

Bogotá, D.C., Septiembre 10 del año dos mil diez (2.010),

Señor Doctor

Mauricio Santamaría Salamanca

Ministro - Ministerio de la Protección Social

Señor Doctor

Juan Carlos Echeverri Garzón

Ministro - Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Bogotá, D.C.

Ref.: Destinaciones indebidas de recursos del Sistema General de Riesgos Profesionales – SGRP- y elusiones tributarias y fiscales

Muy distinguidos Ministros:

La Federación Médica Colombiana, por Ley entidad consultora del Gobierno Nacional en asuntos de salud y de educación médica, respetuosamente, mediante el presente escrito, procede a poner en su conocimiento algunos elementos conceptuales, análisis y observaciones, las que estimamos indispensables para las fundamentales decisiones que corresponderá tomar al Gobierno Nacional en relación con las reformas al Sistema de Salud y al Sistema General de Riesgos Profesionales y para que cada entidad, en lo atinente, ejerza su competencia y sus facultades correctivas.

1. CARACTERIZACION DE LAS COTIZACIONES AL SGRP

Bajo todas las previsiones del Constituyente de 1991, expresadas en los cánones constitucionales [Art. 150° (Ord. 12) y Art. 338 (Inc.2°), Art. 48 (Inc. 5°)], **para todos los efectos jurídicos, la cotización o aporte al Sistema General de Riesgos Profesionales –SGRP- es una contribución parafiscal, con destinación específica, que viene a integrar el patrimonio del Estado, como bien público.** Para más abundar: el Art. 83 del D.L. 1295 de 1994, Inc. 3°, establece que **“Para todos los efectos, los aportes al Sistema General de Riesgos Profesionales tienen el carácter de dineros públicos”.** Adicionalmente, el Estatuto Tributario (Art. 108) da a los mencionados aportes o cotizaciones la denominación expresa de contribuciones parafiscales. También está definido como categoría

constitucional y legal, que estas cotizaciones **son una prestación social aportada obligatoriamente por el empleador para cubrir al trabajador afectado por Accidente de Trabajo y Enfermedad profesional – ATEP - con destinación específica.**

Se hace necesario considerar prioritariamente el principio expresado en el Art. 48 de la C.P.C. que, atendidos a su tenor literal, sin lugar a interpretaciones torcidas, establece que **“No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.”**

Por ser el aporte parafiscal en riesgos profesionales una prestación social cotizada obligatoriamente, mes a mes, por el empleador, para cubrir con destinación específica al trabajador afectado por ATEP, ***su incardinación legal, considerada desde la aplicabilidad de los derechos, se circunscribe en la normatividad del Código Sustantivo del Trabajo***, en la Doctrina y la Jurisprudencia correspondientes y las litis que se establezcan corresponde dirimir las a los Juzgados Laborales y NO a los Juzgados Civiles. Desde el punto de vista económico, por ser un recurso parafiscal, su incardinación corresponde al régimen del Derecho Público y a su plena (que no parcial o restringida) normatividad. En consecuencia, no puede considerarse ***bajo ninguna premisa***, que su aplicación se circunscribe en las normas del Derecho Comercial, como si la cotización obligatoria para el seguro social de riesgos profesionales fuera una prima de seguros comerciales por accidente, discapacidad o enfermedad, como ella fuera el pago de una transacción comercial a voluntad de los contratantes.

Otro criterio conceptual, que forma parte del acervo constitucional y doctrinario es que el Sistema General de Riesgos Profesionales asume la caracterización de **seguro social, responsabilidad del Estado, que tiene carácter obligatorio para los empleadores y contratistas, con cubrimientos genéricos definidos por el Estado, con monto de la cotización y forma de pago establecidos por la Ley**. Así lo establece el Art. 48 de la Constitución Política de Colombia: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”

Por lo tanto, **el seguro social de riesgos profesionales no se puede categorizar como un seguro comercial**, ya que en éste, el contrato depende de la libre voluntad de las partes, se establecen a voluntad de las partes contratantes la extensión y amplitud de las coberturas así como las

limitaciones y restricciones, y así también se pactan voluntariamente la prima que paga el asegurado y su forma de pago.

En consecuencia, en la consideración final sobre la destinación de estos recursos y sobre las normas aplicables frente a su gasto se les debe aplicar el régimen administrativo correspondiente a los bienes públicos, y no cabe por lo tanto aplicación diferente de esos recursos que la Ley determina, es decir no puede entenderse que se destinan a la libre voluntad o interpretación de los ejecutivos de las Administradoras, puesto que ellos tienen el carácter de meros “administradores”, con delegación precaria otorgada por el Estado – (por eso se denominan legalmente Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP, ramo de las compañías aseguradoras de vida).

Sea el momento de señalar que en la estructura administrativa del Estado, cuando quiera que el Legislador ha determinado que una entidad o sistema tenga un responsable, establece el cargo a quien se le asigna la carga correspondiente, y es en ese cargo y funcionario en quien obra el conjunto de la responsabilidad de la respectiva institución o sistema, como es el caso al que aludimos en relación con el SGRP, para quien la Ley estableció una “Dirección General de Riesgos Profesionales”, “Dirección General” que no es colegiada, ni compartida, ni compartimentada, ni delegable. Y en este caso particular, adicionalmente a las funciones asignadas como “Dirección General”, le asigna **adicionales de vigilancia y control sobre todo el Sistema.**

Para los temas atinentes al control financiero, contable, niveles de patrimonio, reservas, inversiones, costos, gastos y demás aspectos relacionados con los recursos, la Superintendencia Financiera de Colombia ejerce las funciones que la Ley le asigna en cumplimiento de sus objetivos, los cuales, en general, se enmarcan como una labor de “policía administrativa” que debe verificar el cumplimiento del conjunto de normas de obligatoria observancia, económicas y prudenciales, generales y específicas, para garantizar la fluidez del sistema, la estabilidad de las instituciones administradoras de los recursos y que no se conculquen los derechos de los particulares, en especial de los beneficiarios de los derechos prestacionales de la seguridad social, ni de los confiados cotizantes al Sistema, que son todos los empresarios de Colombia que tienen a su cargo trabajadores a quienes deben inscribir con carácter obligatorio al SGRP.

