

No. Memorando: 3-2020-002430

Fecha de asignación: 24/11/2020 18:25

Para: Pedro Acosta Lemus - Director para la Gestión Financiera y Contable

De: Lida Regina Bula Narvaez - Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Ref. No. Radicado de Entrada **Exp.** 2608/2020/MEM

Asunto: Radicado número 3-2020-002306, mediante en el cual se solicita concepto Jurídico sobre la colocación de recursos en una filial, obtenidos de un crédito bancario por parte de una Caja de Compensación Familiar

Respetado Doctor,

Procede la Oficina Asesora Jurídica a resolver la solicitud de concepto de la referencia, en los siguientes términos:

1. Consulta

Que mediante la consulta elevada, la dependencia solicitante expone hechos ocurridos con relación a la gestión bancaria realizada por Comfenalco Cartagena, en virtud de la cual se obtuvo un crédito, cuyos recursos a su vez fueron destinados a un préstamo otorgado a la Sociedad Los Corales Cartagena S.A.S., empresa hotelera en la cual la mencionada Caja de Compensación Familiar cuenta con un 50% de participación.

De conformidad con lo anterior, eleva los siguientes interrogantes:

1. *“Es procedente que las Cajas de Compensación Familiar realicen préstamos a entidades financieras, para que dichos recursos sean entregados a título de préstamo a las sociedades donde tienen participación.”*
2. *“Bajo que norma específica del sistema del subsidio familiar se pueden amparar las cajas de compensación familiar, para realizar este tipo de operaciones, es decir ser intermediarias para solicitar préstamos con entidades financieras y a su vez prestarlos a las sociedades en las cuales tiene participación. En caso de no existir que norma está vulnerando la caja.”*
3. *“Es facultad del consejo directivo, al hacer estas aprobaciones, teniendo en cuenta que los incumplimientos por parte de la sociedad CORALES CARTAGENA pueden poner en riesgo el patrimonio del Sistema del Subsidio Familiar.”*

2. Análisis

Que para resolver la consulta planteada, se examinará (i) el régimen jurídico que tiene aplicación respecto de los aspectos consultados, (ii) la forma como dicho régimen se aplica al caso concreto objeto de consulta, y (iii) a modo de conclusión se dará respuesta a los interrogantes elevados.

2.1. Régimen jurídico.

2.1.1. El artículo 39 de la Ley 21 de 1982 *"Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones"*, establece la naturaleza jurídica de las Cajas de Compensación Familiar de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 39. Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del estado en la forma establecida por la Ley."

De conformidad con lo anterior, se observa que las Cajas de Compensación Familiar se definen como entes jurídicos de naturaleza especialísima, cuya organización se establece al tenor de lo normado en el Código Civil para las Corporaciones.

2.1.2. Mediante el artículo 16 de la Ley 789 de 2002 *"Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo"*, se adicionó el artículo 41 de la Ley 21 de 1982, estableciendo las siguientes funciones de las Cajas de Compensación Familiar:

"ARTÍCULO 16. FUNCIONES DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN. El artículo 41 de la Ley 21 de 1982 se adiciona, con las siguientes funciones:

1. Ejecutar actividades relacionadas con sus servicios, la protección y la seguridad social directamente, o mediante alianzas estratégicas con otras Cajas de Compensación o a través de entidades especializadas públicas o privadas, conforme las disposiciones que regulen la materia. (...)

4. Podrán asociarse, invertir o constituir personas jurídicas para la realización de cualquier actividad, que desarrolle su objeto social, en las cuales también podrán vincularse los trabajadores afiliados.
(Negrilla y subraya fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se observa la potestad de las Cajas de Compensación Familiar para ejecutar las actividades relacionadas con sus

servicios, directamente, o a través de entidades especializadas públicas o privadas, en las cuales podrán participar vía asociación, como inversionistas o creadoras, siempre que desarrollen su objeto social.

2.1.3. Ahora bien, en cuanto a la dirección y administración de la Caja de Compensación Familiar, la mencionada Ley 21 determina:

“ARTÍCULO 46: Toda caja de Compensación Familiar está dirigida por la Asamblea General de Afiliados, el Consejo Directivo y el Director Administrativo.”

De esta manera, el gobierno corporativo de las Cajas de Compensación Familiar se encuentra plenamente establecido, y sus funciones y alcance se encuentran determinados en las diversas normas que regulan la materia.

2.1.4. También se observa, que las funciones de los Consejos Directivos se determinan en el artículo 54 de la misma norma, al tenor del cual les corresponde:

“ARTÍCULO 54. Son funciones de los Consejos Directivos:

1°. Adoptar la política administrativa y financiera de la Caja teniendo en cuenta el régimen orgánico del subsidio familiar y las directrices impartidas por el Gobierno Nacional.

2°. Aprobar en consonancia con el orden de prioridades fijadas por la presente Ley, los planes y programas a que deban ceñirse las inversiones y la organización de los servicios sociales. (...)

