

Bogotá, D.C. julio 10 de 2020

Doctor

Ricardo Lozano Pardo

Superintendente de la Economía Solidaria

superintendente@supersolidaria.gov.co

superintendencia@supersolidaria.gov.co

Ciudad

Ref. Observaciones a la Carta Circular 015 del 1 de julio de 2020

Respetado doctor Lozano:

El Colegio de Abogados de Derecho Cooperativo y Solidario –Coolegas-, en su condición de organismo especializado en el análisis del derecho cooperativo y solidario, conformado por 37 abogados expertos en derecho cooperativo a nivel nacional, presenta un análisis jurídico integral de los Fondos Mutuales, su destinación e inversión temática contenida en la Carta Circular 015 de 2020, con el objetivo de que su Despacho reconsidere las instrucciones allí contenidas, toda vez que con tales disposiciones puede lesionarse la autonomía de las organizaciones de economía solidaria, ser contrarias a las disposiciones consagradas en la Ley 79 de 1988 y la Ley 454 de 1998, derivando en una extralimitación de las competencias de supervisión.

Este documento se estructura i) en la naturaleza, características y clasificación de los fondos mutuales, ii) inexistencia de una debida clasificación de los fondos mutuales, iii) análisis del texto de la Carta Circular 015 de 2020, iv) inexistencia de normatividad que prohíba que los fondos mutuales puedan ser alimentados con excedentes u otros recursos, v) posible extralimitación en el ejercicio de las funciones de la Supersolidaria y vi) peticiones y sugerencias.

1. Naturaleza, características y clasificación de los fondos mutuales.

Un Fondo Mutua es un conjunto de recursos económicos destinados específicamente a la auto-protección frente a riesgos comunes de los asociados de un fondo de empleados, una cooperativa o una asociación mutua; generado por las contribuciones¹ directas a cargo de los asociados y demás ingresos determinados en el estatuto o los reglamentos internos de la entidad solidaria. Solo puede ser creado por decisión de la asamblea general² con el objeto de desarrollar con sus recursos actividades de previsión, asistencia, solidaridad, entre otros.

Los fondos mutuales se pueden concebir como un mecanismo o vehículo de “aseguramiento de riesgos propios”, diferente al seguro ofertado por las aseguradoras mercantiles que aseguran riesgos de terceros. Un fondo mutua se puede definir como el conjunto de recursos económicos, de tendencia creciente, mediante el cual los asociados de la entidad de economía solidaria se reconocen “auxilios” frente a situaciones o eventos previamente determinados, susceptibles de previsión, en el marco de la ayuda mutua solidaria.

Expresamente, la Superintendencia de la Economía Solidaria reconoce que el fondo mutua “Es una protección mutua en la cual los asociados asumen mutuamente sus propios riesgos”.

1.1. Características del fondo mutua

Se reconocen, a partir de la doctrina, la práctica solidaria y la Sentencia C-940 de 2003³ de la Corte Constitucional, como características de los fondos mutuales, las siguientes:

¹Las contribuciones son los recursos que integran, con carácter definitivo e irretornable, los miembros de la entidad solidaria para formar e incrementar la bolsa común denominada fondo mutua.

² Ley 79 de 1988, Artículo 56. Las cooperativas podrán crear por decisión de la asamblea general otras reservas y fondos con fines determinados.

Decreto Ley 1481 de 1989, Artículo 20. Reservas y fondos. La asamblea general podrá crear las reservas y fondos permanentes de orden patrimonial, que considere convenientes. En todo caso, deberá existir en los fondos de empleados una reserva para la protección de los aportes sociales, de eventuales pérdidas.

³“De igual manera, se trae a este escrito la importante, al comparar la previsión mutua solidaria con el seguro mercantil, mediante la cual señaló:

- a. Es una protección mutual en la cual los asociados asumen mutuamente sus propios riesgos.
- b. El amparo mutuo presupone un convenio o contrato de asociación de la cual emana la obligación de cotizar o contribuir y el derecho de auxilio.
- c. La renta (rentabilidad) en el amparo mutuo, cuando se produce, forma parte de la propiedad colectiva o solidaria de la entidad de la cual los asociados amparados son los mismos dueños.
- d. En el amparo mutuo la contribución es variable y modificable únicamente por decisión de la asamblea general.
- e. El amparo mutuo excluye la idea de beneficio o provecho lucrativo.
- f. Por el amparo mutuo se obtiene un servicio por los convenios de cooperación, que origina la relación asociativa. (Acuerdo cooperativo, artículo 3 de la Ley 79 de 1988).

