



07010509
AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite NUR: 110-2-14855, 22/04/2003 10:55 a.m.
Trámite: 435 - CONCEPTO
S-13403 Actividad: 01 INICIO, Folios: 1, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE
Copia A: 210 AUDITORIA DELEGADA - ATENCION CIUDADANA

49

Bogotá D.C., 22 de abril de 2003
OJ110-435

110.019.2003

Doctor
DONALDO JOSÉ JIMÉNEZ MESA
Director Técnico
Contraloría General del Departamento de Sucre
Calle 20 No. 20-47 Edificio La Sabanera 4º Piso
Sincelejo - Sucre

Ref.- Oficio sin NUR de fecha 26 de marzo de 2003, remitido vía fax el día 27 del mismo mes
Solicitud de Concepto - Cajas de compensación Familiar, procedencia del ejercicio del control fiscal

Apreciado Doctor,

En el oficio de la referencia solicita usted a este Despacho establecer si existe fundamento jurídico para que la Contraloría General de Sucre ejerza control fiscal y vigilancia administrativa sobre los recursos que manejan las Cajas de Compensación Familiar en ese departamento, en particular, sobre las cajas COMCAJA y COMFASUCRE.

Teniendo en cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto 1375 de 3 de diciembre de 2001 se pronunció en torno a los interrogantes planteados en su consulta, comedidamente remito a usted copia del referido pronunciamiento cuyos fundamentos y respuestas le permitirán aclarar la competencia de la Contraloría General del Departamento de Sucre en esta materia.

Espero que sus dudas queden completamente absueltas, por cuanto el Alto Tribunal hizo un exhaustivo estudio sobre el tema.

Atentamente,


AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica

c.c. Grupo de Atención Ciudadana
DPA
Anexo: Lo anunciado en 8 folios

10
concepto 110.019.2003

**CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR - Control fiscal según nivel de cobertura:
Nacional, departamental, distrital o municipal / CONTROL FISCAL - Cajas de
compensación familiar**

La Sala precisa que el control fiscal corresponde a las contralorías según el siguiente criterio : a) Si la Caja de Compensación Familiar ejerce sus actividades de afiliación de empleadores en todo el país, como puede ser el caso de Comcaja, será competente la Contraloría General de la República; b) Si la Caja de Compensación Familiar ejerce sus actividades de afiliación de empleadores en todo el territorio de un departamento, será competente la Contraloría Departamental respectiva; y c) Si la Caja de Compensación Familiar ejerce sus actividades de afiliación de empleadores sólo en el territorio del municipio donde tiene su sede o domicilio, será competente la Contraloría Municipal respectiva y, si no la hubiere, dicha competencia corresponderá a la Contraloría Departamental con jurisdicción en el respectivo municipio.
NOTA DE RELATORÍA: Autorizada su publicación con oficio 1001000 de 11 de enero de 2002.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

Bogotá, D. C., tres (3) de diciembre de dos mil uno (2001)

Radicación número: 1375

Actor: MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Referencia: Cajas de Compensación Familiar. Control fiscal

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, previas algunas consideraciones de orden jurídico, consulta a la Sala acerca de la entidad competente para ejercer el Control Fiscal en las Cajas de Compensación Familiar, en los siguientes términos:

"1. ¿Existe fundamento jurídico para que la Contraloría General de la República, a nivel nacional o departamental, ejerza control fiscal sobre los recursos que manejan las cajas de compensación familiar?"

"2. ¿De no ser la Contraloría General de la República la que debe ejercer el control fiscal, a qué autoridad le corresponde efectuarlo, teniendo en cuenta la naturaleza especialísima de las Cajas de Compensación Familiar y la destinación específica de los recursos parafiscales que ellos administran?"

CONSIDERACIONES

1. Cajas de Compensación Familiar

Al tenor de lo previsto en el artículo 39 de la ley 21 de 1982, las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma señalada en el Código Civil, cuya finalidad es cumplir funciones de seguridad social ¹.

Estas Cajas están encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar, "prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo . . . "; su objetivo primordial es aliviar las cargas económicas que representan el sostenimiento de la familia.

Respecto de las Cajas de Compensación Familiar, la Corte Constitucional en sentencia C-508 de 1997, señaló:

"Es incuestionable entonces que en las actividades que se relacionan con el subsidio familiar -recaudo, administración de los recursos y pago a beneficiarios- existe un interés público, por lo cual su regulación y orientación compete al Estado. De aquí se desprenden significativas consecuencias: teniendo en cuenta que el subsidio familiar es administrado por entidades intermediarias entre los empleadores y los trabajadores, cuya gestión compromete el interés general por lo cual requiere no sólo ser objeto de inspección, vigilancia y control, sino de armonización de políticas generales, dicho régimen jurídico contempla expresamente normas que se refieren a la organización, administración y funcionamiento de las Cajas de Compensación Familiar.

Actualmente, la normatividad jurídica que contempla el régimen de las cajas de compensación familiar está señalado, de manera general para todas ellas, en la ley 21 de 1982". (Se resalta).

En relación con la naturaleza de los recursos de las Cajas, dicha Corte se ha pronunciado respecto del carácter parafiscal de los mismos en los siguientes términos:

"Las cotizaciones de los empleadores son aportes de orden parafiscal, que no impuestos ni contraprestación salarial.

En efecto, las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Su fundamento constitucional se encuentra hoy en el artículo 150 numeral 12 y en el 388 ídem. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley"².

¹ Sobre Cajas de Compensación Familiar la Sala se ha pronunciado en las consultas 084/86; 241/88; 1.055/97, 1.159/98 y 1.167/98.

² C-575 del 29 de octubre de 1992.

2. Recursos Parafiscales

Los recursos parafiscales son aquellos gravámenes que con carácter obligatorio establece la ley, afectan a un determinado grupo social o económico y se utilizan en beneficio del propio sector. Su manejo, administración y ejecución deben hacerse en la forma prevista por la ley que los crea y serán destinados única y exclusivamente al objeto ordenado en ella, así como los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

La Corte Constitucional se ha referido a las características de las contribuciones parafiscales, así:

1a. Son obligatorias, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado;

2a. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico;

3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa;

4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa;

5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o 'por órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación', como lo prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto;

6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, corresponde a la Contraloría General de la República, por mandato expreso de del artículo 267 de la Constitución, inciso primero;

7a. Son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer 'excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley' ".³ (Resalta la Sala).

3. Superintendencia de Subsidio Familiar

Creada mediante ley 25 de 1981 como unidad administrativa especial, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, le compete ejercer la inspección y vigilancia de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del Subsidio Familiar.

³ Sentencia C-152 del 19 de marzo de 1997.

Corresponde a esta Superintendencia la inspección y vigilancia, entre otras, de las Cajas de Compensación Familiar, tal como lo disponen la referida ley 25 de 1981 y el decreto 2150 de 1992. En desarrollo de esa facultad el Superintendente, como agente del Presidente de la República y jefe de ese organismo puede:

"(. . .) 6. Ejecutar el control administrativo financiero y contable sobre las entidades sometidas a su inspección y vigilancia;

7. Solicitar a las entidades vigiladas los estados financieros para que el Superintendente formule sus observaciones, las cuales serán de obligatoria consideración por parte de la entidad vigilada;

8. Definir para cada entidad vigilada, atendiendo lo prescrito por la ley, planes de desarrollo, necesidades básicas insatisfechas, límite máximo del monto anual de las inversiones, gastos administrativos y la formación de reservas, con el fin de procurar el máximo beneficio para la familia y personas a cargo de los trabajadores con derecho a la prestación social del subsidio familiar;

(. . .) 21. Imponer, por medio de resoluciones motivadas, sanciones pecuniarias hasta por cien (100) salarios mínimos legales mensuales a los representantes legales, los miembros de los consejos directivos, los revisores fiscales y los funcionarios de entidades sometidas a su vigilancia, por infracción a las leyes y estatutos, o por inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia;

22. Intervenir administrativamente, en forma total o parcial, las entidades sometidas a su vigilancia, por infracción a las leyes y estatutos, o por inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia; (. . .)".(art.7º Dto. 2150/92.).

