, jornada escolar complementaria, atención integral a la niñez, educación formal, subsidio en dinero y programas de apoyo al desempleo de acuerdo con las normas vigentes.

21. Expedir el reglamento a que deben sujetarse las entidades vigiladas en relación con sus programas publicitarios con el propósito de ajustarlos a las normas vigentes, a la realidad jurídica y económica del servicio promovido y para prevenir la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal.

22. Las demás que conforme a las disposiciones legales pueda desarrollar y en particular las previstas en los artículos 1º y 2º del Decreto 2150 de 1992 y las contempladas en los numerales 5º, 7º, 8º, 12, 13, 17, 20, 21 y 22 del artículo del Decreto 2150 de 1992.

23. Intervenir las cajas de compensación, cuando se trate de su liquidación, conforme las normas previstas para las entidades promotoras de salud.

24. Fijar los criterios generales para la elaboración, control y seguimiento de los presupuestos de las cajas de compensación como una guía para su buena administración. Los presupuestos no tendrán carácter limitante u obligatorio de la gestión y respetarán el principio de autonomía de las cajas.

CAPÍTULO VI

Actualización de la relación laboral y la relación de aprendizaje

ART. 25.—**Trabajo ordinario y nocturno.** El artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

ART. 160.—**Trabajo ordinario y nocturno:**

1. Trabajo ordinario es el que se realiza entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintidós horas (10:00 p.m.).

2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).

ART. 26.—**Trabajo dominical y festivo.** El artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 29 de la Ley 50 de 1990, quedará así:

1. El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.

2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado sólo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.

3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley 50 de 1990.

PAR. 1º—El trabajador podrá convenir con el empleador su día de descanso obligatorio el día sábado o domingo, que será reconocido en todos sus aspectos como descanso dominical obligatorio institucionalizado.

Interprétese la expresión dominical contenida en el régimen laboral en este sentido exclusivamente para el efecto del descanso obligatorio.

Las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 se aplazarán en su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley hasta el 1º de abril del año 2003.

PAR. 2º—Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario.

ART. 27.—(Derogado).* Compensación en dinero de vacaciones.

Artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el Decreto-Ley 2351 de 1965, artículo 14, numeral 2°.

Cuando el contrato de trabajo termine sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, la compensación de éstas en dinero procederá **(por año cumplido de servicio y)**** proporcionalmente por fracción de año, **(siempre que éste exceda de tres meses)***.

***(Nota: La expresión “siempre que este exceda de tres meses”, contenida en el inciso 2° del presente artículo, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-19 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería).**

**** (Nota: La expresión “por año cumplido de servicio y”, contenida en el presente artículo, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-35 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil).**

***(Nota: Derogado por la Ley 995 de 2005 artículo 2° del Congreso de Colombia).**

ART. 28.—Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, quedará así:

“ART. 64.—Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero de-

berá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1°, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1° anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

PAR. TRANS.—Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6° de la Ley 50 de 1990, exceptuando el párrafo transitorio, el cual se aplica únicamente

para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991.

ART. 29.—Indemnización por falta de pago. El artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo quedará así:

ART. 65.—Indemnización por falta de pago:

1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria **(o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial)***, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

PAR. 1°—Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última direc-

ción registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

PAR. 2°—Lo dispuesto en el inciso 1° de este artículo, sólo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.

***(Nota: Declarada inexecutable la expresión “o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial”, por la Corte Constitucional en Sentencia C-781 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).**

ART. 30.—Naturaleza y características de la relación de aprendizaje. El contrato de aprendizaje es una forma especial dentro del derecho laboral, mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica práctica en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación y esto le implique desempeñarse dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades de la empresa, por cualquier tiempo determinado no superior a dos (2) años, y por esto reciba un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario.

Son elementos particulares y especiales del contrato de aprendizaje:

a) La finalidad es la de facilitar la formación de las ocupaciones en las que se refiere el presente artículo;

b) La subordinación está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje;

c) La formación se recibe a título estrictamente personal;

d) El apoyo del sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de aprendizaje.

Durante toda la vigencia de la relación, el aprendiz recibirá de la empresa un apoyo de sostenimiento mensual que sea como mínimo en la fase lectiva el equivalente al 50% de un (1) salario mínimo mensual vigente.

El apoyo del sostenimiento durante la fase práctica será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de un salario mínimo mensual legal vigente.

El apoyo de sostenimiento durante la fase práctica será diferente cuando la tasa de desempleo nacional sea menor del diez por ciento (10%), caso en el cual será equivalente al ciento por ciento (100%) de un salario mínimo legal vigente.

En ningún caso el apoyo de sostenimiento mensual podrá ser regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva.

Si el aprendiz es estudiante universitario el apoyo mensual, el apoyo de sostenimiento mensual no podrá ser inferior al equivalente a un salario mínimo legal vigente.

Durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado en riesgos profesionales por la ARP que cubre la empresa. En materia de salud, durante las fases lectiva y práctica, el aprendiz estará cubierto por el sistema de seguridad social en salud, conforme al régimen de trabajadores independientes, y pagado plenamente por la empresa pa-

trocinadora en los términos, condiciones y beneficios que defina el Gobierno Nacional.

El contrato de aprendizaje podrá versar sobre ocupaciones semicalificadas que no requieran título o calificadas que requieran título de formación técnica no formal, técnicos profesionales o tecnológicos, de instituciones de educación reconocidas por el Estado y trabajadores aprendices del SENA.

El contrato de aprendizaje podrá versar sobre estudiantes universitarios para los casos en que el aprendiz cumpla con actividades de 24 horas semanales en la empresa y al mismo tiempo cumpla con el desarrollo del pensum de su carrera profesional, o que curse el semestre de práctica. En todo caso la actividad del aprendiz deberá guardar relación con su formación académica.

PAR.—Para los departamentos de Amazonas, Guainía, Vichada, Vaupés, Chocó y Guaviare, el gobierno incluirá una partida adicional en el presupuesto general de la Nación que transferirá con destino al reconocimiento del pago de los contratos de aprendizaje.

PAR. TRANS.—Los contratos de aprendizaje que se estén ejecutando a la promulgación de esta ley, continuarán rigiéndose por las normas vigentes a la celebración del contrato.

ART. 31.—Modalidades especiales de formación técnica, tecnológica, profesional y teórico práctica empresarial. Además de lo dispuesto en el artículo anterior, se consideran modalidades de contrato de aprendizaje las siguientes:

a) Las prácticas con estudiantes universitarios, técnicos o tecnólogos que las empresas establezcan directamente o con instituciones de educación aprobadas por el Estado, de conformidad con las leyes 30 de 1992 y 115 de 1994 o normas que la adi-

ciones, modifiquen o sustituyan, que establezcan dentro de su programa curricular este tipo de prácticas para afianzar los conocimientos teóricos. En estos casos no habrá lugar a brindar formación académica, circunscribiéndose la relación al otorgamiento de experiencia y formación práctica empresarial. El número de prácticas con estudiantes universitarios debe tratarse de personal adicional comprobable con respecto al número de empleados registrados en el último mes del año anterior en las cajas de compensación;

b) La realizada en las empresas por jóvenes que se encuentren cursando los dos últimos grados de educación lectiva secundaria en instituciones aprobadas por el Estado;

c) El aprendiz alumno matriculado en los cursos dictados por el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, de acuerdo con el artículo 5° del Decreto 2838 de 1960;

d) El aprendiz de capacitación de nivel semicalificado. Se entiende como nivel de capacitación semicalificado, la capacitación teórica y práctica que se oriente a formar para desempeños en los cuales predominan procedimientos claramente definidos a partir de instrucciones específicas (por ej. auxiliares de mecánica, auxiliares de cocina, auxiliares de electricista, plomería, etc.). Para acceder a este nivel de capacitación, las exigencias de educación formal y experiencia son mínimas. Este nivel de capacitación es específicamente relevante para jóvenes de los estratos más pobres de la población que carecen de, o tienen bajos niveles de educación formal y experiencia.

