

9195 282



AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N.U.R: **110-1-18570** 23/01/2004 17:02
Trámite: 435 - SOLICITUD
S-17577 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 11, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAU

Bogotá D.C., 23 de enero de 2004
OJ110-435

110.005.2004

Doctora
DIANA ANDRADE BOLAÑOS
Subdirección Operativa Descentralizada
Contraloría Departamental del Valle del Cauca
Carrera 6ª. Calles 9ª y 10ª Edificio de la Gobernación piso 5º
Cali - Valle

Ref.- Oficio NUR-110-1-18570 de 6 de enero de 2004
Solicitud de Concepto – Cajas de compensación Familiar, procedencia del ejercicio del control fiscal

Apreciada Doctora,

Por medio de la presente, y en desarrollo de la función de conceptualización asignada a esta dependencia, me permito efectuar las siguientes reflexiones en relación con las inquietudes planteadas en el oficio de la referencia.

1.- LA CONSULTA.-

Se ha solicitado a esta Oficina emitir concepto acerca de la posibilidad de calificar como sujeto de control fiscal a la Caja de Compensación Familiar Comfandi, teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 789 de 2002 se ha establecido que "[. . .] corresponde a la Superintendencia de Subsidio Familiar, frente a los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar y a la Superintendencia Nacional de Salud frente a los recursos que administran las entidades promotoras de salud, la inspección, vigilancia y control", facultades que se han atribuido con el objeto de garantizar la correcta destinación de los recursos de la seguridad social.

Es de resaltar que el referido artículo establece que las cajas de compensación y las entidades promotoras de salud no se encuentran obligadas a cancelar contribuciones a las contralorías y que en los eventos en que se requieran controles permanente o acciones particulares de inspección, vigilancia y control, deberá acudir a la superintendencia respectiva con el propósito de que se adelanten en forma coordinada.

De igual forma se ha solicitado tener en cuenta que en concepto No. 1375 de 3 de diciembre de 2001 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se precisó que debido a que los recursos administrados por las cajas de compensación familiar constituyen contribuciones parafiscales, estos entes se encuentran sometidos al control fiscal ejercido por las contralorías.

2.- FUNDAMENTOS.-

Para efecto de absolver las inquietudes planteadas por usted, se considera necesario formular las siguientes precisiones conceptuales:

- 1.- En Colombia, el ejercicio de la vigilancia que se debe ejercer sobre el manejo de los recursos públicos ha sido encomendada a la Contraloría General de la República, las contralorías creadas en los departamentos, distritos y municipios y, a la Auditoría General de la República. Se trata de una función pública que propende por la correcta aplicación de los fondos y recursos de la Nación, independientemente de que su manejo haya sido confiado a servidores públicos o a particulares. En este sentido ha indicado la Corte Constitucional:

*"[. . .] La función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República **propende por un objetivo**, el control de gestión, para **verificar el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados**, en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. Fue precisamente el constituyente quien quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc., incluyendo a la misma Contraloría General de la República, quedara sin control fiscal de gestión. Entonces ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares."*¹-
Resaltado y subrayado por fuera del texto-

- 2.- De conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 42 de 26 de enero de 1993 "Sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", establece:

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

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-167 de 20 de abril 1995. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

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

A pesar de que el contenido de esta disposición no ha sido cuestionado ante la Corte Constitucional, esa Honorable Corporación ha reconocido en reiterados pronunciamientos la procedencia del control fiscal sobre las personas que recauden, manejen o administren recursos parafiscales, pues a pesar de que estas rentas no hacen parte del Presupuesto General de la Nación, ni se encuentran incorporadas en él, si constituyen recursos públicos ya que constituyen gravámenes impuestos a cargo de determinados sectores de la población en ejercicio de la facultad impositiva que le ha sido reconocida al Estado.

Sobre el particular se puede consultar la sentencia C-152 de 19 de marzo de 1997, en la cual se analizó el tema en los siguientes términos:

"[. . .] no todos los recursos públicos pertenecen al Estado y, en el caso de los de origen parafiscal -que son públicos mas no ingresan al fisco- tampoco son de libre asignación o disposición por las autoridades. Por su naturaleza y funciones, tales rentas están afectadas a una finalidad, que es la que, según la ley correspondiente, les dio origen, y que justifica su recaudo.

[. . .] Los impuestos, las tasas y las contribuciones, bien que éstas sean fiscales o parafiscales, tienen finalmente como propósito, que los justifica, el financiamiento de los gastos e inversiones que la comunidad requiere.