Si el Legislador hubiera considerado necesario que la Dirección no estuviera en cabeza de un funcionario sino en la de varios, no sería nominada “Dirección General de Riesgos Profesionales” sino la hubiera designado

“codirección” o “dirección alterna” o hubiera escogido otra denominación concordante con su carácter de dirección compartida. Pero no lo hizo así, y de manera afirmativa le asignó a este cargo el nombre de "Dirección General". Así es que, para el caso que nos ocupa, la responsabilidad plena del ejercicio de la dirección del sistema recae en el Director General, y por lo tanto sus responsabilidades sobre el conjunto del Sistema de Riesgos Profesionales no son trasladables a quien ejerce funciones de policía administrativa.

Así que a la entidad que actúa como vigilante policía administrativa de esos recursos, la Superintendencia Financiera de Colombia - SFC – le corresponde vigilarlos estrechamente y aplicar las normas relativas a su gasto y a su técnico y discriminado registro contable y no permitir amplias y libertinas “interpretaciones” que conlleven darles aplicación indebida, inapropiada y tortuosa, ni tampoco permitir antitécnicos asientos y registros contables, que lesionan el interés general y la confianza pública.

Bajo ninguna premisa armónica con la Ley, puede considerarse que la aplicación del gasto en el **“seguro social de riesgos profesionales”** se circunscribe bajo las normas de los seguros comerciales, o del Derecho Comercial, o que la **cotización o contribución parafiscal (que no prima de seguro comercial)**, que pagan obligatoriamente los empleadores, puede gastarse al libre arbitrio de las administradoras delegadas por el Estado, esto es de los ejecutivos de las ARP. Ni tampoco puede concluirse, como de manera persistente lo hace la SFC que los dineros “...para la administración del sistema, son dineros que terminan haciendo parte del patrimonio de las aseguradoras...” sin precisión administrativa de tiempo o circunstancia.

Lo que ha sido establecido por el H.C.E. es que en la modalidad de la administración de los recursos públicos parafiscales correspondientes al seguro social en riesgos profesionales, **mientras no se ejecute el cierre del ejercicio fiscal correspondiente por parte de la Aseguradora, sujeto a la plena normatividad legal, las cotizaciones que administran son y siguen siendo dineros públicos parafiscales, incluidas las reservas técnicas,** y se les aplica toda la normatividad sobre el gasto de los bienes públicos, entre ellos la rectoría del Sistema, la guarda, la inspección, la vigilancia y el control de todos los organismos estatales definidos para ello y de las veedurías ciudadanas que se dediquen a tal propósito.

Estiman algunos funcionarios de la SFC que con los recursos del SGRP “no hay lugar a establecer un fondo a la manera de patrimonio autónomo”, y que esa frase, de su propia creación, es justificación suficiente para

incorporar *desde su captación inicial, los más de 7 billones de pesos recaudados en cotizaciones* (desde el origen del Sistema en 1995 hasta hoy), al patrimonio de las aseguradoras. (¡!).

La SFC intenta omitir que los recursos públicos del SGRP lo son y lo siguen siendo (incluidas las Reservas Técnicas), *hasta tanto tales recursos (como utilidades o pérdidas) no sean incorporados al patrimonio de las Aseguradoras al cierre del respectivo ejercicio fiscal*, siempre que cumplan los requisitos de ley, y siempre y cuando la misma SFC no proceda a ordenar su corrección.

Afirmación de la SFC que señala que “no hay lugar a establecer un fondo a la manera de patrimonio autónomo” y que carece de sentido, puesto que en los Balances Contables periódicos, sujetos a la precaria vigilancia de la SFC, necesariamente *se discrimina que uno de los ítems, rubro o categoría contable, corresponde a los recursos captados provenientes de la cotización parafiscal. En tanto que otro, muy diferente, corresponde a los recursos de patrimonio propio de las aseguradoras. Ambos tienen registros diferentes en la Contabilidad General de la Empresa y en el PUC del Sector Asegurador.*

Así que la tortuosa y equívoca afirmación de funcionarios de la SFC lo que pretende es justificar la fusión y confusión de cuentas que es el mecanismo que han adoptado las Aseguradoras para la exacción continuada de los recursos públicos parafiscales, con la aquiescencia y complicidad de funcionarios de la misma SFC.

Aquí estamos en el meollo conceptual del problema, que halla en la Ley y en los conceptos de Contabilidad su fundamento puesto que son, de manera sustancial, principios fundamentales del Derecho y de la Contabilidad, y que para los efectos de su aplicación diligente es un problema de entendimiento, de conocimiento y de conciencia jurídica por parte de los funcionarios que tienen la responsabilidad de hacerle seguimiento al SGRP y a sus recursos.

No caben, por tanto interpretaciones laxas, acomodaticias, permisivas, complacientes, en asunto medular que atañe a los cuantiosos recursos públicos aportados como prestación social por el conjunto de los empleadores y contratistas colombianos.

Ni tampoco caben omisiones conceptuales en los criterios contables que diferencian como dos ítems o cuentas diferentes, por una parte el patrimonio propio de las ARP, y por otro los recursos captados de las cotizaciones parafiscales, que son dineros públicos. Así que son los

principios generales de Contabilidad los que distinguen las cuentas y la técnica aplicación contable de los gastos y, por lo tanto, no se requiere ley específica ni norma que así lo determine para que las Aseguradoras los discriminen, los diferencien y los apliquen en debida manera. Y, consecuentemente, que la SFC los vigile y que el MPS ejerza la debida rectoría del Sistema.

2. GASTOS QUE LA LEY NO PERMITE APLICAR A LOS RECURSOS PARAFISCALES COMO “ADMINISTRACIÓN DEL SISTEMA”

Establecidas las anteriores premisas conceptuales, jurídicas y contables, paso a señalar que el Legislador, definió los gastos que NO pueden cargarse a los recursos parafiscales, en otras palabras, los gastos que deben efectuarse con cargo a los recursos propios o patrimoniales de las Aseguradoras, como son:

- Lo definido en el inciso Primero del Artículo 81, referente a la contratación de servicios de salud ocupacional: “Las entidades administradoras de riesgos profesionales podrán, bajo su responsabilidad y con cargo a sus propios recursos, emplear para el apoyo de sus labores técnicas a personas naturales o jurídicas debidamente licenciadas por el Ministerio de Salud para la prestación de servicios de salud ocupacional a terceros.” (Subrayas mías).
- Lo definido en el Inciso Tercero del Artículo 81, que establece que “Si para la selección de la administradora de riesgos profesionales el empleador utiliza algún intermediario, deberá sufragar el monto del honorario o comisión de éste con cargo a sus propios recursos, y en ningún caso dicho costo podrá trasladarse directa o indirectamente al trabajador.” Esto es, que el pago de las comisiones del intermediario que promueve la afiliación a una determinada ARP, no podrá imputarse a las prestaciones sociales del trabajador, correspondientes al monto de dinero parafiscal aportado para el cubrimiento de ATEP. (Subrayas mías).
- Lo definido en el Artículo 82: “Toda publicidad de las actividades de las administradoras deberá sujetarse a las normas que sobre el particular determine la Superintendencia Bancaria, en orden a velar porque aquella sea veraz y precisa. Tal publicidad solamente podrá contratarse con cargo al presupuesto de gastos de administración de la respectiva entidad. Para este efecto, no se considera publicidad, los programas de divulgación de normas y procedimientos y en general de promoción, educación y prevención de riesgos profesionales.” (Subrayas mías)
- A su vez, el Artículo 83, Inciso 2º, en relación con el pago de las primas correspondientes al Fondo de Garantías de las Instituciones Financieras – FOGAFIN -, establece que este Fondo “... señalará las primas correspondientes

a esta garantía y su costo será asumido por las entidades administradoras de riesgos profesionales.” (Subrayas mías)

Como si las anteriores precisiones legales específicas sobre los gastos que no se permiten en relación con ese 94 % de la cotización, no bastaran, es forzoso remitirse al principio general sobre pago de comisiones de corretaje, manifestado en el Art. 1341 del Código de Comercio, Inciso 2º: “Salvo estipulación en contrario, la remuneración del corredor será pagada por las partes, por partes iguales, y la del corredor de seguros por el asegurador.”

Por lo tanto, corresponde que la utilización de la cotización parafiscal esté condicionada a *las limitaciones que la Ley les impone*, y al régimen del gasto de “lo público”, una de las cuales restricciones es la de pagar honorarios o comisiones por comercialización con cargo a la cuenta de parafiscalidad. No así con cargo a los recursos propios de la ARP, los cuales son de libre disposición. De no haber limitaciones en el gasto de ese 94 %, la Ley así lo hubiera determinado, más no lo hizo así. A su vez, la Ley hubiera definido que en el manejo de esa específica prestación social de los trabajadores las ARP tendrían “total grado” de libertad. Sin embargo se abstuvo de hacerlo y fijó límites adicionales además de los que por sí mismos corresponden al régimen de gasto de los dineros públicos.

La omisión largamente consentida por la SFC de la aplicación de estos claros conceptos del Derecho Administrativo sobre la utilización de los aportes parafiscales, da lugar al pago de gastos expresamente prohibidos en la Ley con recursos que están destinados específicamente para atender a los inválidos de accidente de trabajo y a los lisiados por enfermedad profesional. Lo que va en franca antagonismo y oposición con la Constitución Política de Colombia, con las normas vigentes y con las Sentencias y Conceptos del H. Consejo de Estado.

3. EN RELACION CON EL PAGO DE COMISIONES DE COMERCIALIZACION CON CARGO A LA PARAFISCALIDAD Y SU ANTITECNICA IMPUTACION CONTABLE

No sólo son la Constitución y la Ley las que proscriben la utilización de los recursos parafiscales (prestación social de los trabajadores afectados por ATEP) en el pago de comisiones de comercialización de un seguro social de afiliación obligatoria. Son variadas las Sentencias y Conceptos del H.C.E. frente a este tema:

i) Por consulta formulada por el entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público y hoy Presidente de la República, Dr. JUAN MANUEL SANTOS, afirma el H.C.E.: (Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, junio 21 de 2002, radicación No. 1418 sobre el pago de comisiones a los intermediarios de seguros por la afiliación de los empleadores a las ARP. C.P. César Hoyos Salazar. Acción Popular Pág. 97-99. Prueba Documental No. 21:

"Ahora bien, se pregunta si lo debe hacer con fondos propios o con cargo a la partida para gastos de administración del sistema establecida dentro del rubro del 94 % de la cotización en el literal a) del Artículo 19 del Decreto 1295 de 1994, debiendo concluirse que no debe ser esta partida, porque lo que la norma prevé que debe atenderse con ella, bajo la calificación de "administración del sistema", es lo relacionado con la atención de los servicios que constituyen el sistema, esto es, la cobertura de las contingencias de los riesgos profesionales, el pago de las prestaciones económicas y de salud previstas en el decreto y el desarrollo de los programas regulares de prevención y control ...

“(El pago de la comisión) Debe hacerse con fondos propios de la ARP porque estos gastos son propios de su mercado empresarial, que deben hacerse para captar nuevos afiliados al sistema que le van a reportar un beneficio a su actividad comercial. No puede decirse que son gastos administrativos del sistema, porque se incurre en ellos es antes de ingresar el empleador al sistema y no por servicios prestados dentro del sistema. En resumen si la norma prevé que parte del 94 % de la cotización se distribuye para la administración del sistema, debe entenderse que su aplicación es sólo en relación con quienes por haber cotizado ya forman parte del sistema. Utilizar esa porción de la cotización para captar nuevos afiliados al sistema, es destinarla a un fin distinto del previsto en la ley. Lo lógico es que la ARP asuma el costo de su propio mercadeo, porque ese es su negocio.

"Frente a una posible contra argumentación que afirmara que esa parte de la cotización si debe cubrir los gastos de promoción y mercadeo de la ARP porque es parte del costo del ingreso al sistema, debe decirse que la norma no contempla esa hipótesis, sino que se refiere expresamente es a la administración del sistema, y el afiliado paga su cotización es para recibir los servicios de dicho sistema y no para beneficiar el patrimonio propio de la ARP."

Continúa la Sala de Consulta del H.C.E.: "2.3. El valor de los honorarios o comisiones de intermediación no están comprendidos dentro de la porción

destinada a la administración del sistema general de riesgos profesionales, prevista dentro del 94 % del literal a) del artículo 19 del decreto ley 1295 de 1994, por las razones expuestas en las consideraciones. En consecuencia, dicho valor debe ser cubierto con recursos propios de la ARP respectiva." (Subrayas nuestras).

El H.C.E., en relación con el tema, ha sentenciado en otras ocasiones. Se relacionan para referencia de los interesados:

ii) H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 1 de noviembre de 2001. C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla. Expediente No. 11001-03-02-25-000-199-0128-00-2007-99.

iii) H. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Sentencia de Abril 15 de 1999. M.P. Dr. Javier Díaz Bueno. Expediente # 14.861.

Lo que se deriva de los criterios del H.C.E. es que, de manera lógica, los pagos de comisiones de comercialización realizados con cargo a la cuota parafiscal del 94 % de la 'administración del sistema', no son ajustados a la norma, y por tanto son comisiones que deben ser pagadas con los recursos propios patrimoniales de las Aseguradoras, por lo que la práctica actual del pago con cargo a la parafiscalidad y su antitécnica imputación contable a los mismos recursos parafiscales deben ser proscritas y, consecuentemente, corregidos los asientos contables. Criterios que han venido omitiendo, de manera tortuosamente interpretativa, con pleno conocimiento, los funcionarios de las ARP, y lo que no ha sido corregido por los omisos, remisos e incuriosos funcionarios a cargo de ello en la SFC.

De suyo se desprende, como consecuencia de este exabrupto legal y contable, es la consentida omisión de los unos y los otros, lo que determina la afectación en detrimento y merma del recurso público parafiscal, desde el origen mismo del Sistema hasta hoy, práctica anómala que debe ser corregida y enmendada a partir del momento en que se haya producido y los bienes indebidamente pagados deben ser restituidos por quienes así lo hayan hecho.

De la misma manera, la práctica contable antitécnica que permite registrar los pagos de comisiones como si fueran gastos operativos de la seguridad social, - los cuales no tienen carga impositiva de IVA y otros - debe ser corregida y ordenarse la correcta y técnica aplicación contable de estos pagos, de manera que se reflejen apropiadamente en los balances de las Aseguradoras y en el PUC del Sector Asegurador, y que así se proceda de

manera que se subsanen las anomalías en los registros contables y conduzca a su corrección, hacia adelante en el tiempo, y hacia atrás en el tiempo, en todo lo que corresponda.

Cuando se imputan las comisiones de los intermediarios a las cuentas de gastos de la seguridad social (cuenta de recurso parafiscal con destinación específica), se aminoran los recursos de la cotización y, simultáneamente, se omite afectar la cuenta del patrimonio propio de la Aseguradora - que sí es de libre disponibilidad - con lo que se afecta el bien público en detrimento y se generan ganancias impropias para la ARP, en la medida en que no gasta su propio patrimonio sino recursos ajenos, de los cuales es apenas administrador precario.

Es el hecho que desde el comienzo del SGRP, en 1995, hasta la fecha de hoy, *no ha sido posible que la SFC vigile y determine en las cuentas las desagregaciones correspondientes para efectuar un adecuado registro de ingresos, gastos y su correcta aplicación contable.* Tampoco ha sido posible que la SFC ejerza su autoridad vigilante y correctiva, de manera que se proscriba el pago de comisiones de comercialización con cargo a los recursos públicos parafiscales y se los impute contablemente a los recursos patrimoniales de la Aseguradora.

Y este es el mecanismo con el que se permite que los costos y gastos que la ley define deben imputarse a los recursos patrimoniales de la Aseguradora se imputen a la gran bolsa de recursos de la ‘Administración del Sistema’, sin las discriminaciones que taxativamente señala la Ley, de manera que se paga con cargo a recursos parafiscales y **se contabiliza antitécnicamente, sin discriminación de origen, cargando todos los gastos y todos los costos indebidamente a los recursos parafiscales**, incorporando de hecho los recursos del SGRP, desde su captación inicial, al patrimonio de la Aseguradora, mecanismo con el que generan ganancias impropias para las ARP, indebidas destinaciones de recursos, pagos e imputaciones de facturaciones inadecuadamente registradas, que afectan los derechos colectivos de los beneficiarios del Sistema, el patrimonio público parafiscal, la libre competencia económica y la seguridad pública.

Si bien es cierto que el PUC del Sector Asegurador no discrimina ni desagrega los gastos correspondientes a las imputaciones de la parafiscalidad, lo que sí diferencia y determina muy claramente es el rubro o cuenta correspondiente al Patrimonio de la respectiva Aseguradora.

Por lo tanto, todos los gastos y las imputaciones contables que la ley determina que deben realizarse “con cargo a los propios recursos

patrimoniales de las ARP”, o a “los propios recursos de la ARP” deberán afectar directa o indirectamente la cuenta o ítem de “Patrimonio” y, por supuesto, no deben afectar las cuentas correspondientes a los recursos parafiscales que corresponden a otros ítem claramente definidos en el la Contabilidad General de la Compañía y en el PUC del Sector Asegurador.

Así lo establecen las normas contables aceptadas universalmente, sin ambigüedades ni tortuosidades interpretativas. Y así lo deben aplicar los administradores del recurso parafiscal y los ejecutivos de las ARP. De otra manera, están burlando las normas contables, la C.P.C. y la ley y generando con este mecanismo ganancias impropias, indebidas e ilícitas.

Otra manera de decirlo es que ***“son bolsillos diferentes”***: el uno, el patrimonial, es propiedad de la ARP y es de libre disponibilidad. El otro, es el recurso público parafiscal, prestación social de los trabajadores, con destinación específica, para atender las contingencias derivadas del ATEP. No se puede ni se debe confundirlos ni trastocarlos, puesto que las implicaciones que tiene gastar del uno o del otro son muy diferentes, de la misma manera que es diferente la técnica imputación contable. Y para los efectos diferenciales de la correcta aplicación contable no se requiere una norma específica para el Sistema de Riesgos Profesionales que así lo determine.

Por ello es que no puede aceptarse el manido argumento esgrimido por la SFC de que “con las cotizaciones por riesgos profesionales no hay lugar a establecer un fondo a la manera de patrimonio autónomo”. Con ese equívoco conceptual, se funden y confunden los abundantes recursos parafiscales, patrimonio público, con los recursos propios patrimoniales de las ARP. Pretende la SFC omitir, soslayar u ocultar que los recursos públicos administrados por terceros son y siguen siendo, desde su captación inicial hasta el proceso de cierre del ejercicio fiscal de la compañía que los administra, recursos públicos, y que por el hecho de ser administrados por un tercero, no pierden su carácter, y en consecuencia ameritan cuidadosa rectoría, inspección, vigilancia y control por parte de todos los organismos gubernamentales destinados para ello.

De permitir el Gobierno Nacional que la SFC continúe con el falsario argumento de que “con los recursos del Sistema de Riesgos Profesionales no hay lugar a establecer un patrimonio autónomo”, sería condescender en la fusión y confusión de recursos públicos con recursos privados, permitir que se renuncie a la debida vigilancia y control de los recursos públicos administrados por particulares y admitir que los empleadores y empresarios

colombianos continúen enriqueciendo cándidamente con su esfuerzo, de manera anómala, a unos particulares.

Comprendidas las implicaciones anteriores, corresponderá a la Dirección General del SGRP del Ministerio de la Protección Social y al Ministerio de Hacienda, determinar todos los efectos de ordenamiento del Sistema, y a la SFC determinar su correcta y discriminada aplicación contable hacia adelante, así como los efectos retroactivos de la misma, puesto que el procedimiento irregular de omitir la imputación contable de los gastos que la ley señala deben hacerse con cargo a los propios recursos patrimoniales, y en lugar de ello imputarlos a los recursos públicos parafiscales, **entraña, desde su origen mismo, un objeto ilícito y una aplicación contable antitécnica, engañosa e ilícita**. Puesto que estamos refiriéndonos a bienes de uso público que son por naturaleza imprescriptibles, no podrán obviarse las consecuencias y efectos desde el momento en que se dio inicio a la práctica que se viene señalando como inadecuada, improcedente, y “contra legem”.

Como elemento de análisis derivado de lo expuesto, la rectoría del Sistema deberá considerar que la permisividad de la SFC en relación con la utilización indebida por parte de las ARP de estos recursos públicos parafiscales, (prestación social de los trabajadores afectados por ATEP), los afecta de manera directa, alterando su aplicación específica y disminuyendo su cuantía, puesto que se gastan, ya no en la producción de los bienes y servicios para los trabajadores afectados por ATEP (lo que es su destinación específica), sino que se derivan al pago de comisiones por actividades comerciales de una afiliación obligatoria, sean éstas por afiliación de empresas nuevas o nuevos trabajadores, o por renovación de contrato o por traslado entre ARP.

Adicionalmente, se afecta el principio de la libre competencia establecido en el Art. 333 de la Constitución Política de Colombia, en la medida en que para las labores de comercialización y competencia en el mercado entre ARP, ellas prescinden de utilizar sus propios recursos patrimoniales y en lugar de ello, usan, disponen e instrumentalizan, a libre voluntad, los recursos públicos parafiscales, estableciendo comisiones de pago a los intermediarios y comisionistas al arbitrio de sus propios ejecutivos. En otras palabras, **compiten en el mercado, unas ARP contra las otras, con dineros ajenos, es decir con los dineros públicos de la parafiscalidad**, puesto que los dineros con los que pagan las comisiones no forman parte de sus propios recursos patrimoniales.

Como si lo anterior fuera poco, la inmensa mayoría de las ARP utilizan en connivencia el mismo procedimiento, y se coluden para sustentarlo y darle

justificación jurídica, con lo cual aprovechan su posición dominante para generar la exacción de recursos públicos y su utilización arbitraria en pago de comisiones, sea por permanencia en la misma ARP (renovación del contrato) o sea por medio del derivado ruleteo de las empresas a través de las afiliaciones de segunda vez, de tercera vez, de cuarta vez, etc., de manera que a más traslados de las empresas afiliadas por parte de los intermediarios, más comisiones por comercialización (¡en afiliaciones que son obligaciones de ley para el empleador!).

Y en la misma proporción en que las ARP pagan las comisiones con cargo a los recursos parafiscales, en esa misma proporción se afecta el recurso que debe servir para beneficiar a los trabajadores afectados por el ATEP, que es la destinación determinada que la Ley y la Sociedad han establecido para esos recursos que son esfuerzo significativo del sector productivo colombiano.

Como corolario de estas puntualizaciones, el Señor Ministro de la Protección Social, el Sr. Ministro de Hacienda y la opinión pública se preguntarán: *¿A cuánto asciende el quantum o monto de todos los pagos e imputaciones contables que en contravía de lo que la ley taxativamente señala han venido efectuando las ARP con cargo a este 94% de la 'Administración del Sistema' por concepto de comisiones de comercialización, desde el inicio del SGRP en 1995 hasta hoy?*

Para mencionar sólo uno de los rubros correspondientes a pagos (contra legem), por concepto de comisiones de comercialización y corretaje a los corredores de seguros contratados *ad hoc* por las ARP para la afiliación de empresas al SGRP, la SFC informa, a petición de autoridad judicial competente, que desde la iniciación del Sistema, en 1995, hasta junio de 2009, las administradoras han pagado la suma de **Doscientos cincuenta y ocho mil setecientos ocho millones de pesos (\$258.708'000.000)**, que se han imputado a los recursos parafiscales del SGRP, lo que genera una amenaza y daño a los derechos e intereses colectivos. A la anterior cifra es necesario sumarle lo pagado entre julio de 2009 y lo corrido hasta la fecha.

Presumen la Federación Médica Colombiana y el Colegio Médico de Bogotá y Cundinamarca que ya los respetados Ministros de Protección Social y de Hacienda han sido suficientemente informados de la Acción Popular que en el sentido corrector del procedimiento anómalo de pago y su antitécnica imputación contable, así como en la vocación recuperadora de los dineros públicos malgastados, corre términos en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

4. SOBRE OTROS PAGOS QUE SE PAGAN “CONTRA LEGEM” CON CARGO AL RECURSO PARAFISCAL Y SE LE IMPUTAN CONTABLEMENTE AL MISMO

El aludido D.L. 1295 de 1994, define otros gastos (diferentes a las comisiones de comercialización) que NO pueden imputarse a los recursos parafiscales, en otras palabras, los gastos que deben efectuarse con cargo a los recursos propios o patrimoniales de las Aseguradoras, como son:

- **Inciso 1° del Artículo 81**, contratación de servicios de salud ocupacional: “Las entidades administradoras de riesgos profesionales podrán, bajo su responsabilidad y con cargo a sus propios recursos, emplear para el apoyo de sus labores técnicas a personas naturales o jurídicas debidamente licenciadas por el Ministerio de Salud para la prestación de servicios de salud ocupacional a terceros.” (Subrayas mías).
- **Artículo 82**: “Toda publicidad de las actividades de las administradoras deberá sujetarse a las normas que sobre el particular determine la Superintendencia Bancaria, en orden a velar porque aquella sea veraz y precisa. Tal publicidad solamente podrá contratarse con cargo al presupuesto de gastos de administración de la respectiva entidad. Para este efecto, no se considera publicidad, los programas de divulgación de normas y procedimientos y en general de promoción, educación y prevención de riesgos profesionales.” (Subrayas mías)
- **Inciso 2° del Artículo 83**, pago de las primas correspondientes al Fondo de Garantías de las Instituciones Financieras – FOGAFIN - , establece que este Fondo “... señalará las primas correspondientes a esta garantía y su costo será asumido por las entidades administradoras de riesgos profesionales.” (Subrayas mías)
- **Artículo 80 del D.L. 1295 de 1994**. Conforme con el mismo criterio de diferenciar la fuente de los pagos y la aplicación contable, en relación con el Artículo, la Sala de Consulta del H.C.E., ya citada, puntualiza que los recursos que utilice la ARP para las señaladas tareas no podrán ser recursos de la parafiscalidad, sino que deberán utilizarse los recursos propios de las ARP.” (Subrayas y negrillas mías).

Ya abundé en la obligatoriedad de pagar e imputar contablemente estos gastos con cargo a los recursos propios patrimoniales de las Aseguradoras y que ello se refleje en la Contabilidad de la ARP, en los balances correspondientes y en el PUC del Sector Asegurador.

A estas alturas de la presentación argumental sobre las destinaciones de los recursos parafiscales del SGRP, los lectores atentos se preguntarán: ¿A cuánto asciende el quantum o monto de otros pagos y las

correspondientes imputaciones contables (diferentes a las comisiones de comercialización), que en contravía de lo que la ley taxativamente señala han venido efectuando las ARP con cargo al recurso parafiscal, esquivando la imputación contable a los propios recursos patrimoniales, desde el inicio del SGRP hasta hoy?

Respuesta que deberá dar la SFC a la Dirección del Sistema, al Ministerio de Hacienda, a la opinión pública y a las entidades que le hacen seguimiento y control a los recursos públicos, en su debido momento, puesto que no ha sido posible conocerlo. Ni la entidad que vigila ha querido establecerlo, ni verificarlo, ni el PUC del Sector Asegurador lo discrimina, como así lo afirmó hace ya diez (10) años la Superintendente Bancario, Patricia Correa, en carta dirigida en ese entonces al Ministro de Trabajo y Seguridad Social, ANGELINO GARZÓN, en referencia a cuestionamientos sobre el mismo tema.

Por supuesto que en lo que no cabe ninguna excusa, ni disculpa, ni subterfugio, es que tanto los pagos que la ley determina, como las imputaciones contables, sí corresponde hacerlas con cargo a los recursos patrimoniales propios de la respectiva Aseguradora, puesto que así está normado, y así lo determinan los cánones universalmente aceptados de la Contabilidad, sin lugar a interpretaciones laxas, complacientes o acomodaticias.

5. SOBRE LA ELUSION IMPOSITIVA DEL IVA Y OTROS CONEXOS

Adicionalmente, y para información del Sr. Ministro de la Protección Social, del Sr. Ministro de Hacienda, y del Director de la DIAN, se deberá considerar que las cuentas que se pagan con cargo a los gastos del 94 % de la “administración del sistema” no tienen carga impositiva (IVA y demás). *(Sentencia C-341 de 2007 Corte Constitucional. Exclusiones de pago del IVA, a las que se refieren los numerales 3 y 8 del Art. 476 del Estatuto Tributario)*, en tanto que las que se efectúan con cargo a los recursos propios de las ARP sí tienen carga impositiva. ***Así que el pago con cargo a uno u otro rubro y la consecuente imputación contable adquieren muy diferentes características y consecuencias fiscales y financieras***, implicaciones diversas de gran magnitud, pues cuando se imputan gastos, “a sabiendas”, al recurso parafiscal, como si fueran costos de producción de los bienes y servicios de la seguridad social, y se imputan antitécnicamente al rubro de

los gastos de “Administración del Sistema”, tal procedimiento envuelve un enorme detrimento al propio bien público directamente afectado (recurso parafiscal) y una adicional afectación - elusión - en gran cuantía al recaudo impositivo de IVA y otros. (*Concepto 068904 – Agosto 2009 DIAN*).

Así es que no sólo se afecta el bien público parafiscal aminorando su cuantía y desviando su destino, sino que además se afecta el recaudo impositivo representado en IVA y otros, con procedimientos elusivos, y la Administradora que así lo hace preserva los propios recursos patrimoniales a los que debería imputar los gastos de comercialización, generando con todo ello utilización indebida de las cotizaciones (prestaciones sociales de los trabajadores) y acrecentamiento de las utilidades o ganancias de manera impropia, para su particular beneficio, además de la elusión impositiva de IVA y conexos. Así que las implicaciones de pagar con cargo a una o a otra cuenta son muy diferentes, pues se trata de “bolsillos diferentes” con dueños diferentes, y contablemente se afectan dos ítems o rubros diferentes, uno con impuestos y el otro sin impuesto. En este evento, que devino en práctica habitual, sin corrección, ni enmienda, ni remedio por parte de los entes de dirección y control, se elude el pago impositivo del IVA y otros conexos.

Para más abundar en la distinción entre los recursos propios de las ARP y los recursos parafiscales, **el Num. 3° del Art. 8° del Decreto 449 de 2003**, por el cual se reglamenta el Estatuto Tributario, señala las exenciones a los cargos impositivos cuando éstos se imputan a recursos que provienen de las cotizaciones, en contraposición a los gastos administrativos que efectúa la ARP con sus propios recursos. Reza así el acápite citado:

“3. Recursos del Sistema General de Riesgos Profesionales. Gozarán de esta exención las operaciones financieras realizadas con los recursos del Sistema General de Riesgos Profesionales provenientes de las cotizaciones, incluyendo los que permanezcan en las reservas de que tratan los Decretos 2347 de 1995 y 2656 de 1998 y demás normas que los modifiquen, adicionen o aclaren, hasta el pago a la Entidad Promotora de Salud (EPS), a las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o al pensionado, afiliado o beneficiario, según el caso, y hasta que dichos recursos no sean incorporados al patrimonio de la Administradora de Riesgos Profesionales, al cierre del ejercicio fiscal... **No gozará de esta exención ninguna operación que tenga por objeto el pago o giro de recursos destinados a cubrir los gastos administrativos que realice la administradora de riesgos profesionales**”. (Subrayas y negrillas mías).

Por su parte, el H.C.E. (*Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Dra. Ligia López Díaz, Rad. No. 11001-03-27-000-2002-*

0064-01 (13328) de 4 de Septiembre de 2003) concluyó que los recursos del Sistema de Riesgos Profesionales que estarían exentos de cualquier impuesto serían aquellos “destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores, de los accidentes que se producen como consecuencia directa del trabajo o labor desempeñada, y de las enfermedades que hayan sido catalogadas como profesionales por el Gobierno Nacional”, entre los cuales, por supuesto, no se encuentran las comisiones de intermediación, ni los otros gastos “con cargo a los recursos patrimoniales” o “con cargo a sus propios recursos”, señalados en la Ley.

No abundaré más sobre esta materia, ya suficientemente tratada y definida por la Ley y la Jurisprudencia. Hago referencia, mas bien, a la necesidad de que se considere a plenitud este tema pues de lo que se trata es de la obligatoriedad de las ARP de cumplir íntegramente con las obligaciones impositivas normadas de manera precisa, las que se derivan del gasto y de las técnicas y apropiadas aplicaciones contables.

En relación con este particular tema, el Ministerio de la Protección Social, el Ministerio de Hacienda, la DIAN y la opinión pública se preguntan: **¿A cuánto asciende el quantum o monto de todas las elusiones fiscales resultantes de imputar a costos de la seguridad social lo que son gastos de comercialización o corretaje desde el inicio del SGRP en 1995 hasta hoy?** La SFC tendrá que precisar los pagos e imputaciones contables antitécnicamente registradas y la DIAN deberá precisar el monto de correspondiente a los pagos de IVA y conexos, por los que deberán responder plenamente las ARP que en tal práctica hayan incurrido.

En secuencia con lo ya mencionado y sustentados en el mismo Decreto Reglamentario (Num. 3° del Art. 8° del Decreto 449 de 2003) del Estatuto Tributario, es necesario tener en cuenta los adicionales impuestos de IVA y otros conexos generados en los gastos administrativos que efectúa la ARP con cargo a sus propios recursos, por lo que, de manera adicional y de manera subsecuente con la pregunta anterior, el Ministerio de la Protección Social, el Ministerio de Hacienda, la DIAN y la opinión pública se harán otra pregunta: **¿A cuánto asciende el monto de las adicionales elusiones fiscales de IVA y otras, resultantes de imputar como costos de la seguridad social, lo que son otros pagos destinados a cubrir los gastos administrativos que realizan las ARP, esquivando la imputación contable a sus recursos patrimoniales, en contravía de lo que la ley taxativamente dispone?**

Así tenemos que como consecuencia de la incuriosa y hasta el momento inacabada omisión de la SFC y de la Dirección General del SGRP se van

derivando un sinnúmero de afectaciones a los recursos públicos parafiscales y subsecuentemente al recaudo de impuestos, mecanismos con los cuales las ARP que así lo hacen, derivan recursos públicos parafiscales a fines diferentes a su objeto social y obtienen utilidades indebidas.

6. CONSIDERACIONES ADMINISTRATIVAS Y SOCIALES SOBRE EL SGRP

En la evolución del SGRP, desde 1995 se ha hecho evidente el derroche y dilapidación en las destinaciones que se les da a los recursos parafiscales que cotizan obligatoriamente los Empresarios y Empleadores de Colombia, con destinación específica para los inválidos, los lisiados y los viudos(as) y sus hijos(as) del accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

Así, con el advenimiento de un nuevo Gobierno Nacional, llega el momento de presentarle al Sr. Ministro de la Protección Social, al Sr. Ministro de Hacienda y a sus respectivos equipos de gobierno, algunos cuestionamientos en relación con el SGRP y sus entidades administradoras.

En relación con las Administradoras, nos preguntamos, ¿cuáles son los criterios que aplican los Contadores y Revisores Fiscales de las Aseguradoras, que permiten que se suceda este cúmulo de situaciones anómalas al interior de sus compañías, en relación con los pagos, imputaciones contables y cargas impositivas? ¿Será que son laxos en sus interpretaciones y tornan acomodaticia la ley? ¿Sobre estos temas que son bien conocidos desde hace años por los ejecutivos de las Aseguradoras, habrán informado sus contenidos y sus consecuencias a los respectivos Revisores Fiscales que son los que con su firma dan fe pública de la veracidad de los estados financieros y contables? ¿Acaso la firma de un contador y de un revisor fiscal en la presentación de los estados financieros, valida ante los entes de vigilancia y control y ante la sociedad un procedimiento anómalo y purga la ilicitud del mismo?

Sea también el momento de preguntar si los miembros de las Juntas Directivas de las Aseguradoras, que comparten responsabilidades legales en las decisiones administrativas y en el manejo de los recursos públicos con el Representante Legal, ¿Conocen a plenitud la delicada índole de lo que tratan estos asuntos? ¿Y asumen la corresponsabilidad plena, también “a sabiendas”, con sus ejecutivos, en los diferentes temas que aquí se mencionan? ¿O será que desconocen los diferentes contenidos aquí

expuestos, los cuales seguirán saliendo a la superficie para información de la opinión pública, y cuando ello ocurra se llevarán una sorpresa?

Teniendo en evidencia la sucesión de omisiones del ente encargado de la vigilancia de los recursos, la SFC, surgen preguntas tales como: ¿Los Empresarios y Empleadores de Colombia, estarán enterados del destino que se les da a los recursos que con destinación específica están obligados a pagar mes a mes, de manera perpetua? ¿Cuándo conozcan esta sucesión de derroches y aplicaciones extrañas de sus recursos, no exigirán la modificación de un Sistema que ha servido para derivar utilidades de manera anómala para unas Administradoras y unos particulares? ¿Cómo hará la SFC para justificar ante los aportantes los enormes pagos en comisiones y otros pagos, por fuera de la ley, con cargo a la parafiscalidad? ¿Se justifica semejante esfuerzo pecuniario y detrimento en la competitividad por los altos costos para los cotizantes del SGRP?

En relación con los trabajadores afiliados por los empleadores a las ARP, y los independientes que se auto pagan su afiliación, la sociedad se pregunta si estarán efectivamente protegidos por estas flamantes entidades, y si alguien afirma que efectivamente es justificable el esfuerzo social, entonces ¿Es acaso razonable que esté aumentando el número de accidentes de trabajo en Colombia, mientras se destinan enormes sumas de recursos parafiscales al pago de comisiones de comercialización de una afiliación que es obligatoria para el empleador? Y, ¿cómo explicar las reconocidas dificultades que padece un trabajador lisiado o su viuda e hijos para efectuar una reclamación laboral por ATEP ante la ARP, con decenas de trámites plagados de obstáculos jurídicos y parajurídicos?

¿Y cómo explica la Dirección General del SGRP, en el Ministerio de la Protección Social, que estemos presenciando enormes contingencias laborales, con decenas de fallecidos que aparecen en los medios de comunicación, y otros miles que no aparecen, por causa de omisiones, descuidos y precariedades que deben ser cuidadosamente prevenidas, vigiladas y asesoradas por las ARP? ¿El dinero que pagan las ARP en costosas asesorías jurídicas para justificar gastos no contemplados en la ley, con cargo a la parafiscalidad, no deberían más bien aplicarse a la prevención del accidente de trabajo y la enfermedad profesional en los sectores productivos del país, que bastante lo necesitan?

Sea el momento para que los entes de gobierno recuerden, a manera de trágico ejemplo, que el pasado 16 de junio de 2010, en la mina de carbón de San Fernando de Amagá, Antioquia, murieron setenta y tres (73) trabajadores mineros incinerados por una explosión de gas metano, la cual

era prevenible si se hubiera prestado la asesoría debida y tomado oportunamente las adecuadas medidas de prevención.

Se hacen necesarias estas consideraciones administrativas y sociales frente a un tema de interés nacional, que se desprenden del análisis argumental para quienes juiciosamente hayan seguido los argumentos expuestos en este oficio.

Conocidos estos hechos por las nuevas autoridades, respetuosamente les solicitamos actúen en lo que a cada uno corresponde en el ámbito de su plena competencia.

De los Señores Ministros,

Muy atentamente,

Sergio Isaza Villa MD.
Presidente Federación Médica Colombiana

Sergio Robledo Riaga MD.
Presidente Colegio Médico de Bogotá y Cundinamarca

C.C.: Vicepresidente de la República
Director DIAN
Mesa Intersectorial por el Derecho Fundamental a la Salud
Medios de Comunicación
Comisiones Séptimas de Senado y Cámara
Viceministra de Protección Social