PAR.—En ningún caso los apoyos de sostenimiento mensual de que trata la presente ley podrán ser regulados a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva.

(Nota: Adicionado por la Ley 1450 de 2011 artículo 168).

ART. 32.—**Empresas obligadas a la vinculación de aprendices.** Las empresas privadas, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, que realicen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción, que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince (15), se encuentran obligadas a vincular aprendices para los oficios u ocupaciones que requieran formación académica o profesional metódica y completa en la actividad económica que desempeñan.

Las empresas industriales y comerciales del Estado y las de economía mixta del orden nacional, departamental, distrital y municipal, estarán obligadas a la vinculación de aprendices en los términos de esta ley. Las demás entidades públicas no estarán sometidas a la cuota de aprendizaje, salvo en los casos que determine el Gobierno Nacional.

El empresario obligado a cumplir con la cuota de aprendizaje podrá tener practicantes universitarios bajo la modalidad de relación de aprendizaje, en el desarrollo de actividades propias de la empresa, siempre y cuando éstos no superen el 25% del total de aprendices.

PAR.—Empresas de menos de diez (10) trabajadores podrán voluntariamente tener un aprendiz de formación del SENA.

(Nota: Adicionado por la Ley 1450 de 2011 artículo 168).

ART. 33.—**Cuotas de aprendices en las empresas.** La determinación del número mínimo obligatorio de aprendices para cada empresa obligada la hará la regional del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, del domicilio principal de la empresa, en razón de un aprendiz por cada 20 trabajadores y uno adicional por fracción de diez (10) o superior que no exceda de veinte. Las empresas que tengan entre quince (15) y veinte (20) trabajadores, tendrán un aprendiz.

La cuota señalada por el SENA deberá notificarse previamente al representante legal de la respectiva empresa, quien contará con el término de 5 días hábiles para objetarla, en caso de no ceñirse a los requerimientos de mano de obra calificada demandados por la misma. Contra el acto administrativo que fije la cuota procederán los recursos de ley.

PAR.—Cuando el contrato de aprendizaje incluida dentro de la cuota mínima señalada por el SENA termine por cualquier causa, la empresa deberá reemplazar al aprendiz para conservar la proporción que le haya sido asignada. Se prohíbe la celebración de una nueva relación de aprendizaje expirada la duración de una anterior, con la misma o distinta empresa.

(Nota: Adicionado por la Ley 1450 de 2011 artículo 168).

ART. 34.—**Monetización de la cuota de aprendizaje.** Los obligados a cumplir la cuota de aprendizaje de acuerdo con los artículos anteriores podrán en su defecto cancelar al SENA una cuota mensual resultante de multiplicar el 5% del número total de trabajadores, excluyendo los trabajadores independientes o transitorios, por un salario mínimo legal vigente. En caso que la monetización sea parcial ésta será proporcional al número de aprendices que dejen de hacer la práctica para cumplir la cuota mínima obligatoria.

ART. 35.—**Selección de aprendices.** La empresa obligada a la vinculación de aprendices, será la encargada de seleccionar los oficios u ocupaciones objeto de este contrato de aprendizaje así como las modalidades y los postulantes para los mismos, de acuerdo con los perfiles y requerimientos concretos de mano de obra calificada y semicalificada así como de la disponibilidad de personal que tenga para atender oficios u ocupaciones similares. En el caso de capacitación de oficios semi-

calificados, se deberá priorizar a los postulantes a aprendices de los estratos 1 y 2 del Sisben.

Sin perjuicio de lo anterior, la empresa podrá acudir a los listados de preselección de aprendices elaborados por el SENA, priorizando la formación semicalificada, técnica o tecnológica.

PAR.—Las empresas no podrán contratar bajo la modalidad de aprendices a personas que hayan estado o se encuentren vinculadas laboralmente a la misma.

ART. 36.—**Listado de oficios materia del contrato de aprendizaje.** Podrán ser objeto del contrato de aprendizaje en cualquiera de sus modalidades, todos los oficios u ocupaciones que requieran de capacitación académica integral y completa para su ejercicio y se encuentren reconocidos como propios de formación educativa técnica-profesional, tecnológica o profesional universitaria titulada, de conformidad con los parámetros generales establecidos por las leyes 30 de 1992 y 115 de 1994 o normas que las sustituyan, modifiquen, adicionen, reglamenten o regulen de manera específica estas materias.

El SENA publicará periódicamente el listado de oficios y especialidades por región respecto de los cuales ofrece programas de formación profesional integral, sin perjuicio de que puedan ser objeto de este contrato de aprendizaje los oficios u ocupaciones que requiriendo de capacitación de conformidad con el inciso primero de este artículo, no cuenten con programas y cursos de formación impartidos por esta institución.

La etapa lectiva o de formación profesional integral de tales oficios podrá ser realizada en el SENA, en instituciones educativas o especializadas reconocidas por el Estado, o directamente en la empresa previa autorización del SENA, de conformidad con lo establecido por la presente reglamentación.

ART. 37.—Entidades de formación. La formación profesional y metódica de aprendices podrá ser impartida por las siguientes entidades:

1. Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.
2. Instituciones educativas debidamente reconocidas por el Estado. Se le dará prelación al SENA en los programas acreditados que brinde la entidad.
3. Directamente por las empresas que cumplan con las condiciones de capacitación señaladas en el artículo 41 de esta ley.
4. Las demás que sean objeto de reglamentación por parte del consejo directivo del SENA.

PAR.—Para los efectos legales, se entienden reconocidos por el SENA para la formación profesional de aprendices, todos los cursos y programas de formación y capacitación dictados por establecimientos especializados o instituciones educativas reconocidos por el Estado, de conformidad con las leyes 30 de 1992 y 115 de 1994 y demás que las complementen, modifiquen o adicionen.

ART. 38.—Reconocimiento para efectos de la formación profesional impartida directamente por la empresa. Las empresas que deseen impartir directamente la formación educativa a sus aprendices requerirán de autorización del SENA para dictar los respectivos cursos, para lo cual deberán cumplir las siguientes condiciones:

1. Ofrecer un contenido de formación lectiva y práctica acorde con las necesidades de la formación profesional integral y del mercado de trabajo.
2. Disponer de recursos humanos calificados en las áreas en que ejecuten los programas de formación profesional integral.
3. Garantizar, directamente o a través de convenios con terceros, los recursos

técnicos, pedagógicos y administrativos que garanticen su adecuada implementación.

El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, deberá pronunciarse sobre la solicitud de autorización de estos cursos de formación profesional dentro de los 30 días hábiles siguientes a su presentación. Si no lo hiciera, se entenderá aprobada la solicitud.

En todo caso, la respuesta negativa por parte de la entidad deberá estar motivada con las razones por las cuales no se cumplen adecuadamente los requisitos e indicar de manera expresa las exigencias que deben ser subsanadas por la empresa para acceder a la autorización.

PAR. 1°—Las empresas cuyos cursos sean autorizados por el SENA, deberán encontrarse a paz y salvo con la entidad de seguridad social, ICBF, SENA y cajas de compensación, por todo concepto y mantener esta condición durante todo el tiempo de la autorización.

PAR. 2°—Conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 119 de 1994, el SENA ofrecerá regularmente programas de actualización para instructores, en los que podrán participar aquellos vinculados a las empresas autorizadas, pagando el costo que fije el SENA.

PAR. 3°—Las empresas que reciban autorización por parte del SENA para impartir la formación educativa, solicitarán el reembolso económico del costo de la formación, cuyo monto será definido por el SENA tomando en consideración los costos equivalentes en que incurre el SENA en cursos de formación similares. En ningún caso el monto reembolsable al año por empresa podrá superar el 50% del valor de los aportes parafiscales al SENA de la respectiva empresa.

ART. 39.—Distribución y alternancia de tiempo entre la etapa lectiva y productiva. La empresa y la entidad de formación

podrán determinar la duración de la etapa productiva, al igual que su alternancia con la lectiva, de acuerdo con las necesidades de la formación del aprendiz y los requerimientos de la empresa. Para los técnicos o tecnólogos será de un (1) año.

La duración de formación en los programas de formación del SENA será la que señale el director general de esta institución, previo concepto del comité de formación profesional integral.

En el caso de cursos y programas impartidos por otras instituciones aprobadas por el Estado, el término máximo de formación lectiva será la exigida por la respectiva entidad educativa, de acuerdo con lo señalado por el Ministerio de Educación, para optar por el respectivo grado académico y/o técnico.

Los tiempos máximos que se fijen para la etapa de formación en la empresa autorizada, en ningún caso podrán ser superiores a los contemplados en la etapa de formación del SENA.

ART. 40.—Fondo Emprender. Créase el Fondo Emprender, FE, como una cuenta independiente y especial adscrita al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, el cual será administrado por esta entidad y cuyo objeto exclusivo será financiar iniciativas empresariales que provengan y sean desarrolladas por aprendices o asociaciones entre aprendices, practicantes universitarios o profesionales que su formación se esté desarrollando o se haya desarrollado en instituciones que para los efectos legales, sean reconocidas por el Estado de conformidad con las leyes 30 de 1992 y 115 de 1994 y demás que las complementen, modifiquen o adicionen.

En el caso de las asociaciones éstas tendrán que estar compuestas mayoritariamente por aprendices.

El Fondo Emprender se regirá por el derecho privado, y su presupuesto esta-

rá conformado por el 80% de la monetización de la cuota de aprendizaje de que trata el artículo 34, así como por los aportes del presupuesto general de la Nación, recursos financieros de organismos de cooperación nacional e internacional, recursos financieros de la banca multilateral, recursos financieros de organismos internacionales, recursos financieros de fondos de pensiones y cesantías y recursos de fondos de inversión públicos y privados.

PAR.—El Gobierno Nacional determinará dentro de los 6 meses siguientes a la promulgación de esta ley, las condiciones generales que sean necesarias para el funcionamiento de este fondo. La decisión de financiación de los proyectos empresariales presentados al Fondo Emprender será tomada por el consejo directivo del SENA.

ART. 41.—Apoyo de sostenimiento. El SENA destinará el 20% de los recaudos generados por la sustitución de la cuota de aprendizaje en dinero a que se refiere el artículo 34 de la presente ley, a la cuenta "Apoyos de sostenimiento del presupuesto general de la entidad", y con las siguientes destinaciones específicas:

- a) Apoyo de sostenimiento durante las fases lectiva y práctica de los estudiantes del SENA que cumplan los criterios de rendimiento académico y pertenezcan a estratos 1 y 2;
- b) Pago de la prima de la póliza de seguros que se establezca por el Gobierno Nacional para estos alumnos durante las fases lectiva y práctica;
- c) Elementos de seguridad industrial y dotación de vestuario, según reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

PAR.—El consejo directivo nacional del SENA reglamentará tanto el monto de los apoyos a conceder, la distribución en estos diversos conceptos, así como los criterios que permitan la operación de las con-

diciones antes establecidas para gozar de los mismos.

ART. 42.—**Sistema nacional de registro laboral.** El Gobierno Nacional expedirá el régimen de organización, administración y funcionamiento del sistema nacional de registro laboral cuya función será el control de la vinculación y desvinculación al trabajo y condición previa para el otorgamiento de los subsidios a que se refiere la presente ley, en los casos y las condiciones que determine el Gobierno Nacional.

CAPÍTULO VII

Protección de aportes y otras disposiciones

ART. 43.—**Aportes a la seguridad social.** Estando vigente la relación laboral no se podrá desafiliar al trabajador ni a sus beneficiarios de los servicios de salud, cuando hubiera mediado la correspondiente retención de los recursos por parte del empleador y no hubiera procedido a su giro a la entidad promotora de salud. Los servicios continuarán siendo prestados por la entidad promotora de salud a la que el trabajador esté afiliado (**hasta por un período máximo de seis (6) meses verificada la mora**)*, sin perjuicio de la responsabilidad del empleador, conforme las disposiciones legales.

La empresa promotora de salud respectiva, cobrará al empleador las cotizaciones en mora con los recargos y demás sanciones establecidos en la ley.

***(Nota: Se declara exequible el presente artículo, en el entendido de que, en ningún caso se podrá interrumpir el servicio de salud específico que se venía prestando, cuando de él depende la vida o la integridad de la persona, hasta tanto la amenaza cese u otra entidad asuma el servicio, salvo la expresión "hasta por un período de seis (6) meses verificada la mora", que se declara inexecutable, por la Corte Constitucional en Sentencia**

C-800 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

ART. 44.—**Estímulos para el proceso de capitalización.** Las empresas podrán definir un régimen de estímulos a través de los cuales los trabajadores puedan participar del capital de las empresas. Para estos efectos, las utilidades que sean repartidas a través de acciones, no serán gravadas con el impuesto a la renta al empleador, hasta el equivalente del 10% de la utilidad generada.

Las utilidades derivadas de estas acciones no serán sujetas a impuesto dentro de los 5 años en que sean transferidas al trabajador y éste conserve su titularidad, ni harán parte de la base para liquidar cualquier otro impuesto.

El gobierno definirá los términos y condiciones en que las acciones deben permanecer en cabeza de los trabajadores, siendo condición para ser beneficiario el no devengar más de 10 salarios mínimos legales mensuales al momento en que se concrete la participación. Será condición del proceso el que se respete el principio de igualdad en cuanto a las oportunidades y condiciones en que se proyecte la operación frente a los trabajadores.

El gobierno reglamentará los términos y condiciones adicionales que se requieran para la validez de esta operación y sus correspondientes efectos tributarios.

ART. 45.—A partir de la vigencia de la presente ley, confórmese una comisión de seguimiento y verificación de las políticas de generación de empleo, previstas en la presente ley, conformada por dos (2) senadores de la República, dos (2) representantes a la Cámara, designadas por las mesas directivas de Senado y Cámara respectivamente, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado, el director del DANE o su delegado y un representante de los trabajadores elegido por

las centrales obreras y un delegado de los empleadores.

PAR. TRANS.—La Comisión será nombrada por el término de cuatro (4) años, a partir de la vigencia de la presente ley.

ART. 46.—La comisión de seguimiento y verificación de la políticas de generación de empleo, tendrá las siguientes funciones:

- a) Solicitar a todos los sectores empresariales la información de cada empleo adicional generado en su planta de personal;
- b) Recomendar permanentemente estudios estadísticos para determinar el número de creación de nuevos empleos formales;
- c) Rendir informes trimestrales de la disminución de la tasa de desempleo como consecuencia de la generación de empleo prevista en la presente ley;
- d) Dar a conocer a la opinión pública por todos los medios de comunicación las empresas que han creado empleos adicionales con base en las medidas adoptadas a partir de la vigencia de la presente ley.

Conceptuar y analizar los proyectos de ley, con base en un diagnóstico y análisis de las políticas sociales del Estado, presentado a más tardar el 30 de junio de cada año, las conclusiones y acciones para el fortalecimiento de una política integral de protección social de los colombianos, teniendo en cuenta su viabilidad institucional y financiera.

PAR.—Transcurridos dos años de la vigencia de la presente ley, la comisión de seguimiento y verificación aquí establecida presentará una completa evaluación de sus resultados. En ese momento el Gobierno Nacional presentará al Congreso un proyecto de ley que modifique o derogue las disposiciones que no hayan logrado efectos prácticos para la generación de empleo.

ART. 47.—(Inexequible).* **Cesantías en el sector público.** Los servidores públicos con régimen de retroactividad de cesantías, podrán acogerse libremente al régimen anualizado de cesantías, para lo cual las entidades darán aplicación a las disposiciones establecidas en el Decreto-Ley 3118 de 1968, leyes 50 de 1990 o 432 de 1998, sin que en ningún momento se desconozcan o lesionen sus derechos causados.

El Fondo Nacional de Ahorro podrá recibir los recursos de las cesantías de los servidores públicos.

El Estado en todas sus ramas, niveles, entidades y empresas, contará con 30 días a partir del 1º de enero de 2004, para colocar los recursos de las cesantías en los fondos que los servidores públicos elijan en los términos antes previstos que se contarán a partir del momento en que el servidor público se acoja al régimen especial, que se contarán a partir del momento en que el servidor público se acoja al régimen especial. En caso de que no se pague en los términos previstos en este parágrafo, causará intereses moratorios a favor del trabajador, equivalentes a los establecidos en el artículo 635 del estatuto tributario los cuales deberán ser liquidados en el momento del pago.

Los servidores públicos que se vinculen a las ramas del poder público del orden nacional, a los órganos y entidades que las integran y a los órganos autónomos e independientes, estarán sometidos a lo previsto en el inciso primero del artículo quinto de la Ley 432 del 29 de enero de 1998.

Así mismo, el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, vinculados con anterioridad a la vigencia de la presente ley, podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro.

Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en los términos del presente artículo.

***(Nota: Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-801 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño).**

ART. 48.—(Inexecutable).* **Unidad de empresa.** Se entenderá por empresa la unidad de producción de bienes o de servicios constituida para realizar una actividad económica con fines de lucro. Las unidades de producción o las personas jurídicas vinculadas económicamente a una misma persona natural o jurídica conservarán su independencia para efectos laborales y prestacionales, sin que entre ellas se desprenda una unidad de negocio o de empresa en ningún caso, así comercialmente conformen un grupo empresarial.

***(Nota: Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-801 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño).**

ART. 49.—Base para el cálculo de los aportes parafiscales. Interpretátese con autoridad el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 y se entiende que la base para efectuar los aportes parafiscales es el setenta por ciento (70%).

Lo anterior por cuanto la expresión actual de la norma "disminuido en un 30" ha dado lugar a numerosos procesos, pues no se sabe si debe ser multiplicado por 0.7 o dividido por 1.3.

ART. 50.—Control a la evasión de los recursos parafiscales. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las cajas de compensación familiar, Instituto Colom-

biano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando éste exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.

Para poder ejercer el derecho de movilidad de administradora de riesgos profesionales o caja de compensación, el empleador se debe encontrar al día con los sistemas de salud y pensiones.

PAR. 1º—Las autoridades de impuestos deberán disponer lo pertinente a efectos de que dentro de la declaración de renta que deba ser presentada, a partir del año 2003 se establezca un renglón que discrimine los pagos al sistema de seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y cajas de compensación.

PAR. 2º—**(Modificado).*** Será causal de terminación unilateral de los contratos que celebren las entidades públicas con personas jurídicas particulares, cuando se compruebe la evasión en el pago total o parcial de aportes por parte del contratista durante la ejecución del contrato frente a los sistemas de salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y cajas de compensación familiar.

Se podrá enervar la causal, mediante el pago de los recursos dejados de cubrir, incrementados con los correspondientes intereses de mora dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

***(Nota: Modificado por la Ley 828 de 2003 artículo 1º).**

(Nota: Derogado el parágrafo 2 del presente artículo por la Ley 1150 de 2007 artículo 32 a partir de su promulgación véase artículo 33).

PAR. 3º—**(Modificado).*** Para realizar inscripción, modificación, actualización o renovación, las cámaras de comercio deberán exigir prueba del cumplimiento de las obligaciones en forma oportuna y completa con el sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales y cuando sea del caso los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y cajas de compensación familiar.

***(Nota: Modificado por la Ley 828 de 2003 artículo 9º).**

ART. 51.—**Jornada laboral flexible.** Modifíquese el inciso primero del literal c) artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990 y adiciónese un nuevo literal d).

c) El empleador y el trabajador pueden acordar temporal o indefinidamente la organización de turnos de trabajo sucesivos, que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana;

d) El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo. En éste, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana y podrá ser de mínimo cuatro (4) horas continuas y hasta diez (10) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la jornada ordinaria de 6 a.m. a 10 p.m.

ART. 52.—**Derogatorias.** La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Derógase el artículo 77 de la Ley 101 de 1993. Deróguense en particular los incisos 3º y 4º del parágrafo único del artículo 181 de la Ley 223 de 1995 en lo tocante a mantener la exoneración del pago al SENA excepto para las universidades públicas.

Publíquese y ejecútese.

Dada en Bogotá, D.C., a 27 de diciembre de 2002.

Ministerio de la Protección Social

DECRETO 1769 DE 2003

(Junio 26)

“Por el cual se expiden los términos y las condiciones a que debe sujetarse la cuota monetaria en el sistema de compensación familiar, régimen de organización, funcionamiento y tiempo de implantación”.

El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 5° de la Ley 789 de 2002, y considerado el concepto técnico de la comisión accidental previsto en el párrafo transitorio del mismo artículo,

DECRETA:

ART. 1°—**Objeto.** El presente decreto tiene por objeto establecer los términos y las condiciones a que debe sujetarse la cuota monetaria en el sistema de compensación familiar, así como su régimen de organización, funcionamiento y tiempo de implantación.

ART. 2°—**Definiciones.** Para efectos de la aplicación del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:

Cuociente de recaudos de las cajas de compensación familiar. El cuociente de recaudos correspondiente a cada caja de compensación familiar, es el resultado de dividir el monto de recaudos anuales para subsidio familiar, por el número promedio anual de personas a cargo. El cuociente nacional será el resultado de dividir el total de recaudos para subsidio familiar en las cajas, por el número promedio de las personas a cargo durante el año inmediatamente anterior.

Cuota monetaria. Suma mensual que las cajas de compensación familiar deben pagar en dinero como subsidio familiar a los trabajadores que, de conformidad con el artículo 3° de la Ley 789 de 2002, se consideran como beneficiarios, la cual es cancelada en función de cada una de las personas a cargo que tienen derecho a percibirla a partir del 1° de julio de 2003.

Cuota de referencia. Equivale al cincuenta y cinco por ciento (55%) de los aportes recaudados por las cajas de compensación familiar del departamento, descontadas las apropiaciones legales, dividido entre el total de cuotas del subsidio pagadas por las cajas de compensación familiar, por personas a cargo beneficiarias en el mismo departamento.

Cuota ordinaria o particular. Es la cuota monetaria pagada por cada caja de compensación familiar a los trabajadores beneficiarios, en razón a las personas a cargo,

fijada por el consejo directivo de cada caja en el período anterior.

ART. 3°—Procedimiento para fijar la cuota monetaria. La cuota monetaria será fijada por departamento, por la Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces, en el mes de enero de cada año, aplicando el siguiente procedimiento:

a) Se toman los aportes empresariales al sistema del subsidio familiar del departamento;

b) Una vez establecidos los aportes señalados en el literal anterior, se descontarán las obligaciones de ley a cargo de las cajas de compensación familiar de la jurisdicción, y se dividirá este resultado por el número promedio de personas a cargo con derecho a recibir subsidio familiar en dinero, de acuerdo con la Ley 789 de 2002 y por las cuales se pagó subsidio familiar en el mismo departamento. Para estos efectos se considera a Bogotá, D.C., como parte del departamento de Cundinamarca.

ART. 4°—Cuota monetaria. La cuota monetaria a que hace referencia el presente decreto, rige para los trabajadores de los empleadores que se afilien por primera vez, soliciten su reafiliación o se trasladen a una caja de compensación familiar a partir del 1° de julio de 2003 y se hará extensiva a los trabajadores de los empleadores actualmente afiliados, una vez vencido el período de transición señalado en el artículo 8° del presente decreto.

PAR. 1°—Las cajas de compensación familiar cuya cuota ordinaria o particular sea inferior a la cuota de referencia departamental y el porcentaje de subsidio familiar en dinero pagado sea superior al porcentaje obligatorio del cincuenta y cinco por ciento (55%), podrán continuar pagando la última cuota ordinaria o incrementarla en la medida de sus capacidades hasta el máximo de la cuota de referencia departamental.

PAR. 2°—Si la cuota ordinaria o particular vigente en cada caja de compensación familiar a la fecha de expedición del presente decreto es superior a la cuota de referencia, esta no podrá ser incrementada.

PAR. 3°—Una vez vencido el período de transición señalado en el artículo 8° del presente decreto, ninguna cuota particular podrá exceder la cuota de referencia. Durante el período de transición, las cajas de compensación familiar podrán pagar cuotas monetarias inferiores a las señaladas en la presente norma, siempre y cuando se ajusten estrictamente al porcentaje obligatorio del cincuenta y cinco por ciento (55%).

ART. 5°—Cuando una caja de compensación familiar, después de pagar las cuotas monetarias que le corresponden no supere el porcentaje obligatorio del cincuenta y cinco por ciento (55%), la diferencia con respecto a la cuota de referencia será girada a las cajas de compensación familiar cuyo porcentaje sea inferior al de la cuota de referencia, con el objeto de lograr la cuota monetaria equitativa al interior de cada departamento, teniendo en cuenta los criterios de ingresos, cuociente y nivel de desarrollo socioeconómico de los mismos.

La Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces con corte a diciembre 31 de cada año, determinará los valores objeto de esta transferencia.

PAR.—El orden de prioridades de transferencia será primero hacia el propio departamento, y una vez satisfechas las necesidades de este, se girarán recursos a otras regiones, de acuerdo con los criterios definidos en el presente artículo.

ART. 6°—A partir del 1° de julio de 2003 no podrá haber subsidio monetario de ajuste ni cuotas extraordinarias. A más

tardar el 30 de septiembre de 2003, las cajas de compensación familiar deberán haber pagado las cuotas de ajuste del subsidio monetario correspondientes al primer semestre de 2003, para cumplir con el porcentaje obligatorio del cincuenta y cinco por ciento (55%) señalado en la ley.

PAR.—La Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces, impartirá las instrucciones que sean necesarias para que los pagos de subsidios monetarios se ajusten al porcentaje obligatorio del cincuenta y cinco por ciento (55%), cuando el comportamiento real de las cifras no corresponda con las previsiones efectuadas por las cajas en el período de transición.

ART. 7°—A partir del 31 de diciembre de 2008 ninguna caja de compensación familiar podrá superar el ciento cinco por ciento (105%) del cociente departamental establecido por la Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces, en el mes de enero de cada año con los valores totales del año inmediatamente anterior y con el mismo método que se sigue para determinar el cociente nacional.

ART. 8°—**Período de transición.** Las cajas de compensación familiar que a 31 de diciembre del año 2002, tuvieran un cociente superior al ciento cinco por ciento (105%), deberán iniciar un proceso de ajuste sobre el exceso de 105%, así:

- a) Para el cierre del año 2003 una reducción del 10% sobre el exceso;
- b) Para el cierre del año 2004 una reducción del 30% sobre el exceso;
- c) Para el cierre del año 2005 una reducción del 50% sobre el exceso;
- d) Para el cierre del año 2006 una reducción del 70% sobre el exceso;
- e) Para el cierre del año 2007 una reducción del 90% sobre el exceso;

f) Para el cierre del año 2008 una reducción del 100% sobre el exceso.

PAR.—Las cajas de compensación familiar que a la fecha de vigencia del presente decreto tengan un cociente particular inferior al ciento cinco por ciento (105%) del cociente departamental no podrán superar este límite.

ART. 9°—Los aportes empresariales que lleven a superarlos límites anuales en el cociente departamental establecido en el presente decreto, deberán apropiarse una vez descontadas las obligaciones de ley.

Los valores apropiados se girarán a las cajas de compensación familiar con cociente particular inferior al ochenta por ciento (80%) del cociente nacional, en proporción a las personas a cargo beneficiarias de la cuota monetaria en cada caja de compensación familiar, para el pago de un valor adicional como cuota monetaria, sin que esta supere la cuota de referencia departamental.

PAR.—Las transferencias de recursos entre las cajas de compensación familiar las determinará la Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces, mediante acto administrativo en el mes de enero de cada año y de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Ley 789 de 2002. Si no hubiere cajas de compensación familiar a las cuales transferir los recursos, los excedentes se destinarán para aumentar los subsidios en los programas de inversión social de la misma caja.

ART. 10.—**Principios.** Para efectos de los cálculos establecidos en el presente decreto y en desarrollo del principio de solidaridad señalado en la Ley 789 de 2002, los ingresos que se deben tener en cuenta para la determinación de ingresos y cocientes son los correspondientes a los recaudos del cuatro por ciento (4%).

La Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces, si-

guiendo el principio de equidad evaluará la medición del desarrollo socioeconómico de cada región según el indicador de línea de pobreza y verificará que el giro de cada caja de compensación familiar no ponga en riesgo su propia estabilidad financiera.

ART. 11.—**Excepciones.** Se exceptúan durante el período de transición señalado en el artículo 8° del presente decreto, para efectos del cálculo del cociente y cuota monetaria a las cajas de compensación familiar de que trata el parágrafo segundo del artículo 4° de la Ley 789 de 2002.

Igualmente, se exceptúa de los cálculos de cuota monetaria y cociente a la caja de compensación familiar que tiene cobertura nacional de conformidad con la ley. No obstante, esta caja no podrá tener una cuota monetaria superior al diez por ciento (10%) de la cuota de referencia en cada departamento.

ART. 12.—**Vigencia.** Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.C., a 26 de junio de 2003.

LEY 920 DE 2004

(Diciembre 23)

“Por la cual se autoriza a las cajas de compensación familiar adelantar actividad financiera y se dictan otras disposiciones”.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

ART. 1°—Adiciónese el artículo 16 de la Ley 789 de 2002 que a su vez modificó el artículo 41 de la Ley 21 de 1982, con el siguiente numeral.

14. **Autorización general.** Las cajas de compensación familiar podrán adelantar la actividad financiera con sus empresas, trabajadores, pensionados, independientes y desempleados afiliados en los términos y condiciones que para el efecto reglamente el Gobierno Nacional.

De conformidad con lo previsto en el artículo 335 de la Constitución Política, la autorización, inspección y vigilancia de la sección especializada de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar la ejercerá la Superintendencia Bancaria.

Con el objeto de dar cumplimiento a las actividades de supervisión y control que de acuerdo con esta ley deba ejercer, la Superintendencia Bancaria exigirá a las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar contribuciones, las cuales consistirán en tarifas que se calcularán de acuerdo con los criterios técnicos que señale el Gobierno Nacional teniendo en cuenta, entre otros, los parámetros que al efecto establece el ar-

tículo 337 del estatuto orgánico del sistema financiero.

PAR. 1°—La Superintendencia Bancaria deberá verificar permanentemente el carácter, responsabilidad e idoneidad de las personas que participen en la dirección y administración de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar a las cuales; se les autorice la constitución de dicha sección. De igual forma, deberá verificar la solvencia del patrimonio autónomo de la sección especializada de ahorro y crédito de acuerdo con las reglas de capital adecuado aplicables a los establecimientos de crédito así como también deberá verificar, al momento de la constitución de cada sección, que el capital mínimo no sea inferior al exigido para la creación de las cooperativas financieras.

Las cajas de compensación familiar cuya capacidad de aporte de capital sea inferior al establecido para las cooperativas financieras, podrán solicitar a la Superintendencia Bancaria la autorización para la creación de la sección especializada de ahorro y crédito. En ningún caso el capital exigido podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) requerido para las cooperativas financieras.

PAR. 2º—Las operaciones de las secciones especializadas de ahorro y crédito cuya creación se autoriza por la presente ley, así como sus activos, pasivos y patrimonio, deberán estar totalmente separados y diferenciados de las operaciones, activos, pasivos y patrimonio de la respectiva caja de compensación familiar.

Para el efecto la sección especializada de ahorro y crédito tendrá la naturaleza de un patrimonio autónomo cuyos activos, incluyendo aquellos que representen los aportes realizados al capital de la misma, respaldarán exclusivamente las obligaciones contraídas con los depositantes y las demás que se contraigan en desarrollo de las operaciones autorizadas, y no podrán ser perseguidos por otros acreedores de la caja de compensación familia respectiva.

Los administradores de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar serán funcionarios de dedicación exclusiva designados por la respectiva caja de compensación familiar, para cuyo efecto se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 y cumplirán los requisitos exigidos a los representantes legales de las entidades financieras, incluyendo su posesión ante la Superintendencia Bancaria.

PAR. 3º—Para efectos de la presente ley se entenderá como actividad financiera, la captación en moneda legal por parte de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar de recursos en depósitos a término, ahorro programado y ahorro contractual de sus trabajadores, pensionados, independientes y desempleados afiliados, para colocarlos nuevamente y de forma exclusiva entre estos a través de créditos. En cuanto a las empresas afiliadas la actividad financiera comprenderá solo la captación de recursos en cualquiera de las modalidades antes mencionadas.

14.1. Prohibiciones: A las cajas de compensación familiar y a las secciones

especializadas de ahorro y crédito les está prohibido:

1. Obligar a los afiliados, de cualquier manera, a realizar el ahorro en la respectiva caja.

2. Obligar a los afiliados, directa o indirectamente, al ahorro de la cuota monetaria del subsidio familiar, la cual continuará siendo de libre utilización por parte de los mismos.

3. Delegar, subcontratar o entregar en administración con un tercero la operación de sus secciones de ahorro y crédito, pero en desarrollo de los numerales 3º y 4º del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 las cajas de compensación familiar que no tengan secciones especializadas de ahorro y crédito podrán establecer convenios y acuerdos con las cajas que las tengan, a efecto de que las primeras actúen como agencias descentralizadas de las segundas y a través de ellas adelantar la actividad financiera con trabajadores y empleadores de la caja de convenio o acuerdo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

4. Realizar inversiones de capital con los recursos captados.

5. La utilización de los recursos depositados en la sección especializada de ahorro y crédito para la realización de operaciones con la misma caja de compensación familiar u otras entidades respecto de las cuales esta ejerza control directo o indirecto, con sus directores o administradores, el revisor fiscal o funcionarios o empleados de la misma caja cuyo salario sea superior a tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes, los cónyuges o parientes de aquellos dentro del segundo grado de consanguinidad o de afinidad, o único civil.

6. Realizar operaciones de seguros sobre bienes o personas, directa o indirectamente sin perjuicio de la facultad de invertir en entidades del sector asegurador conforme a su régimen legal.

7. Condicionar la aprobación y desembolso del crédito de vivienda de interés social a la adquisición en sus propios proyectos.

8. Constituir gravámenes o limitaciones al dominio de cualquier clase sobre los activos de la sección especializada de ahorro y crédito, o destinarlos a operaciones distintas de las autorizadas a dichas secciones, salvo que los gravámenes o limitaciones se constituyan para garantizar el pago del precio de, un bien adquirido para el desarrollo de sus negocios con cargo al patrimonio de la sección, o tengan por objeto satisfacer los requisitos generales impuestos por una autoridad pública en el desarrollo de una medida de apoyo a la sección especializada de ahorro y crédito o por las entidades financieras de redescuento para realizar operaciones con tales secciones, ni tampoco podrán transferir los activos de la sección en desarrollo de contratos de arrendamiento financiero, en la modalidad de *lease back*.

9. La realización de las operaciones a que se refieren los literales c) y d) del artículo 10 del estatuto orgánico del sistema financiero.

14.2. Operaciones autorizadas a las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar.

1. Captar ahorro programado, ahorro contractual o a través de depósitos a término.

2. Adquirir y negociar con sus excedentes de liquidez títulos representativos de obligaciones emitidas por entidades de derecho público de cualquier orden y títulos ofrecidos mediante oferta pública por entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

3. Aplicar el sistema de libranza para el ahorro y/o pago de créditos, cuando los trabajadores afiliados así lo acepten voluntaria y expresamente; mecanismos en el

que deberán colaborar los respectivos empleadores, sin que implique para estos últimos responsabilidad económica.

4. Otorgar créditos únicamente a los trabajadores, pensionados, independientes y desempleados afiliados a la caja de compensación familiar, en los términos que determine el Gobierno Nacional. El 70% para vivienda de interés social tipos 1 y 2 y el 30% para educación y libre inversión, excepto para la adquisición de bonos o cualquier otro tipo de títulos de deuda pública.

5. En el caso de créditos para adquisición de vivienda otorgados por las cajas de compensación familiar y por las entidades a las que les es aplicable lo dispuesto por la Ley 546 de 1999, el patrimonio de familia constituido conforme a lo establecido por las leyes 9ª de 1989, 546 de 1999 y 861 de 2003 será embargable únicamente por la entidad que financió la adquisición, construcción o mejora de la vivienda, o de quien lo suceda en sus derechos.

6. En virtud del principio constitucional de la democratización del crédito, el 80% del valor total de los créditos otorgados estará destinado para aquellas personas que devenguen hasta tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (smmlv). Igualmente, con el propósito de facilitar las condiciones para la financiación de vivienda de interés social podrán trasladar sus cuentas de ahorro programado de otros establecimientos financieros a la respectiva caja, respetando los beneficios y derechos adquiridos de esas cuentas para este fin.

7. Las demás que autorice el Gobierno Nacional.

14.3. Regulación de la actividad de las cajas de compensación familiar con sección especializada de ahorro y crédito. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas de la presente ley, así como a los objetivos y criterios establecidos en el

artículo 46 del estatuto orgánico del sistema financiero, podrá ejercer las facultades de intervención previstas en el artículo 48 del mismo, con el objeto de regular la actividad de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar.

14.4. Remisión a las normas del estatuto orgánico del sistema financiero. En lo no previsto en la presente ley o en las normas que la reglamenten o desarrollen, se aplicarán a las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar las disposiciones previstas en el estatuto orgánico del sistema financiero para los establecimientos de crédito, en cuanto resulten compatibles con la naturaleza especial de tales secciones y no se opongan a las normas especiales de esta ley.

14.5. Fondos de liquidez. Las cajas de compensación familiar con sección especializada de ahorro y crédito deberán mantener permanentemente un monto equivalente a por lo menos el diez por ciento (10%) del total de sus captaciones en las siguientes entidades:

1. Establecimientos de crédito y organismos cooperativos de carácter financiero vigilados por la Superintendencia Bancaria. Para el efecto, los recursos se deberán mantener en cuentas de ahorro, certificados de depósito a término, certificados de ahorro a término o bonos ordinarios, emitidos por la entidad.

2. En fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o en fondos de valores abiertos administrados por sociedades comisionistas de bolsa o fondos de inversión abiertos administrados por sociedades administradoras de inversión sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Valores.

Las inversiones que se realicen con los recursos del fondo de liquidez de las sec-

ciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar deberán reunir condiciones de seguridad y liquidez acordes con su finalidad, y cumplir con los requisitos que determine el Gobierno Nacional.

El monto del fondo se establecerá tomando para el efecto, el saldo de la cuenta depósitos y exigibilidades o la que haga sus veces, registrado en los estados financieros del mes objeto de reporte, verificados por el revisor fiscal.

14.6. Toma de posesión de la sección de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar. Podrá disponerse la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la sección especializada de ahorro y crédito de una caja de compensación familiar cuando respecto de la misma se configure cualquiera de las causales de toma de posesión previstas en los literales a), b), c), d), e), f), h), j) y l) del numeral 1° del artículo 114 del estatuto orgánico del sistema financiero, cuando a juicio del Superintendente Bancario la medida sea necesaria, sin perjuicio de la posibilidad de que este adopte cualquiera de las medidas contempladas en el artículo 113 del mismo estatuto. En adición a las causales antes señaladas, la medida de toma de posesión también podrá imponerse cuando el patrimonio de la sección especializada de ahorro y crédito se reduzca por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital mínimo requerido para su creación, y cuando no cumpla los requerimientos mínimos de capital adecuado exigibles a tales secciones.

Las normas previstas en los artículos 115; 116; 117, con excepción de los literales a) y d) del numeral 1°; 291, con excepción del numeral 2°; 293; 294; 295; 297; 298; 299, numeral 1°; 300, numerales 1°, 3° y 4°; y 301, con excepción de los numerales 4° y 5°, todos del estatuto orgánico del sistema financiero, serán aplicables en lo pertinente a la liquidación forzosa admi-

nistrativa de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar.

La medida de toma de posesión tendrá por objeto la protección de los ahorros de los trabajadores, jubilados o pensionados y de las empresas afiliadas depositantes, con el fin de que los ahorradores puedan obtener el pago de sus acreencias.

Para efectos de la aplicación de dichas normas del estatuto orgánico del sistema financiero a la liquidación de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar, las referencias que en ellas se hacen a la entidad vigilada o intervenida se entenderán predicadas de la sección especializada de ahorro y crédito objeto de liquidación. Así mismo, las referencias que en dichas disposiciones se hacen al fondo de garantías de instituciones financieras se entenderán realizadas por el fondo de garantías de entidades cooperativas.

La liquidación de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar estará referida exclusivamente al patrimonio autónomo constituido con arreglo a lo previsto en el párrafo segundo del numeral 14 de este artículo.

14.7. **Seguro de depósito.** El Gobierno Nacional podrá determinar el mecanismo a través del cual las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar asegurarán los depósitos de sus afiliados. Para el efecto, el Gobierno Nacional podrá autorizar al fondo de garantías de entidades cooperativas, Fogacoop, a otorgar dicho seguro, sin perjuicio de que se cumplan los requisitos y términos que exija dicho fondo para asegurar los depósitos.

14.8. **Régimen sancionatorio.** El régimen sancionatorio aplicable a las secciones especializadas de las cajas de compensación familiar, así como a sus directores,

administradores, representantes legales, revisores fiscales y empleados, será el mismo régimen aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

PAR.—Adiciónese el artículo 6° de la Ley 789 de 2002, con un párrafo tercero así: “Una vez surtidos los traslados de recursos de los desempleados, sin discriminación con o sin vinculación anterior a las cajas, los saldos no ejecutados durante la respectiva vigencia fiscal, de todos los recursos del fondo para apoyar el empleo y la protección del desempleado, serán destinados para el fondo obligatorio para el subsidio familiar de vivienda de interés social de las cajas, Fovis, de conformidad con la regulación sobre la materia”.

ART. 2°—La actividad financiera que en esta ley se autoriza a las cajas de compensación familiar, mediante secciones especializadas de ahorro y crédito, se desarrollará sin perjuicio del servicio de crédito con recursos propios previstos en la Ley 21 de 1982 y Ley 789 de 2002.

PAR.—Las cajas de compensación familiar que constituyan una sección especializada de ahorro y crédito deberán destinar de los excedentes anuales de dicha sección mínimo el 50% a subsidios de vivienda de interés social tipo I y II con la metodología que adopte el Gobierno Nacional.

ART. 3°—Las cajas de compensación familiar adecuarán sus estatutos en los términos de la presente ley, a través de la asamblea general, y para estos efectos exclusivamente, el *quórum* de las mismas estará compuesto por cualquier número plural de afiliados asistentes, citados de conformidad con las normas vigentes.

ART. 4°—Toda persona, empresa o entidad pública o privada, estará obligada a deducir y retener de cualquier cantidad que haya de pagar a sus trabajadores o pensionados, las sumas que estos adeuden a la caja de compensación o coopera-

tiva o fondos de empleados, cuya obligación conste en libranza, títulos valores, o cualquier otro documento suscrito por el deudor quien para el efecto deberá dar su consentimiento previo. En ningún caso las personas y entidades señaladas en este artículo podrán cobrar cuota de administración o suma alguna por realizar esta operación.

ART. 5º—La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

ART. TRANS.—Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, el Gobierno Nacional adoptará las medidas necesarias para adecuar la estructura de la Superintendencia Bancaria

dotándola de la capacidad presupuestal y técnica necesaria con el fin de que cumpla las funciones de autorización, inspección y vigilancia sobre las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar.

Únicamente a partir de la reestructuración de la Superintendencia Bancaria, para que pueda cumplir a cabalidad con la función de inspección y vigilancia que se establece en la presente ley, que podrá autorizar el desarrollo de la actividad financiera por parte de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar.

Publíquese y ejecútese.

Dada en Bogotá, D.C., a 23 de diciembre de 2004.

BIBLIOGRAFÍA

- Arenas Monsalve, Gerardo, *El Sistema de Subsidio Familiar en la seguridad social colombiana*, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 2003.
- Asocajas, *El sistema de subsidio familiar: modelo de intervención social*, Bogotá, Centro de Pensamiento-Asocajas, Colombia, 2009.
- Castel, Robert, *La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?* (primera edición), Buenos Aires, Ediciones Manantial, 2008.
- Cañón Ortega, Leonardo, *El Subsidio Familiar en Colombia* (primera edición), Bogotá, Fundación Centro de Estudios de Seguridad Social, 1991.
- CEPAL, “La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad” (documento informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. Trigésimo primer período de sesiones), Montevideo (Uruguay), 2006.
- CODESS (Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social). *Análisis sobre el impacto a las cajas de compensación familiar que generaría la eliminación o reducción de la aportación obligatoria del 4% en el sistema de subsidio familiar* (documento de investigación, circulación interna), Bogotá, 2008.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 21 de 1982.
 - Ley 789 de 2002.
- Constitución Política de la República de Colombia, 1991.
- Contraloría General de la República, *Revista Economía Colombiana*, nº 319, julio de 2007, Bogotá.
 - Informe de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, Bogotá, 2010.
- Correa Ramírez J. J. y Arango Velásquez, G. J., *Comfenalco Antioquia. Una senda en la historia de la seguridad social en Colombia 1957-2000*, Medellín, Caja de Compensación Familiar Comfenalco, 2001.
- Cortés González, Juan Carlos, *El Sistema de Subsidio Familiar en Colombia: Hacia la protección social* (primera edición), México D.F., Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social CIESS, 2004.

