

Bogotá, Abril 27 de 2012

Señores Magistrados
H. Corte Constitucional
Ciudad

Referencia: Auto 079 de 2012 – 9 de Abril de 2012
Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008.
M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio

Respetuoso saludo a los Magistrados de la H.C.C.

El suscrito, identificado como aparece al pie la firma, en mi calidad de Vicepresidente de Asuntos Gubernamentales de la Federación Médica Colombiana, entidad del orden nacional, que aglutina a los Colegios Médicos Departamentales, miembro activo de la Asociación Médica Mundial, por diversas leyes de la República consultora del Gobierno Nacional en asuntos atinentes a la salud, pongo en conocimiento de la Sala Especial de la Corte Constitucional, conformada para efectuar el seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-760 de 2008, integrada por los magistrados Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio, y por su digno intermedio a todos los Magistrados de la H.C.C., algunas consideraciones en relación con el Auto de la Referencia.

La Sala Especial de la H.C.C. ha fijado agenda y metodología de la audiencia pública de rendición de cuentas en el seguimiento a las órdenes 24 (medidas para garantizar el recobro por EPS ante el Fosyga y ante los entes territoriales de forma ágil y que asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos) y 27 (modificación o rediseño del sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro) de la sentencia T-760 de 2008.

Como bien lo señala la H.C.C., “La finalidad consiste en crear un espacio de reflexión público sobre las barreras y obstáculos que hoy en día afectan el flujo de recursos al interior del sistema de recobros, la sostenibilidad financiera del sistema de recobros, la sostenibilidad financiera del sistema y consecuentemente el acceso efectivo a los servicios de salud que la población requiere, así como generar soluciones profundas, definitivas e integrales por parte de los órganos responsables de la regulación, frente a una problemática recurrente y estructural que ha sido puesta de presente en múltiples pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, como es el caso de la sentencia C-252 de 2010.”¹

Para los efectos, esta ponencia se refiere específicamente a:

¹ H.C.C. Auto 079 de 2012

1. La sostenibilidad financiera del Sistema y su consecuencial afectación al acceso efectivo a los servicios de salud integral que la población requiere.
2. Generar propuestas de soluciones definitivas e integrales por parte de los órganos de regulación y control.

La crítica consistente ejercida por la Federación Médica Colombiana respecto a los manejos financieros por parte de las EPS, a la utilización indebida, irregular y francamente ilegal de los mismos, se ha venido haciendo explícita y conocida por los jueces y por el público. Es bien conocido que los recursos públicos que recaudan, administran y usufructúan las EPS para atender los asuntos del POS, de la promoción y la prevención y los demás beneficios prestacionales relacionados con la salud, representan la concreción efectiva de principios constitucionales representados en siete (7) categorías:

- Son recursos de la seguridad social, por lo tanto no son recursos de los seguros privados comerciales
- Son recursos destinados a la prestación de un servicio público, aunque sean prestados por particulares
- Las contribuciones parafiscales a la seguridad social tienen carácter de obligatoriedad para los diversos grupos poblacionales a los que están dirigidos
- Son recursos parafiscales, desde su origen y en su proceso administrativo no pierden tal carácter, por lo que se constituyen en patrimonio de afectación
- Son recursos con destinación específica, por lo que no se les puede derivar a otros gastos diferentes a los que señala la Constitución y la Ley.
- Están sujetos en su administración al principio de eficiencia,
- Por su misma naturaleza pública estos recursos tienen el carácter de imprescriptibles.

Así que bajo ninguna perspectiva se puede afirmar que estos recursos, aunque sean captados y usufructuados por particulares, EPS, se pueden considerar que como “ingresos de las empresas”, ni pueden ser manejados contablemente como si lo fueran. Las EPS son meras entidades administradoras, con licencia precaria concedida por el Estado para que gestionen esos recursos, como servicio público, por lo que su manejo está incardinado al derecho público, que tiene como propósito el interés colectivo y la finalidad del bien común por mandato perentorio de la Constitución y están sujetas al acatamiento pleno de las leyes. Y el registro contable deberá corresponder al manejo de recursos ajenos, es decir, en cuentas separadas como lo establece la Ley, vigiladas y controladas por el Estado.²

² Ley 100 de 1993. Art. 182. Parágrafo 1. Las entidades promotoras de salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema de cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad.