Es de anotar que las superintendencias son organismos en los que se realiza la desconcentración funcional, respecto de atribuciones que el Presidente de la República no puede desarrollar personalmente. Así, las funciones de inspección y vigilancia que ejerce la Superintendencia de Subsidio Familiar son de naturaleza administrativa, derivadas de las competencias presidenciales de intervención del Estado, encaminadas a la protección del interés público, otorgadas en los artículos 48 y 189.22 de la Constitución Política, 17 de la ley 25 de 1981 y 2.1 del decreto 2150 de 1992.

Sobre las funciones de la Superintendencia de Subsidio Familiar, la Sala, en consulta 1.055 del 10 de diciembre de 1997 expresó:

"El conjunto normativo por el cual se otorgan competencias a la Superintendencia de Subsidio Familiar, encuentra hoy desarrollo constitucional en las disposiciones contenidas en el artículo 189 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 en su prestación.

(...)

En consecuencia, las facultades de la Superintendencia son desde el punto de vista administrativo amplias, pues comprenden la vigilancia y competencia sancionatoria respecto a las cajas y a sus directivos, administradores y revisores e incluyen medidas que pueden conducir no solo a sanciones consistentes en multas, sino remoción por comprobarse que no cumplen los requisitos de ley o de idoneidad para el desempeño del cargo lo cual se hará con la orden a los respectivos nominadores quienes procederán en consecuencia; y en los eventos de intervención administrativa total, con el reemplazo de quienes venían ejerciendo distintos cargos y responsabilidades".

4. Control Fiscal

Por mandatos constitucional y legal compete a la Contraloría General de la República y a las Contralorías departamentales, distritales o municipales respectivamente, ejercer el control fiscal de los recursos públicos, sean ellos administrados por organismos públicos o privados, con el fin de verificar su adecuado manejo. Esta vigilancia de la gestión fiscal del Estado y de los particulares incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados fundado en la eficacia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales; propende a la protección del patrimonio de la Nación, a ofrecer claridad y transparencia para la correcta utilización legal de los recursos públicos -los parafiscales lo son⁴- y, en caso contrario, a establecer responsabilidades fiscales, imponer sanciones pecuniarias y procurar el resarcimiento público. Dichas funciones difieren de las de inspección y vigilancia que ejercen las Superintendencias, las cuales como ya se dijo son eminentemente administrativas.

La ley 42 de 1993, sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, consagra expresamente, en el artículo 7o., la diferencia entre la vigilancia administrativa y la fiscal, así:

"La vigilancia de la gestión fiscal que adelantan los organismos de control fiscal es autónoma y se ejerce de manera independiente sobre cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa".

A su vez, la referida ley 42 señala en forma concreta que el control fiscal de las entidades que administren contribuciones parafiscales debe adelantarse en los términos previstos en ella y por los correspondientes organismos de control :

"Artículo 28, La vigilancia de la gestión fiscal de las entidades que administren o manejen contribuciones parafiscales, será ejercida por los respectivos

⁴ El carácter público de la parafiscalidad se deriva de los artículos 150.12 y 338 de la Constitución, según los cuales corresponde al Congreso imponerla, es decir, establecerla con carácter obligatorio.

"Art. 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes, por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley".

"Art. 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. . . .".

43

órganos de control fiscal, según el orden a que éstas pertenezcan, en los términos establecidos en la presente ley".

Sobre el control de los recursos parafiscales, en la exposición de motivos de la ley 42 de 1993 se dijo:

"Se hace extensiva la vigilancia a los fondos especiales y contribuciones parafiscales que existan o llegaren a existir; también sobre la exploración y explotación de las minas de la Nación".⁵

Nótese que al consagrar la vigilancia fiscal de las contribuciones parafiscales, el legislador tuvo en cuenta la naturaleza de los recursos y no la de la entidad que los maneje, por cuanto el ejercicio de dicha función recae sobre aquéllos independientemente de la persona que los administre, bien puede ser ésta pública o privada.