9o. Aprobar los contratos que suscriba el Director Administrativo cuando su cuantía fuere superior a la suma que anualmente determine la Asamblea General.”

2.2. Caso concreto.

Frente a la solicitud planteada por la Dependencia consultante, y en atención al marco normativo expuesto anteriormente, se observa que en primer lugar es menester hacer claridad sobre la especial naturaleza de las Cajas de Compensación Familiar. Al respecto, el Consejo de Estado señaló¹:

“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 están sometidas al control y vigilancia del Estado, en la forma establecida por la Ley 21 de 1982, en su artículo 39; son entidades de origen legal y de naturaleza especial, que pueden crear los particulares

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Sentencia 2008-00074 del 15 de noviembre de 2012.



con fines sociales y sin ánimo de lucro. En las actividades de las Cajas de Compensación existe un interés público, por lo cual su regulación y orientación compete al Estado; obtienen su personería jurídica ante la Superintendencia del Subsidio Familiar y están sometidas a su inspección y vigilancia”

De conformidad con lo anterior, se observa que esta especial naturaleza se regula bajo la forma de una Corporación, la cual, al tenor del artículo 633 y siguientes del Código Civil, deberá en su calidad de persona jurídica, asumir las obligaciones de tipo legal que le corresponden, pero a su vez, autoregular su actividad mediante el establecimiento de los respectivos estatutos. Lo anterior tiene fundamento en lo normado por el artículo 641 del Código Civil, el cual señala:

“ARTICULO 641. FUERZA OBLIGATORIA DE LOS ESTATUTOS. *Los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan.”*

Por otra parte, el Legislador ha establecido algunas restricciones a las actuaciones de las cajas de compensación. Así, el artículo 44 de la Ley 21 de 1982 prohíbe a estas corporaciones “*facilitar, ceder, dar en préstamo o entregar a título gratuito o a precios subsidiados, bienes o servicios a cualquier persona jurídica o natural*”, salvo expresa autorización legal. En consonancia con lo anterior, las cajas de compensación familiar se hallan, por expresa disposición legal, sometidas a un régimen de transparencia, de conformidad con el cual deben abstenerse de realizar ciertas actividades, entre las cuales resulta relevante mencionar: (i) ejercer prácticas restrictivas de la competencia; (ii) promocionar la prestación de servicios en relación con bienes de terceros frente a los cuales, los afiliados, no deriven beneficio; (iii) incurrir en conductas que sean calificadas como práctica no autorizada o insegura por la Superintendencia de Subsidio Familiar; y (iv) incumplir con 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.²

Ahora bien, en lo que hace referencia al manejo administrativo, se observa que la Caja de Compensación Familiar de Fenalco Andi, COMFENALCO CARTAGENA, es una persona jurídica de derecho privado. Su creación data del año 1958 y cuenta con personería jurídica aprobada mediante Resolución No. 0573 expedida por el Ministerio de Justicia.

Que para el desarrollo de su actividad misional de recreación y en concurrencia con otra Caja, constituyó y tiene la condición de accionista de la sociedad comercial denominada **LOS CORALES DE CARTAGENA SAS**, que es el vehículo societario que le permite dar cumplimiento a las funciones que en este ámbito debe desarrollar. Esta Oficina observa que la constitución de personas jurídicas es una modalidad de organización de servicios que se encuentra permitida, a la luz de lo señalado en el numeral 4 del artículo 41 de la Ley 21 de 1981, adicionado por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002.

² Sentencia C 429 de 2019

De otro lado, es menester recordar que la Honorable Corte Constitucional, en su Sentencia C-655 de 2003, se pronunció sobre la naturaleza de los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar, en la cual indicó:

“6.3. En atención a las características citadas, no duda la Corte en calificar los recursos de la seguridad social como rentas parafiscales, pues en verdad éstos comportan contribuciones obligatorias de naturaleza pública, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que no ingresan al presupuesto nacional, que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población, y que deben ser utilizadas para financiar globalmente los servicios que se prestan y para ampliar su cobertura. De hecho, el Sistema de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 y en otras disposiciones complementarias, se ocupó de regular todos los elementos que definen una renta parafiscal, señalando quienes son los destinatarios de los servicios de la seguridad social, cuales sus beneficiarios, las prestaciones económicas, de salud y de servicios complementarios que se ofrecen, y principalmente, identificando la fuente de los recursos que se destinan para obtener las finalidades propuestas.”

De esta manera, la Corte estableció que los recursos de la seguridad social son rentas parafiscales, reiterado lo ya establecido en sus sentencias C-711/2000 y C-041/06, en las cuales determinó este tipo de rentas como de naturaleza atípica, considerando la específica destinación sectorial, toda vez que han sido impuestas directamente por el legislador en cabeza de determinado grupo socioeconómico -los empleadores-, pero con el objeto de beneficiar a los trabajadores.