“...Tales servicios de previsión, asistencia y solidaridad son prestados por entidades solidarias supervigiladas, que para esos efectos constituyen “fondos mutuales” o “amparos mutuales”, en lo cual se asemejan al contrato de seguros, no obstante lo cual las diferencias entre ambos conceptos vienen dadas porque:

“1. El seguro comercial supone la concurrencia de dos personas distintas en la relación: el asegurador y el asegurado, mientras en la protección mutua los asociados asumen mutuamente sus propios riesgos.

2. El seguro comercial presupone un contrato bilateral del cual emanan obligaciones y derechos recíprocos; el amparo mutuo presupone un convenio o contrato de asociación de la cual emana la obligación de cotizar o contribuir y el derecho de auxilio.

3. En el seguro existe prima fija, el asegurador tiene derecho a apropiarse de la renta residual o empresarial, mientras en el amparo mutuo ésta, cuando se produce, forma parte de la propiedad colectiva o solidaria de la entidad de la cual los asociados amparados son los mismos dueños.

4. En el seguro la prima no es susceptible de aumento o disminución. En el amparo mutuo la contribución es variable y modificable.

5. El seguro incluye, como comercial o mercantil que es, ánimo lucrativo en el asegurador, mientras el amparo mutuo excluye la idea de beneficio o provecho lucrativo.

6. El seguro expide póliza, mientras que en el amparo mutuo se obtiene un servicio por los convenios de cooperación, que origina la relación asociativa. (acuerdo cooperativo Art. 3 de la Ley 79 de 1988)

7. El seguro supone la contraprestación total del riesgo y la protección mutua hasta la concurrencia del fondo. Es decir, el fondo mutuo responderá hasta el monto total de dicho fondo. Intervención de la Superintendencia de la Economía Solidaria, obrante en el expediente a folios 239 y siguientes.

Las explicaciones anteriores ponen de presente que los servicios de asistencia y solidaridad (como los funerarios) que prestan las entidades cooperativas denotan unas marcadas diferencias tanto en su fundamento filosófico como en los efectos jurídicos que de allí se derivan, que permite distinguirlos con claridad de ese contrato comercial. En efecto, los servicios funerarios prestados por entidades cooperativas constituyen una práctica autogestionaria solidaria, ausente de ánimo de lucro, al paso que el contrato de seguros es de naturaleza bilateral y onerosa.”.

- g. La protección mutual supone la contraprestación total del riesgo hasta la concurrencia del fondo. Es decir, el fondo mutual responderá hasta el monto total de dicho fondo.

1.2. Requisitos o condiciones que deben cumplir los auxilios mutuales

Partiendo de la idea de que los fondos mutuales son medios, mecanismos o vehículos jurídicos que permiten hacer real y efectiva la solidaridad en uno de los ámbitos más importantes del ser humano, como lo es la previsión de riesgos connaturales y comunes de un grupo social, en el marco de la economía solidaria⁴, se tienen como requisitos o condiciones de los auxilios mutuales los siguientes:

1. **Creación por Asamblea.** Deben tener autorización, por lo menos genérica, de la asamblea de la respectiva organización solidaria. Esto significa que el fondo mutual lo debe autorizar la asamblea general, sin perjuicio de que los riesgos a ser cubiertos o las actividades a desarrollar sean fijados por el órgano de administración permanente, por delegación de la asamblea. (Fundamento jurídico Art. 56 de la ley 79 de 1988, Art. 20 Decreto Ley 1481 de 1989 y el Art. 26 del Decreto 1482 de 1989).

2. **Igualdad de derechos y obligaciones.** Todos los asociados deben contribuir económicamente a formar e incrementar el fondo mutual y todos los asociados deben, potencialmente, ser titulares del derecho al auxilio o auxilios mutuales establecidos. Todos contribuyen y todos se benefician con la protección mutual. Esto no excluye la posibilidad de considerarse ingredientes que pueden imprimirle tratos equitativos cuando las condiciones de los beneficiarios de la protección mutual sean diferentes, usando criterios objetivos como el tiempo de asociación o capacidad económica.

⁴ Ley 454 de 1998, Artículo 2º.- Definición. Para efectos de la presente Ley denominase ECONOMÍA SOLIDARIA al sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía.

Expresamente, la Superintendencia de la Economía Solidaria reconoce que el fondo mutual “Es una protección mutual en la cual los asociados asumen mutuamente sus propios riesgos”.

