

Al contestar este Oficio, por favor cite este número: 2-2022-159414

Bogotá D.C., 9 de agosto de 2022 19:17

Rodrigo Andres Dominguez Zapata

Doctor:

JACOBO TOVAR CAICEDO

Director Administrativo COMFANDI

Carrera 23 No. 26B – 46 Sede Administrativa El Prado

andresdominguez@comfandi.com.co

Valle del Cauca - Cali

Ref. 1-2022-012719 Exp. 1317/2022/PGEN

Asunto: Recursos para la constitución Foniñez Voluntario.

Cordial saludo,

Esta entidad mediante comunicación electrónica radicada en esta Superintendencia bajo el número 1-2022-012719 del 10 de junio de 2022, recibió solicitud de concepto jurídico, de la cual se solicitó ampliación para términos de respuesta mediante el radicado 2-2022-112712, y frente al cual la Oficina Asesora Jurídica procede a examinar la cuestión consultada y a dar respuesta al interrogante planteado en los siguientes términos¹:

1. PROBLEMA JURÍDICO.

*“(…) Por todo lo anterior y en virtud de que en el plan de mejoramiento quedaron las actividades para subsanar la observación, previo al cumplimiento de las actividades plasmadas en el plan de mejoramiento solicitamos muy comedidamente una mesa de trabajo con la **oficina jurídica de la Superintendencia de Subsidio Familiar**, con el propósito de dilucidar el origen de los recursos con los cuales se puede constituir FONIÑEZ voluntario, en donde, por parte de Comfandi asistirá el Gerente Jurídico y Gerente Financiero (…)”*

2. MARCO NORMATIVO.

¹ La función de emitir conceptos se encuentra contemplada en el artículo 7 del Decreto 2595 de 2012 de la siguiente manera: “Artículo 7º.- Funciones de la Oficina Asesora Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora Jurídica las siguientes: “(…) 8. Coordinar, asesorar y responder por la atención de las solicitudes, demandas, tutelas y demás acciones que requieran intervención legal.

2.1. CONTEXTO MARCO JURÍDICO FONDO FONIÑEZ VOLUNTARIO

Es necesario contextualizar la respuesta a partir del marco jurídico que regula el **FONDO FONIÑEZ VOLUNTARIO**, en armonía con las disposiciones de la Superintendencia del Subsidio Familiar, para tal efecto se mencionan en orden cronológico la normatividad expedida sobre el particular, además de señalar los artículos pertinentes.

2.1.1. Cronología Leyes y Decretos

➤ **El artículo 41, Ley 21 de 1982.** *Las Cajas de Compensación Familiar tendrán entre otras, las siguientes funciones:*

(...) “2. Organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar en especie, de servicios, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 62 de la presente ley.

3. Ejecutar, con otras Cajas, o mediante la vinculación con organismos y entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios, dentro del orden de prioridades señalado por la ley.

4. Cumplir con las demás funciones que señale la Ley.”

➤ **El artículo 43, Ley 21 de 1982.** *Los aportes recaudados por las cajas por concepto del subsidio familiar se distribuirán en la siguiente forma:*

(...) “4. El saldo se apropiará para las obras y programas sociales que emprendan las Cajas de Compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie, descontados los aportes que señale la Ley para el sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar.”

“**PARAGRAFO 1o.** *Los rendimientos y productos líquidos de las operaciones que efectúen las Cajas de Compensación Familiar, así como los remanentes presupuestales de cada en ejercicio, serán aprobados por el Consejo Directivo el cual deberá destinarlos bien al pago del subsidio en dinero, bien a la realización de obras y programas sociales con estricta sujeción a lo establecido en el artículo 62.” (...)*

➤ **El artículo 64, Ley 633 de 2000.** “**Destinación de los recursos del FOVIS.** *Los recursos adicionales que se generen respecto de los establecidos con anterioridad a la presente ley se destinarán de la siguiente manera.*”

(...) “b) El porcentaje restante después de destinar el anterior, para la atención integral a la niñez de cero (0) a seis (6) años y la jornada escolar complementaria. Estos recursos podrán ser invertidos directamente en dichos programas abiertos a la comunidad, por las Cajas de compensación sin necesidad de trasladarlos al Fovis.”