*En cuanto a los servicios públicos, son inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 C.P.) y buscan el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 C.P.)."*²

"[. . .] La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tratado de determinar los elementos propios de las contribuciones parafiscales, así:

"Para sistematizar, la Corte observa que los recursos parafiscales tienen tres elementos materiales, a saber:

"1) Obligatoriedad: el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, por tanto el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento.

"2) Singularidad: en oposición al impuesto, el recurso parafiscal tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico.

² **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-183 de 10 de abril 1997. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

"3) Destinación Sectorial: los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores." (Sentencia C-490 de 1993, de octubre 28 de 1993, Magistrado ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero).

En otras dos sentencias se dijo:

"Ha decidido la Corte que las contribuciones parafiscales son obligatorias, afectan solamente a un grupo o sector económico y se destinan al mismo. Igualmente, ha establecido que los recursos parafiscales son públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo o sector que los tributa" (Sentencia C-273/96, de 20 de junio de 1996, Magistrado ponente, doctor Jorge Arango Mejía).

"La parafiscalidad se basa en la pretensión básica de que los sujetos gravados, en últimas, terminan siendo los sujetos beneficiados con el gravamen. Violaría la equidad del sistema tributario, que la parafiscalidad se construyera a partir del sacrificio de personas o grupos que no se conciben en la ley que la instituye como sujetos beneficiarios de la misma" (Sentencia C-253/95, de junio 7 de 1995, Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz)

[. .] El artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (artículo 2o. de la ley orgánica 225 de 1995), distingue inequívocamente dos clases de contribuciones parafiscales: las que se administran por los particulares, generalmente en virtud de contratos celebrados por la Nación con corporaciones o asociaciones gremiales, a las cuales se refiere el inciso primero; y, las que se administran por "los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación", de las cuales trata el inciso segundo.

*Las unas y las otras originan recursos públicos del Estado. Pero las **primeras no se incorporan en el presupuesto de la Nación**, al paso que **las segundas sí se incorporan**, pero "solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales".*

*De todas maneras, un principio esencial de la parafiscalidad es éste: **jamás las rentas parafiscales pueden confundirse con las rentas fiscales ni, menos, con los ingresos corrientes de la Nación**. Principio que se aplica a las dos clases de rentas parafiscales contempladas en el artículo 29 citado.*

5a. Como se dijo, 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 los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación, como lo

prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (art. 2o., ley 225 de 1995).

En tratándose de las contribuciones parafiscales administradas por particulares (como lo prevé expresamente el inciso primero del artículo 29 del estatuto orgánico del presupuesto), es posible que en el "manejo, administración y ejecución" de sus recursos, participen no sólo representantes del "determinado y único grupo social y económico" que las tributa, sino del Estado. Así se garantiza el justo equilibrio entre los intereses gremiales o de grupo o sector económico, y los generales.

[. . .] En esta forma, la Corte define y concreta 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 los 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 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

3.- De conformidad con lo establecido 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 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."

³ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-152 de 19 de marzo de 1997. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

A las cajas de compensación familiar les han sido encomendadas, entre otras funciones, el recaudo, distribución y pago de los aportes que deben hacer las personas jurídicas y naturales que ha señalado el legislador para atender los pagos establecidos a favor de los trabajadores por concepto de subsidio familiar, así como de las sumas destinadas al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, las escuelas industriales y los institutos técnicos, en la forma y términos establecidos por la Ley.

Así mismo y en virtud de lo establecido en la Ley 789 de 27 de diciembre de 2002, las cajas de compensación familiar participan en la ejecución de las políticas adoptadas por el Gobierno Nacional para la generación de empleo y otorgamiento de subsidios para el desempleo, de conformidad con las reglas establecidas en la Ley.

Ahora bien, los recursos de las Cajas de Compensación Familiar, provenientes de los aportes patronales⁴ han sido calificados por la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional como contribuciones parafiscales. En efecto, ha expresado la Corte:

“ . . . 16. Es preciso clarificar la naturaleza fiscal de los recursos destinados por los empleadores a las Cajas de Compensación Familiar, así:

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

17. En efecto, las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Su fundamento constitucional se encuentra hoy en el artículo 150 numeral 12 y en el 338 idem. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley.

Como ya lo tiene establecido esta Corporación, "la parafiscalidad hace relación a unos recursos extraídos en forma obligatoria de un sector económico para ser reinvertidos en el propio sector, con exclusión del resto de la sociedad..."⁵

18. No son impuestos porque no se imponen a todos los contribuyentes ni van a engrosar el presupuesto de ninguna entidad pública bajo el principio de universalidad ni son distribuidos por corporación popular alguna.

⁴ Esencial fuente de financiamiento de las funciones que deben cumplir.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia No. C-449, del 9 de julio de 1992.