El principio constitucional de “eficiencia” que aplica al Sistema en su conjunto, no se puede confundir mañosamente con la eficiencia de la empresa particular, comercial, con ánimo de lucro y crematística, como lo pretenden algunos, entre ellos las EPS y algunos funcionarios de Ministerios. Así es que la eficiencia aplica como obligación en la aplicación de los recursos del Sistema de Salud, que es servicio público. Y no es su mañosa aplicación en beneficio de unos particulares que han convertido la salud, por intermedio de la integración vertical, justificando en la eficiencia empresarial particular, las prácticas y conformaciones oligopolísticas prohibidas por la Constitución Nacional.³

Al ser los bienes que administran las EPS recursos ajenos, públicos, corresponde su registro contable en cuentas diferentes de sus propios recursos patrimoniales, con los cuales acreditan su patrimonio técnico y respaldan financieramente la licencia que el Estado les ha conferido para que administren los recursos de la seguridad social. De la misma clara manera deberán distinguirse los gastos que corresponden a la atención específica del Sistema que atienden, que van con cargo a los recursos de la parafiscalidad, de aquellos en los que libremente incurren en sus propios asuntos empresariales y que nada tienen que ver con el cubrimiento de las necesidades específicas de sus afiliados.

Sin embargo, ello no ocurre así. Ha sido práctica común contable que las EPS integran los recursos parafiscales que reciben cada mes de la sociedad y del Estado en enorme cuantía, a los ingresos de la empresa, conformando una gran e indistinguible bolsa de recursos con la cual pagan todos los gastos. A esa bolsa indiscriminada y a esas cuantías le imputan contablemente los gastos que corresponden al Sistema que atienden, mas todos los gastos que corresponden a otros menesteres propios de su gestión comercial, o de competencia, o al apalancamiento financiero y patrimonial para adquisición de activos o para el enriquecimiento de sus socios, con lo que utilizan ilegalmente los recursos públicos en destinos diferentes a los definidos por la Constitución y la Ley.

Por supuesto que no nos estamos refiriendo aquí a las utilidades que puede generar una empresa al cierre del ejercicio fiscal. Sólo al cierre de este ejercicio y una vez se aprueben los balances e informes financieros, sin corrección de autoridad competente, la resultante de los recursos en el rubro denominado “Utilidades” sean positivos o negativos, se incorporan al patrimonio de la respectiva entidad. No

3 C.P.C. Art. 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.

antes. Mientras, siguen siendo recursos públicos parafiscales, sujetos al derecho público.

Así, respetuosamente, me permito preguntarles a los Señores Magistrados de la H.C.C. cuál es la razón o justificación, si la conocen, para que con los recursos parafiscales para atender la salud de los colombianos (y los riesgos profesionales), se tengan que pagar en enorme cuantía, asuntos tales, como:

- Gastos de publicidad y promoción comercial de la razón social de EPS (y ARP)
- Gastos de comisiones o corretaje propios de la competencia entre las empresas
- Gastos de cambio de nombre de la razón social y de la imagen corporativa de las instalaciones de las EPS (y ARP)
- Gastos de numerosos abogados y bufetes para atender las reclamaciones a los derechos negados a los afiliados
- Gastos de representación legal en litis de tipo administrativo, comercial y penal de las entidades y de sus representantes legales
- Gastos de pagos de seguros y de reaseguros de sus bienes muebles e inmuebles
- Gastos de representación y viajes de sus ejecutivos
- Gastos de estímulos y bonificaciones a sus representantes, seminarios, congresos, cruceros, etc.
- Inversiones en infraestructuras empresariales e inmobiliarias del sector de la salud, clínicas, laboratorios, etc. (integración vertical)
- Inversiones en infraestructuras inmobiliarias diferentes al sector salud, urbanizaciones, instalaciones empresariales, sedes administrativas, deportivas y hoteleras (integración transversal)
- Exportaciones de capital para inversiones varias en el extranjero, empresariales e inmobiliarias
- Pagos de sanciones y multas por infracciones al Sistema
- Gastos de promoción de campañas políticas en el nivel regional y en el nivel nacional
- Gastos de representación ante el Congreso de la República
- Subsidios y promociones a equipos de fútbol y otros eventos deportivos
- Pagos de la cuota parte para financiar costosas estructuras gremiales de las EPS (Acemi) y de las ARP (Fasecolda)
- Subsidios y pagos para elaboración de conceptos, estudios y generosas dádivas a familiares de funcionarios que operan en las puertas giratorias de la burocracia oficial
- Otros inespecíficos e indeterminados

Es cierto que las EPS tienen asignado un porcentaje de la UPC para los gastos administrativos que demande el Sistema, pero ninguno de los señalados se puede considerar inherente a la administración de los afiliados o a la necesaria gestión de los servicios que atienden.

Resulta obvio que éstos y los demás gastos que definan *ad libitum* los ejecutivos de estas compañías, deberán ser pagados con cargo a los recursos propios de las EPS (o ARP) e imputados contablemente con cargo al propio patrimonio de la respectiva administradora y no con cargo a los recursos públicos parafiscales con destinación específica.

Así tenemos que como resultante de este artificio financiero y contable, sin inspección, vigilancia o control de las respectivas Superintendencias, se vienen derivando en gran cuantía los recursos públicos para destinos insospechados por los ingenuos pagadores de buena fe de las contribuciones parafiscales. En una enorme cantidad, que ha sido estimada por el Sr. Vicepresidente de la República en un veinticinco (25%) por ciento anual del total de los recursos que han manejado las EPS desde el origen del Sistema. Y en más de tres (3) billones de pesos en estimados sobre el Sistema de Riesgos Profesionales.

Pero el asunto no para allí. De esta inapropiada conducta, usurpación y usufructo de dineros públicos se derivan varias consecuencias. Cuando se pagan estos gastos, ajenos a las necesidades del Sistema y a su administración, con cargo a los recursos públicos y se imputan contablemente simulando como si fueran costos “de la seguridad social”, tales pagos se eximen artificialmente del pago del IVA, del ICA y del GMF (el 4 x 1000), mecanismo con el cual también las EPS (y ARP) eluden en gran cuantía los pagos a la Hacienda Pública. Desde el origen del Sistema, sin inspección, vigilancia ni control por parte de las Superintendencias, la DIAN o la Contraloría General de República.

Las consecuencias afloran a la vista. Mientras más gastan las EPS (y ARP) en los rubros en contra de lo que la ley taxativamente señala, o en aquellos que no constituyen los servicios propios de las necesidades del Sistema:

1. De manera inversamente proporcional se reducen los montos de lo que corresponde al recurso parafiscal, destinados a atender las contingencias derivadas de la enfermedad común, del accidente de trabajo y la enfermedad profesional de la población afiliada.
2. Más utilidades impropias deriva la EPS (y ARP), pues no emplea su propio patrimonio en los gastos no sistémicos, subsidiando *de facto* su operación y funcionamiento en cuantías indeterminadas, de manera irregular e ilegítima de los fondos parafiscales.
3. En mayor cuantía se evitan los pagos con cargo a sus propios recursos patrimoniales y las correspondientes imputaciones contables.
4. Generan mayor afectación a la Hacienda Pública simulando pagos como si fueran seguridad social con lo que eluden los pagos de impuestos.
5. Más difícil se torna para los enfermos y los afectados por las contingencias acceder a los beneficios establecidos por la

Seguridad Social, en la medida en que se disminuye artificialmente la disponibilidad de los recursos para atenderlos. Ello explica el que una atención en salud, o una reclamación de origen laboral, se convierten en un procedimiento pleno de obstáculos y de vallas jurídicas y parajurídicas para el aquejado, haciéndole en la práctica nugatorios los derechos constitucionales y legales a los enfermos, a los lisiados y afectados.