“**PARAGRAFO.** *En aquellos entes territoriales que cuentan con recursos para la cofinanciación de los Programas de Jornada Escolar Complementaria y atención a los niños de cero (0) a seis (6) años más pobres, las Cajas de Compensación Familiar podrán establecer convenios y alianzas con los gobiernos respectivos para tal fin.*”

➤ **Numeral 8, artículo 16, Ley 789 de 2002. Funciones de las cajas de compensación.** *El artículo 41 de la Ley 21 de 1982 se adiciona, con las siguientes funciones:*



Identificador: UqTN pj75 1eOK w1p6 JbAG 8K2c DwU=
Copia en papel auténtica de documento electrónico. La validez de este documento puede verificarse ingresando en <https://gtss.ssf.gov.co/SedeElectronica/>

“8. Créase el Fondo para la Atención Integral de la Niñez y jornada escolar complementaria. Como recursos de este fondo las Cajas destinarán el porcentaje máximo que les autoriza para este fin la Ley 633 de 2000 y mantendrán para gastos de administración el mismo porcentaje previsto en dicha norma para Fovis.”

➤ **El artículo 1, decreto 1729 de 2008. Fondo para la atención integral de la niñez y jornada escolar complementaria, FONIÑEZ. Artículo compilado en el artículo 2.2.7.6.1. del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015.** “Las Cajas de Compensación Familiar destinarán los recursos previstos en el literal b) del artículo 64 de la Ley 633 de 2000, al Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria, creado por el artículo 16 numeral 8 de la Ley 789 de 2002.

*Las Cajas de Compensación Familiar obligadas a destinar recursos al Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria y aquellas que no estén obligadas y decidan voluntariamente hacerlo, podrán, previa autorización de la Superintendencia del Subsidio Familiar, **destinar de los remanentes presupuestales de cada ejercicio, recursos para los programas del Foniñez; para tal fin deberán atender lo dispuesto en el parágrafo 1o del artículo 43 de la Ley 21 de 1982, en concordancia con el artículo 62 de la misma ley.***

Las Cajas de Compensación Familiar podrán destinar recursos del Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria en los jardines sociales que estas administren, pero únicamente para asumir los gastos de funcionamiento propios de dicha administración y los de operación de los programas, tales como, aseo, vigilancia, servicios públicos, papelería, así como, los inherentes al mantenimiento por el deterioro natural de las instalaciones, causado por el desarrollo de los programas que adelanten.” Los recursos del Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria se podrán destinar para construcción, mejora, adecuación o dotación de instalaciones, siempre y cuando sean de propiedad de las Cajas de Compensación Familiar, en las que se desarrollen los programas de Atención Integral de la Niñez. Los gastos de administración del Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria serán hasta del 5% de los recursos destinados a este. La utilización de estos recursos deberá ajustarse a los gastos claramente imputables a su manejo.” (Negrilla y Subrayado fuera de texto original)

2.1.2. Normas Contables Superintendencia Subsidio Familiar

➤ **Circular 017 de 2014 Superintendencia del subsidio familiar.**

- Inversión en servicios sociales

La circular 017 del 10 de septiembre del 2014, regula las inversiones en servicios sociales de competencia del consejo directivo de aprobación general o previa de la Superintendencia con el Saldo de Obras y programas sociales y, en el numeral 5.4.4, expresa textualmente: “***Inversiones en servicios sociales.*** *Corresponde al valor de las inversiones (proyectos) en servicios sociales aprobados por el Consejo Directivo de la Corporación con aprobación general o previa de la Superintendencia del Subsidio Familiar a financiarse con el Saldo de Obras y Programas Sociales no utilizados en la (s) vigencia (s) anterior (es) y que se ejecutan en la presente vigencia”.* Seguidamente establece: “***La Caja no puede utilizar recursos del saldo para obras y programas de beneficio social que correspondan a la presente vigencia en proyectos de inversión aprobados con saldos de vigencias anteriores***”.

➤ Circular Externa No. 003 de 2020 Supersubsidio. Lineamientos de seguimiento a Planes, Programas y Proyectos de Inversión de Cajas de Compensación Familiar.

Las fichas técnicas correspondientes al programa de Foníñez Voluntario, se elaboraron atendiendo los criterios establecidos en la Circular Externa 008 del 2018, modificada por la Circular Externa 003 de 2020 de la Superintendencia del Subsidio Familiar, donde establece: “*Lineamientos para el seguimiento de los Planes, Programas y Proyectos de Inversión de las cajas de compensación familiar*”.

Ahora bien, el numeral 1.2.2 del anexo técnico de la Circular Externa 003 de 2020, de la Superintendencia del Subsidio Familiar, establece el requisito de expedir un certificado del Revisor Fiscal con destino al Consejo Directivo, firmado con su número de tarjeta profesional, donde se indique el origen, vigencia, y disponibilidad de los recursos para financiar la ejecución del respectivo programa y/o proyecto.

Adicionalmente, el numeral 2.7 del anexo técnico de la mencionada circular, indica: “**Programa de FONÍÑEZ voluntario**. *Las cajas de compensación familiar, para la formulación y las fichas técnicas de los programas de Atención Integral a la Niñez y Jornada Escolar Complementaria, tendrá en cuenta los parámetros técnicos definidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Ministerio de Educación Nacional y esta Superintendencia, así como los elementos contenidos en el capítulo 6, del título 7 del Decreto 1072 de 2015 (DURST) o demás normas complementario sobre la materia*”. (Subrayado y Negrilla fuera de texto)

2.1.3. Recursos Parafiscales y su destinación

Ahora bien, frente al manejo de **los recursos**, no se puede perder de vista la naturaleza jurídica de las Cajas de Compensación Familiar, que son objeto de inspección, vigilancia y control por parte de esta Entidad, y que se encuentra definida en los artículos 39 y 44 de la Ley 21 de 1982², según los cuales 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 y no podrán, salvo se haga el pago de subsidio familiar o en virtud de autorización expresa de la ley, facilitar, ceder, dar en préstamo o entregar a título gratuito o a precios subsidiados, bienes o servicios a cualquier persona natural o jurídica.

Se debe tener claridad, y recordar que los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar son de naturaleza parafiscal y tal como lo manifestó la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-1173/2001, con ponencia de la Magistrada CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, solo pueden ser destinados a la finalidad prevista en la Ley:

*“Ahora bien, por la forma como fueron concebidos por el legislador los recursos que manejan las Cajas de Compensación deben considerarse rentas parafiscales, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte: “las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Su fundamento constitucional se encuentra hoy en el artículo 150 numeral 12 y en el 338 ídem. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que **no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley.**”*

² República de Colombia, Congreso Nacional, 22 de enero de 1982, Ley 21 “Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones”, Promulgada en el Diario Oficial 35939 del 5 de febrero de 1982.

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 (...)"** (Subrayado y Negrilla fuera de texto)

Resaltó además la Corte Constitucional que las Cajas de Compensación Familiar fueron concebidas como entes intermediarios para el pago del subsidio familiar. Por esta razón, se considera que cumplen funciones de seguridad social bajo la directa intervención del Estado.

De esta manera, la Corte reafirmó que los recursos de la seguridad social son rentas parafiscales, reiterando lo ya indicado en sus sentencias C-711/2000 y C-041/06, determinando este tipo de rentas son de naturaleza atípica, **y considerando su específica destinación sectorial, toda vez que han sido impuestos directamente por el legislador en cabeza de determinado grupo socioeconómico -los empleadores- pero con el objeto de beneficiar a los trabajadores.**

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia emitida por la honorable Corte Constitucional, frente al uso y reinversión de dichos recursos a determinado sector, se considera que la ejecución de los saldos de obras y programas sociales que emprenden las Cajas de Compensación Familiar, tienen como fin atender el pago del subsidio en servicios o especie, por lo tanto, están sujetos al artículo 62° de la Ley 21 de 1982, la cual determina que:

"Artículo 62. Las obras y programas sociales que emprendan las Cajas de Compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie, se realizarán exclusivamente en los campos y en el orden de prioridades que a continuación se señala;

1º. Salud

2º. Programas de nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros que compongan la canasta familiar para ingresos bajos (obreros), definida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

3º. Educación integral y continuada; capacitación y servicios de biblioteca.

4º. Vivienda.

5º. Crédito de fomento para industrias familiares.

6º. Recreación Social.

7º. Mercadeo de productos diferentes a los enunciados en el ordinal 2º. El cual se hará de acuerdo con la reglamentación que expida posteriormente el Gobierno Nacional.

Parágrafo. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo visto bueno del Consejo Superior del Subsidio Familiar, teniendo en cuenta las condiciones de vida familiar de los trabajadores beneficiarios y las circunstancias económicas y sociales que imperen en la respectiva zona territorial podrá modificar el anterior orden de prioridades. (Subrayado fuera de texto)

Teniendo en consideración la naturaleza de los recursos parafiscales administrados por las Cajas de Compensación Familiar, resulta pertinente destacar también que el Decreto 1729 de 2008, compilado en el **Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015 en su capítulo 6**, regula todo lo atinente al FONDO PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y JORNADA ESCOLAR COMPLEMENTARIA, FONIÑEZ, en su **artículo 2.2.7.6.1** señala que:



“ARTÍCULO 2.2.7.6.1 FONDO PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y JORNADA ESCOLAR COMPLEMENTARIA (FONIÑEZ). Las Cajas de Compensación Familiar destinarán los recursos previstos en el literal b) del artículo 64 de la Ley 633 de 2000, al Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria, creado por el artículo 16 numeral 8 de la Ley 789 de 2002.

Las Cajas de Compensación Familiar obligadas a destinar recursos al Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria y aquellas que no estén obligadas y decidan voluntariamente hacerlo, podrán, previa autorización de la Superintendencia del Subsidio Familiar, destinar de **los remanentes presupuestales** de cada ejercicio, recursos para los programas del Foniñez; para tal fin deberán atender lo dispuesto en el parágrafo 1o del artículo 43 de la Ley 21 de 1982, en concordancia con el artículo 62 de la misma ley.

Las Cajas de Compensación Familiar podrán destinar recursos del Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria en los jardines sociales que estas administren, pero únicamente para asumir los gastos de funcionamiento propios de dicha administración y los de operación de los programas, tales como, aseo, vigilancia, servicios públicos, papelería, así como, los inherentes al mantenimiento por el deterioro natural de las instalaciones, causado por el desarrollo de los programas que adelanten.

Los recursos del Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria, se podrán destinar para construcción, mejora, adecuación o dotación de instalaciones, siempre y cuando sean de propiedad de las Cajas de Compensación Familiar, en las que se desarrollen los programas de Atención Integral de la Niñez.

Los gastos de administración del Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria, serán hasta del 5% de los recursos destinados a este. La utilización de estos recursos deberá ajustarse a los gastos claramente imputables a su manejo.

(Decreto número 1729 de 2008, artículo 1)” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Y el mismo Decreto, establece:

“ARTÍCULO 2.2.7.4.3.4. CRITERIOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LOS PROGRAMAS SOCIALES. Las cajas de compensación familiar organizarán los programas sociales atendiendo los siguientes criterios:

1. El orden de prioridades establecido en el artículo 62 de la Ley 21 de 1982.
2. Constarán que no se produzca duplicación con otros servicios del Estado o de la seguridad social, salvo que la ley expresamente lo permita.
3. La atención preferencial de las necesidades generales de la población.
4. La observancia de las normas legales que regulan el respectivo servicio o actividad.
5. El estudio de las condiciones de vida familiar de los trabajadores beneficiarios y las necesidades económicas y sociales principales de la región en donde cumple sus funciones la entidad respectiva.” (Subrayado fuera de texto)

3. CONCLUSIONES.

3.1. Las funciones de la Superintendencia del Subsidio Familiar están definidas en la Ley, estas funciones enmarcan la competencia que le asiste a esta entidad; es así que nuestro pronunciamiento respecto al objeto de consulta, solo se puede limitar a la interpretación normativa y los elementos que la misma norma nos ofrece.

3.2. Del tenor literal anteriormente expuesto, se concluye que en general y por expresa disposición legal, “*Las Cajas de Compensación Familiar obligadas a destinar recursos al Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria y aquellas que no estén obligadas y decidan voluntariamente hacerlo, podrán, previa autorización de la Superintendencia del Subsidio Familiar, destinar de los remanentes presupuestales de cada ejercicio, recursos para los programas del Foníñez; para tal fin deberán atender lo dispuesto en el párrafo 1o del artículo 43 de la Ley 21 de 1982, en concordancia con el artículo 62 de la misma ley.*”

Además de ellos, deben tener presente que “*La Caja no puede utilizar recursos del saldo para obras y programas de beneficio social que correspondan a la presente vigencia en proyectos de inversión aprobados con saldos de vigencias anteriores*”. Los recursos de Foníñez voluntario, solo se pueden constituir con remanentes del ejercicio en el mismo año.

3.3. En consecuencia, esta Oficina Asesora Jurídica estima adicionalmente que de conformidad con el anterior marco normativo expuesto, los recursos parafiscales que administran las Cajas de Compensación Familiar tienen una destinación específica que no pueden ser invertidos para cubrir otros rubros, por lo tanto, solo pueden ejecutarse en cumplimiento de su objeto social, los cuales son recaudar y **pagar el subsidio familiar como un beneficio pagadero en dinero, especie y servicios a favor de los trabajadores afiliados, quienes por reunir los requisitos legales tienen derecho a esta prestación social.**

3.4. 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, “salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”, el concepto emitido por esta oficina constituye sólo un criterio orientador y la interpretación y aplicación de la normatividad relativa al caso objeto de consulta, conservando la dependencia y autoridad pública consultante, la autonomía en el ejercicio de sus competencias legales y reglamentaria.

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.

Adicionalmente, lo invitamos a consultar la página web de la Superintendencia del Subsidio Familiar donde se encuentran publicados todos los conceptos jurídicos emitidos por este órgano de inspección, vigilancia y control, con una búsqueda por palabra clave que facilita el acceso a los mismos en el siguiente link:

<https://www.ssf.gov.co/transparencia/normatividad/sujetos-obligados-del-orden-nacional/conceptos-juridicos>

Atentamente,

RAÚL FERNANDO NUÑEZ MARÍN
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Catalina Borrero Gutiérrez



Identificador: UqTN pj75 1e0K w1p6 JbAG 8K2c DwU=
Copia en papel auténtica de documento electrónico. La validez de este documento puede verificarse ingresando en <https://gtss.ssf.gov.co/SedeElectronica/>

Documento firmado digitalmente