19. No son tampoco renta de destinación específica porque simplemente no son renta estatal sino recursos de los trabajadores en tanto que sector.

20. Mucho menos constituyen salario porque no son una contraprestación laboral directamente derivada del trabajo y como retribución del servicio.

21. Finalmente, y sobre todo, las cotizaciones de los patronos a las Cajas **no son un derecho subjetivo del trabajador o del empleador.**

Se advierte claramente que los recursos de las Cajas no son propiedad privada (artículo 58 de la Carta) del empleador ni de los trabajadores en particular sino del sector de los trabajadores remunerados. No es pues un derecho subjetivo de las personas sino del sector en su conjunto.

Son pues recursos afectados a una particular destinación de interés general. Sus destinatarios, por disposición de la ley, deben reunir dos requisitos: que se trate de un trabajador y que dicho trabajador devengue menos de cuatro salarios mínimos.

La propiedad de estos recursos, así como su administración, a diferencia de lo que sucede con el Fondo Nacional del Café⁶, no pertenece al Estado y en consecuencia no media al respecto un contrato entre la Nación y la entidad. Pero en uno y otro caso los recursos están afectados a una finalidad que tiene que cumplir el administrador de los mismos, pues, al fin de cuentas, ambos recursos son parafiscales.⁵

Como usted tuvo oportunidad de indicarlo en su escrito, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado también ha concluido que es procedente el ejercicio del control fiscal respecto de las Cajas de Compensación Familiar, en razón a la naturaleza parafiscal de los recursos que administran.

Desde este punto de vista es claro para esta Oficina que las Cajas de Compensación Familiar se encuentran sujetas al ejercicio del control fiscal encomendado a las contralorías de las entidades territoriales, pues la mayor parte de los recursos que recaudan y administran son recursos parafiscales. Así mismo, es más que procedente el ejercicio del control fiscal cuando se ha confiado a las Cajas de Compensación Familiar la administración de bienes públicos, como se prevé en la Ley 789 de 2002.

⁶ Véase en este sentido lo que ya ha establecido la Corte Constitucional en la Sentencia del proceso No. D-033.

⁵ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-575 de 29 de octubre de 1992. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- 4.- Ahora, con ocasión a la expedición de la Ley 789 de 27 de diciembre de 2002 la inspección, vigilancia y control sobre los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar que en principio le corresponde al Presidente de la República⁶ ha sido encomendada a la Superintendencia del Subsidio Familiar, para lo cual se le ha dotado de precisas facultades sancionatorias como se lee en el artículo 21 que establece en lo pertinente:

“Artículo 21. Régimen de Transparencia. *Las Cajas de Compensación Familiar se abstendrán de realizar las siguientes actividades o conductas, siendo procedente la imposición de sanciones personales a los directores o administradores que violen la presente disposición a más de las sanciones institucionales conforme lo previsto en la presente ley:*

1. *Políticas de discriminación o selección adversa en el proceso de adscripción de afiliados u otorgamiento de beneficios, sobre la base de que todas las Cajas de Compensación Familiar deben ser totalmente abiertas a los diferentes sectores empresariales. Basta con la solicitud y paz y salvo para que proceda su afiliación.*

2. *Operaciones no representativas con entidades vinculadas, conforme las definiciones que al efecto establezca el reglamento.*

3. *Acuerdos para distribuirse el mercado.*

4. *Remuneraciones o prebendas a los empleadores o funcionarios de la empresa diferentes a los servicios propios de la Caja. Los funcionarios públicos que soliciten esta clase de beneficios para sí o para su entidad incurrirán en causal de mala conducta.*

5. *Devolución, reintegro o cualquier tipo de compensación de aportes a favor de una empresa con servicios o beneficios que no se otorguen a todas las empresas afiliadas o los convenios u operaciones especiales que se realicen en condiciones de privilegio frente a alguna de las empresas afiliadas, desconociéndose el principio de compensación y por ende el valor de la igualdad.*

6. *Incluir como objeto de promoción la prestación de servicios en relación con bienes de terceros frente a los cuales, los afiliados, no deriven beneficio.*

7. *Cuando se trate de la administración de bienes públicos, las Cajas de Compensación Familiar se abstendrán de presentarlos sin la debida referencia a su naturaleza, precisando que no son bienes de la Caja.*

⁶ Debe recordarse que de conformidad con lo establecido en los numerales 20 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, le corresponde al Presidente de la República: “20.- Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes.” “[. . .] 26.- Ejercer inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de sus fundadores.”

8. Ofrecer u otorgar dádivas o prebendas en relación con servicios de la Caja a personal de empresa s no afiliadas, excepción de las acciones que tengan como propósito presentar sus instalaciones, programas o servicios.

