

EL SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR EN LA SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANA

*Gerardo Arenas Monsalve **

RESUMEN

Este documento tiene la finalidad de ofrecer un panorama general del desarrollo institucional y del marco normativo del sistema de subsidio familiar en la seguridad social colombiana, actualizado con las modificaciones introducidas por la Ley 789 de 2002 y sus reglamentaciones.

Palabras clave: marco normativo, desarrollo institucional, subsidio familiar, seguridad social.

ABSTRACT

This document provides general review of the institutional development, and the regulatory framework of the family subsidies existing in the Colombian social security system through analyzing the modifications introduced by the law 789 of 2002 and it's implementation rules.

Key words: regulatory framework, institutional development, family subsidies, social security.

Fecha de recepción: 24 de noviembre de 2003

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en derecho laboral y estudios de maestría en derecho. Profesor de seguridad social en la Universidad Nacional de Colombia y en la Pontificia Universidad Javeriana.

SUMARIO

1. EL SUBSIDIO A LAS CARGAS FAMILIARES COMO PRESTACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL
2. ANTECEDENTES DEL SISTEMA COLOMBIANO DE SUBSIDIO FAMILIAR
3. ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA
 - a. Noción legal y naturaleza jurídica
 - b. Clasificación del subsidio familiar
 - c. Características jurídicas del subsidio
 - d. Funcionamiento general del sistema
4. EMPLEADORES OBLIGADOS AL PAGO DE SUBSIDIO
5. BENEFICIARIOS DEL SUBSIDIO FAMILIAR
 - a. Trabajadores beneficiarios del subsidio familiar en dinero
 - b. Trabajadores beneficiarios del subsidio familiar en especie y servicios
 - c. Pensionados beneficiarios del subsidio familiar en especie y en servicios mediante afiliación voluntaria
 - d. Desempleados beneficiarios de servicios y subsidios especiales en la última caja a la que estuvieron afiliados
 - e. Desempleados sin vinculación anterior a las cajas beneficiarios de subsidios especiales
6. LOS PROGRAMAS Y SERVICIOS SOCIALES DE LAS CAJAS
 - a. Regulaciones generales sobre programas y servicios sociales
 - b. Los servicios de salud de las cajas de compensación
 - c. Los programas de nutrición y mercadeo
 - d. Los programas de educación y capacitación
 - e. Los programas de vivienda y el subsidio familiar de vivienda
 - f. Los programas de crédito de fomento
 - g. Los programas de recreación social
 - h. Categorías tarifarias para los servicios sociales de las cajas
7. APORTES AL SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR
 - a. El debate macroeconómico sobre los aportes parafiscales

- b. Aportes parafiscales de los empleadores
 - c. Régimen especial de exoneración de aportes parafiscales en la Ley 789 de 2002
 - d. Aportes individuales de pensionados, trabajadores independientes y desempleados
 - e. Aporte de empleadores por trabajadores adicionales
 - f. Nuevos controles a la evasión de aportes
8. RÉGIMEN LEGAL DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR
- a. Aspectos generales del régimen legal de las cajas
 - b. Normatividad sobre constitución de cajas de compensación
 - c. Funciones de las cajas de compensación
 - d. Normatividad sobre afiliaciones y desafiliaciones
 - e. Régimen ético de las cajas de compensación
 - f. Órganos de dirección de las cajas y revisoría fiscal
 - g. Presupuestos de las cajas de compensación
 - h. Régimen de autorización general a las cajas
 - i. El Fondo para el fomento del empleo y protección al desempleado
 - j. Disolución y liquidación de cajas
 - k. La caja de compensación del sector primario
9. LA SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR
- a. Contexto general de la Ley 25 de 1981 y debate constitucional
 - b. La reestructuración de la Superintendencia en el decreto 2150 de 1992
 - c. Funciones y facultades en la Ley 789 de 2002

1. EL SUBSIDIO A LAS CARGAS FAMILIARES COMO PRESTACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En los sistemas de seguridad social existentes en el mundo se ha estimado que las cargas y responsabilidades familiares, si bien no pueden considerarse propiamente una contingencia, requieren protección especial, en cuanto el cuidado de la familia es una necesidad social que implica costos significativos para los ciudadanos.

Ha surgido entonces, con distintos matices y grados de protección en las legislaciones, la prestación denominada “asignaciones familiares” que, como su nombre lo denota, consiste en asignar unos beneficios al afiliado al sistema en relación con sus cargas y responsabilidades familiares, entre las que figuran beneficios como el subsidio familiar por hijos a cargo, subsidios a la permanencia

de la madre en el hogar, subsidios alimentarios, programas sociales para la familia, etc.

En el panorama iberoamericano, desde antes de las reformas estructurales de la seguridad social de las últimas dos décadas del siglo XX, sólo tres países (Colombia, Chile y Argentina) tenían confiado el régimen de asignaciones familiares a entidades especializadas, distintas de las del sistema de seguridad social general. En Colombia, las “cajas de compensación familiar”, constituidas legalmente como corporaciones de derecho privado, han venido cumpliendo esta función de gestión en los términos establecidos por la legislación del sistema.

2. ANTECEDENTES DEL SISTEMA COLOMBIANO DE SUBSIDIO FAMILIAR

En Colombia las asignaciones familiares surgieron con el nombre de “subsidio familiar”, denominación que es, en realidad, una de las especies de la prestación general. El origen y evolución del sistema de subsidio familiar en Colombia debe mirarse dentro del contexto más amplio de las etapas de nuestro sistema de seguridad social¹.

En la fase de organización de la seguridad social, que se inicia en 1945 y va hasta 1967, se menciona el inicio del sistema de subsidio familiar, específicamente en la ley que creó el seguro social obligatorio (Ley 90 de 1946). Ese primer instrumento normativo de la seguridad social previó que el Instituto de Seguros Sociales debía organizar las cajas de compensación que atendieran los subsidios que los empleadores establecieran voluntariamente, por obligación legal o por compromiso convencional. En el origen institucional de las cajas se reconoce el liderazgo de la ANDI, que constituyó en 1954 la primera caja de compensación familiar. Pero fue hasta 1957 que el gobierno dispuso por decreto la obligatoriedad del pago del subsidio familiar y señaló los requisitos para constituir las cajas. En 1962 se produce una transformación significativa del sistema, cuando el gobierno autoriza a las cajas a crear obras de beneficio social para que su labor no estuviera limitada exclusivamente al pago de reducidos subsidios en dinero. Leyes de los años 1963 y 1966 extendieron el subsidio familiar al sector público y la afiliación regional a las cajas de compensación.

1 Para una visión más amplia de este proceso puede consultarse nuestro ensayo “Las etapas de la seguridad social en Colombia”. En la obra *El derecho del trabajo y la seguridad social. Realidad y proyecciones*. Legis, Bogotá, 1998, pág. 353 y sigs.

En el período de expansión de la seguridad social colombiana (1967-1977), se fortalece en forma significativa el conjunto de beneficios sociales de las cajas de compensación y se diversifica su actividad. También se plantea la necesidad de una vigilancia y control estatal más especializado sobre las actividades de las cajas.

El período de la seguridad social denominado de “cambios y crisis” (1977-1990), se caracteriza por el crecimiento del sistema, con algunas desviaciones administrativas de las cajas. Tras un fuerte debate entre el Estado y las entidades del sistema, se institucionalizó una importante intervención del Estado en el sistema, con la expedición de dos importantes leyes que constituyen aún los pilares del sistema: La Ley 25 de 1981 que creó la Superintendencia de Subsidio Familiar, y la Ley 21 de 1982 que reorganizó totalmente el sistema de subsidio familiar.

Finalmente, en la etapa de reformas estructurales, que se inició en 1990, el sistema de cajas de compensación ha tenido importantes desarrollos y transformaciones. De una parte, los cambios al sistema de seguridad social de la Ley 100 de 1993 no dieron especial importancia al subsidio familiar dentro de la “seguridad social integral”, pero se asignó a las cajas un papel activo en la gestión del régimen subsidiado de salud. De otro lado, se amplió el papel de las cajas en la gestión del “subsidio familiar de vivienda”. La transformación más importante del sistema en esta última fase ha sido, indudablemente, la expedición de la Ley 789 de 2002, que modifica las reglas sobre subsidio familiar y amplía el marco de acción de las cajas, dentro de la política de promoción del empleo y protección al desempleado que esta ley pretende desarrollar.

En una síntesis bien lograda, PABLO FRANKY VÁSQUEZ señala los lineamientos del sistema colombiano de asignaciones familiares que rigió durante la segunda mitad del siglo XX²:

1. Aparición en forma voluntaria por parte de los empleadores.
2. Implantación con obligatoriedad legal desde el año de 1957.
3. Estructuración como régimen de protección para los trabajadores bajo dependencia laboral y con niveles de remuneración bajos.
4. Extensión gradual que, iniciada para los empleadores del sector primario, ha ido involucrando a todo dador de empleo público o privado.

2 FRANKY VÁSQUEZ, PABLO, *Las asignaciones familiares en Colombia*. Documento ASOCAJAS, Bogotá, 1985, pág. 15.

5. Finalidades económicas y sociales para atender las cargas económicas de las clases menos favorecidas y propender al fortalecimiento de las familias.
6. Inspiración de la doctrina social católica.
7. La gestión asignada con prevalencia para las cajas de compensación familiar, como personas de derecho privado, formadas por los empleadores, sin ninguna participación inicial de los trabajadores y con independencia del régimen del seguro social obligatorio.
8. La compensación inicial correspondía a un sistema de reparto simple en subsidio monetario, que evolucionó favorablemente mediante acciones complementarias, hacia nuevas formas.
9. Inicialmente propuesto en favor de los hijos menores, como únicos beneficiarios, ha ido extendiéndose hacia otros miembros de la unidad familiar.
10. Mayor control del Estado a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y, a partir de 1981, específicamente a través de la Superintendencia del Subsidio Familiar.
11. Creciente participación del sector laboral, hasta alcanzar la paridad en los órganos de dirección de las cajas en el año de 1984.

A esta lista habría que añadir las características del sistema que se desprenden de las transformaciones estructurales e institucionales a partir de los años noventa y en particular a partir de la Ley 789 de 2002:

1. Desplazamiento de una labor centrada en el sector asalariado formal, hacia una combinación con la apertura a los sectores más pobres de la sociedad, principalmente a través de la gestión de salud subsidiada.
2. Proyección de su actividad hacia los sectores desempleados de la sociedad y hacia actividades de generación de empleo.
3. Fortalecimiento financiero y social con la posibilidad de invertir en el sector financiero y en el sector de la seguridad social, entre otros.
4. Unificación de las cuotas monetarias de subsidio familiar que pagan las cajas.

3. ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA

a. Noción legal y naturaleza jurídica

La ley define el subsidio familiar como

“una prestación social pagadera en dinero, en especie y en 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” (Ley 21 de 1982, art. 1°).

Acerca de su naturaleza jurídica, la Corte Constitucional (Sentencia C-508 de 1997) ha señalado estos elementos:

- Es “una prestación propia del régimen de seguridad social”.
- Es también “un mecanismo de redistribución del ingreso”.
- Constituye “una prestación social legal, de carácter laboral”. Por eso para el empleador es una obligación social que la ley le impone y se deriva del vínculo laboral.
- Desde el punto de vista de la prestación misma, “es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores”, de modo que su debida prestación compromete el interés general de la sociedad.

b. Clasificación del subsidio familiar

El subsidio familiar se clasifica en tres modalidades: en dinero, en especie y en servicios. Las principales reglas jurídicas al respecto (Ley 21/1982, art. 5°) son las siguientes:

1. *Subsidio en dinero* es “la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la prestación”.
2. *Subsidio en especie* es “el reconocimiento de alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación...”. La reglamentación determinó que el

subsidio en especie podrá consistir en suministros de: medicamentos y aparatos de ortopedia cuando no sean suministrados por otra entidad de seguridad social; ajuares para recién nacidos; leche y alimentos enriquecidos; textos y útiles escolares; becas y créditos educativos; elementos de educación y preparación para el matrimonio; boletos de viaje; elementos de recreación; servicios y elementos funerarios, etc. (decreto 784/1989, art. 16). Tanto en la reglamentación como en la doctrina de la Superintendencia de Subsidio se establece que los subsidios en especie deben brindarse en forma general y en igualdad de condiciones para los beneficiarios.

3. *Subsidio en servicios* es “aquél que se reconoce a través de la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar...”.

c. Características jurídicas del subsidio

El subsidio familiar en Colombia tiene las siguientes características jurídicas:

1. *El subsidio familiar no constituye salario*. En cuanto prestación social, el subsidio familiar no es salario ni se computa como tal en ningún caso, por expreso señalamiento de la ley (Ley 21/1982, art. 2°).
2. *El subsidio familiar es inembargable*. La ley consagra la inembargabilidad del subsidio familiar, pero establece las siguientes excepciones: procesos de alimentos y ejecuciones adelantadas por entidades públicas, cooperativas y cajas de compensación por incumplimiento de créditos en adjudicación de vivienda (L. 21/1982, art. 4°).
3. *El subsidio familiar sigue las reglas generales de la ley laboral sobre prescripción, pero tiene norma específica sobre caducidad de la cuota mensual de subsidio*. La Ley 21/1982 (art. 6°) establece que las acciones correspondientes al subsidio familiar prescriben en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, en el término de tres (3) años desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible (C.S.T., art. 488). Pero “el derecho a la cuota correspondiente de un mes determinado, caduca al vencimiento del mes subsiguiente” si los trabajadores beneficiarios no aportaron las pruebas de su derecho y el empleador ha pagado oportunamente los aportes de ley.
4. *Las cajas de compensación familiar tienen un régimen de afiliación obligatoria de empleadores para el derecho al subsidio de sus trabajadores, y también un*

régimen 1de afiliación voluntaria para expansión de cobertura de servicios sociales. La afiliación obligatoria de empleadores, para el pago de subsidio familiar a sus trabajadores constituye la modalidad tradicional de afiliación a las cajas y se rige por la Ley 21 de 1982, aunque el régimen del subsidio familiar en dinero fue modificado por la Ley 789 de 2002 (art. 3°). El régimen de afiliación voluntaria para expandir la cobertura de servicios sociales fue creado por la Ley 789 de 2002 y está dirigido principalmente a los trabajadores independientes y a los trabajadores dependientes que pierdan su empleo y decidan continuar vinculados a la entidad.

5. *Las cajas de compensación familiar tienen funciones de apoyo al empleo y protección al desempleo.* A partir de la Ley 789 de 2002, las cajas de compensación tienen importantes funciones de apoyo al empleo y protección al desempleo. Al efecto les corresponde administrar un fondo “para apoyar al empleo y para la protección del desempleado” (art. 6°). Les corresponde también “realizar operaciones de crédito para la microempresa y la pequeña y mediana empresa, con el objeto de promover la creación de empleo adicional” (art. 7°). La ley ordena a las cajas desarrollar programas para desempleados con vinculación anterior a las cajas (arts. 9 y 10) y establecer un régimen de apoyo a desempleados sin esa vinculación (art. 11).
6. *Las cajas de compensación deben pagar el subsidio en dinero en función de cada una de las personas a cargo y mediante el régimen unificado que establezca el gobierno.* Hasta antes de la Ley 789, el subsidio en dinero que pagaba cada caja de compensación era diferencial en función de su nivel de recaudos. Con la Ley 789 se facultó al gobierno para fijar los términos y condiciones a que debe sujetarse la cuota monetaria respectiva, de conformidad con los principios de sana compendia, solidaridad, equidad, gradualidad, integralidad y solidaridad de la ciudad con el campo (arts. 4° y 5°).

d. Funcionamiento general del sistema

Antes de revisar el régimen normativo del sistema, conviene ofrecer un panorama general del funcionamiento del mismo.

Todos los empleadores, tanto del sector público como del sector privado están obligados a efectuar aportes para el subsidio familiar en el porcentaje legalmente establecido sobre la nómina mensual de salarios. Los aportes al subsidio familiar se efectúan simultáneamente con los aportes para la formación profesional y para el bienestar familiar (ICBF). Estos aportes en conjunto se denominan “aportes parafiscales”.

El pago del subsidio se hace mediante la afiliación a una caja de compensación familiar. Las cajas tienen la obligación de aceptar a todo empleador que solicite afiliación. La calidad de afiliado se suspende para el empleador por mora en el pago de los aportes, y se pierde por causas graves señaladas en la ley.

En principio el sistema tiene prohibido el pago directo del subsidio. Su embargo, en ausencia de afiliación a caja de compensación, la ley presume que la suma debida corresponde al doble de la cuota de subsidio en dinero.

Las cajas de compensación pagan el subsidio en dinero a los trabajadores por las personas a cargo respecto de las cuales se cumplan los requisitos legales respectivos. En cuanto al subsidio familiar en especie y en servicios, el acceso de los trabajadores de los empleadores afiliados es más amplio; la legislación sobre vivienda de interés social ha ampliado las funciones de las cajas en esta materia; además, en la reciente normatividad (Ley 789/2002) se establece la obligación de las cajas de ofrecer servicios y apoyos a los desempleados y se crea un régimen de afiliación voluntaria con acceso a los servicios y programas sociales de las cajas.

Las cajas de compensación tienen un complejo régimen legal, contenido en la Ley 21 de 1982 y sus reglamentaciones. La Ley 789 de 2002 introdujo importantes modificaciones al régimen de organización y funcionamiento de las cajas.

Finalmente, el control estatal del sistema es amplio y se ejerce principalmente a través de la Superintendencia de Subsidio Familiar, creada por la Ley 25 de 1981. La reciente normatividad (Ley 789 de 2002) también introdujo modificaciones en las funciones y facultades de la Superintendencia y amplió el régimen de autorizaciones generales a las cajas.

4. EMPLEADORES OBLIGADOS AL PAGO DE SUBSIDIO

La Ley 21 de 1982 señala que los empleadores de los sectores público y privado están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes a la formación profesional (art. 7°). En general es empleador toda persona natural o jurídica que tenga trabajadores a su servicio (art. 14). Los empleadores obligados al pago de aportes para el subsidio familiar “deberán hacerlo por conducto de una caja de compensación familiar” (art. 15).

- En el sector privado, están obligados a aportar para el subsidio familiar y el SENA “los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes” (art. 7° numeral 4°).

- En el sector público, pagan aportes para el subsidio familiar las entidades del sector central y descentralizado, tanto del nivel nacional como del nivel territorial. En el sector central de la administración —tanto nacional como territorial— además de los aportes al subsidio familiar y SENA, las entidades deben aportar para la ESAP e institutos técnicos (art. 7° y 8°)³.

5. BENEFICIARIOS DEL SUBSIDIO FAMILIAR

De conformidad con las normas básicas de la Ley 21 de 1982 y con el nuevo régimen de la Ley 789 de 2002, los beneficiarios del subsidio familiar pueden clasificarse así:

a. Trabajadores beneficiarios del subsidio familiar en dinero

Las normas originales de la Ley 21 de 1982 sobre el subsidio en dinero fueron subrogadas por la Ley 789 de 2002 (art. 3°) que señaló nuevas reglas sobre el “régimen del subsidio familiar en dinero”. De conformidad con esta nueva regulación, 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, y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a) no superen seis (6) salarios mínimos. Se establecen además las siguientes reglas para tener derecho al subsidio en dinero:

- El trabajador beneficiario debe laborar una jornada no inferior a 96 horas al mes, lo que equivale a una jornada promedio diaria mínima de 4 horas.
- Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, no podrá recibir doble subsidio. En ese caso, el subsidio lo paga la caja a la que esté afiliado el empleador de quien el trabajador reciba la mayor remuneración; y si éstas fueren iguales, lo paga la caja que elija el trabajador.
- Los períodos de vacaciones, descansos o permisos y los períodos de incapacidad dan derecho al pago del subsidio familiar en dinero.
- Pueden cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos, el padre o la madre cuyas remuneraciones no excedan cuatro (4) salarios mínimos.

3 Las denominaciones de las entidades públicas que utiliza la Ley 21 de 1982 debe entenderse modificada por la Constitución de 1991 y las normas sobre estructura de la administración pública de la Ley 489.

La Ley 789 estableció también la lista de personas a cargo de los beneficiarios que dan derecho a subsidio familiar en dinero (art. 3°, par. 1°):

- Los hijos hasta los 18 años (incluidos los hijastros). A partir de los 12 años se debe acreditar escolaridad.
- Los hermanos hasta 18 años, con estos requisitos: 1. que sean huérfanos de padres; 2. que convivan y dependan económicamente del trabajador; y 3. que demuestren escolaridad.
- Los padres mayores de 60 años, con estos requisitos: 1. que ninguno reciba salario, renta o pensión; 2. que ningún otro hijo esté cobrando subsidio por ellos; y 3. que dependan económicamente del trabajador.
- Los padres, hermanos huérfanos e hijos que sean inválidos, con capacidad física disminuida, que se encuentran a cargo del trabajador y que convivan con él. Las personas en estas condiciones causan doble subsidio sin límite de edad.

La Ley 789 modificó también las reglas anteriores respecto de los beneficios en dinero que pagan las cajas de compensación en caso de muerte. La misma norma (art. 3°) establece las siguientes reglas al respecto:

- En caso de muerte de una persona a cargo por la cual se estaba recibiendo subsidio en dinero, la caja pagará un subsidio extraordinario por el mes en que ocurra, equivalente a 12 mensualidades del subsidio en dinero.
- En caso de muerte de un trabajador beneficiario, la caja 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.

b. Trabajadores beneficiarios del subsidio familiar en especie y servicios

La Ley 789 (art. 3°, par. 2°) señala quiénes son los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar en especie y en servicios:

- Los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable, no sobrepase los 4 salarios mínimos legales mensuales, incluyendo el (la) cónyuge del trabajador.

- Las personas a cargo que dan derecho al subsidio en dinero. Para estas personas, los Consejos Directivos de las cajas deben fijar las tarifas y montos subsidiados, en forma inversamente proporcional al salario del trabajador.

c. Pensionados beneficiarios del subsidio familiar en especie y en servicios mediante afiliación voluntaria

Esta modalidad de afiliación a las cajas de compensación familiar fue establecida en la Ley 71 de 1988 (art. 6°) y no fue objeto de modificación en la Ley 789 de 2002. Consiste en la posibilidad que tienen los pensionados de cualquier orden o entidad, de solicitar a una caja de compensación “los servicios a que tienen derecho los trabajadores activos”. El gobierno quedó facultado para reglamentar la cotización, sin que ésta pueda exceder el 2% de la respectiva mesada. En todo caso, los pensionados que se acojan a este beneficio no recibirán subsidio en dinero.

Una excepción a esta regla fue establecida en la Ley 789 (art. 9°, par. 2°): los trabajadores que acrediten 25 años o más en el sistema de subsidio 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”.

d. Desempleados beneficiarios de servicios y subsidios especiales en la última caja a la que estuvieron afiliados

La Ley 789 contempla las siguientes situaciones respecto de los desempleados que tuvieron vinculación anterior a una caja de compensación:

1. El desempleado con vinculación anterior a cajas de compensación familiar tiene derecho “a los programas de educación, capacitación, recreación y turismo social, en las mismas condiciones que tenía como afiliados al momento de su retiro, durante un año a partir de su acreditación como desempleado y en la última caja en la que estuvo afiliado”. Sus beneficiarios gozan de estos mismos derechos (art. 9°).
2. Los jefes de hogar desempleados “luego de haber estado vinculados al sistema de cajas de compensación no menos de un año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo”, tienen derecho, por una sola vez y mientras haya recursos en el “fondo para la promoción del empleo y protección del desempleo”

(que debe crear cada caja, conforme a las reglas del art. 6° de la Ley 789) a los siguientes beneficios (art. 10°):

- Un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo mensual, que se dividirá y otorgará en 6 cuotas mensuales iguales. El beneficiario elegirá hacerlas efectivas para: aportes al sistema de salud; o bonos alimenticios y/o de educación.
- Capacitación para el proceso de reinserción laboral.

La reglamentación (decreto 2340 de 2003) dispone que los jefes cabeza de hogar desempleados que hayan estado vinculados a una caja y aspiren a los beneficios del artículo 10° de la Ley 789 deben acreditar: que carecen de un ingreso económico; que están disponibles para trabajar en forma inmediata; que desarrollan “conductas activas de búsqueda de empleo; que están inscritos en el sistema nacional de registro laboral (cuando esté en funcionamiento); que participan en los programas de inserción laboral en la respectiva caja; y que son jefes cabeza de hogar. Además, deben diligenciar el formulario respectivo (art. 12).

También prevé la reglamentación las causales de terminación o pérdida de los beneficios o subsidios: obtención de un nuevo empleo; reincorporación al trabajo; rechazo de “una oferta de colocación adecuada a su formación académica”; recepción de otra remuneración por trabajo; condena penal con privación de libertad; empleados que sean objeto de planes de retiro; y fallecimiento del trabajador (art. 16).

e. Desempleados sin vinculación anterior a las cajas beneficiarios de subsidios especiales

Los jefes cabeza de hogar sin vinculación anterior a cajas de compensación tienen derecho a acceder al “régimen de apoyo y fomento al empleo” que se concretará también en un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual que sigue las mismas reglas del que se ha descrito en el punto anterior. Tienen especial prioridad “los artistas, escritores y deportistas”, y se requiere acreditar “falta de capacidad de pago”. Este subsidio deberá ser reglamentado por el gobierno (art. 11).

De conformidad con la reglamentación (decreto 2340 de 2003), los interesados en acceder a estos subsidios deberán acreditar: que carecen de un ingreso económico; que se encuentran disponibles para trabajar en forma inmediata; que realizan

“conductas activas de búsqueda de empleo”; que no son beneficiarios del régimen de subsidios al desempleo que administra el Ministerio de la Protección Social; que están inscritos en el “sistema nacional de registro laboral” cuando esté en funcionamiento; y que tienen la condición de jefe cabeza de hogar desempleado. Además, se debe diligenciar un formulario previsto en la misma reglamentación. Si el jefe cabeza de hogar es “artista, escritor o deportista” debe presentar la certificación respectiva, a fin de que la caja conceda prioridad a estas solicitudes (art. 13).

La misma reglamentación contempla las causales de terminación de los beneficios o subsidios: son las mismas que se describen en el literal anterior (D. 2340/03, art. 16).

6. LOS PROGRAMAS Y SERVICIOS SOCIALES DE LAS CAJAS

Como se ha explicado al analizar la evolución del sistema de subsidio familiar en Colombia, los programas y servicios sociales de las cajas de compensación constituyen la mayor proyección de estas entidades en la sociedad.

a. Regulaciones generales sobre programas y servicios sociales

La Ley 21 de 1982 fijó los criterios generales que rigen la organización, administración y tarifas de las obras y programas sociales de las cajas de compensación familiar:

- Las cajas emprenden las obras y programas sociales “con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie” (art. 62).
- Estas actividades pueden ser organizadas conjuntamente por varias cajas “con el fin de lograr una mejor y más económica atención a los trabajadores beneficiarios y las personas a su cargo” (art. 61).
- Las obras y programas sociales se realizan “exclusivamente en los campos y en el orden de prioridades que a continuación se señala” (art. 62):
 1. Salud
 2. Nutrición y mercadeo de productos básicos

3. Educación
 4. Vivienda
 5. Crédito de fomento
 6. Recreación social
 7. Mercadeo de otros productos
- El orden de prioridades debe ser tenido en cuenta por la Superintendencia de Subsidio Familiar para aprobar o improbar las obras y programas sociales de las cajas de compensación (art. 63).
 - Los consejos directivos de las cajas están facultados para “fijar tarifas diferenciales progresivas, teniendo en cuenta los niveles de remuneración de los trabajadores beneficiarios... de tal manera que las tarifas sean más bajas para aquellos trabajadores que reciban los menores ingresos”. Los servicios que se presten a personas distintas de los beneficiarios de los subsidios no serán subsidiados y se deben determinar según sus costos reales (art. 64).

El decreto 784 de 1989 reglamenta estas regulaciones generales, en especial los criterios para el establecimiento de los programas sociales (art. 19) y el objeto de los mismos (art. 13). Las categorías tarifarias vigente para los servicios sociales de las cajas fueron establecidas en el decreto 827 de 2003 (art. 5°).

b. Los servicios de salud de las cajas de compensación

La primera de las prioridades que la Ley 21 de 1982 asigna a los programas sociales de las cajas de compensación la constituyen los servicios de salud. La trascendencia constitucional de la salud puede analizarse examinando los artículos 44, 46, 47, 48, 49, 50, 336, 356 y 366 de la Constitución de 1991, así como también la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la salud como derecho fundamental.

No obstante, la manera como la legislación ha estructurado los servicios de salud dentro del sistema de subsidio familiar ha sido objeto de una importante evolución que se puede sintetizar así:

- En la Ley 21 de 1982 (y en la reglamentación del D. 784/1989) las cajas de compensación estaban facultadas para prestar servicios de salud a los beneficiarios de los trabajadores del sector privado afiliados al Seguro Social, para suplir así la deficiente cobertura familiar del seguro de salud.

- A partir de la Ley 100 de 1993, que organiza la seguridad social integral y dentro de ella el sistema general de seguridad social en salud, surge un nuevo panorama normativo e institucional de la salud. La Ley 100 crea un régimen contributivo y un régimen subsidiado, cada uno con distintos destinatarios. Dado que los afiliados al régimen contributivo, que se presta ahora a través de las EPS, son principalmente los trabajadores de los sectores público y privado, y que el sistema se estableció con cobertura familiar, los servicios de salud de las cajas tuvieron una total reorientación, principalmente hacia la gestión del régimen subsidiado y también hacia la posibilidad de constituir EPS.

En este nuevo escenario institucional, la Ley 100 de 1993 previó que las cajas de compensación tienen las siguientes posibilidades respecto al sistema de salud:

- Dentro del régimen contributivo, las cajas pueden actuar a través de la modalidad de EPS prevista en la Ley 100 (art. 181, c): Pueden ser entidades promotoras de salud “las entidades que por efecto de la asociación o convenio entre las cajas de compensación familiar o la existencia previa de un programa especial patrocinado individualmente por ellas, se constituya para tal fin”.
- En el régimen subsidiado está previsto que las cajas de compensación deben destinar el 5% de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en salud, aunque se prevé que algunas cajas deban destinar el 10%, según el cociente de recaudo. Las cajas pueden administrar directamente esos recursos, si cumplen los requisitos legales, o de lo contrario debe girarlos a la subcuenta de solidaridad del fondo de solidaridad y garantía (art. 217).

Con la expedición de la Ley 789 de 2002, se amplían las funciones de las cajas de compensación familiar. Quedaron facultadas para “invertir en los regímenes de salud, riesgos profesionales y pensiones”. Específicamente materia de salud se dispuso lo siguiente (art. 16, num. 2°):

- Las cajas que estén habilitadas “para realizar aseguramiento y prestación de servicios de salud”, continúan facultadas para el efecto “en forma individual y/o conjunta, de manera opcional para la caja”.
- Las cajas que no administren directamente los recursos del régimen subsidiado conforme al artículo 270 de la Ley 100, deben girarlos según 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 garantía”.

c. Los programas de nutrición y mercadeo

La Ley 21 de 1982 previó que la segunda prioridad de las obras y programas sociales de las cajas de compensación familiar la constituyen los “*programas de nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros que compongan la canasta familiar*”. Y señala en último lugar dentro de los programas de las cajas el “*mercadeo de productos diferentes*” (art. 62). La trascendencia social de esta actividad, respecto de los productos alimenticios, puede examinarse en el actual modelo constitucional con el establecimiento del principio según el cual la producción de alimentos goza de especial protección del Estado (Constitución Política, art. 65).

Con respecto a los servicios sociales de nutrición y mercadeo la reglamentación establece que tales programas deben estar orientados a las siguientes finalidades principales: mejorar la dieta alimentaria; aprovechar las épocas de cosecha y abundancia para expandir su distribución; estimular y desarrollar la producción de pequeños agricultores y cooperativas; contribuir a la capacidad adquisitiva con precios bajos, medidas exactas y buena calidad; establecer programas de educación alimentaria; etc. (D. 784/89, art. 24).

Sobre la ubicación de los establecimientos de mercadeo en general, la reglamentación establece que

“estarán ubicados en sitios geográficos de fácil acceso por medios masivos de transporte y en zonas de vivienda correspondientes a la población con medianos y bajos ingresos” (D. 784/89, art. 25).

La Ley 789 de 2002 (art. 16, num. 2º, inciso final) se ocupó también de fijar nuevas reglas respecto del papel de las cajas de compensación en las actividades de mercadeo, en los siguientes términos:

“Las cajas de compensación que realicen actividades de mercadeo social en forma directa, sin perjuicio de los convenios de concesiones (sic), 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”.

La referencia al numeral décimo es equivocada, pues el que se ocupa del tema es el numeral 12 que adiciona la siguiente función de las cajas:

“Realizar actividades de mercadeo, incluyendo la administración de farmacias. Las cajas que realicen actividades diferentes en 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 de los recursos

provenientes de los aportes parafiscales o de cualquier otra unidad o negocio de la caja de compensación familiar”.

La Ley 789 insiste también en la administración de programas nutricionales: las cajas deben desarrollar “atención de la tercera edad y programas de nutrición materno-infantil”, actividades que “podrán continuar operando con el sistema de subsidio a la oferta” (art. 16, num. 5°).

d. Los programas de educación y capacitación

La tercera prioridad de la Ley 21/1982 en programas y servicios sociales de las cajas de compensación es la “*educación integral y continuada, capacitación y servicios de biblioteca*” (art. 62). También la Constitución Política se ocupa de destacar la trascendencia social de esta actividad y sus marcos institucionales (artículos 41, 67, 68 y 69).

Los programas educativos de las cajas de compensación deben estar orientados hacia estas finalidades: ofrecer educación integral y capacitación a los trabajadores y sus familias; establecer servicios de biblioteca; auspiciar becas y cursos; organizar eventos científicos y culturales; etc. (decreto 784/89, art. 26).

La ley general de educación (Ley 115 de 1994), reguló así los servicios educativos de las cajas de compensación:

“Las cajas de compensación familiar tendrán la obligación de contar con programas de educación básica y educación media en forma directa o contratada. En estos programas participarán prioritariamente los hijos de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar” (art. 190).

El decreto 1902 de 1994, en desarrollo de los criterios de la Ley 115, reglamenta los programas de educación de las cajas de compensación. En dicha reglamentación se insiste en el carácter prioritario del acceso a tales programas de los hijos de los trabajadores beneficiarios.

La Ley 789 de 2002 conserva dentro de las funciones de las cajas de compensación, mediante el sistema de subsidio a la oferta, las actividades educativas y de capacitación: las cajas continúan facultadas para “administrar, a través de los programas que a ellas corresponda” actividades de “cultura, museos, bibliotecas y teatros”. También para establecer “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” (art. 16, num. 5°). En estos aspectos,

la ley amplía las funciones respecto de los jardines sociales y también en relación con la atención integral de la niñez y la jornada escolar complementaria, en la siguiente forma:

- Respecto de los “jardines sociales de atención integral a niños y niñas de 0 a 6 años”, las cajas pueden administrar los que sean “propiedad de entidades territoriales públicas o privadas (sic)”, y pueden “atender niños cuyas familias no estén afiliadas a la caja respectiva”. Se faculta al ICBF. para definir los estándares de calidad que deben cumplir esos jardines. Para la administración de jardines de propiedad de entes territoriales se requiere convenio tripartito entre la caja, el ICBF y el ejecutivo del ente territorial (art. 16, num. 6°).
- En relación con la atención integral de la niñez y la jornada escolar complementaria, la ley crea un fondo para el efecto y señala los recursos que pueden destinar las cajas para esa finalidad (art. 16, num. 8°).

e. Los programas de vivienda y el subsidio familiar de vivienda

En el orden de prioridades de los programas y servicios sociales de las cajas de compensación, el cuarto lugar corresponde a las obras y programas de vivienda (Ley 21 de 1982, art. 62). No obstante, por la trascendencia económica y social de esta actividad, los planes gubernamentales y el desarrollo normativo han dado a los programas de vivienda y al “subsidio familiar de vivienda” un papel fundamental, en desarrollo del derecho constitucional a la “vivienda digna” (Constitución Política, art. 51).

En la estructura normativa de la ley de subsidio familiar, la actividad de vivienda tuvo un marco de acción amplio y flexible. La Ley 21 de 1982 estableció al respecto:

“Las cajas de compensación familiar podrán convenir con otras cajas, empleadores, sindicatos, y organismos especializados públicos o privados, la realización de planes de construcción, financiación y mejora de vivienda para los trabajadores beneficiarios”

(art. 65). Señaló también que para estos fines las cajas podían constituir asociaciones mutualistas y cooperativas, así como conceder préstamos a los trabajadores beneficiarios (art. 66).

La legislación social y económica posterior ha dado especial importancia a los mecanismos de financiación de vivienda para los trabajadores, y ha ampliado las posibilidades de acción de las cajas de compensación en esta materia.

- La Ley 9ª de 1989 estableció la noción de “vivienda de interés social”, la que luego fue subrogada por la Ley 388 de 1997.
- La Ley 49 de 1990 estableció la obligación de las cajas de compensación familiar de constituir un fondo para el subsidio familiar de vivienda para los afiliados a la propia caja, a otras cajas de compensación o a los no afiliados a cajas que tengan bajos ingresos. Esa misma ley fijó las reglas para el financiamiento del mencionado fondo.
- La Ley 3ª de 1991 creó con un criterio más amplio dentro de la política social el subsidio familiar de vivienda, en los siguientes términos:

“Establécese 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 facilitarle una solución de vivienda de interés social, sin cargo de restitución, siempre que el beneficiario cumpla con las condiciones que establece esta ley”.

La norma agrega que el gobierno determina la cuantía del subsidio de acuerdo con los recursos disponibles, el valor final de las soluciones de vivienda y las condiciones de los beneficiarios (art. 6º). El decreto 706 de 1995 reglamenta la ley y establece el procedimiento de acceso al subsidio. La administración del subsidio y la fijación de normas y políticas respecto del mismo se asignó al Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, INURBE. Esa misma reglamentación dispuso los criterios con respecto a la cuantía y demás requisitos del subsidio familiar de vivienda para los beneficiarios de las cajas de compensación familiar.

- 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.

En síntesis, como lo ha señalado una doctrina de la Superintendencia del Subsidio Familiar

“las cajas de compensación familiar bien pueden desarrollar programas de vivienda en virtud del Fondo de Vivienda de Interés Social —FOVIS— (que puede ser constituido por mandato legal o por iniciativa de la misma) y de otro lado están facultadas legalmente para organizar y administrar los servicios sociales de vivienda, bien sea suministrando vivienda o facilitando el acceso a soluciones de vivienda, en condiciones de dignidad, salubridad y decoro para los afiliados y sus familias; mejorando las soluciones de vivienda

en función del ingreso y estatus de los mismos, o bien otorgando créditos para la adquisición y mejora de la vivienda...” (Concepto 3739 de 1998)⁴.

En este contexto, la Ley 789 de 2002 conserva y amplía las prioridades que deben dar las cajas de compensación a los programas de vivienda. Así se desprende de las siguientes regulaciones:

- En la norma que faculta a las cajas para participar, asociarse e invertir en el sistema financiero, establece específicamente lo siguiente:

“Las cajas, cuando se trate de préstamos para la adquisición de vivienda, podrán invertir, participar o asociarse para la creación de sociedades diferentes de establecimientos de crédito, cuando quiera que tales entidades adquieran el permiso de la Superintendencia Bancaria para la realización de operaciones de mutuo” (art. 16, num. 3°).

- Las cajas, de manera general, pueden continuar operando, con el sistema de subsidios a la oferta, entre otros, los programas de “vivienda de interés social” (art. 16, num. 5°).
- Dentro de las funciones de las cajas, se les ordena específicamente, mantener para el Fondo de Vivienda de Interés Social, los mismos porcentajes establecidos en la ley hasta el año 2006 (art. 16, num. 7°).

f. Los programas de crédito de fomento

En la Ley 21 de 1982 se establece en el quinto lugar de las prioridades de los programas y servicios sociales de las cajas de compensación el “*crédito de fomento para industrias familiares*”.

La reglamentación de este aspecto de la actividad de las cajas de compensación señala como prioridades el crédito para establecer pequeñas industrias de modistería, mecánica y similares; el fomento a la industria agropecuaria, y la adquisición de semillas, abonos e insumos; el crédito para adquisición y reposición de máquinas y equipos de industrias familiares o para el ejercicio profesional o técnico; el fomento de microempresas, empresas asociativas, cooperativas, etc. (decreto 784/89, art. 28).

⁴ En la obra *El subsidio familiar en Colombia*. Compilación normativa. Superintendencia del Subsidio Familiar, Bogotá, 1998.

La Ley 789 de 2002 concede especial importancia a los programas de crédito de fomento de las cajas de compensación familiar, como puede deducirse de estas regulaciones normativas:

- Las cajas de compensación familiar, con cargo a los recursos que les corresponde administrar del fondo para apoyo al empleo y protección al desempleo que fue creado por esa misma ley, “deberán realizar operaciones de crédito para la microempresa y la pequeña y mediana empresa, con el objeto de promover la creación de empleo adicional”. La norma establece que las cajas deben otorgar un beneficio a una parte del crédito, que será no reembolsable, equivalente a la totalidad de las cotizaciones a la seguridad social (salud, pensiones y riesgos profesionales) de los nuevos trabajadores por 4 meses, siempre que el empleador mantenga la relación laboral de esos trabajadores durante un período adicional igual al del subsidio. Para ser beneficiarias del crédito, las pequeñas empresas deben cumplir estas condiciones: 1) No tener deudas por aportes parafiscales y de seguridad social; 2) Que los trabajadores adicionales sean jefes cabeza de hogar vinculados a la caja dentro del año anterior a quedar desempleados; 3) Que las pequeñas empresas beneficiarias del crédito estén vinculadas a la caja; 4) Que los trabajadores adicionales devenguen hasta 3 salarios mínimos; y 5) Que la empresa no sea beneficiaria del subsidio al empleo que administra el Ministerio de Protección Social (art. 7°). Las cajas deben “administrar directamente o a través de convenios o alianzas estratégicas el programa de microcrédito para la pequeña y mediana empresa y la microempresa” (art. 16, num. 11).
- Las cajas de compensación quedaron facultadas para “participar, asociarse e invertir en el sistema financiero a través de entidades financieras cuya actividad principal “sea la operación de microcrédito”, según reglas que debe definir el gobierno (art. 16, num. 3°).
- También podrán las cajas, “con el propósito de estimular el ahorro y desarrollar sus objetivos sociales”, desarrollar las siguientes actividades: “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” (art. 16, num. 3° inciso final).
- Finalmente, el gobierno reglamentará los eventos en los cuales las cajas pueden constituir e invertir en fondos de capital de riesgo o cualquier otro instrumento financiero “para el emprendimiento (sic) de microcrédito”. Para estos fines, las cajas pueden asociarse e incluso “vincular como accionistas a los trabajadores afiliados al sistema de compensación” (art. 16, num. 13).

g. Los programas de recreación social

El sexto lugar en las prioridades de los programas y servicios sociales de las cajas de compensación familiar está asignado, en la Ley 21 de 1982, a la “recreación social”. El fundamento constitucional de la recreación, el deporte y el aprovechamiento del tiempo libre está plasmado en el artículo 52 de la Constitución de 1991.

Los servicios de recreación social de las cajas de compensación familiar tienen las siguientes finalidades: prestar servicios de recreación y turismo social; facilitar el descanso y esparcimiento de los trabajadores afiliados “de manera que se repongan de la fatiga y el cansancio resultante de la actividad laboral”; inducir a los trabajadores y sus familias a la práctica del deporte y la sana utilización del tiempo libre; facilitar la participación en eventos deportivos, programas de recreación, excursiones, etc. (D. 784/1989, art. 29).

La Ley del deporte (Ley 181 de 1985) establece los criterios de política social y la regulación general de la actividad deportiva. Entre otros aspectos, establece que es función de todas las instituciones públicas y privadas la promoción y ejecución de actividades recreativas, y señala expresamente que “la mayor responsabilidad en el campo de la recreación corresponde al Estado y a las cajas de compensación familiar” (art. 6°).

En la Ley 789 de 2002 se establece que las cajas de compensación pueden continuar realizando programas con el sistema de subsidios a la oferta, entre los cuales se mencionan las actividades de “recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales” (art. 16, num. 5°).

h. Categorías tarifarias para los servicios sociales de las cajas

El decreto reglamentario 827 de 2003 estableció las siguientes categorías tarifarias para los servicios sociales de las cajas de compensación con base en el nivel salarial (arts. 5° a 9°):

- *Categoría A:* trabajadores hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Pueden acceder a las tarifas de esta categoría los pensionados que hayan acreditado 25 años de afiliación al sistema de cajas y que tienen derecho a los programas de capacitación, recreación y turismo social (Ley 789, art. 9°, par. 2°).

- *Categoría B*: trabajadores de más de dos y hasta cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes. Las cajas deben incluir en esta categoría a los trabajadores y sus personas a cargo, respecto de los cuales hay exoneración de aportes parafiscales y sus empleadores decidan facilitar su acceso a los servicios sociales de la caja mediante un aporte especial⁵. También deben ser incluidos en esta categoría a los trabajadores independientes y sus personas a cargo que cancelen los aportes individuales previstos para acceder a los servicios sociales⁶. Igualmente los desempleados y sus personas a cargo que realicen los aportes especiales previstos para acceder a los servicios sociales⁷.
- *Categoría C*: más de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes. En esta categoría, la caja puede establecer tarifas diferenciales no subsidiadas de acuerdo al nivel de ingresos familiares.
- *Categoría D*: particulares no afiliados a la caja de compensación.

7. APORTES AL SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR

El sistema de subsidio familiar se financia con un régimen de aportes de naturaleza parafiscal. Los aportes con destino al subsidio familiar se pagan junto con los aportes institucionales que los empleadores deben efectuar con destino a la educación técnica y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; esos tres aportes se conocen en la legislación colombiana con el nombre genérico de “*aportes parafiscales*” para distinguirlos de los “aportes a la seguridad social” que hacen referencia a las cotizaciones a los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales.

a. El debate macroeconómico sobre los aportes parafiscales

Los aportes parafiscales y su justificación en la política macroeconómica del Estado colombiano han sido objeto de importantes debates. De una parte, han sido considerados como el desarrollo del principio de solidaridad en la financiación, que es nota característica de la moderna seguridad social. De otro lado, se discute si la existencia de estos aportes afecta las posibilidades de creación de empleo, al punto que muchos analistas económicos los denominan “impuestos a la nómina”.

5 Véase la descripción de esta categoría de trabajadores en el punto 7 d de este documento,

6 Véase la descripción de esta categoría en el punto 7 c de este documento.

7 Véase la descripción de esta categoría en el mismo punto 7 c de este documento.

En el año 1986 el Informe de la Misión de Empleo, conocido como “Informe Chenery” se expresaba así sobre el particular:

“Los impuestos a la nómina destinados a la seguridad social tienen un efecto desfavorable sobre el empleo, ya que elevan el costo de la mano de obra y, por lo tanto, hacen más atractiva una mayor mecanización de los procesos productivos y castigan a los sectores más intensivos en el uso del factor trabajo... La sustitución de esos impuestos por formas de tributación más neutras desde el punto de vista del empleo generaría un efecto positivo sobre esta última variable”⁸.

No obstante estas apreciaciones, la Misión no encontró fácilmente sustituibles estas formas de tributación por dos razones principales: una de índole fiscal, pues se estimó que no había forma de crear otros impuestos que los sustituyan; la segunda razón tiene que ver con las características de la seguridad social colombiana, pues “la sustitución por impuestos generales sólo se justifica claramente cuando los beneficios son universales y uniformes para toda la población”. En este contexto, la Misión de Empleo consideró que los aportes a las cajas de compensación no podrían sustituirse por otro tipo de contribuciones en el inmediato futuro.

Más recientemente, cuando se han estudiado las posibles soluciones al problema del empleo en el país en este comienzo de siglo, el tema ha vuelto a debatirse entre los analistas económicos. Un estudio reciente, que sirvió de base a las propuestas de reforma del gobierno iniciado en el país en 2002⁹ señaló sobre este punto que “la mayoría de los servicios que prestan el ICBF o las cajas de compensación deberían financiarse con mecanismos diferentes de los impuestos a la nómina”. Pero a renglón seguido expresa que “los subsidios familiares son posiblemente la única excepción, ya que se trata de un mecanismo de solidaridad con acceso restringido a los trabajadores formales”. Este mismo estudio insiste en los efectos de estos aportes en el nivel general de empleo:

“Para entender porqué los impuestos a la nómina son inferiores como mecanismo de financiamiento de los servicios sociales, es útil ver sus efectos sobre la estructura y el nivel de empleo. Según estimaciones efectuadas sobre un modelo de equilibrio general, si se redujeran los impuestos a la nómina en siete puntos (equivalente a las contribuciones al ICBF y las cajas), habría un aumento de aproximadamente 9% en el empleo formal, se reduciría en 2.6 puntos la tasa de informalidad y en cerca de un punto la de desempleo. La razón es, simplemente, que los impuestos a la nómina son, por definición, un impuesto a la generación de empleo, que en últimas perjudica al conjunto de trabajadores”¹⁰.

8 Misión de Empleo 1986: “Informe final”. En: revista *Economía colombiana*, Separata n° 10, Bogotá. 1986, pág. 288.

9 LORA, EDUARDO, *El desempleo: ¿qué hacer?* Alfaomega S.A., Bogotá, 2001.

10 *Ibidem*, pág. 24.

Este estudio termina proponiendo que “posiblemente, es viable una reforma de carácter menos extremo que disminuya los aportes y a la vez reduzca y racionalice los programas que ofrecen estas entidades”. Como se verá más adelante, esta idea se aplicó con la expedición de la Ley 789 de 2002 al establecerse de un régimen especial de exoneración de aportes parafiscales por creación de nuevos empleos.

b. Aportes parafiscales de los empleadores

A continuación se sintetizan las principales normas legales que rigen los aportes parafiscales de los empleadores, es decir, las contribuciones que deben efectuar sobre el valor de sus nóminas con destino al subsidio familiar, a la capacitación profesional y al bienestar familiar.

1. Aportes parafiscales de los empleadores del sector privado y del sector público descentralizado

Los empleadores del sector privado, y los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta —sean del orden nacional o territorial— deben pagar los siguientes aportes parafiscales:

- Con destino al subsidio familiar, el 4% del valor de su nómina (Ley 21/1982, art. 12);
- Con destino al SENA, el 2% del valor de su nómina (ibídem); y
- Con destino al ICBF, el 3% del valor de su nómina (Ley 89 de 1988, art. 1°).

Están exceptuados parcialmente de estas reglas las universidades privadas aprobadas por el ICFES que sean entidades sin ánimo de lucro, y las universidades públicas, en cuanto no están obligadas a efectuar aportes al SENA (Ley 21 de 1982, art. 7°, párrafo adicionado por Ley 223 de 1995, art. 182).

2. Aportes parafiscales de los empleadores del nivel central del sector público

La nación y los entes territoriales deben realizar los siguientes aportes parafiscales (Ley 21 de 1982, arts. 8° y 11):

- Con destino al subsidio familiar, el 4% del valor de su nómina;

- Con destino al SENA el medio por ciento (1/2 %) del valor de su nómina;
- Con destino a la ESAP el medio por ciento (1/2%) del valor de su nómina;
- Con destino a las escuelas industriales e institutos técnicos, el 1% del valor de su nómina; y
- Con destino al ICBF el 3% del valor de su nómina (Ley 89 de 1988, art. 1°).

3. Régimen especial de aportes en el sector público

La Ley 21 de 1982 dispuso que el Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y sus organismos descentralizados, pagan directamente el subsidio familiar, de conformidad con las normas especiales que rigen para esas entidades. No obstante, deben pagar los aportes al ICBF, SENA, la ESAP y los institutos técnicos, según las normas generales (art. 13).

4. Lugares y plazos para el pago de aportes

Los aportes parafiscales deben efectuarse por conducto de una caja de compensación familiar que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios, o en la caja más próxima dentro de los límites del respectivo departamento (Ley 21/1982, art. 15). Los pagos deben hacerse “dentro de los diez (10) primeros días del mes siguiente al que se satisface” (Ley 21/1982, art. 10°).

5. Base para liquidar aportes parafiscales

Para efecto de los aportes,

“se entiende por nómina mensual de salarios 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 de ley y convencionales o contractuales” (Ley 21/1982, art. 17).

Cuando el trabajador devenga salario integral, para efecto de liquidación de aportes parafiscales “los aportes se disminuirán en un 30%” (Ley 50/1990, art. 18). Debido a múltiples problemas interpretativos, la Ley 789 de 2002 interpretó con autoridad el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 y señaló que “se entiende que la base para efectuar los aportes parafiscales es el setenta por ciento (70%).

c. Régimen especial de exoneración de aportes parafiscales en la Ley 789 de 2002

La Ley 789 de 2002 estableció dos casos especiales en los cuales puede haber exoneración de aportes parafiscales, con una finalidad de creación de empleo. Tales casos son los siguientes:

1. Aportes de empleadores que vinculen trabajadores adicionales

Los empleadores que vinculen trabajadores “adicionales a los que tenían en promedio en el año 2002” estarán excluidos del pago de aportes parafiscales (subsidio familiar, SENA e ICBF), si se cumplen las complejas condiciones fijadas por la ley (art. 13) y que se sintetizan así:

- Los nuevos trabajadores vinculados deben tener remuneración hasta de tres salarios mínimos.
- Los trabajadores deben estar en una de estas situaciones: haber sido vinculados para prestar el servicio desde un lugar de reclusión o mediante contrato de trabajo sin interrupción al recobrar la libertad; o tratarse de disminuidos físicos con pérdida de capacidad laboral superior al 25%; o reinsertados de grupos al margen de la ley; o jóvenes entre 16 y 25 años o adultos mayores de 50; o “jefes cabeza de hogar”, entendiéndose por tales quienes hayan estado afiliados anteriormente como cotizantes en EPS o caja de compensación, que tengan personas a cargo y que declaren su condición de desempleados.
- La empresa que pretenda acogerse a esta disposición debe cumplir estas condiciones: No debe tener deudas pendientes en aportes a seguridad social ni aportes parafiscales. Y el valor de los aportes parafiscales que realice al momento y durante la ejecución del contrato de los nuevos trabajadores “debe ser igual o superior a la suma aportada durante el período inmediatamente anterior a la contratación”, ajustada en el IPC.
- El valor de los aportes exentos

“no podrá representar más del 10% de los aportes que la empresa debe 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”.

- Esta exención se aplicará

“siempre que la tasa de desempleo certificada por el DANE sea superior al 12% mientras persista la situación en la respectiva región en la que opere el sistema de cajas y tendrá una vigencia de 4 años” a partir de la vigencia de la ley.

- Para que los trabajadores contratados se consideren “adicionales”, se requiere

“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”.

2. Aportes por contratación de estudiantes de jornada parcial

La segunda modalidad especial de exoneración de aportes parafiscales puede darse por contratación de estudiantes de jornada parcial, dentro de las siguientes reglas (artículo 14):

- Debe tratarse de estudiantes mayores de 16 y menores de 25 años.
- La jornada laboral y de estudios debe seguir estas reglas: “jornada de estudios diaria no inferior a 4 horas, que a su vez trabajen en jornadas hasta de 4 horas diarias o jornadas flexibles de 24 horas semanales, sin exceder la jornada diaria de 6 horas”.
- El valor de los aportes excluidos no debe representar más del 10% del valor de la nómina de la respectiva empresa.
- Los empleadores deben efectuar los aportes para pensiones, salud y riesgos profesionales “en las proporciones y porcentajes establecidos” y la base de cotización será como mínimo un salario mínimo.

d. Aportes individuales de pensionados, trabajadores independientes y desempleados

1. Aportes de pensionados

La vinculación y aportes de los pensionados a las cajas de compensación familiar fue establecida por la Ley 71 de 1988 (art. 6°). Se trata de una modalidad de

afiliación voluntaria a la caja, para acceder a los subsidios en especie y en servicios, pues se excluye expresamente el subsidio en dinero. El aporte del pensionado será del 2% de la correspondiente mesada.

La Ley 789/2002 (art. 9°) contempló la situación de los trabajadores que acrediten 25 años o más de aportes al sistema de cajas y se encuentren pensionados, para reconocerles el derecho a los programas de capacitación, recreación y turismo social de las cajas a las tarifas más bajas (categoría A de tarifas conforme a la reglamentación del D. 827/03). Estos pensionados no deben efectuar aportes a la caja, sino que deben pagar las tarifas de los servicios respectivos.

2. Aportes de trabajadores independientes

La Ley 789 de 2002 estableció un “régimen de afiliación voluntaria para expansión de cobertura de servicios sociales” (art. 19) y dentro de ella contempló a los trabajadores independientes que decidan afiliarse (literal b). Es requisito “su afiliación previa al sistema de salud, siendo la base de ingresos para aportar al sistema de cajas la misma base de aportes que exista para el sistema de salud y en todo caso no inferior a la que se utilice dentro del sistema de pensiones”. El aporte para la caja de compensación será del 0.6% sobre la base de un salario mínimo legal. Esta afiliación da derecho “a las actividades de recreación, capacitación y turismo social en igualdad de condiciones frente a los demás afiliados a la caja” y no da derecho a subsidio en dinero. La reglamentación (D.827/03, art. 7°) agrega que el independiente que aporte la diferencia hasta completar el 2% tendrá los mismos derechos que tienen los demás afiliados, salvo el subsidio monetario.

3. Aportes de desempleados

La Ley 789 de 2002, en la misma norma que se viene analizando (art. 19) contempló otra modalidad de afiliación voluntaria (literal c): se trata de “las personas que estando vinculadas a una caja de compensación familiar pierdan el empleo y decidan continuar vinculados a la entidad”, en su condición de desempleados, al vencer el “período de protección” de un año (establecido en el art. 9° de la ley). Esta afiliación origina aporte del 0.6% sobre la base de un salario mínimo y da derecho también a las actividades de recreación, capacitación y turismo social. La ley prevé en la misma norma (par. 1°) que cuando el desempleado aporte el 2% sobre la base de dos salarios mínimos “tendrá los mismos derechos que tienen todos los demás afiliados, salvo el subsidio monetario”.

e. Aporte de empleadores por trabajadores adicionales

Finalmente, la Ley 789 de 2002 dispuso, en la misma norma que contempla la afiliación voluntaria para expansión de cobertura de servicios sociales (art. 19), la posibilidad de afiliación voluntaria que realicen los empleadores con respecto a los trabajadores adicionales contratados mediante el régimen de exoneración de aportes parafiscales (art. 13). Consiste en la posibilidad (contemplada en el literal a del art. 19) que tienen los empleadores que no están obligados a aportar, de realizar un aporte especial a la caja de compensación por esos mismos trabajadores para que puedan acceder a las actividades de recreación, capacitación y turismo social de la caja, mediante el aporte del 0.6% sobre la base de un salario mínimo legal mensual por cada uno de estos trabajadores. La reglamentación previó que el trabajador “que aporte la diferencia hasta completar el 2%” tendrá los mismos derechos que tienen los demás afiliados al subsidio monetario (D. 827/03, art. 6° en concordancia con la Ley 789, art. 19, par. 1°).

f. Nuevos controles a la evasión de aportes

Se registra recientemente una tendencia normativa sobre los aportes al subsidio familiar, que está enmarcada en un contexto más general del control a la evasión de aportes parafiscales y de seguridad social. Las principales normas al respecto son, en síntesis, las siguientes:

- Todo empleador del sector privado está en la obligación de informar por escrito al trabajador, dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato de trabajo, “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 lo certifiquen”. El empleador puede pagar los aportes con intereses de mora dentro de los 60 días siguientes. Si el empleador no demuestra los pagos “la terminación del contrato no producirá efectos” (Ley 789, art. 29, modificatorio del art. 65 del C.S.T.).
- En los contratos de particulares con entidades del sector público, la celebración, renovación o liquidación del contrato requerirá del cumplimiento por parte del contratista del cumplimiento de las cotizaciones a la seguridad social y aportes parafiscales (Ley 789, art. 50).
- Las entidades públicas deben incluir en los contratos que celebren, como obligación contractual, el cumplimiento por parte del contratista el

cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social y aportes parafiscales. El incumplimiento da lugar a multas e incluso a la aplicación de la cláusula excepcional de caducidad administrativa (Ley 828 de 2003, art. 1°).

8. RÉGIMEN LEGAL DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

Para analizar el marco normativo e institucional de las cajas de compensación en la seguridad social colombiana, conviene efectuar una breve recapitulación del tipo de relación que la legislación ha dispuesto entre el Estado y el sistema de cajas de compensación, para situar en un contexto más amplio las nuevas reglas de esa relación que surgen a partir de la Ley 789 de 2002.

Hasta los años setenta, las cajas de compensación actuaron en los campos de su actividad con bastante autonomía. Como resultado de ello, las cajas avanzaron en su actividad social y en su fortalecimiento institucional y financiero en forma amplia pero desigual y en ocasiones con criterios bastante discutibles desde la óptica de la política social. Como características de esta fase puede señalarse: el paso del subsidio en dinero a la diversificación de los programas sociales; el criterio desigual y de preferencia personal de sus directivos en la iniciativa de los programas sociales; la polémica surgida entre el mercadeo social de las cajas y el comercio organizado; los debates sobre el manejo administrativo de las cajas, etc.

Como resultado de los debates políticos, sociales y periodísticos que se plantearon en los años ochenta, se expidió la normatividad básica de las Leyes 25 de 1981 y 21 de 1982. La legislación reguló las prioridades de los programas sociales, el régimen tarifario de acceso a los servicios, las incompatibilidades e inhabilidades para el manejo administrativo de las cajas, se estableció la autorización previa de la Superintendencia para muchas actividades de las cajas etc. Con la Ley 31 de 1984 se estableció la paridad entre empleadores y trabajadores en los consejos directivos de las cajas y se legisló sobre las mayorías requeridas para elegir el director administrativo de las mismas. Se caracterizó esa normatividad, como se ha visto, por una amplia intervención estatal en el sistema.

Con la Ley 789 de 2002 se entra en otra fase de la relación entre el Estado y el sistema de cajas, por cuanto se asigna a las mismas importantes funciones en la política de seguridad social, particularmente en la promoción del empleo y apoyo al desempleo. Para tales fines, las cajas recuperan autonomía en varios aspectos, entre los cuales pueden destacarse los siguientes: las cajas tendrán en adelante mayores funciones en la seguridad social y posibilidades de invertir en diversos sectores; tendrán también menos controles formales por parte de la superintendencia

del ramo y un amplio régimen de autorizaciones generales para el desarrollo de su actividad; y tienen la importante misión de crear el fondo de fomento del empleo y protección al desempleo. Es de esperarse que esta nueva fase traiga beneficios sociales significativos para el país y que las cajas actúen en coordinación con las políticas macroeconómicas del Estado.

a. Aspectos generales del régimen legal de las cajas

La Ley 21 de 1982 dispuso que 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. 39).

Sobre la naturaleza jurídica de las cajas, la jurisprudencia constitucional —primero de la Corte Suprema y posteriormente de la Corte Constitucional— ha señalado lo siguiente:

- Se trata de entidades de origen legal y de naturaleza especial que pueden crear los particulares con fines sociales y sin ánimo de lucro (Corte Suprema, Sala Plena, sentencia de marzo 19 de 1987).
- En las actividades de las cajas de compensación existe un interés público, por lo cual su regulación y orientación compete al Estado. En virtud de su naturaleza privada, la ley contempla que están dirigidas por una asamblea general de afiliados, un consejo directivo y un director administrativo. Las cajas obtienen su personería jurídica de la Superintendencia de Subsidio Familiar y están sometidas a su inspección y vigilancia, pero no se adscriben ni vinculan a ningún organismo de la administración pública (Corte Constitucional, sentencia C-508 de 1997).
- Como entidades que prestan un servicio público de seguridad social, frente a las cajas de compensación procede ejercer el derecho de petición (Corte Constitucional, sentencia T-391 de 1998).

b. Normatividad sobre constitución de cajas de compensación

Para constituir una caja de compensación, los interesados deben reunirse y suscribir un acta de constitución que debe contener lo señalado en la reglamentación (D. 341/1998, art. 1°). En ella se nombra un director administrativo provisional, quien debe efectuar los trámites para la aprobación y reconocimiento ante la Superintendencia de Subsidio Familiar (art. 2°), remitiendo dentro de la documentación respectiva un detallado estudio de factibilidad que debe contener lo señalado en el reglamento (art. 3°). Recibida la solicitud, la Superintendencia tiene plazo de un mes para estudiar la solicitud, salvo que encuentre deficiencias en ella, caso en el cual devuelve para que sean subsanadas en los dos meses siguientes (art. 4°). Ejecutoriada la resolución de aprobación, la entidad debe convocar una asamblea general, en la cual se elegirán los miembros del Consejo Directivo que fueren de su competencia, al igual que el revisor fiscal (art. 6°). El Ministerio de Trabajo (hoy Ministerio de la Protección Social) debe designar a los representantes de los trabajadores.

Las cajas de compensación establecidas a partir de la Ley 21 de 1982 deben obtener personería jurídica de la Superintendencia de Subsidio Familiar. Ésta sólo podrá reconocerla “cuando se demuestre su conveniencia económica y social”, tenga un mínimo de 500 empleadores, y esos empleadores tengan a su servicio un mínimo de 10.000 trabajadores beneficiarios de subsidio familiar (Ley 21/1982, art. 40). Sólo excepcionalmente se pueden autorizar cajas sin esos requisitos, en casos de “especial conveniencia y atendiendo siempre a su ubicación geográfica” (parágrafo).

c. Funciones de las cajas de compensación

En la Ley 21 de 1982 (art. 41) las cajas de compensación familiar tienen señaladas las siguientes funciones: recaudar, distribuir y pagar los aportes de los empleadores; organizar y administrar las obras y programas sociales; ejecutar otras actividades de seguridad social; etc. La Ley 789 de 2002 amplía las funciones señaladas anteriormente con las siguientes (art. 16):

- Ejecutar actividades relacionadas con la seguridad social y con sus servicios, ya sea directamente o mediante alianzas estratégicas.
- “Invertir en los regímenes de salud, riegos profesionales y pensiones” de conformidad con las normas de esas materias.

- Participar, asociarse e invertir en el sistema financiero a través de bancos, cooperativas, compañías de financiamiento comercial y organizaciones no gubernamentales, cuya actividad principal sea la operación de microcrédito.
- Asociarse, invertir o constituir personas jurídicas para desarrollar cualquier actividad que desarrolle su objeto social.
- Administrar a través de los programas correspondientes el subsidio en dinero y las obras y programas sociales.
- Desarrollar sistemas de información de sus beneficiarios y bases de datos históricas de registro de los trabajadores beneficiarios.
- Administrar el programa de microcrédito para la microempresa y para la pequeña y mediana empresa, con cargo a los recursos previstos en la ley y en los términos y condiciones establecidos.

Para todas sus funciones, las cajas quedaron facultadas para asociarse entre sí o con terceros, así como para vincular como accionistas a los trabajadores afiliados al sistema.

d. Normatividad sobre afiliaciones y desafilaciones

En principio corresponde al empleador decidir en forma autónoma la caja de compensación a la cual va a afiliarse. Según doctrina de la Superintendencia de Subsidio Familiar, “se trata de una facultad legal que el legislador estableció en cabeza del empleador..., de tal suerte que es a éste a quien corresponde determinar la corporación a través de la cual pagará a sus trabajadores la prestación social denominada subsidio familiar”. Ha señalado también que, de igual manera “es a éste a quien corresponde solicitar la desafilación de aquella cuando lo considere conveniente” (Concepto 11.914 de 1997).

Este criterio sufrió una ligera variación en la Ley 789 de 2002, donde se dispuso lo siguiente:

“Los trabajadores con una mayoría superior al 70% podrán estipular períodos hasta de 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” (art. 21, par. 1°).

Las cajas de compensación están obligadas a aceptar a todo empleador que solicite afiliación, si cumple con los siguientes requisitos (Ley 21/1982, art. 57):

- Cumplir con las normas sobre salario mínimo;
- Estar obligado a pagar subsidio familiar a través de una caja de compensación;
- Someterse a los estatutos de la caja a la cual se afilia.

La reglamentación señala la documentación que los empleadores deben acompañar a la solicitud de afiliación (D. 341/1988, art. 39). Las cajas deben comunicar por escrito todo rechazo o aprobación de afiliación “dentro de un término no superior a 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” (Ley 21/1982, art. 57). En ese mismo término, la caja debe enviar copia de la resolución a la Superintendencia, “la cual podrá improbar la decisión y ordenar a la caja la afiliación del empleador, en protección de los derechos de los trabajadores beneficiarios” (Ibidem).

La Ley 21 de 1982 reguló la suspensión y la pérdida definitiva de la calidad de afiliado de un empleador a una caja de compensación familiar. Sobre suspensión se dispuso que la calidad de miembro o afiliado “se suspende por mora en el pago de los aportes” (art. 45), lo cual implica que la caja interrumpe también su obligación de cancelar los subsidios a los trabajadores beneficiarios de ese empleador. Cuando el empleador cancele lo debido, la caja “pagará a los trabajadores beneficiarios de aquél, tantas cuotas de subsidio, cuantas mensualidades haya satisfecho” (D. 341/1988, art. 49).

La calidad de afiliado de un empleador a una caja se pierde “por causa grave”, entendiéndose por tal incurrir en conductas como las siguientes (L. 21/1982, art. 45):

- El suministro de datos falsos, y en especial, envío de informes que den lugar a la disminución de aportes o el pago fraudulento del subsidio. La Ley 789/2002 destaca también la inexactitud en los aportes (art. 21, par. 4°).
- La violación de las normas sobre salario mínimo;
- La reincidencia en la mora del pago de aportes. De conformidad con la Ley 789/2002, en este caso la desafiliación procede “por mora de dos meses en el pago de sus aportes” (art. 21, par. 4°).

Cuando un empleador incurre en desafiliación

“por el no pago de aportes o por el fraude de éstos, 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” (Ley 21/1982, art. 45).

Los consejos directivos de las cajas están legalmente facultados para “adoptar el procedimiento para la expulsión de afiliados” (D. 341/1988, art. 47). La Ley 789/2002 estableció reglas para la expulsión por mora en el pago de aportes o inexactitud en los mismos, señalando que en estos casos la caja

“deberá previamente darle oportunidad de que se ponga al día o corrija las inconsistencias, para lo cual otorgará un término de un mes contado a partir del recibo de la liquidación escrita de lo adeudado. Pasado el término, procederá su desafiliación, pero deberá volver a recibir la afiliación si se lo solicitan, previa cancelación de lo adeudado, más los aportes correspondientes al tiempo de la desafiliación” (art. 21, par. 4°).

La normatividad del sistema regula también la desafiliación voluntaria. El empleador afiliado “puede desafiliarse mediante aviso escrito dirigido al Consejo Directivo” (D. 341/1988, art. 48).

La Ley 789 de 2002 introdujo algunas novedades al régimen de afiliaciones y mecanismos de desafiliación a las cajas de compensación por parte de los empleadores. Tales novedades son, en síntesis, las siguientes:

- El criterio de que la afiliación a una caja es abierta y libre para todos los empleadores. No habrá cajas dirigidas exclusivamente a un sector, pues “deben ser abiertas a los diferentes sectores empresariales” Están prohibidas las políticas de discriminación y selección adversa, pues “basta con la solicitud y paz y salvo para que proceda su afiliación” (art. 21, num. 1°). En general, a las cajas se les prohíbe “ejercer frente a los empleadores cualquier tipo de presión indebida con el objeto de obtener la afiliación a la caja o impedir su desafiliación” (num. 11). Se les prohíbe igualmente “aplicar criterios de desafiliación en condiciones de desigualdad frente a los empleadores” (num. 18). Se establece que “el traslado o retención de empleadores” se ha efectuado violando las normas, además de las sanciones al representante legal, “la Superintendencia ordenará que la afiliación regrese a la caja de afiliación anterior con devolución de los aportes menos los subsidios pagados” (parágrafo 3°).
- A las cajas les está prohibida toda actuación que impida la desafiliación de empleadores, especialmente “retardar injustificadamente la expedición de paz y salvo”, para lo cual se concede un plazo máximo de 60 días (art. 21, num. 10°).

- Finalmente, se ordena a las cajas que deban desafiliar por mora de dos meses en el pago de aportes o inexactitud en los mismos, que la caja “deberá previamente darle oportunidad de que se ponga al día o corrija las inconsistencias” en el plazo de un mes, vencido el cual procederá la desafiliación. Pero el empleador que cancele la deuda “más los aportes correspondientes al tiempo de desafiliación”, debe ser recibido nuevamente por la caja si se lo solicitan (art. 21, par. 4°).

e. Régimen ético de las cajas de compensación

Como las cajas de compensación familiar nacieron a la vida institucional mediante la iniciativa privada, el debate político institucional que se produjo en los años ochenta insistió en la necesidad de introducir un régimen ético normativo en el funcionamiento de las cajas. Para poner remedio a muchas situaciones indelicadas que se estaban presentando en materia de celebración de contratos, vinculación de empleados, etc., el gobierno expidió el decreto 2463 de 1981, que estableció el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades en las cajas de compensación. Este estatuto, que en sus aspectos más importantes continúa vigente, es concordante con las regulaciones del régimen general que se estableció luego la Ley 21 de 1982 y su decreto reglamentario 341 de 1988. En la nueva fase del subsidio familiar de reciente desarrollo, la Ley 789 complementa ese régimen ético, especialmente con reglas sobre transparencia institucional y señalamiento de conflictos de intereses en el manejo de las cajas de compensación familiar.

1. Prohibiciones

De conformidad con la Ley 21 de 1982, a las cajas de compensación familiar les está prohibido “facilitar, ceder, dar en préstamo o entregar a título gratuito o a precios subsidiados, bienes o servicios a cualquier persona jurídica o natural” (art. 44). Con base en esta prohibición general, la Superintendencia de Subsidio Familiar ha señalado a las cajas que no pueden destinar recursos a campañas electorales y que no pueden pagar honorarios a los miembros del Consejo Directivo, salvo “facilitarles los medios necesarios para el desplazamiento”.

2. Inhabilidades e incompatibilidades

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades dispuesto por el decreto 2463 de 1981, la Ley 21 de 1982 y la Ley 789, puede sintetizarse así:

- 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” (Ley 21/1982, art. 53).
- Los miembros del Consejo Directivo no pueden celebrar contratos con la caja respectiva (Ley 21/1982, art. 53).
- Están inhabilitados para desempeñar cargos en las cajas de compensación los parientes (dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil) de los funcionarios de la Superintendencia de Subsidio Familiar del nivel directivo, asesor y ejecutivo (D. 341/1988, art. 36).
- Entre los miembros de los consejos directivos, directores administrativos y revisores fiscales de las cajas, no puede haber vínculos de parentesco “ni de asociación profesional, comunidad de oficina o sociedad comercial” (D. 2463/1981, art. 2°).
- No pueden ser elegidos miembros de consejos directivos, ni directores administrativos quienes se hallen en interdicción o con inhabilidad para ejercer el comercio; hayan sido condenados a pena privativa de la libertad, salvo delitos culposos; hayan sido sancionados por faltas graves en el ejercicio de su profesión; o hayan ejercido funciones directivas en la Superintendencia o control fiscal en la respectiva entidad, durante el año anterior a la fecha de su elección (D. 2463/1981, art. 3°). Esas y otras incompatibilidades rigen para el revisor fiscal (D. 2463/1981, art. 4°).
- Los miembros del Consejo Directivo, revisores fiscales y funcionarios de las cajas o asociaciones de cajas no pueden, mientras ejerzan sus funciones ni dentro del año siguiente a la cesación de las mismas, celebrar contratos con la caja; celebrar negocios propios o ajenos ante ella; prestar servicios profesionales a la misma o intervenir en negocios que hubiere conocido o adelantado durante su vinculación (D. 2463/1981, art. 6°). Esta inhabilidad se extiende a los cónyuges, parientes o socios de esas mismas personas (art. 7°).
- Los afiliados a las cajas están inhabilitados para representar en las asambleas generales a más del 10% del total de los votos presentes o representados en la sesión. Tampoco los miembros de junta y revisores fiscales de cajas o asociaciones de cajas pueden llevar la representación de afiliados en las asambleas (D. 2463/1981, arts. 9 y 10).
- Los consejos directivos y los directores administrativos no pueden dar empleo en la caja a sus cónyuges o parientes (D. 2463/1981, art. 12).

La Ley 789 de 2002 introdujo una importante inhabilidad para 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” (art. 21, par. 6°).

3. *Transparencia*

La Ley 789 de 2002 introdujo nuevas reglas tendientes a garantizar la transparencia en la operación de las cajas de compensación familiar. Al efecto estableció las siguientes prohibiciones (art. 21):

- Políticas de discriminación en la afiliación y desafiliación de empleadores (num. 1°, 10°, 11 y 18).
- Operaciones comerciales abusivas: operaciones no representativas con entidades vinculadas (num. 2°); celebrar acuerdos para distribuirse el mercado (num. 3°); otorgamiento servicios o beneficios que no se otorguen a todas las empresas afiliadas (num. 5°); incurrir en abuso de la posición dominante, prácticas comerciales restrictivas o competencia desleal (num. 12); incurrir en prácticas no autorizadas o inseguras (num. 13); e incurrir en políticas de discriminación en la remuneración de sus redes de comercialización (num. 14). La reglamentación de la Ley 789 señala que “se entiende como operación no representativa la celebración de un contrato o convenio en condiciones de desventaja frente al mercado”; y que se entiende como entidad vinculada “aquella en la cual media relación de subordinación en los términos previstos para el efecto por el artículo 261 del Código de Comercio” (D. R. 827/03, art. 13).
- Actividades que desvían los fines de la afiliación a la caja: conceder remuneraciones o prebendas a los empleadores o funcionarios de las empresas (num. 4°); promocionar prestación de servicios en relación con bienes de terceros (num. 6°); ofrecer los servicios de la caja a personal de empresas no afiliadas (num. 8°); y ofrecer servicios que no estén en su portafolio (num. 9°).
- Actividades que implican el incumplimiento de las obligaciones legales y el objeto social de la caja: incumplir las apropiaciones legales obligatorias para las obras y programas sociales (num. 15); incumplir la cuota monetaria del subsidio en dinero (num. 16); y exceder los porcentajes autorizados para gastos de administración (num. 17).
- La reglamentación de la Ley 789 señala que para los fines contenidos en el régimen de transparencia, la Superintendencia de Subsidio Familiar

“podrá imponer sanciones o multas a los directores administrativos, a los funcionarios de las cajas, a los empleadores y a los revisores fiscales que incurran en cualquiera de las conductas señaladas como contrarias a la ley y al régimen de transparencia” (D.R. 827/03, art. 13).

4. Conflictos de intereses

La Ley 789 de 2002 estableció también mecanismos “para garantizar una correcta aplicación de los recursos del sistema”, entre los cuales cabe mencionar los siguientes (art. 23):

- El representante legal de la caja o de sus entidades vinculadas debe informar al Consejo Directivo los casos en que él, un administrador, un miembro del Consejo Directivo o un revisor fiscal tengan parentesco con los socios de personas jurídicas que hagan parte de la red de servicios de la caja, o con los contratistas o socios de empresas contratistas, o con socios de entidades financieras que reciban recursos de la caja. En estos casos, la persona afectada debe “abstenerse de participar en los procesos” respectivos, so pena de remoción e inhabilidad por 10 años. Los representantes legales deben informar a los trabajadores de la caja o entidades vinculadas sobre esta obligación, y deben fijar medidas para garantizar su cumplimiento, entre las cuales figura la obligación de incluirla como cláusula en los contratos que se celebren.
- La caja debe fijar mecanismos de transparencia para que los proveedores accedan al registro correspondiente.

f. Órganos de dirección de las cajas y revisoría fiscal

Respecto de los órganos de dirección de las cajas de compensación, las normas de la Ley 21 de 1982 fueron complementadas con una importante iniciativa legal: la Ley 31 de 1984 estableció la paridad de los representantes patronales y de los trabajadores en la conformación de los consejos directivos de las cajas. La misma ley dispuso, además, una mayoría calificada de las dos terceras partes de los miembros del Consejo Directivo para decidir sobre la elección del director administrativo de la respectiva caja. De esta forma, se buscó un manejo más abierto y democrático a las cajas como entidades al servicio de los trabajadores afiliados.

De conformidad con la Ley 21 de 1982, toda caja de compensación familiar estará dirigida por la Asamblea General de Afiliados, el Consejo Directivo y el director administrativo (art. 46). Tendrá también un revisor fiscal principal y su suplente, elegidos por la Asamblea General (D. 341/1988, art. 7°).

1. Asamblea general

La asamblea general “es la máxima autoridad de la corporación, sus decisiones son obligatorias y cumplen las funciones que les señalan la ley y los estatutos”. La asamblea está conformada por “la reunión de los afiliados hábiles o de sus representantes debidamente acreditados” (D. 341/1988, art. 8°).

2. Consejo directivo

Los consejos directivos de las cajas de compensación están compuestos por 10 miembros principales con sus respectivos suplentes, integrados así (Ley 31/1984, art. 1°):

- Cinco miembros principales con sus suplentes, en representación de los empleadores. Éstos son elegidos por la asamblea general (Ley 21/1982, art. 51).
- Cinco miembros principales con sus suplentes, en representación “de los beneficiarios del subsidio familiar”. Estos representantes de los trabajadores, de conformidad con la Ley 789/2002 serán escogidos por el Ministerio de Protección Social (antes 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” (art. 22).

Debe entenderse, además, de conformidad con la Ley 789/2002 que podrán pertenecer a los consejos directivos “en representación de los trabajadores y de los empleadores, todos los afiliados a ésta sin límite de salario” (art. 22).

3. Director administrativo

El director administrativo es el representante legal de la caja de compensación. Es designado por el Consejo Directivo y sus funciones son las propias de la administración de la entidad.

4. Revisor fiscal

Toda caja de compensación familiar tendrá un revisor fiscal con su respectivo suplente, elegidos por la asamblea general (Ley 21/1982, art. 48).

g. Presupuestos de las cajas de compensación

El decreto reglamentario 827 de 2003 establece los criterios que deben seguirse en la elaboración de los presupuestos de las cajas de compensación (art. 14):

- El presupuesto, como guía de referencia para el manejo financiero de la entidad, se entiende aprobado cuando sea considerado y autorizado por el consejo directivo de la caja.
- Para aprobar el presupuesto, el consejo directivo debe velar por la correcta aplicación de los recursos de cada uno de los programas, y según los principios de legalidad, equilibrio financiero y eficiencia.
- El presupuesto debe ser remitido a la Superintendencia dentro de los 30 días siguientes a su aprobación, “para efectos de su seguimiento”, y en todo caso antes del 28 de febrero de cada año. Recibido el proyecto de presupuesto, se entiende aprobado por la Superintendencia a partir de su radicación.

h. Régimen de autorización general a las cajas

La Ley 789 de 2002 dispuso algunos criterios generales respecto de la inspección, vigilancia y control aplicable a las cajas de compensación, señalando que las autorizaciones correspondientes deben definirse sobre los principios de celeridad, transparencia y oportunidad. Se dispuso también que las autorizaciones a las cajas se regularán conforme a los regímenes de autorización general o particular, y que el control, por regla general se ejercerá de manera posterior (art. 20).

En el marco de la amplitud de funciones legales de las cajas de compensación, la reglamentación (decreto 827 de 2003, art. 16) señala que se encuentran dentro del régimen de autorización general (es decir, que no están sometidos a aprobación previa por la Superintendencia) los siguientes proyectos y programas: proyectos que por su naturaleza sean autofinanciables; proyectos que impliquen cofinanciación de la nación o entes territoriales; proyectos de inversión financiados con remanentes generados en ejercicio anterior de la caja; proyectos de dotación de servicios o renovación de equipos que hagan parte del régimen de salud (contributivo o subsidiado), así como de activos o programas que administren las cajas; y cualquier proyecto que se ejecute con cargo a los gastos de administración, dentro de los límites legales. La información de estos proyectos se debe remitir a la Superintendencia “para efecto de adelantar su seguimiento”, dentro de los 15 días siguientes a su aprobación en el Consejo Directivo.

En cuanto a los gastos de administración de las cajas, la Ley 789 dispuso la obligación de reducción gradual de los mismos (art. 18).

i. El Fondo para el fomento del empleo y protección al desempleado

Dentro de los mecanismos de promoción del empleo que creó la Ley 789 de 2002, tiene particular relevancia dentro del régimen legal de las cajas de compensación familiar el denominado “Fondo para el fomento del empleo y protección al desempleado”.

La ley dispone que las cajas de compensación deben administrar, ya sea en forma individual y directa o mediante asociación con otra u otras cajas, “un fondo para apoyar al empleo y para la protección al desempleado” (art. 6°).

Los recursos del fondo se establecen también en la ley, de la siguiente manera: las sumas en que se haya reducido el subsidio en dinero para los mayores de 18 años (antes de la ley se reconocía hasta los 23 años); el porcentaje no ejecutado de aportes al sostenimiento de la Superintendencia; el porcentaje en que se reducen los gastos de administración de las cajas; un porcentaje entre el 1 y el 3% de los recaudos del subsidio familiar, según un cuociente especial; y los rendimientos financieros del mismo fondo.

El fondo sólo puede destinar el 5% de sus recursos para gastos de administración. El 95% de sus recursos se destinan a una doble finalidad: de una parte, brindar apoyo a desempleados; y, de otro lado, establecer programas de microcrédito.

1. *El apoyo a desempleados*, como ya se ha descrito antes, consiste en el régimen de apoyo para desempleados con vinculación anterior a las cajas de compensación (regulado en el artículo 10 de la Ley 789) y el régimen de apoyo para desempleados sin vinculación anterior a cajas (previsto en el artículo 11 de la Ley 789).

El apoyo a desempleados con vinculación anterior a cajas está dirigido a jefes cabeza de hogar desempleados y comprende dos tipos de beneficios: 1) El subsidio de 1.5 salarios mínimos dividido en 6 cuotas mensuales iguales para aportes a salud, bonos alimenticios y/o de educación; las cajas deben destinar el 30% de los recursos del fondo para este fin. 2) Capacitación para reinserción laboral; las cajas deben destinar el 25% del fondo a esta segunda finalidad (Ley 789, art. 10).

El *apoyo a desempleados sin vinculación anterior a cajas* se orienta a jefes cabeza de hogar desempleados, con prioridad de artistas, escritores y deportistas, y comprende exclusivamente el subsidio de 1.5 salarios mínimos, dividido en igual forma y con la misma destinación del anterior. Las cajas deben destinar el 5% de los recursos del fondo a esta finalidad (Ley 789, art. 11).

2. *Los programas de microcrédito*, por su parte, se financian con el 35% de los recursos del fondo consisten en “operaciones de crédito para la microempresa y la pequeña y mediana empresa, con el objeto de promover la creación de empleo adicional” (Ley 789, art. 7°). La ley regula las condiciones que deben reunir las empresas para acceder a estos programas (no tener deudas por aportes de seguridad social y parafiscales; que se trate de empresas vinculadas a la caja; que los trabajadores adicionales sean jefes cabeza de hogar que hubieren estado vinculados a cajas; y que la empresa no reciba los subsidios al empleo que administra el Ministerio). Señala también la parte del crédito que no debe ser reembolsable por parte de la empresa beneficiaria (cotizaciones de seguridad social de los trabajadores contratados, equivalente a 4 meses).

El decreto 2340 de 2003 reglamenta la administración y gestión de los programas de crédito de las cajas de compensación y los porcentajes que deben destinarse al microcrédito. Para las nociones de microempresa, pequeña y mediana empresa se remite a las definiciones de la Ley 590 de 2000¹¹. Se regulan los principios que deben orientar la actividad de crédito: focalización, sana competencia, transparencia, flexibilidad y cobertura.

j. Disolución y liquidación de cajas

Cuando se resuelve la liquidación de una caja de compensación, se debe proceder conforme al Código Civil sobre disolución de corporaciones. Los estatutos deben contemplar la forma de disposición de los bienes en caso de disolución (Ley 21/1982, art. 68).

La Ley 789 de 2002 dispuso que la liquidación de cajas de compensación será ordenada mediante acto administrativo de la Superintendencia respectiva, respetando el debido proceso de la intervención administrativa. Se establecen plazos

11 De conformidad con estas normas, es *microempresa* la que tiene una planta no superior a 10 trabajadores y activos totales hasta de 501 salarios mínimos mensuales; *pequeña empresa* la que tiene entre 11 y 50 trabajadores y activos entre 501 y menos de 5.001 salarios mínimos; y *mediana empresa* la que tiene entre 51 y 200 trabajadores y activos entre 5.001 y 15.000 salarios mínimos.

para que la intervención se transforme en liquidación y se toma en cuenta la situación de la caja cuando sea la única que funciona en el respectivo ente territorial (art. 17).

k. La caja de compensación del sector primario

La Ley 21 de 1982 había dispuesto normas especiales para el subsidio familiar del sector primario, asignando esa función a la Caja Agraria.

La Ley 101 de 1993, que es la ley general de desarrollo agropecuario y pesquero creó la “Caja de Compensación Familiar Campesina” como una corporación de subsidio familiar y persona jurídica sin ánimo de lucro que debe cumplir esa finalidad.

9. LA SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR

a. Contexto general de la Ley 25 de 1981 y debate constitucional

Como resultado de los importantes debates surgidos en los años ochenta respecto de la necesidad de intervención estatal en el sistema del subsidio familiar, el Congreso expidió la Ley 25 de 1981, por la cual se creó la Superintendencia de Subsidio Familiar.

La Ley 25 de 1981 fue objeto de cuatro demandas de constitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, corporación que en esa época era la responsable del control constitucional. La Corte, en sentencias de Sala Plena de mayo 17 de 1982, mayo 24 de 1982, junio 3 de 1982 y septiembre 2 de 1982¹² resolvió las demandas y precisó su parecer institucional sobre la naturaleza jurídica de la entidad creada para la inspección y vigilancia de las cajas y sus facultades frente a las mismas.

Respecto de la naturaleza jurídica de la Superintendencia de Subsidio Familiar, la Ley 25/1981 estableció que ella se creaba como adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como unidad administrativa especial con personería jurídica y patrimonio autónomo. La Corte consideró que —a la luz de la Constitución de la

12 El texto de las sentencias puede consultarse en FRANKY VÁSQUEZ, PABLO: *Régimen legal del subsidio familiar en Colombia 1981-1985. Legislación y Jurisprudencia*. Asocajas, Bogotá, 1985, pág. 96 y sigs.

época—, esa formulación legal era imprecisa por cuanto las superintendencias no podían tener personería jurídica ni autonomía patrimonial, pero sin que por eso se alterara su naturaleza de Superintendencia.

Sobre los alcances de las facultades de control de la Superintendencia en relación con las cajas de compensación, la Corte consideró que algunas de ellas eran inconstitucionales mientras que estimó otras acordes con la Constitución.

La Corte estableció que eran contrarias a la Constitución las normas de la Ley 25/1981 que otorgaban al superintendente las siguientes atribuciones y facultades: ejercer la representación legal de la Superintendencia; establecer programas de coordinación entre las entidades del subsidio, pudiendo sólo “promover” tales programas; estatuir normas y procedimientos en relación con el presupuesto y la contabilidad de las cajas; aprobar o improbar los planes y programas de inversión para obras o servicios sociales de las cajas, etc.

De otro lado, estimó la Corte Suprema acordes con la Constitución, la creación de la Superintendencia y algunas facultades del superintendente como las siguientes: establecer normas y procedimientos para la contratación de obras, servicios y suministros de las cajas; aprobar o improbar los negocios sobre los bienes inmuebles de propiedad de las cajas; ejercer el control administrativo, financiero y contable sobre las cajas de compensación, etc.

En los complejos y extensos planteamientos de estas sentencias, lo que estaba en juego, por primera vez en el sistema de subsidio familiar, eran los alcances de la facultad constitucional del Estado para intervenir en entidades privadas que realizan una función social como las cajas de compensación familiar. En esas cuatro sentencias, los planteamientos de fondo son un tanto confusos, por la variedad de opiniones al interior de la Corte, lo que explica que las normas de la Ley 25 de 1981 hayan sido declaradas unas constitucionales y otras inconstitucionales, en aspectos relativamente similares.

Esa variedad de interpretaciones no se percibe ya cuando la jurisprudencia constitucional discutió la constitucionalidad de la Ley 21 de 1982, reorgánica del subsidio familiar. En sentencia del 19 de marzo de 1987 la Sala Plena de la Corte Suprema, con ponencia del magistrado FABIO MORÓN DÍAZ, declaró exequibles, con tesis de fondo y sin disidencias doctrinales, las principales normas de la Ley 21 de 1982 que institucionalizan el control estatal sobre las cajas.

Las normas originales del control estatal a las cajas de compensación que se efectúa a través de la Superintendencia de Subsidio Familiar fueron reglamentadas en el decreto 341 de 1988.

b. La reestructuración de la Superintendencia en el decreto 2150 de 1992

Con el decreto 215 de 1992 se reestructura la Superintendencia de Subsidio Familiar, ya dentro del marco institucional de la Constitución Política de 1991.

El decreto dispone que la Superintendencia continúa adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio de la Protección Social) y que tiene dentro de sus objetivos ejercer la inspección y vigilancia de las entidades del sistema con el objeto de que su constitución y funcionamiento se ajusten a la ley y a sus estatutos internos. El decreto fija la estructura orgánica de la Superintendencia y señala en forma amplia y detallada las funciones del superintendente.

El Consejo de Estado, en Concepto del 10 de diciembre de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil (Radicación 1055) ha señalado lo siguiente sobre la amplitud de facultades de la Superintendencia frente a las entidades vigiladas:

“El conjunto normativo por el cual se otorgan competencias a la Superintendencia del Subsidio Familiar, encuentra hoy desarrollo constitucional en las disposiciones contenidas en el artículo 198 numeral 22 que impone al presidente de la República el ejercicio de la inspección y vigilancia en la prestación de los servicios públicos, y del artículo 48 que establece la seguridad social como un servicio público y autoriza el intervencionismo estatal en la dirección, coordinación y control de su prestación.

En síntesis, de las funciones muy amplias del superintendente previstas en el decreto 2150/1992, y en relación con la materia bajo análisis, puede concluirse lo siguiente:

- Tiene la facultad para comprobar que el director administrativo, los consejeros, el director, los revisores fiscales y los suplentes no sólo cumplan los requisitos de ley, sino los de idoneidad, situación que puede evidenciarse al asumir sus responsabilidades y en cualquier momento en ejercicio de sus actividades propias en cada caso (arts. 7°, 18 y 19).
- Puede imponer sanciones pecuniarias, mediante resoluciones motivadas a los representantes legales, miembros de los consejos directivos, revisores fiscales y funcionarios de las entidades sometidas a su vigilancia, por infracciones a la ley, los estatutos o las instrucciones impartidas.
- Tiene la facultad para intervenir administrativamente en forma total o parcial o para tomar medidas cautelares. Esta facultad lleva implícita la remoción de los administradores y directivos en los eventos de la intervención total de la entidad vigilada”.

c. Funciones y facultades en la Ley 789 de 2002

La Ley 789 de 2002 reguló nuevamente las facultades y funciones de la Superintendencia: en el artículo 24 señaló una larga lista de funciones que debe cumplir en la actual fase del sistema de subsidio familiar.

Aunque la ley señala que estas son funciones adicionales a las que se establecen en las disposiciones legales vigentes, en realidad repite muchas de las que ya existían. Dentro de las nuevas facultades pueden destacarse las siguientes: velar porque no se presente evasión y elusión de aportes al sistema; dar posesión al revisor fiscal y al representante legal de la caja de compensación, sin necesidad de presentación personal; ordenar la publicación de estados financieros e indicadores de gestión de las cajas; practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas; fijar criterios para elaboración, control y seguimiento de los presupuestos de las cajas, etc. Se actualizan los montos de las sanciones pecuniarias a los administradores, revisores fiscales y empleados por violaciones legales o estatutarias: pueden ser multas sucesivas hasta de 2.000 salarios mínimos diarios con destino al “Fondo para el fomento del empleo y protección del desempleo”. También se regula el procedimiento sancionatorio frente a las cajas “por violaciones legales, reglamentarias o estatutarias y no por criterios de administración como respeto a la autonomía”: se contemplan amonestaciones y multas escalonadas.