6. Más erogaciones se generan en asesorías jurídicas y en costosos abogados pagados con cargo a esos mismos recursos públicos, en el intento de “hacer legales” y “no penalizables” los derroches de los recursos parafiscales.
7. Se acrecientan los patrimonios empresariales de compañías derivadas, se agigantan los grupos empresariales que crecen apalancados en los recursos parafiscales, hacia los cuales se destinan los pagos e inversiones de las EPS.

Así, ha sido consuetudinario que desde el origen del Sistema, se registran en el Plan Único de Cuentas – PUC de EPS – como “ingresos” de la compañía (PUC Cuenta Clase 4) los recursos públicos provenientes de la UPC, y los recursos de Promoción y Prevención, como si tales recursos correspondieran a ingresos de una empresa de seguros comerciales, omitiendo que son recursos públicos correspondientes a seguros sociales, sujetos a la administración de los particulares. Y como si fueran ingresos propios de la administradora se manejan, se gastan y se usufructúan.

En el estricto sentido que corresponde a los recursos públicos, sólo los costos inherentes a la atención del Sistema y a la administración específica correspondiente a tales servicios pueden imputarse legalmente a los rubros de la parafiscalidad. No así los demás gastos que definen a su arbitrio los ejecutivos de las EPS (y ARP).

Pero en el manejo que representantes legales y revisores fiscales le han dado mañosamente a las cuentas que se consignan en el PUC de EPS, todos los gastos, los propios del Sistema, y todos los costos ajenos al mismo se pagan y se imputan con cargo a la gran bolsa de los “ingresos” (recursos parafiscales) omitiendo pagarlos con cargo a los propios recursos patrimoniales y evitando imputarlos contablemente en el rubro de “Patrimonio” (PUC Cuenta Clase 3) de la EPS.

Así, sencillamente explicado, mediante este artificio financiero y contable, engañoso, los recursos públicos parafiscales terminan pagando y subsidiando de manera ilegal una enorme cantidad de gastos ajenos al Sistema, en cuantía hasta ahora indeterminada. Presumimos que le corresponderá a esta H.C.C. ordenar la corrección del indebido procedimiento contable señalado y que se establezca la magnitud de los recursos pagados irregularmente y registrados antitécnicamente y se ordenen todas las investigaciones derivadas que correspondan.

Esta sucesión de procedimientos ha sido consentida y permitida, desde hace tiempo, por las entidades de vigilancia y control – Superintendencias - que en cada Sistema vigilan y controlan los recursos de la salud de los colombianos y sus debidos registros. Y por el Ministerio de la Protección Social que ha ejercido la rectoría de los Sistemas. Ahora dividido en dos, cada uno asume la respectiva rectoría.

Hacemos notar a los Señores Magistrados de la H.C.C. que en tanto se permite la derivación de enormes cuantías de recursos para gastos ajenos a sus propósitos legales, y para el acrecentamiento de numerosas empresas en las mega corporaciones que se han desarrollado apalancadas en los recursos de la salud, no se les paga a clínicas, hospitales, médicos y proveedores de servicios de salud, llevándolos a una condición de precaria e injustificada insolvencia. Se estima que la deuda de las EPS asciende a cerca de siete (7) billones de pesos.

No obstante, las omisiones del ente rector o de los entes de vigilancia y control no obran como atenuantes, lenitivos o exoneran de responsabilidad en las obligaciones de cuidado, de responsabilidad en los pagos, ni en los registros contables que competen a particulares que administran recursos públicos con destinación específica.

Mutatis mutandi, de similar forma ocurre con los recursos del Sistema General de Riesgos Profesionales, de donde se desvían irregularmente e ilícitamente otro enorme volumen de recursos destinado por la ley como prestación social de los trabajadores para atender con destinación específica el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.⁴

Medidas urgentes

En el señalado solicitud de generar propuestas y soluciones definitivas e integrales por parte de los órganos de regulación y control, frente al acucioso tema del manejo de los recursos de la salud, debemos proponer a la H.C.C. algunas medidas:

1. Ordenar la corrección inmediata del procedimiento de registro contable anómalo y antitécnico que ha permitido imputar como gastos del Sistema de Salud con cargo a la parafiscalidad, lo que son gastos propios de la gestión comercial, de competencia en el mercado o enriquecimiento patrimonial indebido de los socios y accionistas de las EPS, en concordancia con la Constitución, con las leyes, con las normas contables y con la ética profesional.

⁴ Proceso 110013331011-2008-00135-01 por Acción Popular ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Accionante: Domingo de Jesús Banda Torregrossa - Accionada: Superintendencia Financiera de Colombia

2. Instruir a las EPS sobre la manera como deben atender el régimen de derecho público del SGSSS y lo relativo a la imputación y registro contable apropiado, legal y técnico.
3. Ordenar al Ejecutivo adoptar las medidas administrativas y ejercer todas las acciones judiciales necesarias respecto de los recursos del SGSSS afectados y lesionados por los procedimientos descritos.
4. Ordenar establecer el procedimiento de vigilancia a seguir por la Superintendencia Nacional de Salud y por la Superintendencia Financiera de Colombia respecto a la ejecución del gasto del SGSSS, de manera que se controlen y verifiquen todos los recursos propios del Sistema y su destinación específica.
5. Ordenar al Ejecutivo instruir sobre las modificaciones e instrucciones al PUC de EPS a efectos de superar las irregularidades en los procedimientos de registro y sobre la aplicación del gasto.
6. Ordenar a todos los entes de inspección, vigilancia y control del Estado, que de manera inmediata se conformen equipos multidisciplinarios de investigación forense, financiera y contable, que permitan determinar la magnitud de la desviación de recursos parafiscales para gastos ajenos al Sistema, en cada una de las EPS, con la razón social presente o antigua, así como las que se encuentran en estado de liquidación.
7. Que se ordene dar inicio por parte de los organismos del Estado de todos los procedimientos legales que correspondan para la recuperación de los dineros públicos parafiscales y fiscales gastados en asuntos ajenos a la salud de los colombianos, así como en el enriquecimiento incausado e indebido de los socios de las EPS que así hayan actuado, y los que correspondan para la recuperación de aquellos dineros que han servido para irregulares e indebidas exportaciones de capital. Y que los dineros recuperados retornen al Fosyga, dada su carácter de imprescriptibles.
8. Ordenar el procedimiento para la constitución paulatina de las reservas por parte de las EPS, que permitan el cumplimiento del reintegro total de las cifras indebidamente pagadas e imputadas.
9. Ordenar compulsar copias de los procesos investigativos que den mérito a ello, a todos los organismos de vigilancia y control del Estado a efectos de sancionar las conductas inapropiadas o ilegales, por acción o por omisión, en las que hayan incurrido funcionarios públicos, administradores particulares de los recursos parafiscales y los miembros de las Juntas Directivas, como corresponsables de la administración, que hayan incurrido en inapropiadas e ilícitas conductas, desviaciones y apropiaciones.
10. De la misma señalada manera ordenar lo correspondiente para corregir de manera similar en el Sistema General de Riesgos Profesionales lo correspondiente al manejo que cada una de las ARP le dan a los recursos públicos que deben atender el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

Respetados Magistrados,

Sea el momento de señalar que se encuentran en el momento histórico adecuado para corregir la mayor depredación de recursos públicos en toda la historia nacional, la grave afectación a la salud pública y la más continuada trasgresión a la moral administrativa. El país entero espera de ustedes decisiones de fondo, que ayudarán, sin lugar a dudas, a procurar el bienestar de nuestros ciudadanos y la paz en nuestro país.

Muy atentamente,

Germán Fernández Cabrera

C.C. 19.132.623

MD - Universidad del Rosario

Vicepresidente de Asuntos Gubernamentales de la Federación Médica Colombiana

Ex Director de la Dirección Técnica de Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

Ex Director de la Dirección de Seguridad Social – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

Ex Director de la Dirección de Atención Médica – Ministerio de Salud