9. Ofrecer servicios que no se encuentren efectivamente en su portafolio de operación frente a sus afiliados, al no haber superado la etapa de planeación.

10. Retardar injustificadamente la expedición de paz y salvo a las empresas que hubieran tomado la decisión de desafiliarse con sujeción a los procedimientos legales. Para efecto de la expedición del paz y salvo se tendrá un plazo no superior a 60 días a partir de la solicitud.

11. Ejercer frente a los empleadores cualquier tipo de presión indebida con el objeto de obtener la afiliación a la Caja o impedir su desafiliación.

12. Ejercer actuaciones que impliquen abuso de posición dominante, realización de prácticas comerciales restrictivas o competencia desleal en el mercado de Cajas de Compensación Familiar.

13. Las conductas que sean calificadas como práctica no autorizada o insegura por la Superintendencia de Subsidio Familiar.

14. Adelantar políticas de discriminación en la remuneración de sus redes de comercialización. Para este efecto, se deben pagar comisiones o remuneraciones iguales, con independencia de que se trate de empresas compensadas o descompensadas.

15. Incumplimiento de las apropiaciones legales obligatorias para los programas de salud, vivienda de interés social, educación, jornada escolar complementaria, atención integral a la niñez y protección al desempleado.

16. Incumplimiento de la cuota monetaria del Subsidio en dinero, dentro de los plazos establecidos para tal efecto.

17. Excederse del porcentaje autorizado para gastos de administración instalación y funcionamiento durante dos ejercicios contables consecutivos, a partir de la vigencia de la presente ley. Para tal efecto, se considerarán como gastos de administración, instalación y funciona-miento, aquellos que se determinen conforme las disposiciones legales. En todo caso, debe tratarse de un método uniforme de cálculo de gastos administrativos precisando la forma de distribución de costos indirectos que se deben aplicar a los distintos servicios, proporcionalmente a los egresos que cada uno de ellos represente sobre los egresos totales de la respectiva Caja.

18. Aplicar criterios de desafiliación en condiciones de desigualdad frente a los empleadores, contrariando las disposiciones legales así como la violación de los reglamentos en cuanto al término en que debe proceder la desafiliación de la empresa y la suspensión de servicios como consecuencia de la mora en el pago de los aportes.

19. Condicionar la comercialización de productos en las áreas de mercadeo o empresas subsidiarias, a la condición que el empleador deba afiliarse o mantenerse afiliado a la respectiva Caja de Compensación.

[. . .] **Parágrafo 1o.** La Superintendencia de Subsidio Familiar sancionará las prácticas de selección adversa, así como los procesos de comercialización que no se enfoquen a afiliar a los diferentes niveles empresariales por parte de las diferentes Cajas.

[. . .] **Parágrafo 3o.** Cuando se compruebe el traslado o retención de empleadores mediante violación de alguna de las normas vigentes; además de la sanción personal al representante legal, que será proporcional al monto de los aportes, la Superintendencia ordenará que la afiliación regrese a la Caja de afiliación anterior con devolución de los aportes menos los subsidios pagados."

De la descripción de conductas que pueden dar lugar a la imposición de sanciones se deduce que el control conferido a la Superintendencia de Subsidio Familiar, si bien propende por la adecuada aplicación de los recursos que son administrados por las Cajas de Compensación Familiar, tiene énfasis en el control de las actividades que pueden ser desarrolladas por éstos entes, dentro de las cuales incluso se contempla la posibilidad de realizar actividades bursátiles dentro del mercado financiero.

Esta clase de control se diferencia claramente del que ha sido confiado a los organismos de control fiscal que se debe continuar ejerciendo en la forma prevista por la Constitución Política y la ley, en particular, en la Ley 42 de 1993 cuyo artículo 28 no ha sido objeto de derogatoria táctica ni expresa con ocasión a la expedición de la Ley 789 de 2002.

Es de resaltar que la gran mayoría de los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar continúan siendo de contribuciones parafiscales y, en esa medida, resulta plenamente aplicable el referido artículo 28 de la Ley 42 de 1993.

3.- CONCLUSIONES.-

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, en consideración a que la gran mayoría de recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar constituyen contribuciones parafiscales y que el artículo 28 de la Ley 42 de 1993 establece que las personas que administren recursos de esta naturaleza se encuentran sometidos al control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República y demás contralorías de las entidades territoriales, este Despacho es del criterio que Comfandi está sometida a la vigilancia de la gestión fiscal

encomendada a la contraloría que ejerza jurisdicción dentro de la parte del territorio nacional en la cual desarrolle sus actividades.

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, me suscribo de usted,

Atentamente,


AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica