

EL ADEFESIO CONCEPTUAL QUE HA PROMOVIDO ACEMI – GREMIO DE EPS



Perseo corta la cabeza de la Medusa
Escultura en la Plaza de los Centauros – Florencia - Italia

Por Germán Fernández Cabrera – Vicepresidente Asuntos
Gubernamentales - Federación Médica Colombiana

Hace unos días, la prensa comunicó la renuncia “por motivos personales” del último Director Ejecutivo de ACEMI, gremio actualmente constituido por 14 EPS. Con la caída de ese funcionario se llega a una cúspide de varios conflictos en las relaciones de las EPS con el Gobierno, con las instituciones prestadoras de servicios, con los profesionales de la salud y con la comunidad en general.

Como lo ha señalado la Superintendencia de Industria y Comercio, desde la oficina de ACEMI y con la coordinación y dirección del decapitado funcionario, se trabajaron los elementos conceptuales para que las EPS recortaran los servicios POS a los pacientes, se gestaron los mecanismos para que se tutelaran los servicios incluidos en el POS, de manera que con este y otros artificios las EPS podían efectuar recobros fraudulentos ante el Fosyga, generando exacción de los recursos públicos parafiscales de la salud, utilizando para ello mecanismos ilícitos y torticeros, como ha sido conocido por la opinión.

Pero es necesario señalar que el tema de fondo no ha sido aún expuesto y es el que subyace en la gestión del malhadado funcionario, y con el cual fue consistente durante su permanencia al frente de ese gremio de EPS, y que ha servido para su ilegal favorecimiento, consistente en la sistemática confusión de conceptos entre “seguro social” y “seguro comercial”.

Esa intencionada tergiversación, argucia y confusión dio lugar a que las EPS utilizaran indebidamente los recursos parafiscales del “seguro social”, como si fueran recursos propios de las EPS y les dieran destinación a voluntad de los administradores, como sucede con las compañías que manejan el “seguro comercial”, lo que sirvió para generar desviación de recursos, gastos e inversiones totalmente ajenos al propósito constitucional y legal de los recursos de la parafiscalidad.

Es necesario que los diferentes actores dentro del SGSS conozcan las claras diferencias que existen entre las categorías conceptuales de “seguro social” y de “seguro comercial”, para que no proliferen la indebida confusión de quienes pretenden enmarañar las naturalezas diferentes de los diferentes tipos de seguros.

Desde el contexto legal y bajo todas las previsiones del Constituyente de 1991, expresadas en los cánones constitucionales [Art. 150° (Ord. 12), Art. 338 (Inc.2°), Art. 48 (Inc. 5°)], ***para todos los efectos jurídicos la cotización al Sistema General de Seguridad Social es una contribución parafiscal, con destinación específica, que viene a integrar el patrimonio del Estado, como bien público.*** A su vez, el Inc. 3° del Art. 48 de la Constitución Política de Colombia –C.P.C. - en relación con los recursos de las instituciones de la Seguridad Social, establece que ***“...No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.”*** Con lo cual se establece una ***prohibición de rango constitucional*** para las entidades que, con licencia precaria concedida por el Estado, administran los recursos parafiscales de la seguridad social, los cuales no se pueden utilizar ni destinar para fines diferentes.

Con respecto al mismo concepto, la H.C.C., mediante Sentencia SU-480 de 1998, determinó: “Lo importante para el Sistema es que los recursos lleguen y se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter parafiscal.” Y añade: Como es sabido, los recursos parafiscales “son recursos públicos que pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer al grupo, gremio o sector que los tributa.”, por eso *se invierten exclusivamente en beneficio de éstos*. Adicionalmente, el Estatuto Tributario da a los mencionados aportes o cotizaciones la denominación expresa de “contribuciones parafiscales”. Y en razón a su naturaleza jurídica, los recursos del SGSS (contribuciones parafiscales, reservas técnicas especiales y sus rendimientos) son también bienes constitutivos de patrimonio público, *imprescriptibles* y destinados a la prestación del servicio público en salud.

También está definido, como categoría constitucional y legal, que las cotizaciones para salud, pensiones y riesgos profesionales *son prestaciones sociales del trabajador, aportadas obligatoriamente por el empleador con destinación específica*.