Lo cual encuentra fundamento jurídico en el Decreto Ley 1481 de 1989 Art. 2 al referir la garantía de igualdad de derechos entre los asociados; la Ley 454 de 1998, Arts. 2 y 4 en cuanto define la economía solidaria y su marco doctrinal; la Circular Básica Contable y Financiera 04 de 2008 de Supersolidaria Capítulo VII, num. 3 que contiene instrucciones respecto de los Fondos mutuales.

3. **Cubrimiento de riesgos comunes.** El o los eventos o situaciones de riesgo, asistencia o solidaridad objeto de previsión mutual deben ser comunes; esto es, que todos los asociados de la entidad estén en posición de sufrirlos.

4. **Irretornabilidad de las contribuciones.** Considerando la naturaleza intrínseca de los fondos mutuales, que implica que estos tiendan a crecer bajo la ley de los grandes números, las contribuciones de los asociados no son retornables, salvo que la entidad que lo crea disponga, en el marco de su autonomía y bajo disposición reglamentaria, una devolución total o parcial al retiro del asociado.

5. **Eficiencia financiera.** La prestación (monto del auxilio) que se establezca debe atender el criterio de eficiencia financiera del fondo mutual. Esto implica que el establecimiento de la prestación no debe obstaculizar o impedir en principio la “tendencia creciente” del fondo mutual. Establecer un auxilio que tenga como consecuencia la descapitalización o decrecimiento del fondo mutual, sería contrario a la naturaleza de la previsión o auto-protección mutual. La finalidad es que el fondo mutual crezca financieramente con el paso del tiempo y concomitantemente este crecimiento genere una mejora en las prestaciones o auxilios mutuales.

Requisito que encuentra su fundamento jurídico en la Circular Básica Contable y Financiera 04 de 2008 de Supersolidaria Capítulo VII, num. 3 en cuanto supone la rentabilidad del fondo mutual).

De igual manera, nos permitimos citar la Sentencia de la Corte Constitucional C-940 de 2003, en la cual se compara la previsión mutual solidaria con el seguro mercantil, mediante indicando que:

"...Tales servicios de previsión, asistencia y solidaridad son prestados por entidades solidarias supervigiladas, que para esos efectos constituyen "fondos mutuales" o "amparos mutuales", en lo cual se asemejan al contrato de seguros, no obstante lo cual las diferencias entre ambos conceptos vienen dadas porque:

"1. El seguro comercial supone la concurrencia de dos personas distintas en la relación: el asegurador y el asegurado, mientras en la protección mutual los asociados asumen mutuamente sus propios riesgos.

2. El seguro comercial presupone en contrato bilateral del cual emanan obligaciones y derechos recíprocos; el amparo mutual presupone un convenio o contrato de asociación de la cual emana la obligación de cotizar o contribuir y el derecho de auxilio.

3. En el seguro existe prima fija, el asegurador tiene derecho a apropiarse de la renta residual o empresarial, mientras en el amparo mutual ésta, cuando se produce, forma parte de la propiedad colectiva o solidaria de la entidad de la cual los asociados amparados son los mismos dueños.

4. En el seguro la prima no es susceptible de aumento o disminución. En el amparo mutuo la contribución es variable y modificable.

5. El seguro incluye, como comercial o mercantil que es, ánimo lucrativo en el asegurador, mientras el amparo mutuo excluye la idea de beneficio o provecho lucrativo.

6. El seguro expide póliza, mientras que en el amparo mutuo se obtiene un servicio por los convenios de cooperación, que origina la relación asociativa. (acuerdo cooperativo Art. 3 de la Ley 79 de 1988)

7. El seguro supone la contraprestación total del riesgo y la protección mutual hasta la concurrencia del fondo. Es decir, el fondo mutual responderá hasta el monto total de dicho fondo. Intervención de la Superintendencia de la Economía Solidaria, obrante en el expediente a folios 239 y siguientes.

Las explicaciones anteriores ponen de presente que los servicios de asistencia y solidaridad (como los funerarios) que prestan las entidades cooperativas denotan unas marcadas diferencias tanto en su fundamento filosófico como en los efectos jurídicos que de allí se derivan, que permite

distinguirlos con claridad de ese contrato comercial. En efecto, los servicios funerarios prestados por entidades cooperativas constituyen una práctica autogestionaria solidaria, ausente de ánimo de lucro, al paso que el contrato de seguros es de naturaleza bilateral y onerosa."

Así las cosas, cabe destacar la marcada diferencia entorno a las características, condiciones y definición jurídica de los fondos mutuales y el contrato de seguro; para anticipar desde ya que la Carta Circular 015 enmarca a los fondos mutuales en la condición de un seguro comercial propiamente dicho.

2. Inexistencia de una debida clasificación de los fondos mutuales

Otro aspecto que se advierte en la Circular Básica Contable y Financiera es la inadecuada clasificación de los fondos mutuales. Dicha disposición instructiva en principio da a entender que los fondos mutuales solo pueden tener como objetivo el desarrollo de actividades para el manejo de riesgos contingentes⁵ y los diferencia en consideración a si entregan auxilios mutuales, o por el contrario si pagan indemnizaciones, retribuciones que los asimila a seguros, tal y como se cita a continuación:

"Los fondos sociales y mutuales corresponden a recursos con destinación específica y son la base fundamental de las cooperativas, fondos de empleados y asociaciones mutuales. Se dividen en tres grandes grupos:

- Fondos sociales.*
- Fondos mutuales que manejan riesgos contingentes **y en contraprestación otorgan auxilios mutuales.***
- Fondos mutuales que manejan riesgos contingentes **que pagan indemnizaciones, retribuciones, etc que los asimila a seguros.**"⁶*

Es decir, la instrucción indebidamente da a entender que solo pueden existir esos dos tipos de fondos mutuales, lo cual inclusive se contradice con lo dispuesto en el Catálogo Único de Información Financiera con Fines de Supervisión adoptado por la Supersolidaria, el cual prevé la existencia de otros fondos mutuales, tal y como se podrá constatar en la cuenta 2695 (FONDO MUTUAL PARA OTROS FINES).

⁵ Todos los riesgos son contingentes

⁶ Circular Básica Contable y Financiera 004 de 2008 Capítulo VII No. 1.

Ahora bien, más allá de lo establecido en el Catálogo Único de Información Financiera con Fines de Supervisión de la Supersolidaria, debe partirse del hecho que la Ley 79 de 1988 en su artículo 56 preve la posibilidad de crear fondos con fines determinados, sin contemplar como excepción de tal disposición a los fondos mutuales, razón por la cual, no es viable entender que los fondos mutuales solo se puedan clasificar partiendo del precitado supuesto estipulado en la Circular Básica Contable y Financiera 004 de 2008. Lo cual debe ser interpretado bajo la jerarquía normativa, en donde prevalecen las disposiciones contenidas en las leyes.

De igual manera, el hecho de que el artículo 72 de la Ley 79 de 1988 establezca que existen unos servicios de previsión y solidaridad prestados a través de fondos mutuales que son asimilables a seguros por la necesidad de contar con una base técnica y otros que no lo son, no significa que esa sea la única posibilidad legal, pues debe tenerse en cuenta que pueden existir fondos mutuales con otros fines.

Por lo anterior, dicha falencia en la adecuada clasificación de los Fondos Mutuales, conduce a que se emitan instrucciones como las contenidas en la Circular Básica Contable y Financiera 004 de 2008 y la Carta Circular 15 de 2020, mediante las cuales agrupan en un solo conjunto todos los fondos mutuales sin distinción alguna y se generan directrices enfocadas a un solo grupo de estos fondos, las cuales terminan por afectar a la generalidad de este tipo de fondos y en consecuencia a las cuentas en las cuales se contabilizan los mismos.

Prueba de ello, es el hecho de que las instrucciones contenidas en la Carta Circular 15 de 2020 indican que los recursos de los fondos mutuales (sin realizar ninguna distinción) deben estar invertidos "únicamente en inversiones de alta liquidez", persiguiendo asegurar la liquidez de los fondos mutuales asimilables a seguros, sin tener en cuenta que hay unos que no son asimilables y otros con fines totalmente alejados de actividades de previsión, asistencia o solidaridad, generándose por tanto una amplia afectación, para las entidades del sector solidario.

Lo pertinente es que dicha clasificación parta de lo previsto en el artículo 56 de la Ley 79 de 1988 y de su correcta interpretación bajo la cual es dable crear fondos mutuales con fines determinados⁷ y dentro de ese

⁷Existe discusión en relación a si los fondos mutuales, pueden prestar servicios distintos a los de previsión

amplio margen, se incluyan aquellos cuyo objetivo son prestaciones de previsión, los cuales bien pueden ser o no asimilables a seguros.

Tal situación permitirá que la Superintendencia al momento de emitir instrucciones sobre el manejo o administración de dichos rubros, pueda precisar con absoluta claridad a cuáles les resulta aplicable y a cuáles no.

3. Análisis del texto de la Carta Circular 015 de 2020:

La citada Carta Circular, recuerda una disposición que está contenida en la Circular Básica Contable y Financiera en su Capítulo VII, numeral 3.1. en la cual contempla que *"Estos fondos mutuales se crean con contribución directa del asociado. Su incremento deberá ser fruto de la contribución directa del asociado y del rendimiento promedio de las inversiones de alta liquidez contabilizados en el estado de resultados de la entidad cooperativa, cuyo fondeo provenga de los recursos del fondo mutual..."*. No obstante, estar previsto de esta manera, lo relevante en este momento, es saber si las inversiones en alta liquidez son obligatorias o no para todas las entidades.

Lo infortunado de la Carta Circular 15 de 2020 es que aun cuando la Circular Básica Contable y Financiera 004 de 2008 hace una distinción clara que no solo está contemplada en el Artículo 72 de la Ley 79 de 1988 y en el Artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y que fue considerada de esta manera en el concepto del Consejo de Estado en Concepto de la sala de consulta y servicio civil, con base en el cual se soportó la posibilidad de generar coberturas cuya base técnica se asimila a seguros, incluso siendo nuevas al momento de la expedición de la ley 79 de 1988 y en ese sentido la interpretación que surge precisamente de la Circular Básica Contable y Financiera, es que, aquellos fondos cuya base técnica se asimile a seguros, son los que tienen que tener unas reservas.

Cuando se mira la Circular Básica Contable y Financiera para el tipo de fondos cuya base técnica se asimila a seguros y que necesariamente debieron haber sido constituidos de manera previa a la expedición de la Ley 79 de 1988, la norma dice de manera totalmente impropia que deben aplicarse bases técnicas actuariales para calcular la reserva de liquidez y la reserva matemática. Dice a continuación, que, la reserva debe hacerse mensualmente y la matemática con una periodicidad de por lo menos una vez al año para garantizar la liquidez en el pago de siniestros y del aseguramiento de los siniestros.

Debido a que la norma no define cual es la reserva matemática, ni cuál es la reserva de liquidez, ni como calcularlas, no hay posibilidad legal ni reglamentaria de trasladar a las entidades del sector solidario, normas previstas para compañías de seguros, cuya naturaleza es totalmente ajena al sector solidario.

Ni la Ley 79 de 1988, ni el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ni la Circular Básica Contable y Financiera, contemplan una definición de lo que debe entenderse por base técnica que se asimile a seguros, pero es dable concluir que corresponde precisamente a aquellos casos en los que necesariamente la cobertura deba trasladarse a un tercero que es la esencia de la base técnica en el seguro y que si las organizaciones de la economía solidaria o los fondos mutuales van a administrar riesgos de esa índole, es decir, riesgos que no se cubren autónomamente entre las entidades, pues aplicaría este tipo de disposición, porque de lo contrario se llegaría a la conclusión de que todos los riesgos tienen una base técnica que se asimila a seguros o que ninguno lo tiene, lo que haría completamente inocua la norma.

Esa interpretación de lo que está en la Circular Básica Contable y Financiera tiene un sentido lógico y práctico. Si la misma Ley 79 de 1988, en su art. 72 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en el art. 38, exigen que las coberturas cuya base técnica se asimile a seguros que tengan los fondos mutuales deben ser contratados con cooperativas de seguros o con compañías especializadas en el ramo respectivo, está trasladando el riesgo a profesionales en la materia que tienen que calcular las reservas y mantenerlas en los términos establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, lo que implicaría que no tiene ningún sentido que las demás entidades del sector de la economía solidaria mantuvieran esa reserva y menos aún que las mismas se encuentran en inversiones de alta liquidez.

En un aspecto puramente contable y en la medida en que hay unidad de caja en las entidades, los recursos que llegan tanto por cuenta de las contribuciones directas de los asociados al fondo mutual, como por cualquier otra vía, finalmente se destinan para apalancar la operación de las entidades en todos los propósitos; luego al final el tema de las inversiones de alta liquidez que deben calzar con los valores del fondo mutual, se restringe simplemente a que haya en el activo, en el disponible, o en inversiones de alta liquidez un valor equivalente al valor del fondo

mutual y no necesariamente que haya unidad de caja, es decir que los recursos del fondo tenga que manejarse en cuentas bancarias distintas.

Fue infortunado en la Carta Circular que se haya hecho referencia en un pie de página, al Decreto 704 de 2019, porque pareciera sugerir, que esas inversiones de alta liquidez tiene que ser un nuevo fondo de liquidez porque eso además haría que entidades que no son cooperativas de ahorro y crédito, ni multiactivas ni integrales con sección de ahorro y crédito, ni fondos de empleados o asociaciones mutuales, deban constituir un fondo de liquidez cuando la ley ni las normas reglamentarias lo exigen.

En ese orden de ideas, las imprecisiones de orden técnico que trae la Carta Circular¹⁵ de 2020, se deben armonizar con lo señalado particularmente, en los artículos 56,65 y 72 de la Ley 79 de 1988 y el Artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como lo contemplado en el Capítulo VII de la Circular Básica Contable y Financiera 004 de 2008 que en todo caso es susceptible de múltiples mejoras, como previamente lo hemos destacado.

De otra parte, la Superintendencia limita injustamente la libertad y la autonomía de las entidades de la economía solidaria, al restringir el régimen de inversiones de los recursos de los fondos mutuales a inversiones de alta liquidez. Esta vulneración deviene del hecho de que no existe norma de rango legal que le permita a la Superintendencia hacer tal restricción, la cual inclusive puede resultar inconstitucional.

En efecto, la ley no prohíbe a las organizaciones de la economía solidaria crear fondos mutuales. Al contrario, la misma ley reconoce expresamente esa libertad. El Artículo 56 de la Ley 79 de 1988 establece que *"Las cooperativas podrán crear por decisión de la asamblea general otras reservas y fondos con fines determinados. Igualmente podrán prever en sus presupuestos y registrar en su contabilidad, incrementos progresivos de las reservas y fondos con cargo el ejercicio anual."*. Concordante con lo previsto en el No. 2 del artículo 19 del Decreto 1481 de 1989.

El Artículo 65 de la Ley 79 señala que *"En todo caso, las cooperativas podrán comprender en su objeto social la prestación de servicios de previsión, asistencia y solidaridad para sus miembros."*. La única limitación legal deviene del artículo 72 ibídem, cuando señala que *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el*

artículo 56 de la presente Ley, cuando los servicios de previsión y solidaridad a que se refiere el artículo 65 de la presente Ley requieran de una base técnica que los asimile a seguros, deberán ser contratados con organismos cooperativos especializados en este ramo, o con otras entidades aseguradoras legalmente establecidas; las entidades que actualmente los presten podrán continuar haciéndolo a menos que, requeridas por el organismos correspondiente del Estado, no demuestren su competencia técnica y económica para hacerlo."

Bajo tal contexto normativo, solo cuando los servicios de previsión y solidaridad a que se refiere el artículo 65 de la Ley 79 de 1988 requieran de una base técnica que los asimile a seguros, deberán ser contratados con organismos cooperativos especializados en este ramo, sin perjuicio de la excepción para entidades que ya los prestaban cuando se expidió la ley en mención en el año 1988.

Entonces, al no existir una norma de rango legal que limite el régimen de inversiones de los recursos de los fondos mutuales que han creado libre y voluntariamente las entidades de la economía solidaria, no le es admisible a la Superintendencia hacer tal limitación, sin violar la autonomía de estas empresas asociativas de derecho privado.

La Carta Circular 15 de 2020, incurre en error al suponer que las contribuciones directas que los asociados hacen al fondo mutual son retornables. La devolución total o parcial de las contribuciones efectuadas por los asociados de las entidades de la economía solidaria son de su autonomía, la cual, se reitera, deviene de su condición de persona jurídica de derecho privado, reconocida expresamente por la ley y conforme a la reglamentación interna que sobre tales fondos expidan dichas organizaciones.

De hecho, como ya se anotó, la naturaleza de la mutualidad, plantea que la regla sea la no devolución de las contribuciones. Suponer, como la hace la Superintendencia, que las contribuciones se devuelven al retiro del asociado, al igual que los aportes sociales, es absolutamente errado y desconocedor de la naturaleza de la mutualidad, afectando gravemente las virtudes de este esquema o vehículo de aseguramiento de riesgos propios.

Olvida la Supersolidaria que, como lo señaló la Corte Constitucional, los servicios de asistencia y solidaridad “(...) que prestan las entidades cooperativas denotan unas marcadas diferencias tanto en su fundamento filosófico como en los efectos jurídicos que de allí se derivan” respecto de los seguros y la actividad aseguradora.

4. Inexistencia de normatividad que prohíba que los Fondos Mutuales puedan ser alimentados con excedentes u otros recursos

Otro aspecto que resulta totalmente contraproducente dentro de las instrucciones contenidas tanto en la Circular Básica Contable y Financiera 004 de 2008 como en la Carta Circular 15 de 2020, es la pretensión de limitar que los fondos mutuales solo puedan ser alimentados con contribuciones directas y rendimientos de inversiones realizadas con esos recursos, tal y como se cita a continuación:

➤ **Circular Básica Contable y Financiera 004 de 2008:**

“Estos fondos mutuales se crean con contribución directa del asociado. Su incremento deberá ser fruto de contribución directa del asociado y del rendimiento promedio de las inversiones de alta liquidez contabilizados en el estado de resultados de la entidad cooperativa, cuyo fondeo provenga de los recursos del fondo mutual, al cual se le descuentan los costos de agencia. (...)”.

➤ **Carta Circular 15 de 2020:**

*“Teniendo en cuenta el postulado expuesto en el inciso final del numeral 3.1.1 del capítulo VII, de la Circular Básica Contable y Financiera, **es claro que el incremento de dichos fondos debe ser fruto de las dos (2) fuentes allí señaladas, vale decir, de la contribución directa del asociado y del rendimiento promedio de las inversiones de alta liquidez en las cuales exclusivamente deben colocarse los mencionados recursos.**”*

Al respecto, se pone de presente que dicha instrucción es contraria lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 79 de 1988, el cual señala que los fondos creados por la Asamblea General pueden ser alimentados con cargo al ejercicio anual, tal y como se cita a continuación:

*“(...)Igualmente podrán prever en sus presupuestos y registrar en su contabilidad, incrementos progresivos de las reservas **y fondos con cargo al ejercicio anual.**”.*(negrilla y subrayado fuera del texto original).

Nótese que la norma de manera general indica que las reservas y **fondos**, sin realizar ninguna distinción ni excepción, pueden ser alimentados con cargo al ejercicio anual, luego, no existe sustento jurídico de rango normativo, para que a través de una circular o carta circular se excepcione una disposición de orden legal, y que por el contrario vía instrucciones se restrinja la posibilidad de alimentar los fondos mutuales conforme lo señalado en la ley, es decir, con cargo al ejercicio anual. Reiterando que con ello, no se atendería a la jerarquía normativa.

Así mismo, la limitación propuesta tanto en la Circular Básica Contable y Financiera, como en la Carta Circular 15 de 2020, desconocen lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 79 de 1988 que indica que los excedentes se deben destinar al crecimiento de las reservas y fondos, sin que se realice ningún tipo de distinción o excepción respecto de los fondos, tal y como se cita a continuación:

*“ 2o. Que destine sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, **al crecimiento de sus reservas y fondos**, y a reintegrar a sus asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real.”* (negrilla y subrayado fuera del texto original).

De igual forma, la limitación prevista en las ya citadas instrucciones expedidas por la Superintendencia, infringen lo contemplado en el numeral 2 del párrafo 1 del artículo 6 de la Ley 454 de 1998, el cual dispone que las organizaciones solidarias pueden destinar sus excedentes para alimentar sus reservas y fondos sin realizar ninguna diferenciación o excepción, en los siguientes términos:

*“2. Destinar sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, **al crecimiento de sus reservas y fondos**, y a reintegrar a sus asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el*

trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real.”. (negrilla y subrayado fuera del texto original).

Es decir, contrario de lo previsto en las instrucciones de la Supersolidaria, la normatividad crea la posibilidad de que los fondos mutuales sean alimentados con excedentes y con cargo al ejercicio anual, y no únicamente con contribuciones directas de los asociados o rendimientos de inversiones de alta liquidez.

Ahora bien, no debe olvidarse que somos entidades del sector solidario que nos afianzamos en la solidaridad y la ayuda mutua, entre otros principios, razón por la cual, tampoco se encuentra una razón doctrinal o legal para limitar la posibilidad de que los fondos mutuales se puedan alimentar con donaciones realizadas por los mismos asociados o terceros, o con el producto de diferentes actividades que desarrollen los mismos asociados contribuyentes o la entidad, con miras a aumentar el fondo y de contera el valor de los auxilios.

5. Posible extralimitación en el ejercicio de las funciones de la Supersolidaria

De otra parte, la legislación colombiana ha otorgado a las Superintendencias funciones de vigilancia, inspección y control, y para el caso de la Superintendencia de la Economía Solidaria su competencia se encuentra expresamente contemplada en el artículo 36 de la Ley 454 de 1998, evidenciándose que dentro de las funciones enlistas en tal disposición se encuentra prevista la de “*Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que rigen su actividad, fijar criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación*”. Lo cual, es totalmente diferente a la expedición de instrucciones que extralimitan lo contenido en las disposiciones legales.

No debe perderse de vista que a partir de la Constitución Política de 1991 se garantiza la libertad económica de conformidad con lo previsto en el Artículo 333 que dispone:

“ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos *ni requisitos*, sin autorización de la ley.

“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

“La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

“El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

“La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (negrilla y subrayado fuera del texto original).

Por tal motivo, si se pretende crear una regulación que indique la forma como se debe administrar e invertir los recursos existentes en los fondos mutuales que tienen las organizaciones del sector solidario, necesariamente debe provenir de una fuente de origen legal.

Si se quiere acudir al argumento de que se trata de proteger una actividad que parte de una forma de aprovechamiento de los recursos del público, tal y como lo dispone el Artículo 335⁸ de la Constitución Política, dicha restricción debe provenir necesariamente de una ley que fije los objetivos y marco de intervención del Gobierno.

Ejemplo de dicha exigencia normativa la encontramos en el parágrafo 2 del artículo 39 de la Ley 454 de 1998, en el cual se fijan los objetivos para que el gobierno nacional reglamente la existencia de un fondo de liquidez para las cooperativas que desarrollan actividad financiera. Y es partiendo de dicha potestad legislativa que el Gobierno Nacional puede expedir un

⁸ **ARTICULO 335.** Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo [150](#) son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

respectivo decreto por medio del cual se regula un fondo de liquidez y la libre disposición de los mismos, tal y como se encuentra por ejemplo en el Decreto 1068 de 2015 en relación con las inversiones del Fondo de Liquidez.

Otro ejemplo que sirve para ilustrar la situación, se evidencia en lo que tiene que ver con las reservas con que deben contar las entidades aseguradoras, las cuales a través del artículo 187 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero tienen limitada la disposición de los recursos que contienen esas reservas y por tanto su inversión es restringida.

En ese sentido, se encuentra que la Superintendencia de la Economía Solidaria no tiene competencia para limitar la libertad de empresa y la libre iniciativa económica, estableciendo restricciones a la realización de inversiones de un Fondo, a través de una circular o carta circular.

Lo correcto sería que fuera el gobierno nacional quien regulara la limitación a las inversiones de los recursos de los fondos mutuales, el cual en todo caso debe estar soportado en una ley que le atribuya dicha facultad. Una vez expedida la norma, sí podría la Superintendencia de la Economía Solidaria a través de la facultad contenida en el numeral 22 del artículo 36 de la Ley 454 de 1998, emitir la correspondiente circular instructiva sobre el particular.

So pretexto de interpretación, no puede la Superintendencia en nuestro concepto emitir una orden sobre los fondos mutuales limitando su incremento al fruto de contribuciones directas, incurriendo en una extralimitación de competencias y como ya se dijo se atenta contra la autonomía y el autogobierno.

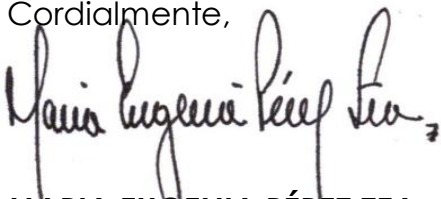
6. Peticiones y sugerencias

Por lo expuesto y obrando en nuestra condición de Colegio de Abogados del Derecho Cooperativo y Solidario, de la manera más respetuosa, presentamos para su consideración las siguientes peticiones y sugerencias:

1. Modificar, aclarar o revocar la Carta Circular 015 de 2020, en el sentido de eliminar la obligatoriedad de colocar los recursos de los fondos mutuales únicamente en inversiones de alta liquidez y en los demás temas expuestos a lo largo de este análisis.

2. Establecer una mesa técnica jurídica con el propósito de obtener un espacio de análisis previo a la expedición de las normas que han de regir a las organizaciones de la economía solidaria, sujetas a su supervisión.
3. Analizar la viabilidad de modificar el Capítulo VII de la Circular Básica Contable y Financiera 004 de 2008, respecto a los fondos sociales pasivos y fondos mutuales a fin de precisar su creación, naturaleza, clasificación, finalidad, destinación y el origen de los recursos que alimentan tales fondos.

Cordialmente,



MARIA EUGENIA PÉREZ ZEA
Presidenta Ejecutiva

(FDO)

FRANCY YANETH HURTADO BAQUERO
Secretaria