- *Derecho de la protección social*, Bogotá, Legis Editores, 2009.
- “Financiación parafiscal de la protección social vs. Empleo”, *Revista Actualidad Laboral*, Bogotá, Legis, 2010.
- “Servicios sociales: futuro de la protección social”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho laboral*, Tomo II, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Editorial Temis, 2010.
- Cortina, Adela, *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Departamento Administrativo de Planeación Nacional, *Plan Nacional de Desarrollo. Informe 2003*, Bogotá, DNP, 2004.
- Documento CEDE (investigador Jairo Núñez), Bogotá, 2006.
- Documento CEDE, *Piensa Colombia. Desarrollo económico*, Bogotá, CEDE, 2008.
- Donadío, Alberto, *El espejismo del subsidio familiar*, Bogotá, El Áncora Editores, 1985.
- Edwards, Sebastián, *Populismo o mercados: El dilema de América Latina*. Bogotá, Editorial Norma, 2009.
- Franky Vásquez, Pablo, *Textos normativos sobre el subsidio familiar de Colombia*, tomo 1, Bogotá, Asocajas, 2001.
- Gaitán, Jorge Eliécer, *Escritos políticos*, Bogotá, El Áncora Editores, 1985.
- Giraldo, César, *¿Protección o desprotección social?* Bogotá, Ediciones Desde Abajo-Fundación CESDE, 2007.
- Esping-Andersen, Gøsta y Palier, Bruno, *Los tres grandes retos del estado del bienestar* (primera edición), Barcelona, Editorial Ariel Ciencia Política, 2010.
- Heckman, James J. y Pages, Carmen, *Regulación y empleo. Lecciones de América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, CISS y CIEDESS, 2005.
- Instituto Colombiano de Cultura, *Antología del pensamiento conservador en Colombia*, Biblioteca Básica Colombiana, tomo 1, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura, 1982.
- Jiménez Fernández, Adolfo, “La evolución de los servicios sociales en el marco de los sistemas de seguridad social”, *Revista de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social*, OISS, No. 6, 2000.
- López González, Carlos, “Las prestaciones sociales en el Seguro Social de Salud del Perú EsSalud” en *Revista CIESS*, México D.F., 2005 (publicado en el curso de diplomado sobre servicios sociales ofrecido por el CIESS en agosto de 2009).
- Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, Universidad Externado de Colombia, febrero 201, “La Parafiscalidad Laboral en Colombia. Boletín No. 12, Bogotá, Colombia.

- OPS, OMS, *Promoción de la salud: logros y enseñanzas extraídas entre la carta de Ottawa y la carta de Bangkok y perspectivas para el futuro*, 2006.
- Palacios Mejía, Hugo, *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Editorial Temis, 1999.
- Peris, Vicente, *El seguro social en Inglaterra. Plan Beveridge*, México, D.F. Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS), 2009.
- Plazas Vega, Mauricio, *El Frente Nacional*, Bogotá, Editorial Temis, 2011.
- Poveda Ramos, G., *Comfama, precursora y protagonista del subsidio familiar en Colombia*, Medellín, Comfama, 1989.
- Prahalad, C. K., *La nueva oportunidad de negocios en la base de la pirámide*, Bogotá, Editorial Norma, 2010.
- Presidencia de la República y Departamento Nacional de Planeación. *Plan Nacional de Desarrollo 1998-2002. Cambio para construir la paz*, Tomo I, Bogotá.
- Rengifo, J. M., *La seguridad social en Colombia*, Bogotá, Editorial Temis, 1989.
- Roldán García, Elena y García Giráldez, Teresa, *Políticas de servicios sociales*, Madrid, Editorial Síntesis S.A., 2006.
- Sachs, Jeffrey, *El fin de la pobreza* (primera edición), Bogotá, Editorial Debate, 2006.
- Santa María, Mauricio (ed.), *Efectos de la Ley 100 en Salud. Propuestas de reforma*, Bogotá, Fedesarrollo, 2010.
- Superintendencia del Subsidio Familiar, *El subsidio familiar en Colombia. Compilación normativa*, Bogotá, Jurisprudencia y Doctrina, 1998.
- Uribe Uribe, Rafael, *Escritos políticos*, Bogotá, El Áncora Editores, 1984.
- Yunus, Muhammad, *Un mundo sin pobreza. Las empresas sociales y el futuro del capitalismo*, Barcelona, Editorial Paidós, 2008.
- *Empresas para todos*, Bogotá, Editorial Norma, 2010.
- Zakaria, Fareed, *El futuro de la libertad*, Bogotá, Editorial Taurus, 2003.
- *Algunas páginas web*
- <www.asocajas.org.co>
- <www.mds.gov.br/bolsafamilia>
- <www.accionsocial.gov.co>
- <<http://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/php/03.040101.html>>

Este libro se terminó de imprimir,
en octubre de 2011, en la planta industrial de Legis S.A.,
Av. Calle 26 N° 82-70 Tel. 425 5255 A.A. 98888
Bogotá, D.C. - Colombia

Actualmente dirige la Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social (CODESS) y el Centro de Pensamiento de Asocajas; dirige asimismo el área y la Especialización de Derecho Laboral y Sistema de Seguridad Social de la Universidad Católica de Colombia y es docente universitario en áreas de la seguridad social en varias universidades del país, entre ellas el Externado de Colombia, la del Rosario, la Santo Tomás, la de Manizales y la Pontificia Universidad Javeriana, así como es conferencista invitado en foros y cursos del orden americano y profesor invitado de la UBA. Es conjuce del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y miembro del Consejo Directivo de la Revista Actualidad Laboral. Se desempeña como coordinador de la subregión andina de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) y ha escrito libros y artículos especializados sobre seguridad social, entre ellos *El sistema de subsidio familiar: hacia la protección social*, *Reforma a la salud: comentarios a la Ley 1122 de 2007*, *Derecho de la protección social* y *Reforma al sistema de salud 2011*.

Los campos de los servicios sociales y de las coberturas de protección familiar son los menos divulgados y conocidos en el estudio de los sistemas de seguridad social, pero a la vez constituyen un importante frente de acción para el fortalecimiento futuro de la protección social. Ante las dificultades de cobertura de las prestaciones clásicas y la necesidad de responder eficazmente a la pobreza y atender poblaciones envejecidas, garantizar la acogida adecuada de los niños y facilitar la armonía trabajo / familia mediante prestaciones para quienes en el hogar cuidan personas en situación de dependencia por su edad o condición, los sistemas de subsidio familiar y servicios sociales se constituyen en escenarios adecuados para generar redistribución, equidad e inclusión.

Colombia es referente en estos frentes, en particular por la historia y proyección de su sistema de compensación familiar y ahora por la ejecución de programas de promoción social. Conocer sus avances y retos, compararlos con modelos de otras latitudes y proponer fórmulas orientadas a su fortalecimiento, en concordancia con el desarrollo de la seguridad social, son tareas que aborda este libro, desde una visión que promueve la integralidad y que entiende la protección social como la permanente e insaciable lucha de las sociedades por asegurar condiciones de dignidad e integración para los individuos y las familias, a partir de un piso mínimo que posibilite su libre desarrollo y a través de él, el crecimiento económico y social.



Subsidio familiar y servicios sociales en Colombia

Régimen actual y perspectivas

Juan Carlos Cortés González



Bogotá • México D.F. • Buenos Aires • Caracas • Lima • Santiago