Así que el cumplimiento de las obligaciones de cotización por parte del empleador se circunscribe en la obligatoriedad definida en las convenciones internacionales ratificadas por Colombia, en el Código Laboral y en la Ley 100 de 1993. En consecuencia, no puede considerarse bajo ninguna proposición o premisa, como pretenden algunos abogados mentalmente subordinados, que la aplicación de los “seguros sociales” se circunscribe en las normas del Derecho Comercial de los seguros, como si la cotización obligatoria para salud y/o riesgos profesionales pudiera considerarse como una prima de seguros comerciales para cubrir enfermedad, accidente y/o discapacidad. Tampoco puede considerarse el “seguro social” como una transacción a voluntad de los contratantes, como si fuera un seguro común, puesto que su régimen es determinado por el Estado. Ni tampoco puede determinarse que los recursos públicos parafiscales entran a formar parte del patrimonio de las EPS o de las ARP desde su captación inicial, ni que esos mismos recursos pueden ser de libre destinación por parte de las EPS o ARP, ni en todo, ni en parte.

Otra columna conceptual es que el SGSS asume la caracterización de *seguro social, responsabilidad del Estado, que tiene carácter obligatorio para los empleadores, empleados 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 salud y el de riesgos profesionales no se pueden categorizar como seguros comerciales***, ya que en la modalidad del seguro comercial el contrato depende de la libre voluntad de las partes, se establece a voluntad de los 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. No ocurre así ni en el seguro social de salud ni en el de riesgos profesionales, cuya naturaleza constitucional y legal los define como servicio público, con carácter de obligatoriedad, con coberturas uniformes determinadas por el Estado, determinación legal del monto de los aportes parafiscales, aplicación constitucional con destinación específica de estos recursos públicos, y ***aplicación del principio de la eficiencia*** en su utilización, y ***apego a los principios de la moralidad pública*** por parte de los administradores de los recursos, sean éstos públicos o privados.

En consecuencia, en las consideraciones sobre la destinación de estos recursos y sobre las normas que aplican frente a su gasto les corresponde el régimen administrativo correspondiente a los bienes públicos, y no cabe, por lo tanto, aplicación diferente de esos recursos que los que la Ley determina. Es decir, no puede entenderse que se destinan (ni total, ni parcialmente) a la libre voluntad o interpretación de los administradores, en este caso de las EPS o de las ARP, las que tienen el carácter de ***“meros administradores”***, con licencia precaria otorgada por el Estado, que asumen el cumplimiento, la guarda y el cuidado de esos recursos parafiscales cuya función social ha sido determinada por la Constitución y la Ley con destinación determinada.

Así tenemos que las EPS y las ARP son personas jurídicas de Derecho Privado, con categorización de comerciantes, especialmente constituidas para administrar las cotizaciones parafiscales (que no son primas de seguros comerciales), provenientes de las cotizaciones a salud y a riesgos profesionales y, como tal, están sujetas al régimen particular y específico de los “seguros sociales”. Para los efectos de actuar en el SGSSS como EPS han obtenido autorización precaria del Estado por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud (SNS). Y para actuar en el SGRP las ARP la han obtenido por intermedio de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC).

Con respecto a los administradores particulares de esos recursos públicos, así sean empresas de derecho privado, les corresponde la obediencia, el respeto y el acatamiento de los principios legales y constitucionales, de manera que se garanticen la protección de los recursos públicos que administran, su vigilancia y el resguardo, lo que implica para ellos obligaciones de resultado en el proceso gerencial y administrativo. Y, de manera señalada, para la entidad que los vigila, donde las respectivas superintendencias actúan como delegatarias directas del Sr. Presidente de la República para los efectos que la Ley le determina de inspección, vigilancia y control de esos recursos y de sus aplicaciones contables, de principio a fin.

En consecuencia, las Superintendencias que vigilan estos recursos parafiscales no puede permitir amplias y libertinas “interpretaciones” que conlleve darles a esos recursos aplicación indebida, inapropiada y tortuosa, ni tampoco puede tolerar antitécnicos asientos y registros contables, que lesionan el interés general, la confianza pública y la moralidad administrativa. Y es a estas entidades que ejercen funciones de policía administrativa a quienes le corresponde prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de pagadores de buena fe, como son los empresarios, los empleadores y los contratistas independientes.

Así es que no puede considerarse, bajo ninguna proposición armónica con la Constitución y la Ley, que la aplicación del gasto en el “seguro social” se circunscribe bajo las premisas o costumbres de los seguros comerciales, o bajo las normas del Derecho Comercial, ni tampoco que las cotizaciones o contribuciones parafiscales que captan las EPS y/o ARP (que no es prima de seguro comercial), y que pagan obligatoriamente los empleadores, empleados y contratistas, puede gastarse al libre arbitrio de las administradoras delegadas por el Estado, esto es a voluntad de sus ejecutivos.

Tampoco puede concluirse, de manera ligera y mañosa, que los dineros “...para la administración del sistema, son dineros que terminan haciendo parte del patrimonio de las aseguradoras...”, afirmación que hace carrera en la SFC, que omite y desvirtúa intencionadamente y premeditadamente el carácter de parafiscalidad de los recursos.

Otro de los elementos conceptualmente decantados es que en la modalidad de la administración de los recursos públicos parafiscales correspondientes al seguro social, **mientras no se ejecute el cierre del ejercicio fiscal correspondiente por parte de la EPS o de la ARP, sujeto a la plena**

normatividad legal, las cotizaciones que administran son y siguen siendo dineros públicos parafiscales, incluidas las reservas técnicas y, por supuesto, sus rendimientos, y se les aplica toda la normatividad sobre el gasto de los bienes públicos, entre ellos 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.

Por ello es que la afirmación que repite la SFC de que los dineros que capta la ARP "...para la administración del sistema, son dineros que terminan haciendo parte del patrimonio de las aseguradoras..." no es cierta. ***Es una afirmación absolutamente incorrecta y mentirosa.*** Lo que termina haciendo parte del patrimonio de la aseguradora es el resultado del ejercicio fiscal correspondiente, entendido éste bajo la categoría contable de "Utilidad", sea ella positiva o negativa. Así que ***es la "Utilidad" la que se integra al patrimonio de la EPS o de la ARP, al cierre del ejercicio fiscal, y no son los recursos parafiscales captados por ella los que entran a formar parte del patrimonio de la entidad administradora.*** Criterio que deben distinguir con transparencia los lectores de este artículo, para que no se tomen por ciertas afirmaciones engañosas provenientes de funcionarios que han pretendido que la opinión confunda "la gimnasia con la magnesia".

Tampoco tiene viabilidad conceptual, ni legal, algún argumento que pretenda aducir que como los recursos parafiscales son captados y administrados por una EPS o por una compañía aseguradora (pública o privada), su carácter de parafiscalidad desaparece y se transforman, desde su captación inicial, en recursos de la aseguradora, a causa de su receptación por una EPS o por una ARP, pasando a constituir parte integral del patrimonio general de la respectiva compañía, con lo que la obligación de obedecer la ley sobre el gasto de los recursos públicos desaparece, así como el deber de efectuar los debidos y apropiados registros contables y que por ello no pueden ser vigilados por todas las entidades de vigilancia y control del estado ni por las veedurías ciudadanas.

Ni tampoco cabe consideración a argumento que admita la omisión o reluctancia de la obligación de la SNS o de la SFC de inspeccionar, vigilar y controlar todos los recursos captados provenientes de las cotizaciones parafiscales, su destino y su correcta aplicación contable. O que el indebido comportamiento de sus representantes legales y sus corresponsables miembros de las Juntas Directivas no pueda ser examinado y sancionado por los organismos de vigilancia y control fiscal del Estado.

Con el propósito de dejar de manera definitiva señaladas como equívocas, dañinas, confusas y de oscuro interés algunas alegaciones que pretenden asimilar el “seguro social” con el “seguro comercial”, que además carecen de fundamentos conceptuales, se hayan lisiadas jurídicamente y, así mismo, facilitar que el lector pueda apreciar más claramente las distinciones que hacen imposible confundirlos, mezclarlos, fusionarlos o trastocarlos, me permito anexar, en un cuadro comparativo (a manera de ilustración), las más significativas diferencias constitucionales y legales, que distinguen y diferencian el seguro social en salud o en riesgos profesionales, de cualquier otro seguro de tipo comercial

<u>SEGURO SOCIAL EN SALUD O EN RIESGOS PROFESIONALES</u>	<u>SEGURO COMERCIAL COMUN</u>
Servicio público (C.P.C.) con características definidas Ley	Servicio comercial regulado por Ley (Cod. Com. y Cod. Civ.)
Recursos captados por EPS y ARP son patrimonio del Estado como bien público	Recursos captados por Aseguradoras son patrimonio de particulares
Suscripción obligatoria para empleadores, empleados y para trabajadores independientes (C.P.C.)	Suscripción opcional que depende de la voluntad de las partes entre la aseguradora y el tomador
Recursos parafiscales, con carácter de dineros públicos, con incardinación legal correspondiente al régimen del Derecho Público	Primas con carácter de recursos particulares, con incardinación legal correspondiente al Derecho Comercial
Las contribuciones parafiscales captadas por las EPS y las ARP son por su origen y destinación una prestación social del trabajador	Las primas recaudadas por las Aseguradoras son recursos privados y no son prestaciones sociales de los trabajadores
Media una relación laboral o un contrato de prestación de servicios para que opere el seguro social en el SGSSS o en el SGRP	No media ninguna relación laboral o contractual
Seguro social bajo la dirección, coordinación y control del Estado (C.P.C.)	Seguro comercial con vigilancia de reservas por el Estado (Cod.Com.)
Coberturas genéricas definidos por la Ley (POS y D.L. 1295 de 1994)	Coberturas específicas establecidas a voluntad de las partes (Cod.Com.)
Exclusiones y limitaciones definidas por Ley	Exclusiones y limitaciones pactadas entre las partes
Monto total y parciales de cotizaciones obligatorias definidas por Ley	Monto total de la prima definida entre las partes

Destinación específica de los recursos parafiscales, sujeta a los gastos que la Ley determina	Destinación de la prima captada según voluntad de los administradores de la Aseguradora
Los recursos captados por la EPS o por la ARP mantienen su carácter de parafiscalidad hasta el cierre del ejercicio fiscal, incluidas las reservas técnicas y sus rendimientos	Los recursos captados pasan a ser de libre disponibilidad de la aseguradora desde su captación inicial, con excepción de las reservas técnicas sujetas a vigilancia
Recursos captados y aplicación de los mismos sujetos al principio obligatorio de eficiencia (C.P.C.)	La eficiencia se determina por la opcional voluntad de los administradores
Los administradores particulares de los recursos públicos están sujetos a los principios de moralidad pública administrativa	Administradores de los recursos sujetos a los principios de la costumbre y el comercio
Administradores (públicos o privados) sujetos a los principios de obediencia y acatamiento a la ley sobre el gasto de “lo público”	Administradores sujetos a la Junta Directiva de la Compañía y a la presentación de resultados ante los accionistas de la aseguradora
Todos los recursos parafiscales sujetos a la inspección, vigilancia y control de los organismos del Estado	Sólo los recursos de las reservas técnicas que dan garantía pública están sujetos a la vigilancia de la SFC
Veedurías ciudadanas facultadas para ejercer vigilancia sobre todos los recursos parafiscales	Recursos de la aseguradora no están sujetos a las veedurías ciudadanas
Administradores con obligaciones de resultado frente a la protección y el cuidado de los recursos públicos parafiscales	Administradores con obligaciones de medio frente a los accionistas de la aseguradora
Obligación de información pública y transparencia frente al gasto de los recursos	Información sujeta a principios de reserva comercial, con excepción de los recursos que dan garantía pública
Obligación de los administradores de diferenciar en cuentas separadas los recursos propios patrimoniales de los recursos parafiscales	Cuentas separadas sólo para las reservas técnicas establecidas por norma
Exención de IVA sobre costos de producción de servicios para cubrimiento específico de los beneficios sistémicos en Salud y en Riesgos profesionales	Exención de IVA en pago de primas en adquisición de seguros de vida en los ramos de vida individual, colectivo, grupo, accidentes personales
Obligación de pagar IVA sobre los costos no sistémicos con cargo a los recursos propios patrimoniales	Obligación de pagar el IVA en las cuentas establecidas legalmente

Evidenciadas las sustanciales diferencias que particularizan el “seguro social” frente a cualquier “seguro comercial” (por accidente, invalidez o lesiones personales), se concluye que no es coherente confundirlos, ni pretender que el uno es el otro, o que las normas que son aplicables para el seguro comercial se pueden trasponer o traslapar automáticamente al “seguro social” de salud o de riesgos profesionales, por el hecho de que los aportes parafiscales son captados y administrados por una EPS o una ARP (privada o pública), con licencia otorgada por el Estado para la administración de los recursos públicos por particulares.

El descabezado funcionario de ACEMI, así se manifestaba en todos los auditorios, a pesar de los sesudos estudios que la prensa dice que hizo en una notable universidad del país y en otra del exterior. No diferenciaba las características específicas del “seguro social”, ni las funciones diferenciales de los particulares que administran recursos públicos parafiscales. Insistía, con innumerables argucias argumentales, que sus oyentes asumieron como igual y lo mismo el “aseguramiento social” que deben cumplir las EPS y las ARP, con el “aseguramiento comercial”, para que los administradores de las EPS y de las ARP pudieran utilizar a su libre voluntad y arbitrio los recursos aportados de buena fe por empleadores, empleados y contratistas de Colombia, para atender las necesidades de salud de los cotizantes y sus beneficiarios.

Perverso sueño que no pudo cumplir para sus empleadores.

Junio 20 de 2011