Dado el carácter parafiscal de dichos recursos, su administración, inversión y ejecución debe contemplar mecanismos de seguimiento y monitoreo que le permitan a la Caja garantizar que su destino cumpla con la finalidad propuesta y su uso sea adecuado. Sin embargo, debe resaltarse que no todos los recursos que administra una Caja de Compensación Familiar gozan de la naturaleza de ser parafiscales. Solo aquellos provenientes de los APORTES efectuados por los empleadores tendrán dicha calificación, y la consecuente protección legal y constitucional.

Ahora bien, con base en lo anterior se procede a dar respuesta a los interrogantes planteados:

1. ***“Es procedente que las Cajas de Compensación Familiar realicen préstamos a entidades financieras, para que dichos recursos sean entregados a título de préstamo a las sociedades donde tienen participación.”***

En la medida en que los estatutos de la Caja no prohíban o limiten esta posibilidad, es viable la adquisición de préstamos bancarios, para ser destinados a la financiación de programas sociales, en este caso, no en forma directa, sino por intermedio de la sociedad comercial de la cual es accionista, dado que el mismo legislador ha admitido esa posibilidad (numeral 4 del artículo 41 de la Ley 21 de 1981, adicionado por el artículo

16 de la Ley 789 de 2002). En todo caso la Caja debe garantizar que los recursos se destinen a la prestación del servicio social que ejecuta por intermedio de la filial (sociedad comercial de la cual es accionista).

En tal caso corresponderá al Consejo Directivo definir el título jurídico mediante el cual se deberán trasladar los recursos a la sociedad (préstamo, capitalización u otro), velar por su adecuada gestión y monitorear el cumplimiento de las condiciones financieras en que fueron transferidos.

En este sentido el apalancamiento, origen y colocación de recursos deberá obedecer a lo aprobado previamente por el Consejo Directivo al formular el proyecto y facultar al Director Administrativo para llevar a cabo tal operación.

2. ***“Bajo que norma específica del sistema del subsidio familiar se pueden amparar las cajas de compensación familiar, para realizar este tipo de operaciones, es decir ser intermediarias para solicitar préstamos con entidades financieras y a su vez prestarlos a las sociedades en las cuales tiene participación. En caso de no existir que norma está vulnerando la caja.”***

Aun cuando no se cuenta con una norma específica que regule la materia, es preciso señalar que las Cajas de Compensación Familiar cuentan con un grado de autonomía privada y libertad empresarial que le permite organizar las competencias que desarrolla, naturalmente con apego a las normas que regulan su funcionamiento y sus estatutos. En ese contexto y por tratarse de un particular, las Cajas no pueden realizar aquello que, en virtud de la ley, sus estatutos o el régimen de transparencia, les está prohibido o constituye una práctica no autorizada o insegura.

Que la modalidad de préstamo a que se refiere la solicitud de concepto, no se encuentra calificada como práctica insegura por esta Superintendencia, por lo que tampoco se observa por este aspecto limitaciones o restricciones a este tipo de operaciones.

3. ***“Es facultad del consejo directivo, al hacer estas aprobaciones, teniendo en cuenta que los incumplimientos por parte de la sociedad CORALES CARTAGENA pueden poner en riesgo el patrimonio del Sistema del Subsidio Familiar.”***

Para esta Oficina, corresponde al Consejo Directivo no solo aprobar la operación y autorizar al Director Administrativo, sino hacer seguimiento frente al uso de los recursos y retorno del dinero, de tal manera que se mitigue o evite el riesgo de contraparte³ implícito en la operación.

³ Se entiende por **riesgo de contraparte** (RiC) a la posibilidad de que una entidad incurra en pérdidas y disminuya el valor de sus activos como consecuencia del incumplimiento de una **contraparte**, eventos en los cuales deberá atender el incumplimiento con sus propios recursos o materializar una pérdida en su balance. (Circular Básica Contable y Financiera (Circular Externa 100 de 1995), SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, CAPITULO XXVII REGLAS RELATIVAS A LA ADMINISTRACIÓN DEL RIESGO DE CONTRAPARTE)



Dv+I KhHH dRAA fGjZ s4Fa ITgG g5A=

URL <https://giss.ssf.gov.co/SedeElectronica>

Finalmente, debe puntualizarse por parte de la Oficina Asesora Jurídica, que de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 2595 de 2012 *“Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia del Subsidio Familiar y se determinan las funciones de sus dependencias”* y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-, *“salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuesta a las peticiones realizadas en el ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*, por lo que el concepto emitido por esta Oficina constituye solo un criterio orientador para la interpretación y aplicación de la normatividad relativa al objeto de consulta, conservando la dependencia y autoridad pública, la autonomía en el ejercicio de sus competencias legales y reglamentarias.

Por lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia del Subsidio Familiar, presenta los elementos y argumentos jurídicos que se deben considerar al momento de hacer cumplir las disposiciones que regulan la materia y así contar con los elementos necesarios para adoptar las decisiones de forma ajustada a la normatividad vigente con el fin de garantizar en todo momento los derechos que le asisten a los afiliados al Sistema del Subsidio Familiar.

Cordialmente,

LIDA REGINA BULA NARVAEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Proyectado por: Manolo Rojas Riaño – Contratista