De lo expuesto, se infiere que la regla general es que los recursos públicos sean fiscalizados por la Contraloría General de la República o por las contralorías departamentales, municipales o distritales.

Ahora bien, las Cajas de Compensación Familiar *"cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida en la Ley".*

La ley 100 de 1993 -sobre seguridad social y pensiones- se refiere a las Cajas de Compensación Familiar en los artículos 181 -tipos de entidades promotoras de salud- 217-participación de las Cajas en el financiamiento del régimen de subsidio en salud- y 240-sobre las Cajas que no se han convertido en EPS-; a su vez en el artículo 229 ibídem, establece:

"Control fiscal. El control fiscal de las entidades de que habla esta ley, se hará por las respectivas contralorías para las que tengan carácter oficial y por los controles estatutarios para las que tengan un carácter privado".

Revisadas las disposiciones que contemplan el régimen general de las Cajas de Compensación Familiar, no se encuentra norma alguna que fije la entidad encargada de efectuar el control fiscal a las mismas; en consecuencia, y dado el carácter de los recursos parafiscales que administran estas entidades -, dicho control debe ser ejercido por la Contraloría General de la República o las contralorías departamentales, distritales o municipales, de conformidad con las normas constitucionales y legales atrás mencionadas, sin perjuicio de que estatutos particulares de alguna de las Cajas hayan previsto norma especial sobre el particular, con base en precepto legal (Ley 21 de 1982, arts. 39 y 49).

CONCLUSIONES

⁵ SENADO DE LA REPÚBLICA, *Historia de las Leyes, Legislaturas 1992-1993*, Tomo VII, 1996, pág. 635.

⁶ Ley 21 de 1982, artículo 39.

Para la Sala, no obstante estar atribuida a la Superintendencia de Subsidio Familiar la inspección y vigilancia de las Cajas de Compensación Familiar, este control es de orden administrativo y preventivo, en tanto que el control fiscal está asignado por la Constitución y la ley, de manera privativa, a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, distritales y municipales, que lo ejercen en forma posterior y selectiva de conformidad con los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en las normas que regulan la materia.

Dispone la ley que mediante el control fiscal se vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes del Estado en todos los órdenes y niveles, incluidas las contribuciones parafiscales (arts. 4o. y 28 ley 42/93). En consecuencia, al ser las Cajas de Compensación Familiar personas jurídicas de derecho privado, encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar -recursos de carácter parafiscal- son sujetos de control por parte de los órganos respectivos, esto es, las Contralorías.

Finalmente, la Sala precisa que el control fiscal corresponde a las contralorías según el siguiente criterio : a) Si la Caja de Compensación Familiar ejerce sus actividades de afiliación de empleadores en todo el país, como puede ser el caso de Comcaja, será competente la Contraloría General de la República; b) Si la Caja de Compensación Familiar ejerce sus actividades de afiliación de empleadores en todo el territorio de un departamento, será competente la Contraloría Departamental respectiva; y c) Si la Caja de Compensación Familiar ejerce sus actividades de afiliación de empleadores sólo en el territorio del municipio donde tiene su sede o domicilio, será competente la Contraloría Municipal respectiva y, si no la hubiere, dicha competencia corresponderá a la Contraloría Departamental con jurisdicción en el respectivo municipio.

SE RESPONDE :

1 y 2. Por mandatos constitucional y legal tanto la Contraloría General de la República, como las contralorías departamentales, distritales y municipales, son los órganos competentes para ejercer el control fiscal -en los niveles nacional y territorial- a las entidades de la administración y a las personas jurídicas o particulares que manejen recursos del Estado, incluidas las contribuciones parafiscales.

Las Cajas de Compensación Familiar, al administrar recursos de carácter parafiscal, están sujetas al control fiscal tanto de la Contraloría General de la República como de las contralorías departamental, distrital o municipal, en el respectivo nivel territorial.

Transcribese al señor Ministro de Trabajo y Seguridad social. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO
Presidente de la Sala

CESAR HOYOS SALAZAR
Ausente con excusa

RICARDO H. MONROY CHURCH

FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE

ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala