

Bogotá, agosto 20 de 2021

Señores

MAGISTRADOS

HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Calle 12 # 7 – 65 Correo electrónico: secretaria3@corteconstitucional.gov.co

Referencia: Demanda por inconstitucionalidad contra el artículo 203 (servicios de promoción y prevención) de la Ley 1.955 de 2.019, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad” (Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo de 2.019).

Demandante: Dr. Domingo de Jesús Banda Torregroza

Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo

D-0014345 – Fijado en Lista: Agosto 9/2021-Agosto 23/2021

Respetados Señores Magistrados,

De manera atenta, el infrascrito, Germán Fernández Cabrera, ciudadano colombiano, identificado mediante la c. c. No. 19.132.623, domiciliado en Bogotá en la Calle 100 No. 10-25 Apto 804, actuando en mi propio nombre, me permito presentar oficio de **COADYUVANCIA A LA DEMANDA CONTRA EL ARTICULO 203 DE LA LEY 1955 DE 2019**, presentada por el Demandante Abogado DOMINGO DE JESÚS BANDA TORREGOZA.

La Coadyuvancia que presento a consideración de la H.C.C. se sustenta en mi conocimiento y experiencia profesional de muchos años en el área de la Salud Ocupacional y los Riesgos Profesionales, ahora denominados Riesgos Laborales, y en el conocimiento que adquirí y apliqué en el ejercicio de la DIRECCIÓN TÉCNICA DE RIESGOS PROFESIONALES (HOY LABORALES) EN EL MINISTERIO DEL TRABAJO, que tenía como función propia la Rectoría del SGRL.

En ejercicio del alto cargo técnico, me correspondió emitir y firmar las instructivas CIRCULARES EXTERNAS # 003 del 4 de abril de 1999 y la # 004 de julio del mismo año, expedidas por la Dirección Técnica de Riesgos Profesionales del Ministerio del Trabajo, precisando y advirtiendo a las vigiladas ARP (hoy ARL) que no era legal disponer de los recursos con destinación constitucional específica del Sistema General de Riesgos Profesionales (hoy Laborales) para pagar comisiones a corredores de seguros contratados *de facto* por ellas. El análisis técnico y jurídico de tan señalado e importante asunto lo inicié con el Ministerio del Dr. Carlos Bula Camacho y se continuó con el Ministerio del Dr. Hernando Yepes Arcila. Circulares que dieron curso desde entonces a la sucesión de debates que aún nos ocupan.

Sin embargo, a pesar de todas las Sentencias que al respecto y desde hace tiempo han emanado las Altas Cortes, conceptos adicionales del H.C.E., de la Superintendencia Financiera de Colombia – SFC y del Ministerio del Trabajo y de Leyes emitidas por el Congreso de la República, se pretende continuar, ahora por medios engañosos, subrepticios y pretendidamente legales, con la práctica depredadora de los recursos que están destinados a atender a los trabajadores afectados por el accidente de trabajo y la enfermedad laboral - ATEL. Todo ello dio lugar a que, ya fuera del cargo en el Ministerio del Trabajo, se adelantara el Proceso 110013331011-2008-00135-01 por Acción Popular ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, presentada por el Accionante Dr. Domingo de Jesús Banda Torregroza, con pretensiones que se proponían restablecer el rumbo constitucional y legal de los recursos públicos, la aplicación contable apropiada y el restablecimiento y recuperación de las cuantías derrochadas, por parte de la Accionada SFC. En estos temas y aconteceres legales de reivindicación popular, explicados en la Demanda de Constitucionalidad referenciada, actué también como Coadyuvante, litis a la que se le han interpuesto múltiples obstáculos, los que mejor se podrían describir como un *síndrome obstructivo a la correcta destinación de los recursos del SGRL*, la que no ha sido fallada en definitiva, se encuentra en estado de latencia y no ha hecho tránsito a cosa juzgada.

A los efectos de esta Coadyuvancia y en mi condición de ciudadano, profesional experto e interesado en estos temas de la Seguridad Social Integral en general y de los Riesgos Laborales en particular, me propongo hacer algunas consideraciones ante los respetados señores Magistrados de la H.C.C.

ARTÍCULO DEMANDADO:

Se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 - Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad

Artículo 203. Servicios de promoción y prevención

Modifíquese el segundo inciso del parágrafo 5 del artículo 11 de la Ley 1562 de 2012, el cual quedará así: En caso de que se utilice algún intermediario las ARL podrán pagar las comisiones del ramo con cargo a las cotizaciones o primas, incluidas las de riesgos laborales, o con los rendimientos financieros de las inversiones de las reservas técnicas, siempre que hayan cumplido sus deberes propios derivados de la cobertura de las prestaciones del sistema, y los destine como parte de los gastos de administración. El Gobierno nacional, con base en estudios técnicos, determinará el valor máximo de estas comisiones.”
Colombia Art. 203 Se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad

¿Cuál es la modificación contenida en el señalado PND Art. 203, que origina el debate de inconstitucionalidad en consideración de la H.C.C.?

“LEY 1562 DE 2012 (Julio 11) - Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional. EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA:

“Artículo 11. Servicios de Promoción y Prevención.

“Parágrafo 5°. Reglamentado por el Decreto Nacional 1637 de 2013, “La labor de intermediación de seguros será voluntaria en el ramo de riesgos laborales, y estará reservada legalmente a los corredores de seguros, a las agencias y agentes de seguros, que acrediten su idoneidad profesional y la infraestructura humana y operativa requerida en cada categoría para el efecto, quienes se inscribirán ante el Ministerio de Trabajo. Quien actué en el rol de intermediación, ante el mismo empleador no podrá recibir remuneración adicional de la administradora de riesgos laborales, por la prestación de servicios asistenciales o preventivos de salud ocupacional.”

“En caso que se utilice algún intermediario, se deberá sufragar su remuneración con cargo a los recursos propios de la Administradora de Riesgos Laborales.” (Subrayas fuera de texto)

Norma con la que se pretendió limitar legalmente el campo de acción de los corredores externos de seguros que venían sufragando comisiones de comercialización pagadas con cargo a los recursos del SGRP (hoy SGR) y prestando de manera adicional servicios de Salud Ocupacional a las empresas que afiliaban al Sistema, ejerciendo de facto un oligopolio en conjunción con las ARL, afectando a los profesionales que prestaban servicios asistenciales o preventivos de Salud Ocupacional, quienes no fueron autorizados para prestar a su vez servicios de corretaje. Se señala que el D.L. 1295 de 1994 y numerosas Sentencias, Conceptos y Circulares ya habían establecido ante las ARL la ilicitud del procedimiento, todo lo que se encuentra documentado en el texto de la Demanda de Inconstitucionalidad que nos ocupa. Anotemos que previamente a la expedición de esta Ley ya se había presentado la Acción Popular que reclamaba la restitución del caudal dinerario pagado *contra legem*, con la que se pretendió dejar sin efecto las pretensiones de la Acción Popular y justificar las irregularidades evidentes cometidas hacia atrás, denunciadas oportunamente en la misma.

Al analizar la Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el citado Profesor Dr. Domingo de Jesús Banda Torregroza – Ex Rector de la Universidad Distrital de la Ciudad de Bogotá – se encuentran muy sólidos e irrefutables argumentos a los que no sería posible encontrarles contradictores objetivos y veraces. Por lo que al efecto de esta Coadyuvancia no insistiré en los temas ya suficientemente expuestos, y más bien me permitiré hacer algunas consideraciones sobre asuntos también sustanciales a los tratados en la demanda, a fin de complementarlos y para que sirvan como instrumento pedagógico para otros profesionales inmersos en el tema de la Seguridad Social, estudiantes y eventualmente jueces que no son suficientemente conocedores de las categorías que subyacen en el concepto jurídico de la administración ajustada a la Ley de los recursos que se manejan en la

parafiscalidad del Sistema Integral de la Seguridad Social – SISS. Y también para la ilustración y conocimiento de funcionarios o letrados contratados por los intencionados apropiadores de los recursos públicos parafiscales.

Sea de interés para los Magistrados de la H.C.C. y para el lector, conocer que adicionados los recursos que operan en los correspondientes cuatro (4) Subsistemas de la Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993) pueden alcanzar cifra proporcional mayor a la tercera parte de la suma que se maneja en el Presupuesto General Anual de la Nación, recursos parafiscales que por su naturaleza no se integran en él. Lo que provoca todo tipo de apetitos y gestiones de personajes y entidades que actúan de manera legal e ilegal, pública o subrepticamente para lograr su apropiación.

No en pocas ocasiones, quienes seguimos atentamente el tema y comprendemos el manejo que se le da a los recursos públicos de la Seguridad Social, nos sentimos inmersos en la cueva de Alí Babá.

ARTÍCULO 203 DE LA LEY 1955 DE 2019 QUE MODIFICA, DE FACTO, ARTICULO 48 DE LA C.P.C.

La primera acotación y glosa que corresponde a la citada norma es que no se puede inferir de la misma que se integre armónica y constitucionalmente a un Plan Nacional de Desarrollo cuya característica principal es su acatamiento a la Carta Política y que no debe vulnerar sus normas ni su espíritu legal. Es así que este Artículo 203 de la Ley 1955 de 2019, más bien consigne de manera irregular la modificación de la norma constitucional y modifique de manera subrogada otros artículos de otras leyes que si tienen carácter de permanencia y respetan la normatividad constitucional.

Es así que reza: “*Modifíquese el segundo inciso del parágrafo 5 del artículo 11 de la Ley 1562 de 2012, el cual quedará así: (...)” Ya citado.* Por lo que en primera instancia se puede colegir que el tal artículo no pretende propósito diferente que el de modificar la destinación específica de los recursos públicos de la Seguridad Social en el SGRL y más bien, subrepticamente, se propone modificar de la C.P.C. Art. 48 y sus fundamentos categóricos. Más bien parece un añadido con estructura gramatical confusa, elaborado artificiosamente, con intensión de transgredir normas fundamentales, jerárquicamente superiores, vigentes y fundamentales.

La Ley establece que el PND, en sus disposiciones normativas, usualmente se integran a la legislación ordinaria y, por lo mismo, sus disposiciones pueden tener vigencia más allá del período cuatrienal de los planes de desarrollo, en la medida que contienen mandatos de duración indefinida o para ser aplicadas en el mediano y largo plazo. De esta forma, la inclusión de normas jurídicas instrumentales dentro del PND, inclusive con efectos permanentes en el ordenamiento jurídico, más allá del período de Gobierno, es una posibilidad

cuya viabilidad está ampliamente respaldada por la jurisprudencia, y dado que tiene la posibilidad de contener normas jurídicas de rango legal, se debe asumir la vocación de permanencia que a ellas acompaña.

Pero ninguna norma nueva contenida en el PND, ni aquellas que modifican a otras normas vigentes, pueden ser transgresoras de la norma superior contenida en la C.P.C., como en el caso que nos ocupa del Artículo 203 de la Ley 1955 de 2019, como ha sido ampliamente explicado en la Demanda de Inconstitucionalidad presentada, adicionada con la presente Coadyuvancia.

A fin de señalar con meridiana precisión el carácter parafiscal de los recursos que se captan y se manejan en todo el SISS, y como parte del todo, en el SGRL, me permito citar algunos autores, de reconocida trayectoria académica y profesional, para que no quede duda o resquicio conceptual al respecto de su naturaleza y características distintivas.

LA PARAFISCALIDAD EN EL ORDEN JURÍDICO COLOMBIANO

Para referirnos al tema de la financiación del SGSS, en general, y al de la financiación del SGRP, en particular, es necesario hacer consideración extensa y especial al concepto jurídico de “*parafiscalidad*”, materia a ser tratada dentro de los conceptos de Hacienda Pública, que se perfila como elemento de capital importancia en la estructura conceptual y financiera del Sistema General de Seguridad Social en Colombia.

Así también es necesario considerar la “*destinación específica*” que la Constitución Nacional da a los recursos que se captan y se administran bajo tal noción de parafiscalidad, lo que se convierte en asunto temático medular en cualquier análisis sobre la utilización de los recursos que se captan y se administran bajo tal concepto.

La C. P. C. de 1991 utiliza, en las instancias en las que se refiere a ellas, la denominación de “*contribuciones parafiscales*”. Y son variadas las intervenciones de tratadistas y las Sentencias de las Altas Cortes al respecto del tema.

Etimológicamente el término “parafiscalidad” proviene de la raíz griega *para*, que supone algo paralelo, al lado o al margen de la actividad fiscal propiamente estatal.

En la Sentencia de Constitucionalidad C-824 - 31 de Agosto de 2004 - se define la contribución parafiscal así:

“Las contribuciones parafiscales han sido definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado grupo y se utilizan en beneficio de ese mismo sector. Se trata de una forma de intervención del Estado en la economía destinada

a extraer ciertos recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional. Es su afectación dirigida a un propósito específico la característica fundamental de estos recursos.”

A su vez, el profesor colombiano **Dr. Helio Fabio Ramírez**, se refiere al tema en su tratado sobre Finanzas Públicas, de quien acogemos algunas citas:

“(….)

“B. CONTRIBUCIONES PARAFISCALES

“El artículo 338 de la Carta Política de 1991 introdujo en los ordenamientos legales -con rango constitucional- las llamadas contribuciones parafiscales, lo mismo que las contribuciones fiscales, las cuales deben ser claramente definidas en todos sus hechos constitucionales por los cuerpos de representación popular, los únicos autorizados para imponerlas.

“El artículo 2° de la Ley 225 de 1995 define de la siguiente manera las contribuciones parafiscales: ‘Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector.

“El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

“Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.

“Difieren de los impuestos en que no ingresan a las arcas comunes del Estado. Las contribuciones parafiscales se crean para alimentar y nutrir a una entidad específica; por ejemplo, el seguro social. Las contribuciones obligatorias para la seguridad social se consideran casos de parafiscalidad.

“Con la elevación a rango constitucional, a partir de la reforma constitucional de 1991, del concepto de “parafiscalidad”, se ha abierto un nuevo e interesante capítulo de la hacienda pública colombiana.

“Veamos algunos elementos de juicio para responder a los variados interrogantes que el desarrollo de la nueva figura de la parafiscalidad plantea de ahora en adelante.

1. ORIGEN PRECONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO

“El concepto de la parafiscalidad no nació a la vida jurídica colombiana con la Constitución del año de 1991. Algunos expertos en materia de Hacienda Pública - de manera muy especial “Alfonso Palacio Rudas - comenzaron desde los años setenta a divulgar en nuestro medio la existencia de esta figura hacendística desarrollada en Francia a partir de la segunda posguerra.

“En países como Francia el desarrollo de las contribuciones parafiscales está asociado a la ampliación de la cobertura de la seguridad social y a las contribuciones obligatorias que este fenómeno comenzó a demandar de manera creciente.

“Pero desde luego no fue sólo el crecimiento de la seguridad social lo que hizo posible la conceptualización doctrinal de la figura de la parafiscalidad, sino también el surgimiento de nuevas formas de intervención estatal en la vida económica, en las que el Estado buscaba propiciar la prestación de bienes meritorios a grupos delimitados de la sociedad por parte de agremiaciones privadas, para lo cual dotaba a estas entidades de poder para recaudar entre sus afiliados contribuciones obligatorias destinadas a ser invertidas con exclusividad entre los mismos afiliados, en fines meritorios y con altas externalidades positivas para toda la sociedad.

“Gracias a la divulgación del concepto realizada en nuestro medio, la noción de “parafiscalidad” empezó a ser gradualmente recibida por la jurisprudencia del país con mucha antelación a su incorporación formal como categoría constitucional en 1991. Fue así, por ejemplo, como en sentencia de noviembre 10 de 1977 dijo la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a las contribuciones cafeteras: “*Si en el caso que ahora se estudia existen las leyes creadoras de los tributos que se causan para el servicio de la industria cafetera, el supuesto constitucional básico para su percepción se ha cumplido; si a ello se agrega que las propias leyes a que se hace referencia disponen que la Federación perciba, reciba e invierta directamente el producto de estos tributos, en el fin indicado, mediante contratos celebrados con el Gobierno, se tiene ya un sistema especial de percepción o recaudación no objetable, y un destino claro preestablecido que hace parte de la tarea oficial*”.

“Pero aún no eran claras las consecuencias prácticas que el concepto tenía.

“La doctrina y la jurisprudencia eran aún en ese entonces bastante sumarias, y por tanto no se tenía una concepción cabal del alcance del concepto de la parafiscalidad. El país hubiera podido continuar así, es decir, no consagrar la figura como una categoría constitucional, y dejar que gradualmente la doctrina y la jurisprudencia fueran delimitando el alcance del concepto. Esta, por lo demás, ha sido la vía escogida por países como Francia. Con anterioridad a 1991 ya existían en Colombia

varias contribuciones parafiscales, creadas por la ley, y con destinación específica en beneficio de un sector especial de la población. De manera que perfectamente se hubiera podido escoger la vía de dejar evolucionar en forma gradual el concepto. Sin embargo, el constituyente de 1991 resolvió elevar a canon constitucional la noción de parafiscalidad, con lo cual su análisis ha adquirido especial actualidad en el derecho público del país.

2. EL MARCO CONSTITUCIONAL

“Tres son las alusiones constitucionales al concepto de la parafiscalidad:

“1°. **El artículo 150.12**, que define como una de las funciones del Congreso: “*establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley*” 2°. **El artículo 179.3**, que señala como una inhabilidad para ser elegido congresista la de haber sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección; y por último, 3°. **El artículo 338**, que precisa que en tiempo de paz solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales.¹

“El constituyente Palacio Rudas sustentó la conveniencia de incorporar como norma constitucional la parafiscalidad, entre otras, por las siguientes razones:

¹ Pie de página fuera del texto citado

De conformidad con el numeral 12 del Artículo 150 de la Constitución Política, “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.”

En concordancia con lo anterior, el Artículo 338 de la Carta, consagra, “En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.”

A su vez, el numeral 3 del Artículo 179. “No podrán ser congresistas: 3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.”

De esta forma la Constitución de 1991 incorporó formalmente la figura de la parafiscalidad reconocida en la teoría de la hacienda pública, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, al lado de las contribuciones fiscales.

“Constituiría un positivo avance en nuestra legislación hacendística introducir el concepto de la parafiscalidad. Ciertamente aunque de tiempo atrás se han establecido en Colombia cuotas o tasas parafiscales, nunca se incorporó el vocablo al articulado de los estatutos que las rigen ni a las exposiciones y ponencias que impulsan el proceso legislativo (ejemplos claros son la retención cafetera, las cuotas para los seguros sociales, las cuotas de fomento arrocero, etc.).

“La parafiscalidad y lo novedoso del concepto, es decir, su carácter de imposición social y económica radican en la necesidad de hacer participar en ciertas funciones a los organismos a los cuales son confiadas esas funciones, a los miembros que poseen intereses comunes económicos, morales y espirituales, excluyendo otros miembros de la sociedad política general, para quienes el peso de la tributación tradicional sería insostenible. Dado lo anterior, la imposición parafiscal exhibe una imagen de la originalidad que no se involucra con la del impuesto ni con la de la tasa”.

“Una vez que el concepto de la “parafiscalidad” fue consagrado en la Carta Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional empezó a enriquecer y a precisar sus perfiles con un grupo de fallos de inmensa importancia jurisprudencial, en especial el último de ellos. De acuerdo con estos fallos podemos decir que dentro de la tipología hacendística existen tres categorías bien delimitadas: los impuestos, las tasas y las contribuciones parafiscales.

“Cada una tiene sus rasgos jurídicos propios que no es dable confundir. La Corte, en la sentencia de la cual fue ponente Ciro Angarita Barón, dice lo siguiente:

“A diferencia de las tasas, las contribuciones parafiscales son obligatorias y no confieren al ciudadano el derecho a exigir del Estado la prestación de un servicio o la transferencia de un bien. Se diferencian de los impuestos en la medida en que carecen de la generalidad propia de este tipo de gravámenes, tanto en materia de sujeto pasivo del tributo, cuanto en que tienen una especial afectación y no se destinan a las arcas generales del tesoro público”.

3. ¿DEBEN FIGURAR LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES EN EL PRESUPUESTO NACIONAL?

“En virtud del principio hacendístico de la universalidad presupuestal nada impide, y por el contrario es conveniente, que las contribuciones parafiscales —al menos como partidas globales—, figuren en el presupuesto nacional. Esto asegura que el presupuesto ofrezca una visión de conjunto de lo que será la gestión financiera tanto del Estado propiamente dicho como de aquellas entidades públicas o privadas a las que la ley les ha otorgado el privilegio de recaudar obligatoriamente entre sus afiliados, o entre una franja determinada de la sociedad, ciertas

contribuciones a fin de que sean invertidas de manera exclusiva en actividades que, teniendo externalidades positivas para toda la sociedad (seguridad social, investigación agrícola, formación profesional, por ejemplo), benefician en primera instancia y de manera exclusiva a las mismas franjas sociales que aportan dichas contribuciones.

(...)

“Estos recursos, desde luego, deben estar sometidos al control fiscal pues su carácter de parafiscales no les releva su condición de recursos recaudados por el ministerio de una autorización legal con el propósito de financiar total o parcialmente una actividad que el Estado ha juzgado meritoria.

Hasta aquí el texto esclarecedor del Dr. Helio Fabio Ramírez.

A partir de la consagración constitucional del concepto de parafiscalidad en la Constitución Política de 1991, la H.C.C. ha señalado, entre las características esenciales de los ingresos parafiscales, las siguientes:

- a) Son de carácter excepcional de conformidad con la disposición Constitucional (Art. 152 núm. 12).
- b) Son obligatorias, en tanto son fruto de la soberanía fiscal.
- c) Son específicas y singulares: en cuanto al sujeto pasivo del tributo, recae sobre un específico grupo de la sociedad.
- d) No confieren al ciudadano el derecho a exigir del estado la prestación de un servicio o la transferencia de un bien determinado.
- e) Los recursos no ingresan al arca común del Estado y se convierten en *“patrimonio de afectación”*, en cuanto su destinación es sectorial y se revierte en beneficio del sector (Corte Constitucional C-536/94).
- f) Que la administración puede realizarse a través de entes privados o públicos.

Desde su consagración como categoría constitucional, la H.C.C. ha enriquecido el contenido del concepto de parafiscalidad con diferentes y numerosas Sentencias.

Veamos algunas:

- En la Sentencia C-490 de 1993, “Para sistematizar, la Corte observa que los recursos parafiscales tienen tres elementos materiales, a saber:

- 1) **Obligatoriedad:** el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, por tanto el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento.
- 2) **Singularidad:** en oposición al impuesto, el recurso parafiscal tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico.
- 3) **Destinación Sectorial:** los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores.

- En la Sentencia C-040 de 1993, la H.C.C. señala que los recursos parafiscales tienen origen en Francia y que en Colombia el ordenamiento jurídico también regula la parafiscalidad. Esa previsión normativa se elevó a rango constitucional en la Carta de 1991 con lo dispuesto en los Art. 150 núm. 12, 179 núm. 3, y el 338.

- En Sentencia C-490 de 1993, ya citada, la H. C. C. al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley 51 de 1966 hizo un recuento de los antecedentes de la noción de parafiscalidad en Colombia y sus características frente a las figuras del impuesto y de la tasa, providencia a la cual pertenecen los siguientes apartes:

“Los recursos parafiscales fueron introducidos en Colombia en el año de 1928 al crearse la contribución cafetera. Dichos recursos han sido ya objeto de tres pronunciamientos unánimes de la Corte Constitucional, a propósito del fondo panelero, de las cajas de compensación familiar y del fondo nacional del café, los cuales fueron declarados constitucionales, tal y como se analiza a continuación.”

“En efecto, en una ocasión la Corporación afirmó que estos recursos surgen en Francia -a mediados del presente siglo- cuando el entonces ministro Robert Schuman calificó como parafiscales algunos de los ingresos públicos que, a pesar de ser fruto de la soberanía fiscal del Estado, contaban con ciertas y determinadas características que los diferenciaban claramente de otro tipo de ingresos. Los recursos parafiscales eran aquellos cobrados a una parte de la población, destinados específicamente a cubrir intereses del grupo gravado, que no engrosaban el monto global del presupuesto nacional. Posteriormente la teoría de la hacienda pública ha desarrollado profílicamente este concepto y aunque las definiciones no son ciertamente unívocas, existe en todas ellas un denominador común: se trata de una técnica de intervención del Estado en la economía,

destinada a extraer ciertos recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional.

“En suma, una característica esencial de los recursos parafiscales es su especial afectación. La doctrina ha coincidido también en diferenciar claramente a las contribuciones parafiscales de categorías clásicas tales como: los impuestos y las tasas. A diferencia de las tasas, las contribuciones parafiscales son obligatorias y no confieren al ciudadano el derecho a exigir del Estado la prestación de un servicio o la transferencia de un bien. Se diferencian de los impuestos en la medida en que carecen de la generalidad propia de este tipo de gravámenes, tanto en materia de sujeto pasivo del tributo, cuanto que tienen una especial afectación y no se destinan a las arcas generales del tesoro público. La doctrina suele señalar que las contribuciones parafiscales se encuentran a medio camino entre las tasas y los impuestos, dado que de una parte son fruto de la soberanía fiscal del Estado, son obligatorias, no guardan relación directa ni inmediata con el beneficio otorgado al contribuyente. Pero, de otro lado, se cobran solo a un gremio o colectividad específica y se destinan a cubrir las necesidades o intereses de dicho gremio o comunidad.”²

- La H.C.C. en sentencia C-152 de 1997, adelantando una interpretación sistemática de la Carta Política, del Estatuto Orgánico de Presupuesto y de la jurisprudencia constitucional, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía, determinó los elementos inherentes a las contribuciones parafiscales, enfatizando el carácter excepcional de las mismas:

“1a. Son obligatorias, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado;

“2a. Graván únicamente un grupo, gremio o sector económico;

“3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa;

“4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa;

“5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o "por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación,

² Corte Constitucional. Sentencia C-040 del 11 de febrero de 1993. Magistrado Ponente: *Ciro Angarita Barón*. Págs. 18 a 19).

como lo prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto;

“6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, corresponde a la Contraloría General de la República, por mandato expreso del artículo 267 de la Constitución, inciso primero;

“7a. Son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer "excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley".

(Subrayas fuera de texto).

- La Sentencia C-179 de 1997 de la H.C.C, en relación con el concepto de recursos parafiscales, y refiriéndose a los recursos con destino al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, manifestó:

“Tenía soporte, entonces, en el régimen anterior este tipo de contribuciones y bajo el imperio de la Carta de 1991, no cabe duda acerca de que los fondos de pensiones, los organismos oficiales que tienen como función el reconocimiento y pago de pensiones y las E.P.S., públicas y privadas, que reciben cuotas de las empresas y de los trabajadores, administran recursos parafiscales. Por lo tanto, en ningún caso, esos fondos pueden ser afectados a fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico y su manejo debe realizarse teniendo en cuenta la especificidad de su función.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

- De la Sentencia C-183 de 1997 de la H. C. C. se desprende:

En primer lugar, los recursos provenientes de contribuciones parafiscales no son rentas que se hallen incorporadas en el Presupuesto General de la Nación. En segundo lugar, por disposición legal los recursos provenientes de contribuciones parafiscales tienen una destinación específica determinada en la misma ley. Y, en tercer lugar, las cotizaciones que recauden las administradoras de esos recursos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social y no a la entidad que los administra.

- En la Sentencia SU-480 de 1997, se expresó sobre la naturaleza parafiscal de los fondos destinados a la seguridad social:

“ (...) . Por lo tanto, en ningún caso, esos fondos pueden ser afectados a fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico y su manejo debe realizarse teniendo en cuenta la especificidad de su función.”

- En sentencia C-543 de 2001, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, a propósito del examen de una demanda de inconstitucionalidad, reiteró su jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de la contribución cafetera, (parafiscal) en los siguientes términos:

“Ya se ha expresado que los recursos a que se refieren las disposiciones en mención, emanan de la llamada la soberanía fiscal del Estado, tienen el carácter de rentas tributarias, se recaudan dentro de un determinado sector y se afectan en su destinación al mismo sector. Se trata como lo ha señalado reiteradamente la Corte de contribuciones parafiscales que por sus características solo pueden ser destinadas a las finalidades de interés público previstas en la ley que las crea o establece. La circunstancia de que se atribuya a una determinada entidad pública o aún por una institución de carácter privado no modifica esa condición. Así mismo, la calidad de recursos públicos de los derivados del ejercicio de la soberanía tributaria tampoco se afecta por la circunstancia de que la gestión de los mismos se encomiende a una organización de origen y carácter privado. (Subrayas fuera de texto)

- La misma Corporación, ya con anterioridad a los fallos citados, sostuvo en la Sentencia C-449 de 1992 que los recursos parafiscales

“ (...) son extraídos en forma obligatoria de un sector económico para ser invertidos en el propio sector con exclusión del resto de la sociedad”.

- En la Sentencia C-840 de 2003 la Alta Corporación constitucional establece:

“De esta suerte, en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la parafiscalidad constituye un instrumento para la generación de ingresos públicos, caracterizado como una forma de gravamen que se maneja por fuera del presupuesto - aunque en ocasiones se registre en él- afecto a una destinación especial de carácter económico, gremial o de previsión social, en beneficio del propio grupo gravado, bajo la administración, según razones de conveniencia legal, de un organismo autónomo, oficial o privado. No es con todo, un ingreso de la Nación y ello explica porque no se incorpora al presupuesto nacional, pero no por eso deja de ser producto de la soberanía fiscal, de manera que sólo el Estado a través de los mecanismos constitucionalmente diseñados con tal fin (la ley, las

ordenanzas y los acuerdos) puede imponer esta clase de contribuciones como ocurre también con los impuestos. Por su origen, como se deduce de lo expresado, las contribuciones parafiscales son de la misma estirpe de los impuestos o contribuciones fiscales, y su diferencia reside entonces en el pre condicionamiento de su destinación, en los beneficiarios potenciales y en la determinación de los sujetos gravados.

- En la Sentencia C-1040 de 2003, la misma H.C.C. estableció:

“3. Dado su carácter parafiscal, los recursos de la seguridad social en salud tienen destinación específica, esto es, no pueden ser empleados para fines diferentes a la seguridad social. Así lo establece expresamente el artículo 48 de la Carta Política al disponer que “No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”. Sobre el alcance de esta cláusula constitucional la jurisprudencia constitucional ha dicho:

(Citando la Sentencia T-481/00; M.P. José Gregorio Hernández):

“Se trata de una norma fundamental de indudable carácter imperativo y absoluto respecto del cual no se contemplan excepciones, ni se permite supeditar su cumplimiento —de aplicación inmediata— a previsiones o restricciones de jerarquía legal. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

“Por tanto, la calidad superior y prevalente del mandato constitucional desplaza toda norma inferior que pueda desvirtuar sus alcances, y, si alguien llegase a invocar con tal objeto las disposiciones de la ley en materia de liquidación forzosa de las instituciones financieras, deben ser ellas inaplicadas, para, en su lugar, hacer que valga el enunciado precepto de la Constitución, según lo dispone el 4 Ibídem, en virtud de la inocultable incompatibilidad existente.”

(...)

“Sobre el carácter absoluto de la citada prohibición la Corte ha señalado que la prohibición contenida en el artículo 48 Superior no puede ser desconocida “ni aun en aras de la reactivación económica”, (...).”

Así tenemos que los referidos recursos provenientes de las contribuciones parafiscales son indispensables para el funcionamiento del Sistema Integral de Seguridad Social - SISS, del cual hace parte integral el Sistema General de Riesgos Laborales – SGRL, y en esta medida están todos articulados para la consecución del fin propuesto por el Constituyente como es el de garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a los beneficios de la Seguridad Social.

Por ello es que en la aplicación específica del concepto de parafiscalidad en atención al servicio público de la seguridad social en general, la ley determinó un flujo constante de recursos con destinación específica que permitiera la atención adecuada y oportuna del conjunto de las prestaciones correspondientes a los beneficiarios de la seguridad social.

Los desarrollos legales con respecto a la parafiscalidad no se detienen en el articulado constitucional. El proceso normatizador se profundiza con posterioridad, con el Art. 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, modificado parcialmente por el Decreto 111 de 1996, donde se determina que:

“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella. lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.” (Subrayas fuera de texto).

Merece resaltarse del texto legal citado, que quien administra o maneja estos recursos parafiscales no puede apropiarlos para sí, ni tampoco los rendimientos, ni los excedentes financieros que resulten de la administración de estos recursos al cierre del ejercicio contable. Mucho menos puede involucrar en su patrimonio los recursos parafiscales de los cuales es “mero administrador”, ni es permitido manejarlos o gastarlos al arbitrio o voluntad de los directivos ejecutivos de las entidades particulares que los captan y administran, ni pueden ser derivados para el usufructo o el enriquecimiento privado de los particulares que los administran, ni de sus agentes comerciales.

Es así que, como ha sido reiteradamente expresado por los Magistrados de la H.C.C. en las Sentencias citadas, la destinación específica “*Se trata de una norma fundamental de indudable carácter imperativo y absoluto respecto del cual no se contemplan excepciones*”. Y en el mismo sentido concordante con la Constitución y la Ley, los jueces de ninguna instancia o jerarquía carecen de la potestad para definir que a la totalidad o a una particular porción o proporción de unos recursos públicos parafiscales con destinación específica no se les aplica la normatividad general sobre los “recursos de afectación” y/o la destinación específica de los recursos públicos parafiscales, especulación teórica torcicera, conocida de vieja data, apropiadora vergonzante de los recursos públicos, ahora convertida en el torcido y marrullero Art 203 de la Ley 1955 de 2019 - PND, que pretenden aplicar para apropiarse indebidamente de las contribuciones parafiscales del SGRL, intención que no puede tener aforo ni puede adquirir patente de corso en el cuerpo constitucional y legal colombiano.

LA PARAFISCALIDAD EN EL SGRL

La C.P.C. establece que

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.³

Por lo que la normatividad derivada en relación con la parafiscalidad en cada uno de los componentes que conforman el SGSS o SISS se sustenta sobre estos principios de origen constitucional. Así, las premisas axiológicas fundamentales que le dan sustento legal y jurídico al Sistema General de Seguridad Social – SGSS – son el eje conceptual e interpretativo del tema e impregnan el conjunto normativo del Sistema General de Riesgos Laborales – SGRL.

Al referirnos de manera específica al SGRL, nos preguntamos: ¿De dónde provienen los recursos que le dan sustento financiero al SGRL?

Proviene básicamente de las contribuciones parafiscales aportadas por todos los empleadores por intermedio de sus empresas y de los afiliados contratistas independientes. El monto es establecido por el Estado en ejercicio de su potestad impositiva. Dichas cotizaciones deben ser pagadas de manera obligatoria por todas las empresas o personas que contratan trabajadores, así como por los trabajadores contratistas independientes.⁴ El propósito de las contribuciones parafiscales en este Subsistema de la Seguridad Social es el de atender con destinación específica las contingencias y necesidades que genera el ATEL en los trabajadores afectados, claramente definidas por las Leyes.

Para el caso específico de las contribuciones parafiscales en el SGRL, las entidades que captan, cobran, administran y usufructúan esos recursos públicos parafiscales, como ramo de las compañías aseguradoras de vida, son las Administradoras de Riesgos Profesionales – ARP (hoy ARL). Y en ese sentido claro y taxativo determinado por el incorporado constitucional y normativo es que deben actuar las entidades que aceptan el encargo de la sociedad para administrar esos recursos parafiscales, los cuales se constituyen, como ya lo explicamos, en patrimonio de afectación. De esta conceptualización constitucional, legal y jurisprudencial se deriva la obligación de darle destinación específica a los recursos públicos parafiscales correspondientes al SGRL por parte de las ARL.

Es así que bajo todas las previsiones del Constituyente de 1991, expresadas en los cánones constitucionales, Art. 150 (Ord. 12)⁵, Art. 338 (Inc.1)⁶, Art. 48

³ C.P.C. Art. 4

⁴ Adicionado con la Ley 1562 de 2012. Véase Nota al pie de página No. 10

⁵ C.P.C. Art. 150 Ord. 12. “Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.”

(Inc. 5) ⁷, para todos los efectos jurídicos, la cotización o aporte al SGRL es una contribución parafiscal, con destinación específica, que viene a integrar el patrimonio del Estado, como bien público.

Ahora bien, el Inc. 3° del Art. 48 de la 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, de manera que los recursos de la seguridad social que administran instituciones particulares no se pueden utilizar ni destinar para fines diferentes a los de las necesidades sistémicas.

- La H.C.C., con respecto al mismo concepto, 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.

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 Art. 108 del Estatuto Tributario, da a las mencionadas contribuciones o cotizaciones, la denominación expresa de *“aportes parafiscales”*. ⁸

Y en razón a su naturaleza jurídica, los recursos del SGRL (las contribuciones parafiscales, las reservas técnicas especiales y sus rendimientos) son también bienes constitutivos de patrimonio público, destinados a la prestación del servicio público en Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional - ATEL.

⁶ C.P.C. Art. 338 Inc. 1. “En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.”

⁷ C.P.C. Art. 48 Inc. 5 “No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.”

⁸ Estatuto Tributario Art. 108 “Los aportes parafiscales son requisito para la deducción de salarios.”

Adicionalmente, estos recursos por su naturaleza pública y parafiscal, tienen el carácter de imprescriptibles, esto es que no caducan, ni los derechos vinculados a ellos prescriben. Así es que el mero transcurso del tiempo no puede extinguir las acciones encaminadas a que se produzca una declaración judicial sobre la propiedad de los mismos, por lo que no pueden convertirse en bienes de uso particular de quienes los detentan o los hayan utilizado. En otras palabras, de aceptarse hipotéticamente alguna tesis sobre la caducidad de estos recursos, los bienes de uso público podrían convertirse en patrimonio particular de quienes los detentan por espacio de diez (10) o veinte (20) años. Lo que definitivamente no aplica para los recursos públicos parafiscales. Así es que las acciones recuperadoras de los recursos desviados a fines diferentes a los legales cabrían en todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar.⁹ (Subrayas fuera de texto).

Precisamente por ello el legislador quiso puntualizar, y en la Ley 446 de 1998 en su Art. 44, que reformó el Art. 136 del Código Contencioso Administrativo - C.C.A. - en su Parágrafo 1, estatuyó que cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inajenables, la acción no caducará.¹⁰ (Subrayas fuera de texto).

Otra columna conceptual en el SGRL es que 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. Ya señalamos anteriormente que así lo establece el Art. 48 de la C.P.C.¹¹

Por lo tanto, el seguro social de riesgos profesionales no se puede categorizar como un seguro comercial, 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 también se pactan voluntariamente la prima que paga el asegurado y su forma de pago.

No ocurre así en el seguro social de riesgos profesionales, cuya naturaleza constitucional y legal lo funda como servicio público, con carácter de obligatoriedad, con coberturas uniformes determinadas por el Estado, definición legal del monto de los aportes parafiscales, aplicación constitucional con destinación específica de estas contribuciones parafiscales y aplicación de los principios de la *eficiencia* en su utilización y apego a los principios de la moralidad pública por parte de los administradores, sean éstos públicos o privados.

⁹ Código Civil. Art. 674. Bienes de la unión o del estado, de uso público y bienes fiscales. Art. 2519 Bienes de uso público: "los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso."

¹⁰ Ley 446 de 1998, Art. 44, Par. 10. "Cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inajenables la acción no caducará."

¹¹ "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 establece la Ley."

En consecuencia, en las consideraciones sobre la destinación de estos recursos y sobre las normas que les incumben frente a su gasto, cabe aplicarles el régimen administrativo correspondiente a los bienes públicos, y no corresponde, por lo tanto, aplicación diferente de esos recursos que aquella que la Ley determina y permite. 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 ARL, las que tienen el carácter de “meros administradores”, con licencia precaria otorgada por el Estado – (por eso su actuar comercial las determina legalmente como Administradoras de Riesgos Laborales - ARL, ramo de las compañías aseguradoras de vida, empresas comerciales con fines de lucro), que asumen el cumplimiento, la guarda y el cuidado de esos recursos parafiscales (similar a un especial encargo fiduciario), cuya función social ha sido determinada por la Constitución y la Ley con destinación definida.

Así tenemos que las ARL no son entidades de seguridad social. Las ARL son personas jurídicas de derecho privado, con categorización de comerciantes, con ánimo de lucro, que operan como un ramo específico de las Compañías Aseguradoras de Vida, especialmente constituido para administrar las contribuciones parafiscales (que no son primas de seguros comerciales), provenientes de las contribuciones parafiscales a Riesgos Laborales y, como tales, están sujetas al régimen específico y particular de los seguros sociales. Para el efecto de actuar en el SGRL han obtenido autorización transitoria del Estado, por intermedio de la Superintendencia Financiera de Colombia - SFC, para explotar comercialmente el ramo de seguros sociales en materia de cobertura y amparo para ATEL.

Con respecto a estos administradores particulares de esos recursos públicos, así sean empresas de derecho privado, les corresponde la obediencia, el respeto y el acatamiento de los principios constitucionales y legales, de manera que se garantice la protección de los recursos públicos que administran, el resguardo y su vigilancia, lo que implica para ellos obligaciones de resultado en el proceso gerencial y administrativo. Además, es bien conocido que la administración de recursos públicos por particulares presupone principios imperativos e insoslayables de tipo ético, moral y la aplicación plena del principio de moral administrativa, así como la obligación de efectuar registros contables ciertos y técnicamente aplicados.

Por supuesto que el proceso administrativo ínsito en el manejo de los recursos públicos parafiscales, en este caso asumido por particulares, implica un metódico y celoso gasto, ajustado a la Constitución y a las Leyes, así como el técnico registro contable, de manera que se refleje la autonomía de los recursos públicos y su gasto, plenamente diferenciado de los recursos propios patrimoniales de la ARL. De la misma manera corresponde registrar los egresos que corresponden a los unos y a los otros. Y a esos procesos de inspección, vigilancia y control de los recursos parafiscales y a su celoso cuidado, deben estar aplicados los funcionarios de los organismos de

vigilancia y control – SFC y CGR - que el estado ha establecido para ello, sin omisión, complacencia, tardanza o reluctancia.

De manera que no puede considerarse, bajo ninguna proposición armónica con la Constitución y la Ley, que la aplicación del gasto en el seguro social de riesgos profesionales se circunscriba bajo las premisas o costumbres aplicadas en los seguros comerciales, o que se incardinan bajo las normas del Código de Comercio. Tampoco puede considerarse que la cotización o contribución parafiscal que captan las ARL es una prima de seguros comerciales para cubrir accidente, discapacidad o enfermedad, ni es una transacción a voluntad de los contratantes, como si fuera un seguro comercial común, ni puede gastarse al libre arbitrio de las administradoras delegadas por el Estado, esto es *ad libitum* de los ejecutivos de las ARL.

Desde el punto de vista económico, por ser recursos parafiscales, con incuestionable carácter de dineros públicos, la incardinación legal corresponde al régimen del Derecho Público Administrativo y a la aplicación plena de la normatividad al conjunto de los recursos (que no es parcial, o delimitada, o restringida, o parcelada como pretenden equívocamente algunos jueces¹²). Por lo que tampoco puede considerarse que esos recursos públicos entren a formar parte del patrimonio de las aseguradoras desde su captación inicial, ni tampoco pueden tratarse como parte de sus “Activos” contables, ni de sus “Ingresos corrientes”, ni que esos mismos recursos puedan ser de libre destinación por parte de las Aseguradoras, ni en todo, ni en parte.

Otro de los elementos conceptualmente decantados es que en la modalidad de la administración de los recursos públicos parafiscales correspondientes al seguro social en riesgos profesionales, tal como lo ha reiterado el H.C.E., mientras no se ejecute el cierre del ejercicio fiscal correspondiente por parte de la ARP (hoy ARL), sujeto a la plena normatividad legal, sin corrección ni glosa por parte de la autoridad competente, las cotizaciones que administran son y siguen siendo dineros públicos parafiscales, incluidas las reservas técnicas y, por supuesto, sus rendimientos, a todos los cuales se les aplica integralmente la normatividad sobre el gasto de los recursos 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.¹³

Mención especial ameritan las reservas técnicas especiales (RTE) e inversiones. La Ley 795 de 2003 establece que,

“Las entidades aseguradoras y las que administran el Sistema General de Riesgos Profesionales, cualquiera que sea su naturaleza, deberán

¹² Sentencia de primera instancia, de fecha 10-05-2.010, proferida por el Juzgado 3° de Descongestión de Bogotá, notificada por edicto # 111 de fecha 14-05-2010, Proceso Acción Popular No. 110013331011-2008-00135-01, Demandante: Domingo Banda Torregroza, Demandada: Superintendencia Financiera de Colombia

¹³ Germán Fernández C. Apelación Sentencia de primera instancia. Proceso Acción Popular No. 110013331011-2008-00135-01, Demandante: Domingo Banda Torregroza, Demandada: Superintendencia Financiera de Colombia

constituir, entre otras, las siguientes reservas técnicas, de acuerdo con las normas de carácter general que para el efecto expida el Gobierno Nacional:

- a) Reserva de riesgos en curso;*
- b) Reserva matemática;*
- c) Reserva para siniestros pendientes, y*
- d) Reserva de desviación de siniestralidad.*

“El Gobierno Nacional señalará las reservas técnicas adicionales a las señaladas que se requieran para la explotación de los ramos. Así mismo, dictará las normas que determinen los aspectos técnicos pertinentes, para garantizar que los diferentes tipos de seguros que se expidan dentro del Sistema de Seguridad Social cumplan con los principios que los rigen.”¹⁴

Por tratarse las reservas técnicas de recursos públicos parafiscales, el Gobierno Nacional reglamentó el régimen de sus inversiones:

“1. Inversiones de las reservas. El cuarenta por ciento (40%) de las reservas técnicas deberá estar respaldado por inversiones efectuadas en títulos emitidos o garantizados por la Nación o por el Banco de la República, o en otros títulos de renta fija o variable de alta seguridad, liquidez y rentabilidad, según la reglamentación del Gobierno Nacional. Dicha reglamentación, en todo caso, no podrá señalar títulos específicos en los cuales se deba invertir y preverá porcentajes máximos de inversión individual, conforme a los cuales se asegure una adecuada dispersión de las inversiones.

“Estas inversiones deberán mantenerse libres de gravámenes, embargos, medidas preventivas o de cualquier otra naturaleza, que impidan su libre cesión o transferencia. Si alguna inversión se viere afectada en la forma señalada no podrá considerarse como representativa de reservas técnicas.”¹⁵

Así mismo, corresponde el criterio de recursos públicos parafiscales con destinación específica en relación con las Reservas Técnicas Especiales del SGRL:

“Las Reservas Técnicas Especiales (RTE) del sistema, ordenadas por la Ley y administradas financieramente por las ARP y el ISS-ARP, hasta tanto no sean redimidas y liberadas contablemente, son parte de

¹⁴ Ley 795 de 2003. Artículo 43

¹⁵ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Art. 187. Régimen De Inversiones

*los recursos del SGRP, y, por lo tanto, son también de naturaleza parafiscal y destinación específica, sujetas al principio de eficiencia que la Constitución y la ley exigen aplicar a ésta, como en toda Empresa prestadora de Servicios Públicos, a efectos de garantizar a los afiliados o asegurados el reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones asistenciales y económicas a que haya lugar”*¹⁶

Tampoco tiene viabilidad conceptual, ni legal, algún argumento que pretenda aducir que como los recursos parafiscales son captados y administrados por una compañía aseguradora (pública o privada), su carácter de parafiscalidad desaparece y se transforman en recursos de la ARL a causa de su captación, de manera que pasan automáticamente a constituir parte integral del patrimonio general de la respectiva compañía, o de sus “Activos” contables, con lo que la obligación de obedecer la ley sobre el gasto de los recursos públicos desaparece, así como la obligación de las entidades del Estado para vigilarlas.

Ni puede concluirse, como de manera persistente y francamente equívoca lo han venido expresando algunos funcionarios de la SFC, que los dineros

*“...para la administración del sistema, son dineros que terminan haciendo parte del patrimonio de las aseguradoras (...)”*¹⁷

Afirmación de carácter genérico que omite y desvirtúa de manera intencionada y premeditada el carácter de parafiscalidad de las contribuciones parafiscales y su carácter de recursos con especial afectación. Por ello es que esa afirmación de un funcionario la SFC no sólo no es cierta sino que es francamente ilegal, incorrecta y se genera contra todo el orden legal colombiano, induciendo a premeditada confusión.

Por lo que la conclusión que corresponde ciertamente es que los recursos del SGRL (contribuciones parafiscales captadas, las Reservas Técnicas Especiales y sus rendimientos), en razón a su propia naturaleza, son bienes públicos, imprescriptibles, e incardinados a la prestación del servicio público que ofrece el SGRL.

No nos referimos a las Utilidades que puede generar una ARL, las que se reflejan en los informes financieros y de balance, el cual, una vez aprobado, al cierre del ejercicio fiscal anual, sin corrección ni glosa de autoridad competente, arroja una cifra positiva o negativa, que se incorpora al patrimonio de la respectiva entidad. ¡No antes, como pretende el Artículo 203 de la Ley No 1955 de 2019!, que procura apropiarse recursos destinados a trabajadores lesionados, fallecidos por ATEL. Mientras los recursos son

¹⁶ Proceso Acción Popular No. 110013331011-2008-00135-01, Demandante: Domingo Banda Torregrossa, Demandada: Superintendencia Financiera de Colombia. Demanda, Pág. 101

¹⁷ Proceso Acción Popular No. 110013331011-2008-00135-01, Demandante: Domingo Banda Torregroza, Demandada: Superintendencia Financiera de Colombia. Folio 1689.

administrados por las ARL (y en el Sistema de Salud por las Empresas Promotoras de Salud - EPS y Empresas Administradoras de Planes de Beneficios - EAPB), siguen siendo recursos públicos, sujetos plenamente al derecho público, y al control pleno del Estado y los ciudadanos. ¹⁸

INMORALIDAD ADMINISTRATIVA

Fundamental en las equilibradas consideraciones que a los respetados Magistrados de la H.C.C. corresponde a la hora de tomar decisión definitiva sobre los argumentos de la Demanda de Inconstitucionalidad presentada contra el Art 203 de la Ley, que ameritan estos extensos libelos con argumentos sustentados, es la noción de jurídica de *moralidad administrativa* que se difunde, se esparce y brilla por todo el escenario del actuar de la función pública y que no amerita ninguna consideración por parte del Legislador en el demandado Artículo del Plan nacional de Desarrollo.

La noción de “moralidad administrativa” lo establece la H.C.C. cuando recuerda que

“(…) *la función administrativa está dirigida a la realización de los intereses generales y fines del Estado a partir de principios como la moralidad, hecho que impone a la autoridades administrativas una ‘gestión objetiva’ que les permita ser una herramienta eficaz para el cumplimiento de los fines del Estado.*”

Luego, la Corte se refiere a la extensión de la moralidad como principio de toda la actividad estatal en virtud de los artículos 1 y 2 de la Constitución Política, lo que significa que,

“(…) *la moralidad es inherente a la actuación de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas.*” ¹⁹

En 2001, el Consejo de Estado empieza a emitir un gran volumen de fallos de acciones populares y profundiza en el concepto de *moralidad administrativa* y sus elementos constitutivos. En febrero de ese año, la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado avanzó en la delimitación del concepto de moralidad administrativa, teniendo como referencia la definición de moral establecida previamente por la H.C.C en sentencia que señala al respecto:

¹⁸ H.C.C. Sentencia SU-480 de 1997: “Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire a obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema.”

¹⁹ H.C.C. Sentencia C-988 de 2006

*“La moral como objeto jurídico protegido, consiste en aquellos principios, valores y virtudes fundamentales, aceptados por la generalidad de los individuos que constituyen el soporte de una convivencia libre, digna y respetuosa.”*²⁰

En ese momento, la moralidad administrativa fue definida por el H.C.E., máximo órgano contencioso administrativo, de la siguiente forma:

*“Conjunto de principios, virtudes y valores fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social”*²¹

En septiembre de 2001 el Consejo de Estado²², al emitir una sentencia de acción popular, abordó nuevamente el tema señalando que la moralidad administrativa debe ser analizada bajo la óptica de la función administrativa, definida como una proyección exterior de la conducta de la autoridad que se entrelaza con principios constitucionales y normas jurídicas. El planteamiento lleva a la Sección Tercera del H.C.E. a considerar la moralidad administrativa como un principio-derecho, caracterizado por tener una textura abierta que implica que la determinación de su alcance solo pueda darse al analizar los hechos en el caso concreto.

Continuando con este estudio, es necesario hacer referencia a otra definición acuñada por el H.C.E. en su esfuerzo por dilucidar el concepto de moralidad administrativa, que en este caso fue definida por ese órgano judicial como:

*“El derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario”*²³

A su vez, la sentencia AP-166 de 2001, puntualizó que no se puede generar un daño a la moralidad administrativa sin antes realizar un análisis de las consecuencias del mismo, razón por la cual resulta difícil concebir una vulneración de la moralidad por parte de la administración, sin que ello conlleve la afectación de otros derechos colectivos tales como el patrimonio y

²⁰ H.C.C. Sentencia T-503 del 4 de noviembre de 1994. M.P. Naranjo Mesa, Vladimiro.

²¹ H.C.E. Sección cuarta. Sentencia del 9 de febrero de 2001. C.P. Gómez Leyva, Delio. Radicación: AP-054.

²² H.C.E. Sección tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. C.P. Carrillo Ballesteros, Jesús María. Radicación: 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163).

²³ H.C.E. Sección cuarta. Sentencia del 20 de abril de 2001. C.P. Barbosa Ortiz, María Inés. Radicación: AP 52001 23 31 000 2000 0121 01.

la seguridad públicos, la libre competencia económica y la prevención de desastres técnicamente previsibles.²⁴

En complemento a lo anterior, la Sección Tercera del H.C.E., en fallo de junio de 2005, estableció que la vulneración a la moralidad administrativa,

“(…) surge cuando se advierte la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenerse el administrador en el cumplimiento de la función pública”.

Y explica de manera complementaria, que la conducta generadora de la afectación a la moralidad debe incorporar el elemento de antijuridicidad entendido como

*“(…) la intención manifiesta del funcionario del vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo”.*²⁵

El mismo H.C.E. ha expresado en abundantes sentencias que la afectación del patrimonio público implica, de suyo, la vulneración a la moralidad administrativa:

*“Se ha entendido que el concepto de patrimonio público cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo. La defensa del patrimonio público, conlleva a que los recursos del estado sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, evitando con ello el detrimento patrimonial. Por ello, se concluye que la afectación del patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa.”*²⁶

Armónicamente con el tema de la inmoralidad administrativa se vuelve a pronunciar el mismo H.C.E.:

“En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, (...) siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, (...), para predicar la vulneración a la moralidad administrativa. De tiempo atrás se exige, además de la ilegalidad, el propósito particular que desvíe el

²⁴ H.C.E. Sección tercera. Sentencia del 17 de junio de 2001. C.P. Hernández Alier, Eduardo. Radicación: AP-166 de 2001.

²⁵ H.C.E. Sección tercera. Sentencia del 2 de junio de 2005. Radicación: AP-720 de 2005.

²⁶ H.C.E Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de la sección tercera del 24 de Agosto de 2005. Ex. AP-66001-23-31-0002004-00601-01

*cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero, (...)*²⁷

Para más abundar, el H.C.E. ha expresado:

*“(…) en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros.”*²⁸

Con este marco conceptual sobre el derecho que tienen los ciudadanos a que los funcionarios públicos ejerzan sus funciones sin vulneración de la moralidad administrativa, analizamos las conductas evidenciadas por diversos funcionarios de la SFC y sus consecuencias.

Es así que la SFC, a través de algunos de abogados externos apoderados actuando en su nombre y en respuesta a los argumentos de la Acción Popular en comentario, ampliamente citada en la Demanda de Inconstitucionalidad, devino a afirmar, en contravía de los conceptos de funcionarios probos de la misma SFC ya referenciados, tuvo la desfachatez y falta de decoro conceptual de afirmar que

*“(…) con las cotizaciones por riesgos profesionales no hay lugar a establecer un fondo a la manera de patrimonio autónomo”, y que los dineros que capta la ARL “...para la administración del sistema, a pesar de ser dineros públicos, son dineros que terminan siendo incorporados al patrimonio de las aseguradoras de vida...”*²⁹

Pretermitiendo la C.P.C., las Leyes, la jurisprudencia de las Altas Cortes y los conceptos de los más altos funcionarios de la SFC y del Ministerio del Trabajo (ampliamente documentados en la Demanda de Inconstitucionalidad).

Concepto acomodaticio a intereses privados con el que se ha permitido la fusión y confusión de los abundantes recursos parafiscales, patrimonio público, con los recursos propios patrimoniales de las ARL. Este engañosa “tesis” omite que los recursos públicos administrados por terceros son y siguen siendo, desde su captación inicial hasta el proceso de cierre del ejercicio fiscal, recursos públicos, incluyendo las RTE y los rendimientos financieros de las mismas. Prescinde de manera obcecada y contumaz del

²⁷ H.C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de febrero 21 de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. No. AP 25000-23-25-000-20005-00355-01.

²⁸ H.C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 26 de 2002. C.P. María Helena Giraldo. Rad. No. 41001-2331-000-2002-0800-01.

²⁹ Superintendencia Financiera de Colombia No. Rad. 2010085315-002 Fecha 10/12/2010. Oficio en 12 folios firmado por el Director de Seguros Fernando Cardozo Urrego dirigido al Dr. Sergio Isaza Villa, Presidente de la Federación Médica Colombiana. Pág. 2

hecho de que las contribuciones parafiscales por ser administrados por un tercero con licencia precaria concedida por el Estado, no pierden su carácter, y en consecuencia ameritan cuidadosa inspección, vigilancia y control por parte de todos los organismos destinados para ello, entre ellos y principalmente en su función de vigilancia administrativa por la SFC y la CGR.

Así es que los funcionarios de la SFC, encargados de la inspección, vigilancia y control de tales recursos, ateniidos a tal espurio concepto no sólo omiten el ejercicio de su función de cuidado, de su función instructiva, de su función correctiva, sino que además construyen falsas teorías y conceptos para permitir que se fundan y confundan los recursos de las contribuciones parafiscales con los propios recursos patrimoniales de las ARL (antes ARP).

Precisemos que los recursos propios de las ARL sí pueden ser de libre destinación, siempre y cuando no afecten el monto patrimonial mínimo (patrimonio técnico saneado) establecido por la Ley para mantener la licencia de funcionamiento otorgada por el Estado, definido por la legalidad. Lo que, por supuesto, no contempla las Reservas Técnicas Especiales, ni sus rendimientos, que son parte integral de los recursos parafiscales.

Consecuencialmente, con este mecanismo de involucrar los recursos públicos como si fueran ingresos de la ARL, se giran y se pagan enormes cuantías que correspondería pagar y girar con cargo al patrimonio propio de las ARL, se afecta el correspondiente recurso parafiscal y se genera la exacción de fondos públicos en enorme cantidad. Además, se registran los egresos de manera ilegal y anti técnica en la contabilidad de las entidades y en el PUC (hoy CUJIF) de las ARL, puesto que se imputa al rubro del recurso parafiscal todo aquello que en cuantía correspondería imputar (como gasto no sistémico) al patrimonio propio de la respectiva entidad en la contabilidad y en el registro contable unificado de la ARL.

Además de afectarse y aminorarse el recurso parafiscal, se genera alteración en el registro de los costos de la atención (lo que sucede de igual manera en cada uno de los subsistemas de la Seguridad Social), puesto que se le imputan, además de los costos sistémicos propios que su atención amerita, todos los gastos que a voluntad de los ejecutivos pagan las ARL. Así, de manera artificiosa, se incrementa el costo de los servicios globales de la Seguridad Social, se falsean los registros técnicos que sirven de base para el cálculo de los costos de los servicios sistémicos en riesgos laborales y los informes a la SFC. Así ha sido desde 1995 hasta hoy. Y todo ha sido consentido por la manifiesta indolencia de funcionarios de la SFC.

Sin embargo, la SFC, advertida desde hace mucho tiempo de este ilícito e ilegal procedimiento, continuó dándole, de facto, tratamiento equívoco e ilegal al recurso parafiscal destinado al SGRL, como si fuera una “prima de seguros comerciales”, tratando de validar y justificar con esa denominación la incorporación de los dineros públicos al “Activo” de las ARL (antes ARP), desde su captación inicial, para gastarlo al arbitrio de sus ejecutivos.

Con la lógica del desbarajuste conceptual, de registro contable y desgobierno de los burócratas encargados de la inspección, vigilancia y control de la SFC, y de los abogados “condottieros” de las ARL, se puede falsariamente concluir que resultaría válido afirmar que el cubrimiento de los riesgos profesionales, mediante una “operación de seguro” implica que las contribuciones parafiscales recaudadas, a pesar de ser dineros públicos, se incorporan al patrimonio de las administradoras ARL desde su captación inicial (que ellos denominan “primas de seguro comercial” evadiendo el concepto legal de “contribuciones parafiscales” y de “recursos públicos”). Que es lo que efectivamente han hecho impunemente desde el origen del Sistema.

En el Sistema General de Seguridad Social – SISS, extensivo al SGRL, la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia distinguen, diferencian y respetan la autonomía de los recursos públicos parafiscales, como ya lo hemos señalado insistentemente, frente a los recursos propios patrimoniales de las entidades autorizadas para administrarlos. Por ser recursos públicos parafiscales son de hecho y por fuerza de ley “recursos autónomos”, “patrimonio de afectación”, como lo explicamos anteriormente, con destinación específica, cuyo destino y manejo es diferente de los recursos propios patrimoniales de las administradoras particulares de esos recursos parafiscales, patrimonio propio que le da sustento a los requisitos para mantener su habilitación y licencia de funcionamiento. Y, por supuesto, la administración, manejo, usufructo y el registro contable que corresponde a los recursos públicos hace que sea totalmente diferente al de los recursos que se captan y se manejan en los seguros de índole comercial, privada y crematística.

Pero es esa ingeniería “tesis novedosa” de algunos de los funcionarios incuriosos de las SFC y de los apoderados y ejecutivos de las ARL, la que induce a confusión y pretende justificar su actitud omisa, remisa, en la vigilancia de estos recursos y contumaz por su persistente negativa a corregir las abultadas anomalías. Consideran que “*no hay lugar a establecer un fondo a la manera de un patrimonio autónomo*”, tesis de su propia autoría (que no legal), con la que pretenden demostrar que las ARL encargadas por el Estado para manejar los recursos parafiscales pueden pagar lo que a bien tengan con cargo a una gran bolsa indistinguida de recursos como si fueran “*gastos de la administración del Sistema*”.

Es esta espuria “tesis” la que soporta la conducta ilegal que ha orientado la inaplicación y las consentidas omisiones de los funcionarios de la SFC a cargo del tema, desconociendo que las contribuciones parafiscales lo son y lo siguen siendo hasta el cierre del ejercicio fiscal anual de la ARL y han omitido la aplicación técnica del concepto contable de “Utilidad” (positiva o negativa). Mientras el cierre del ejercicio contable y administrativo no se perfeccione, se presente y se apruebe sin glosa de autoridad competente, los recursos que administran estos particulares son recursos públicos parafiscales, sujetos a toda la normatividad del gasto de “lo público”, como insistentemente se ha señalado en el curso de esta demanda y en la litis de Acción Popular ya mencionada.

Es la aplicación porfiada y “a sabiendas”, de esta “tesis confusionista” por parte de algunos torticeros funcionarios de la SFC la que ha dado lugar a la exacción de recursos públicos en gran cuantía y la que da origen al artificio financiero y contable que hemos mencionado de pagar con cargo al recurso parafiscal e imputar contablemente todos los gastos y todos los costos al mismo. Así la SFC pretende sustentar la omisión de cuidado, la permisividad en el gasto de lo no sistémico con cargo a la parafiscalidad y el ilegal y anti técnico registro contable que da lugar a la amenaza, a la vulneración, a la afectación cierta de un enorme volumen de recursos parafiscales. Y a la violación del interés colectivo representado en exacción de las cotizaciones al pago de las afectaciones de los riesgos laborales y, de contera, al grave detrimento de la Hacienda Pública, por medio de la evasión impositiva del IVA, impuestos conexos y el GMF. Desde 1995, en tracto sucesivo, año por año, en cuantía billonaria., como se precisó en la Acción Popular referenciada y en las Coadyuvarcias.

Me permito retrotraer como producto espurio de la “tesis ambigua”, sobre la destinación específica y eficiente de los recursos, la Sentencia que promulgó en primera instancia el *a quo* en la Acción Popular citada, donde se afirma que la norma Decreto Ley 1295 de 1994 reglamentario del SGRP (hoy SGRL) le permite “un grado” de libertad al administrador ARL para disponer del 94% de la “Administración del Sistema”.

La Sentencia del “a quo” señala que:

“En conclusión, observa el Despacho que el espíritu del legislador, se encaminó a establecer la destinación obligatoria de los porcentajes correspondientes al 1% y 5 %, de manera que si no se cumple con ello la entidad incurre en desviación de los recursos públicos, situación que no se configura en lo referente al 94 %, toda vez que se evidencia que a pesar de la connotación de dineros públicos que tienen, la norma permite un grado de libertad del administrador.” (Folio 1968 de la Acción Popular).

De lo que se concluye que se omitió la plena destinación específica de los recursos parafiscales, principio constitucional de aplicación general que no posee posibilidades de graduación, de porcionamiento, de progresión o de división, esto es, que nadie (ni tampoco Sentencia de Juez o de Magistrado) puede afirmar válidamente que la destinación específica de unos recursos está definida para un porcentaje determinado y para otro no. Es así es que “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley*”,

“(…) donde el término “ley” al entenderse en su sentido general, comprende en primer lugar a la Constitución Política” (C.P.C. Art 230 y Sentencia de la H.C.C. C-540 del 24 de noviembre de 1993).

Misma “tesis” que pretende imponerse en el malhadado Artículo 203 de la Ley 1955 de 2019, permitiendo la apropiación de recursos para disposición del pago de corretaje comercial.

Ante la evidente y continuada desatención, inadvertencia e incuria de los funcionarios de la SFC, no puede generarnos perplejidad la omisión de responsabilidad expresada por uno de los abogados apoderado por la SFC para atender ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en una apelación en el Proceso de Acción Popular ya referenciado, instaurado por el Profesor Domingo de Jesús Banda Torregroza. En representación de la SFC escribe el otorgado en la sustentación de su apelación:

*“Las funciones de la Superintendencia Financiera en materia de riesgos profesionales se concreta a verificar que las ARP constituyan las reservas técnicas establecidas por Ley para atender el pago de las prestaciones asistenciales y económicas previstas en el Sistema General de Riesgos Profesionales, por lo cual no está llamada a definir, ni replantear la Administración del Sistema General de Riesgos Profesionales, mucho menos, la de controlar y “verificar” la ejecución de un proceso contrario a los principios y contenidos de la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales a cargo de las Administradoras.” (Negritillas en el texto citado)*³⁰

El conferido abogado de la SFC revela adicionales elementos sorprendentes: Es así que en el numeral cuarto de la parte resolutive del fallo del a quo, en el Proceso de Acción Popular citado, se exhorta a la SFC a que se amplíen los controles sobre las compañías que administran el SGRP,

“(…) para verificar que cuando se contraten intermediarios para actividades netamente comerciales de las ARP los honorarios de estos sean pagados con cargo a los recursos propios”.

Sin embargo, los refractarios funcionarios de la SFC no desean ampliar los controles sobre las ARL, pues impugnan la Sentencia del Juzgado “ad aquo” en la Acción Popular referenciada manifestando que:

“(…) el Juzgado de Primera instancia estaría vía jurisprudencia, atribuyendo funciones a la Superintendencia Financiera no contempladas en la ley.”

Y sigue:

*“(…) no es viable exhortarla (a la SFC) a realizar funciones no contempladas en la ley, máxime cuando dicha exhortación implicaría una extralimitación de sus funciones, (…)”*³¹

³⁰ Proceso 110013331011-2008-00135-01 por Acción Popular ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Accionante: Domingo de Jesús Banda Torregroza - Accionada: Superintendencia Financiera de Colombia. Folio 402 B en el cuadernillo abierto por el H.T.A.C.

³¹ Proceso 110013331011-2008-00135-01 por Acción Popular ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Accionante: Domingo de Jesús Banda Torregroza - Accionada: Superintendencia Financiera de Colombia. Folio 394 en el cuaderno abierto por el HTAC

Entonces, si la SFC, entidad definida legalmente para que inspeccione, vigile y controle en el SGRL los recursos públicos parafiscales, su gasto, verifique y glose los registros contables de los mismos cuando hay mérito para ello, y vele por su destinación específica y eficiente para el conjunto del Sistema, manifiesta que esa función no le corresponde, evidenciando que no es su voluntad ni su deseo hacerlo, se preguntará la opinión pública y los Jueces constitucionales ¿Cuál es entonces la entidad que en el Estado Colombiano ejerce la vigilancia y el control financiero de los recursos del SGRL? ¿Cuál es la entidad cuyos funcionarios públicos si tienen la voluntad, el arresto, la energía y querrán hacerle el favor a la sociedad de ejercer el mencionado control sobre las ARL?

Ante esta insólita manifestación por parte de apoderado de la SFC de irresponsabilidad y omisión de funciones legalmente asignadas, sobre la negligencia perpetuada, se evidencia que los aportantes al Sistema, los beneficiarios y la sociedad en general se hayan inermes e indefensos ante las pretensiones y abusos por parte de las ARL que administran y gastan esos recursos públicos según la voluntad de sus ejecutivos, omitiendo la aplicación constitucional y legal que les da destinos predeterminados y específicos. Afectados no sólo son los trabajadores afectados por ATEL, sino los empresarios todos y los trabajadores independientes obligados a pagarles a las aseguradoras de vida billonarios recursos anualmente a título de un factual impuesto.

Así tuvimos evidencia documental de que la SFC renuncia a su competencia legalmente establecida y definida de vigilar los recursos públicos parafiscales en el SGRL.

Al respecto, recordemos nuevamente las declaraciones sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud – SSS, que afinadamente se acomodan con el mismo tema en el SGRL:

“Tras casi un año de investigaciones sobre el manejo de la salud pública en Colombia, la contratadora Sandra Morelli hizo un descarnado diagnóstico de la realidad de ese sector. Aseguró que llegó el momento de discutir si el modelo de salud que el país adoptó hace 20 años ha funcionado y denunció que los colombianos están gastando mucha más plata de la que en realidad se necesita para cubrir este servicio. ¿Por qué tantos escándalos en el manejo de la plata de la salud? El país decidió en un momento dado tener un Estado chico, débil, que le entrega toda la responsabilidad al modelo privado, sobre el supuesto de que el privado es eficiente, transparente y gasta menos. En la práctica, lo que realmente tenemos son unos operadores privados que no son transparentes, ni eficientes, ni gastan menos, porque usan ‘la plata del ‘mister’, la que no les duele porque la pagan todos los colombianos.”

³²

Así es que los funcionarios que han tenido a su cargo la permanente capacidad de inspección, vigilancia, control y corrección de los pagos y de los registros contables de las contribuciones parafiscales que captan, administran y usufructúan las ARL, han actuado de manera omisa y remisa y han permitido la desviación de recursos parafiscales para fines diferentes a los constitucionales y legales.

Por ello es que afirmaciones en contravía de funcionarios de la SFC que

*“(…) con las cotizaciones por riesgos profesionales no hay lugar a establecer un fondo a la manera de patrimonio autónomo”, y que los dineros que capta la ARL “...para la administración del sistema, a pesar de ser dineros públicos, son dineros que terminan siendo incorporados al patrimonio de las aseguradoras de vida...”*³³

No son veraces, ni ciertas y más bien se puede afirmar que pretenden la exacción multibillonaria de los recursos públicos parafiscales, como en efecto ha sucedido durante muchos años. Esas son afirmaciones absolutamente incorrectas, mentirosas, permisivas e inducen al fraude. Puesto que la autonomía del patrimonio representado en las cotizaciones surge del hecho de que los dineros administrados son dineros públicos con destinación específica y no pueden ser desviados a propósitos diferentes.

Por otra parte, los dineros que administran las ARL, después del cumplimiento de todas las obligaciones sistémicas, terminan haciendo parte del patrimonio de la aseguradora como resultado del ejercicio fiscal correspondiente, entendido éste bajo la categoría contable de “Utilidad”, sea ella positiva o negativa. Así que es la “Utilidad”, resultado contable, la que se integra al patrimonio de la aseguradora, al cierre del ejercicio fiscal (sin glosa de entidad competente), y no las contribuciones parafiscales captadas por ella las que entran a formar parte del patrimonio de la entidad administradora desde su captación inicial.

Tampoco puede considerarse técnicamente que esos recursos públicos entren a formar parte de los “Activos” en la contabilidad de la ARL, que es lo que vienen haciendo desde el origen del Sistema con la aquiescencia cómplice de la SFC. Criterio que deben distinguir los lectores de esta coadyuvancia, que también será aporte académico, para que no se tomen por ciertas afirmaciones engañosas provenientes de algunos funcionarios de la SFC que han pretendido confundir a la opinión calificada y a algunos jueces.

Tampoco cabe consideración a ningún argumento que admita la omisión o reluctancia de la obligación 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 los representantes legales de las ARL, de miembros de sus Juntas Directivas, corresponsables con la administración, y de sus revisores fiscales,

³³ Superintendencia Financiera de Colombia No. Rad. 2010085315-002 Fecha 10/12/2010. Oficio en 12 folios firmado por el Director de Seguros, Fernando Cardozo Urrego, dirigido al Dr. Sergio Isaza Villa, Presidente de la Federación Médica Colombiana. Pág. 2

no pueda ser examinado y sancionado por los organismos de vigilancia y control fiscal del Estado, lo que hasta el momento no ha sido visto.

Es el hecho que desde el comienzo del SGRP (hoy SGRL), 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 y técnica aplicación contable. Tampoco ha sido posible que la SFC ejerza su autoridad vigilante y correctiva, de manera que se corrija en el Balance General de la ARL y en la aplicación del PUC (hoy CUIF) de ARL los gastos que corresponde imputar a los recursos patrimoniales de la Aseguradora y cuáles a los recursos de la seguridad social, lo que la Ley y la Jurisprudencia sí establece y determina. Así, se hace efectiva una anomalía flagrante, una anti técnica e ilícita trasgresión entre lo que la C.P.C. y la Ley definen con la subsecuente aplicación contable y la inspección, vigilancia y control.

Los incuriosos funcionarios de la SFC permiten que los costos y gastos que la ley define deben imputarse a los recursos patrimoniales propios de la Aseguradora se imputen como “gastos generales” a la gran bolsa de recursos de la ‘Administración del Sistema’, sin las discriminaciones que taxativamente señala la Ley, de manera que se contabiliza anti técnicamente, sin discriminación, cargando gastos y costos indebidamente al 94 % de los recursos parafiscales, incorporando, de hecho, los recursos del SGRL, desde su captación inicial, al “Activo” de la Aseguradora, mecanismo con el que generan ganancias impropias para las ARL, indebidas destinaciones de recursos, pagos e imputaciones de facturaciones inadecuadamente registradas, que afectan los derechos colectivos de los beneficiarios del Sistema (trabajadores afectados por ATEL), el patrimonio público parafiscal, la libre competencia económica, la seguridad pública y consecuentemente a la Hacienda Pública y, de contera, generando enriquecimiento incausado de las Aseguradoras.

Han sido innumerables las advertencias y admoniciones, unas provenientes de los mismos funcionarios de la SFC, como ya se acotó suficientemente en el libelo admitido por la H.C.C. de inconstitucionalidad del Artículo 203 de la Ley 1955 de 2019, otras provenientes de las Altas Cortes, otras del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Ministerio de Trabajo, y otras de ciudadanos que como el suscrito, que preguntaban por el destino de los recursos parafiscales. Sin embargo, la SFC y sus omisos y cómplices funcionarios continuaron admitiendo el procedimiento ilegal de pago de comisiones de comercialización y corretaje con cargo a los recursos parafiscales, el consecuente registro contable anti técnico e ilegal, así como otros pagos y asientos en la contabilidad general de compañía y en el PUC (hoy CUIF) de las ARL, además de las derivadas elusiones a la Hacienda Pública.

Finalmente, recordemos otra Sentencia en relación con la moralidad administrativa del mismo H.C.E.:

*“En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, (...) siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, (...), para predicar la vulneración a la moralidad administrativa. De tiempo atrás se exige, además de la ilegalidad, el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero, (...)”*³⁴

Para más abundar:

*“(…) en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros.”*³⁵

Finalmente, en relación con los principios de moralidad administrativa, como elemento insoslayable de conducta ética en el ejercicio de sus funciones, no sólo se aplica a los funcionarios del ejecutivo, sino a todas aquellas personas que ejercen actividades en nombre de la sociedad, como funcionarios públicos nombrados o elegidos en todas las ramas del poder público.

ANÁLISIS EXTRA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 202 DE LA MISMA LEY 1955 DE 2019

³⁴ H.C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de febrero 21 de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. No. AP 25000-23-25-000-20005-00355-01.

³⁵ H.C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 26 de 2002. C.P. María Helena Giraldo. Rad. No. 41001-2331-000-2002-0800-01

Por considerar de conveniencia para la protección de los recursos públicos del SGRL el conocimiento de otra norma enlazada con la demandada por inconstitucionalidad, me permito hacer referencia a la norma con numeración inmediatamente anterior contenida en el PND, esto es el Artículo 202 de la misma Ley 1955 de 2019.

Se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad

“Artículo 202. OBJETO DEL FONDO DE RIESGOS LABORALES

Adiciónese el literal i) al artículo 12 de la Ley 1562 de 2012, en los siguientes términos:

i) Compensar a las Administradoras de Riesgos Laborales que asuman el aseguramiento de riesgos con alta siniestralidad, alto costo operativo, o la combinación de ambos fenómenos, mediante una subcuenta de compensación que será financiada con el 50% del recaudo correspondiente a las cotizaciones a cargo de los empleadores y trabajadores independientes establecido en el artículo 89 del Decreto Ley 1295 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen.”

Es de observar que el añadido Artículo 12 de la Ley 1562 de 2012 atañe exclusivamente al Objeto del Fondo de Riesgos Profesionales.

“Artículo 12. Objeto del Fondo de Riesgos Laborales. Modifíquese el artículo 22 de la Ley 776 de 2002, que sustituyó el artículo 88 del Decreto-ley 1295 de 1994, el cual quedará así:

El Fondo de Riesgos Laborales tiene por objeto:

- a) Adelantar estudios, campañas y acciones de educación, prevención e investigación de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales en todo el territorio nacional y ejecutar programas masivos de prevención en el ámbito ciudadano y escolar para promover condiciones saludables y cultura de prevención, conforme los lineamientos de la Ley 1502 de 2011;*
- b) Adelantar estudios, campañas y acciones de educación, prevención e investigación de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales en la población vulnerable de territorio nacional;*
- c) También podrán financiarse estudios de investigación que soporten las decisiones que en materia financiera, actuarial o técnica se requieran para el desarrollo del Sistema General de Riesgos Laborales, así como para crear e implementar un sistema único de información del Sistema y un Sistema de Garantía de Calidad de la Gestión del Sistema de Riesgos Laborales;*
- d) Otorgar un incentivo económico a la prima de un seguro de riesgos laborales como incentivo al ahorro de la población de la que trata el artículo 87 de la Ley 1328 de 2009 y/o la población que esté en un programa de formalización y de acuerdo a la reglamentación que para*

el efecto expida el Ministerio del Trabajo a efectos de promover e impulsar políticas en el proceso de formalización laboral;

e) Crear un sistema de información de los riesgos laborales con cargo a los recursos del Fondo de Riesgos Laborales;

f) Financiar la realización de actividades de promoción y prevención dentro de los programas de atención primaria en salud ocupacional;

g) Adelantar acciones de inspección, vigilancia y control sobre los actores del Sistema de Riesgos laborales; dentro del ámbito de su competencia;

h) Pago del encargo fiduciario y su auditoría y demás recursos que se deriven de la administración del fondo.

No es posible hallar armonía jurídica conceptual entre el añadido y nuevo “*literal i)*” con el cuerpo y el Objeto del Art. 12 de la Ley 1562 de 2012, que define el “*Objeto del Fondo de Riesgos Profesionales*”, puesto que lo que se insertó más bien parece un apéndice ajeno, incluido artificioosamente, con propósito violador de la C.P.C. y de las Leyes. Es así que en armonía con el Art. 203 ya analizado y disecado en la demanda de inconstitucionalidad, este señalado Art. 202 del PND, dispone a su arbitrio de los recursos parafiscales para la creación de una subcuenta de compensación que será financiada con el 50% del recando correspondiente a las cotizaciones a cargo de los empleadores y trabajadores independientes establecido en el artículo 89 del Decreto Ley 1295 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, para compensar a las Administradoras de Riesgos Laborales que asuman el aseguramiento de riesgos con alta siniestralidad, alto costo operativo, o la combinación de ambos fenómenos.

En otros términos, el Asegurador delegado por el Estado para que asuma los riesgos de ATEL, esto es las Compañías Aseguradoras de Vida - ramo de las ARL, impone a los cotizantes un fondo adicional de reaseguro, cuando se presente alta siniestralidad y/o alto costo operativo. Es de considerar que lo que pretende este Artículo es la desviación de los recursos públicos de la cotización con destinación específica para atender las contingencias de los trabajadores afectados por ATEL para pagar los riesgos económicos y financieros inherentes a la gestión y al negocio asegurador, que no es el destino que la C.P.C. ni la Ley, ni las Altas Cortes han dispuesto para esas contribuciones parafiscales, convirtiéndose en otro adefesio por destinación irregular del patrimonio público empeñado específicamente en las prestaciones de la Seguridad Social.

Incurren los legisladores que aprobaron este esperpento en los mismos vicios de fondo violatorios de la destinación específica de los recursos del SISS, del SGRL y de las normas del Derecho Público Interno a las cuales está incardinada la Seguridad Social Integral. Congressistas que al pretender darle garantía adicional irregular a las eventuales utilidades negativas que pueden tener las Aseguradoras ARL, omiten que esas empresas cuentan con los

mecanismos de reaseguradoras comerciales disponibles en el mercado nacional e internacional, para imputar máñosamente las consecuencias económicas de los resultados negativos por siniestralidad y contingencias a los recursos prestacionales de los trabajadores afectados a fin de proteger sus propios recursos patrimoniales pretendiendo obviar su responsabilidad financiera en el giro normal de su negocio asegurador.

Pongo en consideración de la H.C.C. este Art. 202 de la Ley 1955 DE 2019 puesto que mantiene la misma unidad de materia, y en este caso normativa, con el demandado Art. 203 de la misma Ley, por si los Magistrados estiman conveniente y necesario conocer y pronunciarse de fondo, en ejercicio de su competencia plena, sobre la adicional e inconstitucional norma señalada.

VIOLACION DE NORMAS RELATIVAS A LA COMPETENCIA

Cuando el Estado definió la naturaleza, objetivos y funciones de la Superintendencia Bancaria (hoy SFC), le estableció:

*“Art. 1 Lit. h) Velar porque las entidades sometidas a su supervisión no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial.”*³⁶

También merece consideración especial las reglas relativas a la competencia, según lo establece el D.L. 1295 de 1994, reglamentario del SGRP:

*“Art. 86. Reglas relativas a la competencia”: “Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre empresarios, las decisiones de asociaciones empresariales y las prácticas concretadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia entre las entidades administradoras de riesgos profesionales.”*³⁷

Consideramos que se afecta el principio de la libre competencia establecido en el Art. 333 de la Constitución Política de Colombia,³⁸ en la medida en que para las labores de comercialización y competencia en el mercado entre ARL, 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

³⁶ Decreto 2359 de 1993, Art. 1 sustitutivo del Decreto 663 de 1993

³⁷ D.L. 1295 de 1994. Art 86

³⁸ C.P.C. Artículo 333. Inc. 2: La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. Inc. 4: 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.

comisionistas al arbitrio de sus propios ejecutivos. En otras palabras, compien en el mercado, unas ARL 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 ARL utilizan en connivencia el mismo procedimiento, y se coluden para sustentarlo y darle justificación jurídica. Basta remitirse a las declaraciones de los empleados, de sus contratistas y a las alegaciones de sus abogados otorgados que obran como pruebas en el expediente de Acción Popular ya citado ³⁹, 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 de las empresas en la misma ARL (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!).

Sólo una de las Aseguradoras, Aurora ARP, en el proceso de Acción Popular referenciado, por intermedio de una de sus testigos confirma en declaración testimonial, bajo la gravedad de juramento, que esa ARP no utiliza los recursos parafiscales para el procedimiento de pago de comisiones de comercialización por considerar que la ley no lo permite.

¿Y no se trata, acaso, de un convenio o acuerdo entre empresarios de las ARL la utilización contra la ley de los recursos parafiscales para fines que la ley restringe, socavando los recursos públicos destinados para atender a los afectados por ATEL y, en cambio, destinándolos a labores de emulación comercial y al ruleteo de las afiliaciones y las re afiliaciones con sus correspondientes comisiones y estímulos de diversa índole, para los intermediarios comisionistas?

Así se genera un libre juego de estímulos, dádivas, prebendas, canonjías, piñatas, agasajos, cruceros y turismo universal, todos ellos manejados a voluntad de los administradores de las ARL, en conjunción con los comisionistas y corredores. Probable es que a algunos pocos de los miembros de las Juntas Directivas de las respectivas Aseguradoras ni siquiera les permittan conocer, de manera transparente, la suerte de los recursos públicos parafiscales, ni tampoco es probable que puedan dar fe o testimonio sobre la suerte de esos manejos, aunque legalmente sean (y efectivamente lo son) responsables administrativos con el representante legal en la desviación de recursos parafiscales. Los organismos de vigilancia y control del Estado tendrán la oportunidad, en su momento, de establecer las responsabilidades.

Aquí no se trata sólo de los pagos de comisiones sobre los cuales quedan recibos de pago y documentos contables que se imputan a la parafiscalidad, sino de toda suerte de derivaciones, incluidos viajes, excursiones, congresos,

³⁹ Proceso Acción Popular No. 110013331011-2008-00135-01, Demandante: Domingo Banda Torregrossa, Demandada: Superintendencia Financiera de Colombia

seminarios, tertulias y boatos comerciales, sobre las cuales no se consignan registros, generadas por el afán del posicionamiento comercial y la captación de mayor cantidad de aportes parafiscales, que es lo que eufemísticamente las ARL llaman “promoción del Sistema”. O si eventualmente se consignan los registros correspondientes, se imputan al rubro de “Administración del Sistema” en el acápite “otros gastos”, correspondiente al 94 % de la contribución parafiscal con destinación a atender el ATEL.

¿Podrá creerse lo que Han afirmado por ahí algunos de los apoderados de las ARL, que con detrimento de sus utilidades le están prestando al País el patriótico servicio de promocionar al SGRL celebrando unos ruinosos contratos de seguros sociales en el ramo de riesgos profesionales por ATEL, que son obligatorios para el Empleador colombiano y muy onerosos para ellos como aseguradoras?

¿Se preguntará el lector si los funcionarios de las ARL serían tan generosos en el pago de comisiones de comercialización y de prebendas a los intermediarios si tuvieran que pagar esos montos con cargo a los propios recursos patrimoniales de los accionistas de las Aseguradoras? ¿Se lo permitirían sus accionistas? La respuesta obvia nos lleva a señalar que la vigorosa (y por demás costosa!) defensa que han hecho los abogados de las ARL ante los estrados judiciales del pago de comisiones de comercialización con cargo a las prestaciones sociales de los trabajadores que vienen efectuando las ARL, es una acción concertada entre las compañías que así lo hacen, para la protección de uno de los mecanismos de exacción de los recursos públicos con la que se lucran intereses particulares ajenos por completo a la finalidad constitucional y legal específica del aporte parafiscal en el SGRL.

Conveniente es para la salud del SISS que se analice, a la luz de la norma constitucional (C.P.C. Art. 333 28) y de la normatividad legal (D.L. 1295 de 1994), sobre el derecho a la libre empresa, si la actividad concertada entre las ARL que así lo hacen para utilizar los recursos parafiscales para el pago de comisiones de comercialización y otros pagos que también se le imputan a la parafiscalidad, contra la ley, ¿no se constituye acaso en avenencias, en conciertos, en arreglos, en acuerdos, en convenios, e inclusive, podría pensarse en un cártel para el manejo, contra las normas, de los recursos parafiscales? Y con esta conducta impropia, ¿no se afecta objetivamente el acceso al mercado de las compañías que no utilizan los recursos parafiscales para el apalancamiento en sus actividades comerciales?⁴⁰

Pero no es conducta de reciente ocurrencia en las Aseguradoras la afectación al derecho constitucional a la libre empresa y a la libre competencia económica. No sobra recordar que fue ese mismo sector asegurador, el que en

⁴⁰ D. L. 1295 de 1994 Art. 86. Reglas relativas a la competencia. Inc 1: Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre empresarios, las decisiones de asociaciones empresariales y las prácticas concretadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia entre las entidades administradoras de riesgos profesionales. Inc. 2: No tendrán carácter de práctica restrictiva de la competencia, la utilización de tasas puras de riesgos, basadas en estadísticas comunes.

forma múltiple e infructuosa, demandó la inconstitucionalidad de la prohibición y proscripción legal que impide que los seguros exequiales sean pagados en especie, mecanismo con el cual las Compañías Aseguradoras logran multiplicar sus pingües utilidades a costa del desempleo en el sector empresarial de fabricantes y prestadores de bienes y servicios funerarios. O sea, que demandaron los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003⁴¹ y al artículo 86 de la Ley 1328 de 2009⁴², con la finalidad de, a más de vender las pólizas de seguros que es su objeto social legal exclusivo, poder comercializar los cofres mortuorios, su acarreo, los demás elementos para servicios y pompas fúnebres, los lotes para sepelios, los cenizarios y hasta las misas, los oficios y los responsos de las nueve noches, históricamente a cargo de los presbíteros de diversos credos.

Establecido está en el D. L. 1295 de 1994 que la Superintendencia Bancaria, de oficio o a petición de parte, podrá intervenir tomando medidas cautelares para impedir estas inconstitucionales conductas en el SGRL, además de las sanciones que pueda imponer.”⁴³

Pero hasta ahora, no ha sido posible que se haga efectiva la norma constitucional y legal en relación con la su debida aplicación en el régimen de competencia, para que las ARL en el proceso de comercialización y competitividad comercial no utilicen los recursos públicos de la parafiscalidad en sus propios mecanismos comerciales y utilicen, en cambio, sus recursos propios patrimoniales, mecanismo ilegal que vienen utilizando con el que se vulnera, de manera cierta, los derechos e intereses colectivos empeñados en “la libre competencia económica”.

Así que cuando en este análisis crítico se advierte y se sustentan las violaciones al régimen de competencia por parte de las ARL, se establece una correlación armónica con el “Principio de Materialidad”, establecido en la Reforma al Estatuto Tributario, Ley 1328 de 2009, que señala:

“La Superintendencia Financiera de Colombia ejercerá sus funciones y facultades de inspección y vigilancia, así como de control, dando

⁴¹ Ley 795 de 2003 Art. 111. No constituyen actividad aseguradora los servicios funerarios, cualquiera sea su modalidad de contratación y pago, mediante los cuales una persona, o un grupo determinado de personas, adquiere el derecho de recibir en especie unos servicios de tipo exequial, cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación.

⁴² Ley 1328 de 2009 Art. 86 Par. 3. “Las empresas aseguradoras autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia o quien haga sus veces, en la explotación del ramo del seguro exequial o cualquiera otro con modalidad de cubrimiento para gastos funerarios, deberán indemnizar únicamente en dinero a favor del tomador o sus beneficiarios, previa comprobación por parte de estos del monto del servicio funerario asegurado, suministrado directamente por entidades legalmente constituidas para prestar este tipo de servicios exequiales; salvo que el servicio funerario se preste con afectación a la Póliza de Seguro Obligatorio en Accidentes de Tránsito (SOAT).”

⁴³ D. L. 1295 de 1994 Art. 86 Inc. 3: La Superintendencia Bancaria, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar como medida cautelar o definitivamente, que las entidades administradoras del Sistema General de Riesgos Profesionales se abstengan de realizar tales conductas, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus distribuciones generales pueda imponer.

especial relevancia y atención a aquellos hechos que por su naturaleza, cuantía o circunstancias coyunturales, afecten de manera grave la confianza pública en el sistema financiero, asegurador y en el mercado de valores, pongan en peligro la continuidad del servicio, o comporten un riesgo sistémico.”⁴⁴ (Subrayas fuera de texto)

En este orden de ideas, le corresponde al Estado evitar o controlar,

“...cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”⁴⁵

Y restablecer los asuntos a los causes que fueron determinados en su origen por la Constitución Política, por la Ley y por los Convenios Internacionales de la OIT ratificados por Colombia sobre Salud y Seguridad en el Trabajo.

ADICIONALES TRANSGRESIONES DE LAS ARL EN LA APLICACIÓN DEPUCL PUC (HOY CUIF) DE LOS RECURSOS PARAFISCALES

A título meramente ilustrativo, se mencionan a continuación otros gastos que han efectuado, desde el origen del Sistema, que no corresponden a los gastos sistémicos propios del SGRL y que se han pagado indistintamente con cargo a los recursos parafiscales simulando como si fueran costos sistémicos inherentes a su función de atención y cubrimiento de las contingencias en la Seguridad Social de los Riesgos Laborales, involucrándolos en diferentes rubros y cuentas con cargo a la parafiscalidad, como si fueran “Administración del Sistema”, afectando sustancialmente las cuantías de los recursos destinados a la atención de las víctimas del ATEL y eludiendo, consecuentemente, los pagos ya descritos de carácter impositivo a la Hacienda Pública.

Muchas de estas exacciones al recurso público parafiscal se han registrado en el anterior PUC (hoy CUIF) bajo el concepto general de “Otros gastos”.

Veamos algunas:

⁴⁴ Ley 1328 de 2009 Art. 67. Principios para una supervisión eficiente. En adición a los principios que orientan la actuación administrativa, la Superintendencia Financiera de Colombia se sujetará en el ejercicio de sus facultades y funciones de inspección y vigilancia, y control a los siguientes principios:

1. Principio de materialidad: La Superintendencia Financiera de Colombia ejercerá sus funciones y facultades de inspección y vigilancia, así como de control, dando especial relevancia y atención a aquellos hechos que por su naturaleza, cuantía o circunstancias coyunturales, afecten de manera grave la confianza pública en el sistema financiero, asegurador y en el mercado de valores, pongan en peligro la continuidad del servicio, o comporten un riesgo sistémico.

⁴⁵ C.P.C. Art. 333

1. Gastos de cambio de nombre de la razón social y de la imagen corporativa de las instalaciones de las ARL
2. Gastos de numerosos abogados y bufetes para atender las reclamaciones a los derechos negados a los afiliados
3. Gastos de representación legal en litis de tipo administrativo, comercial y penal de las entidades y de sus ejecutivos
4. Gastos de pagos de seguros de sus bienes muebles e inmuebles
5. Gastos de representación y viajes de sus ejecutivos
6. Gastos de estímulos y bonificaciones a sus representantes, seminarios, congresos, cruceros, etc.
7. Inversiones en infraestructuras empresariales e inmobiliarias del sector de la salud, clínicas, laboratorios, empresas distribuidoras, etc. (integración vertical)
8. Inversiones en infraestructuras inmobiliarias diferentes al sector salud, urbanizaciones, instalaciones empresariales, sedes administrativas, deportivas y hoteleras (integración transversal)
9. Exportaciones de capital para inversiones varias en el extranjero, empresariales e inmobiliarias
10. Pagos de sanciones y multas por infracciones al Sistema
11. Gastos de promoción de campañas políticas en el nivel regional y en el nivel nacional
12. Gastos de representación ante el Congreso de la República
13. Subsidios y promociones a equipos de fútbol y otros eventos deportivos
14. Pagos de la cuota parte para financiar costosas estructuras gremiales de las ARL (FASECOLDA - Cámara de Riesgos Profesionales)
15. 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
16. Otros inespecíficos a voluntad de las ARL (y/o EPS)

Es evidente que ninguno de los gastos enumerados se puede categorizar como pago de alguna de las contingencias relacionadas con la atención del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, o de los superávit de sus víctimas.

En reflexiones adicionales y derivadas sobre el mismo tema, nos preguntamos:

¿Las multas y sanciones por las que deben responder las ARL en caso de infracciones, las pagan con cargo al 94 % del recurso parafiscal y las imputan a ese mismo rubro? ¿A cuál cuenta del PUC (CUIF) del Sector Asegurador estarán imputando las sanciones que les imponen y pagan? ¿Cuántas multas y sanciones han impuesto la SFC o la SFC por tales ilícitas destinaciones?

Todas estas irregularidades que se han venido señalando desde hace años tienen su origen en la misma inacción y omisión perpetuada de los responsables de la SFC que tienen bajo su cuidado la inspección, vigilancia y

control de los recursos públicos parafiscales. Así que corresponde la corrección del procedimiento ilegal de pago de todas estas cuentas, además de las arriba señaladas como violatorias de la Ley con cargo a la parafiscalidad y que los jueces ordenen perentoriamente los pagos que deben efectuarse con cargo a los recursos propios patrimoniales de la ARL, y que se ordene tal corrección tanto de manera específica como genérica, en concordancia con lo determinado por el D.L. 1295 de 1994, así como su adecuado y técnico registro en la contabilidad general de la compañía y en el PUC (hoy CUIF) de ARL.

Debo señalar que después de la expedición de la Ley 1562 de 2012, la SFC expidió la Circular # 036 de 2013, mediante la cual modificó el PUC para el Sector Asegurador y establece el Código Único de Información Financiera (CUIF), con fines de información financiera, en donde modifica algunas de los registros contables que señalaron en la Acción Popular y en la Coadyuvancia de entonces. Con esta modificación no se subsana la desviación y el derroche de los recursos públicos transcurridos entre 1995, año en el que empiezan operaciones las ARL, y el año 2013, en el que se inicia alguna parcial operación de corrección en los registros contables y en la información financiera con fines de inspección, vigilancia y control.

Así las cosas, corresponde a los Jueces y a los Altos Tribunales darle a los recursos parafiscales su específico destino y vocación determinados por la Constitución y la Ley y ordenar el acatamiento pleno de las normas contenidas en el D.L. 1295 de 1994, particularmente sobre los gastos e imputaciones contables que deben hacerse con cargo a los recursos propios de las ARL, subsanando las anomalías que se vienen señalando, todas las cuales utilizan idénticos mecanismos ilegales con la consecuente e inescindible elusión de impuestos que afectan a la Hacienda Pública.

DOS VERTIENTES DE PENSAMIENTO EN RELACIÓN CON LA UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES DEL SGRL

Conveniente y a manera de síntesis, siguiendo el hilo de confrontación que se ha deshilvanado en relación con los recursos públicos del SGRL, entre los cuales adquiere ahora escenario la expedición de los Artículos 203 y 202 de la Ley 1955 de 2019, cuya constitucionalidad se somete a consideración de la H.C.C., el Proceso 110013331011-2008-00135-01 por Acción Popular ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca y las Coadyuvancias con las que hago presencia argumental en ambos escenarios jurídicos, me permito poner en consideración una acotación esquemática de interpretaciones de la Constitución y la Ley encontrados, que corresponden a intereses francamente antagónicos y no conciliables.

La sentencia de la H.C.C. decidirá en su sabiduría lo que mejor corresponda al interés nacional y al bien público de la Seguridad Social.

1. La deseada y planteada por el Artículo 203 y 202 de la Ley 1955 de 2019, que encuentra sustento en algunos conceptos y aplicaciones “*de facto*” de algunos funcionarios incuriosos de la SFC, los administradores de las aseguradoras de vida, ramos de ARL, sus abogados representantes y corredores comerciales de seguros:

Los recursos parafiscales recaudados y administrados por las ARL como primas de seguro comercial, aunque son aportados con carácter obligatorio pierden su característica de recurso parafiscal y patrimonio público desde el momento mismo de su captación por la Administradora, puesto que, de hecho, la SFC estima que “*se constituye un gran fondo que termina siendo incorporado al patrimonio de las aseguradoras de vida*”, convirtiéndose en patrimonio privado de la entidad que puede ser manejado *ad libitum* por los administradores, sin consideración a la Ley, fondo al cual le pueden imputar todos los costos y todos los gastos que a bien tengan, y en consecuencia no cabe ni amerita cuidado, ni atención, ni cautela por parte de los órganos de control y vigilancia del Estado. En consecuencia, en esta unidad de cuenta se mezclan los recursos parafiscales con los patrimoniales de las ARL, con las RTE y sus rendimientos, a la que se le puede imputar todos los gastos y los costos, aquellos que la Ley ordena y determina y aquellos que la Ley proscribe, sin diferenciación alguna. En consecuencia el PUC (CUIF) que registre contablemente estos gastos y costos no es necesario que refleje técnicamente, lo que corresponde a cuentas diferenciadas, haciendo caso omiso de las distinciones que establece la Ley, puesto que cualquier distinción es inocua. Así es que el pago de comisiones a corredores de seguros contratados ad hoc por las Administradoras en cuantías definidas a voluntad por los ejecutivos de la ARL para el proceso de comercialización del aseguramiento obligatorio, sí puede ser imputado a estos recursos puesto que la Ley sí lo permite, antes del cierre fiscal, y si las Administradoras así lo hacen no están desviando enorme cantidad de recursos públicos a fines distintos de los que la Ley señala, ni generando ganancias impropias ni fundiendo ni confundiendo los recursos públicos con los recursos patrimoniales de las ARL, recursos que han sido pagados desde el inicio del Sistema en 1995, sobre los que no cabe ni se admite rescate ni recuperación, ni la inspección, ni la vigilancia ni el control del Estado ni de los particulares.

En este escenario, los administradores no consideran que los recursos que manejan son parafiscales, ni patrimonio público y, en consecuencia el fallo de los Magistrados de la Justicia debe también hacer caso omiso de los principios constitucionales, de la Ley y de las Sentencias de las Altas Cortes. Como todos los gastos que se aplican a estos recursos son legales, no existe vulneración a los derechos e intereses colectivos. En tal caso, tanto la SFC como los administradores de los recursos siempre han actuado, desde el inicio del Sistema, con pleno conocimiento de lo que hacen, “a sabiendas”, puesto que su actuación ha estado sujeta a la libre interpretación de la normatividad vigente y no cabe justificación distinta.

Todos los comentarios, interpretaciones, glosas, opiniones, oficios, circulares, conceptos y sentencias provenientes de oficinas, despachos, ministerios y

altas cortes, que obran en contravía, corresponden a funcionarios desconocedores del aseguramiento comercial, a quienes se les puede endilgar ignorancia, temeridad, obstruccionismo y mala fe en todas sus actuaciones. Desconocen que el Estado les asignó estos recursos a las aseguradoras, compañías comerciales cuyo propósito es la utilidad y su objeto social es fundamentalmente crematística.

2. La vertiente de conceptos representada por el Demandante del Artículo 203 de la Ley 1955 de 2019, mismo Accionante Popular, los coadyuvantes y todas las pruebas que obran en la citada Acción Popular, estará más acorde con lo siguiente:

Los recursos parafiscales manejados por las Administradoras ARL como seguro social, son patrimonio público y lo siguen siendo desde el momento de su captación por la ARL hasta la liquidación de los remanentes que resulten del proceso de cierre del ejercicio fiscal correspondiente, y ameritan cuidadosa inspección, vigilancia y control por parte de todos los órganos de inspección, control y vigilancia del Estado. El pago de comisiones a corredores de seguros contratados *ad hoc* por las Administradoras para el proceso de comercialización del aseguramiento obligatorio no puede ser imputado a los recursos parafiscales correspondientes al 94 % de la 'Administración del Sistema', puesto que la Ley no lo permite, y si las Administradoras así lo hacen están desviando enorme cantidad de recursos públicos a fines distintos de los que la Ley señala, generando ganancias impropias a favor de los particulares corredores comerciales y de sí mismos, pues omiten la imputación de estos gastos a sus propios recursos patrimoniales.

En consecuencia, se pueden imputar a estos recursos parafiscales lo que la Ley taxativamente define, y se imputarán a los recursos propios patrimoniales de las aseguradoras los demás que la Ley señala y otros que definan a su voluntad las Administradoras. El PUC (hoy CUIF) que registre contablemente estos gastos y costos debe reflejar técnicamente, en concordancia con la Ley, lo que corresponde imputar a cada cuenta, la de los parafiscales y la de los recursos propios de la ARL, separadamente, definiendo con cargo a cuál cuenta se ejercen las imputaciones y discriminando lo que corresponde al 94 % y al 5 % de la cotización. Así que el procedimiento que viene siendo aplicado por las ARL y que ha sido incuriosamente consentido por la SFC desde el inicio del SGRL en 1995, funde y confunde los recursos públicos con los recursos patrimoniales de las ARL, permitiéndose con ello la exacción de los mismos, generando multimillonarias ganancias impropias para las administradoras y dando lugar a la evasión y elusión fiscales, lo que debe ser corregido.

Y puesto que los recursos públicos no están sujetos a prescripción, el rescate y recuperación de los bienes malgastados y de todas las cargas impositivas soslayadas, debe ser asumido y ordenado por los Jueces, con las consecuencias que de ello se deriven. En este escenario el fallo se sustenta en la Constitución, la Ley y las Sentencias de las Cortes y se protegen los

derechos e intereses colectivos vulnerados. Todas las opiniones, oficios, circulares, conceptos y sentencias que obran en consecuencia corresponden a funcionarios que pretendían defender los recursos públicos de la seguridad social y preservar el interés público comprometido.

CONSIDERACIONES ADMINISTRATIVAS Y SOCIALES SOBRE EL SGRL

Como profesional de la medicina y como experto en los temas de Sistema Integral de Seguridad Social - SISS, y de los riesgos profesionales en particular, no puedo dejar de recordar ante los respetados magistrados de la H.C.C. que leen esta coadyuvancia el creciente número de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales que sufren los trabajadores colombianos que son registradas por el Ministerio del Trabajo, por la Superintendencia Financiera de Colombia y por otras entidades privadas que siguen atentamente el tema.

Pero cifras y estadísticas frías deben ser analizadas con respecto a los individuos, en referencia a cada uno de los trabajadores que se accidentó, quedó lesionado, inválido, o muerto, como consecuencia del ATEL. Además de la carga económica y social que representa cada uno de ellos, para la sociedad en su conjunto y para cada núcleo familiar en particular y para la empresa que lo debe sustituir, detrás de cada cifra hay un individuo que murió o que sufre individualmente, o una familia que quedó sin un individuo productivo, adicional a las secuelas de viudez u orfandad, por no haberse prevenido de manera adecuada y oportuna el accidente y/o la enfermedad generada laboralmente. O por no haberse prevenido y controlado la exposición a los generadores del ATEL, que es uno de los propósitos al cual están asignados específicamente los recursos de la cotización en Riesgos Laborales.

A manera de ejemplo, recordemos 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. Y a los veintitún (21) trabajadores fallecidos en la Mina La Preciosa en Norte de Santander en Enero de 2011. Y los otros cinco (5) mineros muertos el último día de Enero de 2011 en la mina la 'Escondida', en el municipio de Sutatausa, Boyacá. Y miles más de anónimos fallecidos por ATEL, que no aparecen en las páginas de los medios de comunicación.

Y recordemos también, como merecido homenaje a los miles de trabajadores del Sector de la Salud, más de veinte mil (20.000) infectados en el ejercicio de su trabajo hospitalario y de servicio, y más de seiscientos (600) funcionarios sanitarios de todas las profesiones y oficios fallecidos como consecuencia de la pandemia generada por el COVID-19 ("*in memoriam*"), a quienes los

empleadores no les suministraron oportunamente la dotación de elementos, de protección personal para que pudieran hacer frente a la gravísima expansión infecciosa, ni las ARL les han respondido plenamente en su atención de enfermedad profesional ni en las incapacidades y prestaciones que corresponden a los aislamientos obligatorios.

Y así, omitiendo las actividades de prevención, las procedentes medidas de cautela, advertencia y pedagogía hacia los potenciales riesgos en el trabajo y sometiendo a los afectados accidentados y lisiados a interminables viacrucis y obstáculos burocráticos, es que se afectan y se vulneran los derechos colectivos a la seguridad de los trabajadores y a la salubridad pública.

Además de ponerse en evidencia en el documento Demanda de Inconstitucionalidad, suscrito y presentado ante la H.C.C. por el Profesor Domingo de Jesús Banda Torregroza, las argucias jurídicas y trapiondas gramaticales empeñadas en el derroche y dilapidación en las destinaciones que se les da a los recursos parafiscales que cotizan los empresarios, los trabajadores independientes y todos los empleadores de Colombia con destinación específica para los inválidos, los lisiados y los superpites viudos(as) y sus hijos(as) del accidente de trabajo y la enfermedad laboral, llega el momento de presentar algunos cuestionamientos en relación con las entidades administradoras del SGRL.

En relación con estas entidades comerciales, aseguradoras de vida, ARL, nos preguntamos, ¿Los ejecutivos de las Aseguradoras, muy conocedores desde hace años de los asuntos *contra legem* que se tratan en esta demanda, los que han sido ventilados desde hace más de veinte (20) años en variados foros y ante los tribunales judiciales por medio de la Acción Popular referenciada, habrán informado sus variados 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? ¿Tienen ellos también conocimiento pleno de los contenidos legales?

¿Puede la firma de un revisor fiscal validar antes de vigilancia y control un procedimiento irregular, que permite el saqueo multimillonario de los recursos públicos parafiscales y las elusiones fiscales derivadas de los procedimientos anómalos que aplican sus ejecutivos? ¿Puede esa misma firma purgar la ilicitud del procedimiento ilegal y anti técnico ante los organismos de vigilancia y control del Estado? Asunto para tener muy en cuenta pues es común que la SFC valide estados contables e informes financieros contenidos en el PUC (CUIF), cuando son presentados con la firma del respectivo revisor fiscal de la aseguradora, sin verificación, análisis o glosa.

¿A cuánto asciende el monto de los recursos ilícitamente destinados a pagos que no corresponden a gastos sistémicos? Habrá necesidad de realizar una evaluación actualizada de los mismos, a la fecha, si así lo establece la H.C.C. La cantidad que se estimó para las calendas de la presentación de la Acción Popular, hace una década, ascendía a cifra cercana a los trescientos mil millones de pesos (\$300.000.000.000), monto que se derivó del pago de

comisiones a intermediarios de corretaje de seguros. Por otro lado, la estimación de la época realizada por la SFC arroja una cifra superior a los doscientos mil millones de pesos (\$200.000.000.000) por pagos de otros gastos administrativos con cargo a las cotizaciones.

Sea también el momento de preguntar con relación a los miembros de las Juntas Directivas de las Aseguradoras, que compartan responsabilidades legales y administrativas en las decisiones y acciones ejecutivas que asume el representante legal y los altos ejecutivos en el manejo de este enorme volumen de recursos públicos si conocen a plenitud la delicada índole de lo que tratan estos asuntos. ¿Asumen la corresponsabilidad plena, “a sabiendas”, con sus ejecutivos, en los temas que son francamente ilegales? En cualquier caso asumirían la responsabilidad que les corresponde.

Lo que definitivamente no se comprende de la función de algunos de los “letrados en leyes”, que fungen o han fungido como asesores permanentes de las ARL o como abogados externos en diversas instancias, es la connivencia desde mucho tiempo atrás con los procedimientos ilegales de fusión y confusión de cuentas, de incorporación de los recursos parafiscales al patrimonio de las aseguradoras desde su captación, de procedimientos de pago y aplicación contable anómala, no sólo en lo relacionado con el pago de comisiones a los corredores de seguros con cargo a los recursos parafiscales, sino también en los procedimientos atinentes a otros pagos, expresamente señalados en la Ley, que deben ser ejercidos con cargo a los propios recursos patrimoniales de las ARL. En estos asuntos, más que como consejeros y asesores legales, letrados respetuosos de la Ley y la ética profesional, han actuado más bien como porristas o bastoneras decoradoras del despilfarro de los recursos públicos.

Teniendo en evidencia la sucesión de omisiones desde el origen mismo del Sistema, del ente encargado de la vigilancia de los recursos, la SFC, surgen preguntas tales como: ¿Los Empresarios y demás cotizantes al Sistema, 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 ajenos a sus propósitos de progreso? ¿Qué hará la SFC para justificar frente a los aportantes empresarios los enormes pagos en comisiones y otros pagos por fuera de la ley, con cargo a la parafiscalidad, como se señaló en la Acción Popular muchas veces citada en la demanda de inconstitucionalidad que nos ocupa?

¿Conocen los empresarios y cotizantes al SGRL que el Ministerio del Trabajo expidió la Resolución 3544 del 30 de septiembre de 2013, reglamentaria de la mencionada Ley 1562 de 2012, por medio de la cual fija un 23 % de las cotizaciones destinadas a ATEL como límite máximo para los gastos administrativos propios de las ARL? Mientras en el SGGSS el límite máximo que se ha establecido para las EPS y EAPB es del 8 % del recaudo de

cotizaciones. ¿No es acaso este 23 % una cifra privilegiada, que no tiene armonía ni consonancia con el propósito principal del Sistema? Se pide como prueba el documento donde se evidencia que los empresarios y trabajadores independientes están sufragando el funcionamiento de empresas comerciales aseguradoras de vida.

¿Se justifica socialmente y en términos de costos de producción semejante esfuerzo pecuniario, con el consecuente detrimento en la competitividad de nuestros empresarios colombianos por los altos costos en las cotizaciones para el SGRL y para las demás contribuciones a la seguridad social, aportes que ya conocemos que se les ha dado aplicación diferente a la que determinan la Constitución y las leyes? ¿Sabrán que parte significativa de sus aportes son finalmente derivados a la exportación de capital para sus casas matrices o para el acrecentamiento patrimonial de sus conglomerados oligopólicos?

En relación con los trabajadores afiliados a las ARL, y los independientes que se auto pagan su afiliación, la sociedad se pregunta si estarán efectivamente protegidos por estas rutilantes y prósperas entidades. Si se afirma que efectivamente es justificable el esfuerzo social, entonces ¿Es acaso razonable que esté aumentando el número de accidentados 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 que ahora se quiere validar el procedimiento mediante el artificio jurídico inconstitucional como lo es el Artículo 203 de la Ley 1955 de 2019 – PND, adicionado con el Art. 202 de la misma norma.

¿Cómo explicar las reconocidas dificultades que padece un trabajador lisiado o sus supérstites para efectuar una reclamación laboral por ATTEL ante la ARL, con decenas de trámites plagados de obstáculos jurídicos y para jurídicos, y muchas veces con recortes en los beneficios, sustentados en unas llamadas “negociaciones” de las indemnizaciones que realizan los ejecutivos de las ARL con personas lesionadas, en franca minusvalía y con desconocimiento de sus plenos e irrenunciables derechos?

¿Y cómo explica la Dirección General del SGRL, en el Ministerio de Trabajo, que precariamente ejerce la “rectoría” del Sistema, que estemos presenciando enormes contingencias laborales, con decenas de fallecidos y miles de afectados con causa u ocasión del trabajo, que aparecen en los medios de comunicación, y otros miles que no aparecen, por omisiones, descuidos y precariedades que deben ser cuidadosamente prevenidas, vigiladas y asesoradas por las ARL?

¿El dinero que pagan las ARL en costosas asesorías jurídicas para justificar gastos no contemplados en la ley e ilícitas aplicaciones contables, no deberían más bien aplicarse a la prevención del accidente de trabajo y la enfermedad profesional en los sectores productivos del país, que es evidente que bastante lo necesitan y que son atendidos de manera precaria?

Es evidente que no bajarán las frecuencias del ATTEL, ni se les darán las debidas prestaciones asistenciales y prestaciones a sus víctimas mientras las ARL no

se apliquen debidamente a la gestión de prevención con los recursos propios del SGRL que se utilizan irregularmente en prácticas ilícitas como las expuestas en la Demanda de Inconstitucionalidad y en la Acción Popular referenciada, y se vigile sin temor por parte del Ministerio del Trabajo la aplicación efectiva de los beneficios prestacionales.

Hasta ahora, los empresarios cotizantes y los trabajadores afiliados al SGRL han pasado inadvertidos este tema, pues desconocen sus intrincados laberintos jurídicos y burocráticos. Sin embargo, el pago de los sobrevalorados montos de las contribuciones parafiscales afecta la competitividad del empresario colombiano en relación con sus pares de otros países. Por otra parte, el derroche de recursos ajenos por parte de las ARL y su ánimo crematístico convierte cualquier reclamación de los enfermos profesionales, los accidentados en el trabajo o afectados por enfermedad profesional en un vía crucis jurídico insostenible para las víctimas. Otra enorme falla de la burocracia a cargo de la Seguridad Social que debería ser corregida a la mayor brevedad.

Lo que se ha evidenciado en el proceso jurídico que en sus contenidos diversos completa más de dos décadas (desde 1999 con las mencionadas Circulares # 3 y # 4 expedidas por el Director Técnico de Riesgos Profesionales del Ministerio del Trabajo), es el alto costo que paga confiadamente el productor y empresario y el trabajador independiente colombiano que hace aportes mensuales, dinero que va a parar a los bolsillos de las aseguradoras ARL y de contera a los diferentes intermediarios comerciales. Así que el fallo que se avicina se convierte en una nueva oportunidad benéfica para que la Justicia establezca que quienes utilicen indebidamente los recursos públicos parafiscales deberán reintegrarlos plenamente, adicionado con las demás responsabilidades que correspondan en toda la órbita de la responsabilidad judicial, fiscal y social.

Se hacen necesarias estas consideraciones administrativas y sociales frente a un tema de interés nacional, las que se desprenden del análisis argumental para quienes juiciosamente hayan seguido las tesis presentadas en la Demanda de Inconstitucionalidad y en la citada Acción Popular, aún no resuelta ni fallada en derecho, con carácter de cosa juzgada. Son señalamientos jurídicos, financieros y contables, con consecuencias amplias para el conjunto de la sociedad y prestacionales para los trabajadores, que no pueden ser obviadas si de lo que se trata es de la conformación de un desarrollado y cetero criterio jurisdiccional y el análisis holístico de todas las circunstancias, con sus derivadas y profundas consecuencias y afectaciones a la salud pública, a la salud de los trabajadores afectados por ATEL, a la moralidad administrativa, al patrimonio público de los cotizantes y a la Hacienda Pública.

CONSECUENCIAS DEL FALLO QUE EMITA LA H.C.C.

De todo lo analizado en la demanda de inconstitucionalidad, lo adicionado en esta Coadyuvancia, así como en la Acción Popular tantas veces mencionada, es posible concluir que se configura y existe, desde el origen del SGRL en 1995,

“(…) una conducta institucional omisa y culposa por des aplicación y negligencia, realizada por la Superintendencia Bancaria y/o Superintendencia Financiera de Colombia consistente en responder negativamente y en negarse expresamente a ejercer su competencia plena (…)”⁴⁶

Se observa en todo el curso procesal de la Acción Popular citada un *síndrome obstructivo persistente* al omitirse un fallo de fondo y quedar latente la sentencia, por lo que se hace necesario definir sin duda ni recato la destinación específica de los recursos de la Seguridad Social. Como consecuencia de la determinación y sentencia que expida la H.C.C. en relación con la Demanda de Inconstitucionalidad presentada, de la Acción Popular y de las Coadyuvancias, se tendrán que desprender las correspondientes acciones de los organismos competentes para investigar a fondo y corregir los procedimientos irregulares, dando curso a las peticiones y proceder a los correctivos y sanciones a que haya lugar.

Requerimientos correctivos que le fueron puestos en su conocimiento a la SFC y a los órganos judiciales en las instancias correspondientes, en diversas y diferentes ocasiones. Se trata también de ordenar la devolución de los dineros públicos apropiados indebidamente (señalados en cuantías en la temporalidad de la Acción Popular referenciada), actualizados sus montos. Todo lo puntualizado configura vulneración de manera permanente y actual al derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa, que surge de un comportamiento desaplicado, negligente, ineficiente, ineficaz y con conciencia plena (“a sabiendas”) de las consecuencias de los actos de las personas y empresas que en ello han actuado.

El procedimiento de pagar remuneraciones varias que la ley taxativamente prohíbe, con cargo a los recursos del sistema mediante su imputación y/o registro contable a la partida y/o cuenta denominada ‘Administración del Sistema’, que se sufraga con la cuota-parte o categoría porcentual del noventa y cuatro por ciento (94%) de la cotización del SGRL, es práctica ilegal, anti técnica y lesiva enfrente del SGRL, afecta seriamente a los empresarios contribuyentes de buena fe, a los trabajadores afiliados y a la sociedad colombiana en general, que ha depositado en estas entidades aseguradoras la confianza pública y la administración de abundantes y billonarios recursos parafiscales con destinación específica.

Adicional y consecuentemente, se tendrán que corregir todos los procedimientos anómalos que han afectado los derechos e intereses colectivos

⁴⁶ Proceso Acción Popular No. 110013331011-2008-00135-01, Demandante: Domingo Banda Torregroza, Demandada: Superintendencia Financiera de Colombia. Pág.122

empeñados en la defensa del patrimonio público, la salud y salubridad públicas y la libre competencia económica.

Ante el cúmulo de hechos señalados, asumo que los respetados magistrados de la H.C.C. ordenarán a la SFC la definición, desde el origen del Sistema, de a cuánto asciende el volumen de los recursos públicos parafiscales que se han destinado a gastos que la Ley taxativamente no ha permitido, que corresponde al monto de apropiaciones indebidas originadas en los recursos públicos, los que han sido derivados impropriamente utilizando los mecanismos ya señalados, de manera que también se han soslayado los correspondientes pagos impositivos. Y de consecuente manera, podrán ordenar todos los elementos correspondientes que estimen apropiados para la debida corrección de esta continuada exacción.

Mediando la sentencia de la H.C.C., a los organismos de vigilancia y control del Estado les corresponderá precisar en su momento todos los pagos indebidos con cargo a la parafiscalidad y las imputaciones contables anti técnicamente registradas, la cuantía de los recursos apropiados y deberán proceder a su recuperación “*ex tunc*”, dado el carácter constitucional de *imprescriptibles* de los recursos de la Seguridad Social. Y, a su vez, la DIAN deberá precisar el monto correspondiente a los pagos eludidos por las ARL de IVA, GMF y otros, por imputarlos de manera anómala e ilícita a los “gastos propios del Sistema” por los que deberán responder las ARL que en tal práctica hayan incurrido.

Tiene en sus decisiones la H.C.C. la opción y el deber de corregir lo que a su plena competencia le corresponde y ordenar a las entidades del Estado que obren en consecuencia a fin de proceder a la corrección inmediata del exabrupto jurídico contenido en el Artículo 203 (y ojalá también del 202) de la Ley 1955 de 2019 y consecuentemente el cúmulo de anomalías registradas en la Acción Popular citada. De no hacerlo, se continuará consintiendo en la irregular utilización de los recursos públicos y enriqueciendo de manera incausada a unos particulares con las cuantiosas contribuciones parafiscales que pagan empleadores y contratistas de buena fe, como un impuesto gratuito de la sociedad productiva a las aseguradoras de vida.

Es así que, si en el curso del debate que se ha generado con ocasión de la Acción Popular y de la Demanda de Inconstitucionalidad contra el Art. 203 de la Ley 1955 de 2019, surgen de manera derivada e inescindiblemente ligados a la “*causa petendi*” y al “*thema probandi*” elementos que se revelarían y probarían como exacciones al patrimonio público y graves anomalías fiscales, presumo que sería indicado proceder con todas las pruebas pertinentes para que se manifieste en toda su magnitud la trama del asunto en cuestión, con las consecuencias plenas que de ello se deriven, o que se descarten definitivamente.

De otra manera, respetuosamente manifiesto a los Señores Magistrados de la H.C.C. que no dejaré de insistir por los medios a mi alcance para que se

devele toda la complejidad del asunto y las demás fuentes de exacción de los recursos parafiscales en el SISS (SGRL y SGSSS), lo que evidentemente nos llevaría a un derroche de recursos para la administración de justicia y una evidente falla en la economía procesal.

PETICIÓN DE PRUEBA

Solicito respetuosamente a la H.C.C. se anexe como prueba el Oficio de la SFC de fecha 18-03-2021, numerado 3340000, Respuesta Final al Número de Radicación 2021024979-006-000, Expediente IQ 2021020294135, con sus anexos, en el cual la SFC establece, siguiendo Resolución del Ministerio del Trabajo, que el monto máximo destinado a la Administración de la ARL como ramo de la aseguradora es el 23 % de la cotización que pagan empleadores empresarios y trabajadores independientes.

Señorías,

La sociedad deposita plena confianza en los Jueces en el ejercicio de la defensa integral del patrimonio público. Y espera que en tan responsable, respetable y noble función ejerzan su potestad plena y cabalmente. Si llegado el momento y la instancia apropiados no la ejercen, o lo hacen de manera incompleta, pregunto respetuosamente, ¿en quién deposita la confianza pública el conjunto de la sociedad y los terceros afectados de buena fe?

Por el cúmulo de razones expuestas en la Demanda de Inconstitucionalidad, en la Acción Popular citada, más las adicionadas en esta Coadyuvancia, es que se justifican plenamente todas las pretensiones del Accionante, las cuales procuran que el Estado proteja el interés público vulnerado y asuma, por fin, la inspección, vigilancia y control de una enorme masa de multimillonarios (billonarios en el tiempo) recursos públicos que vienen incorporados indebidamente desde su captación inicial al patrimonio de las administradoras ARL y gastados a voluntad, lo que ha conducido a que parte importante de esos caudales sean utilizados en gastos que la Ley no autoriza y se deriven para el beneficio de intereses particulares. Por lo que se hace imperativo que se establezca su monto, desde el origen del SGRL para que sean devueltos al mismo Sistema, dado el carácter de *imprescriptibilidad* de los recursos públicos.

Si la sentencia que emitan los Magistrados de la H.C.C. atiende al interés público en su plenitud, de manera integral y cabal con plena vocación y aplicación jurídica, se convertirá en un *veredicto histórico*, que retornará los recursos parafiscales a su cauce y destinación originales, producirá efectos

benéficos para el conjunto de la sociedad, seguridad jurídica para los aportantes de buena fe, empresarios y trabajadores independientes, y para los beneficiarios trabajadores afectados, orden y control institucional y ciudadano sobre los recursos públicos del SGRL y protección de los derechos e intereses colectivos vulnerados.

Como elemento sustancial, necesario y trascendente, deseo que todo este asunto conduzca a una profunda reevaluación ética en los criterios y conductas que han guiado las actuaciones equívocas de algunos de los actores principales del SGRL, de los administradores de los recursos que así han procedido y de los organismos de vigilancia y control.

De los Señores Magistrados de la H.C.C.,

Muy respetuosamente,



GERMÁN FERNANDEZ CARRERA MD

C.C. 19132.623

Correo electrónico: germanf5000@yahoo.com

Calle 100 No. 10-25 Apto 804 – Bogotá

Médico Cirujano - Universidad del Rosario

Ex Director Hospitales de Tolú (Sucre) y El Guavío (Hoy Centro Oriente – Bogotá)

Ex Director Nacional de Atención Médica – Ministerio de Salud

Ex Presidente y Fundador de la Fundación para el Desarrollo de la Medicina Industrial -

FUNDEMI

Ex Director Técnico de Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales - Ministerio de Trabajo

Ex Director (e) de la Dirección Técnica de Seguridad Social – Ministerio de Trabajo

Ex Asesor >Secretaría Distrital de Salud – Bogotá

Ex Magistrado del Tribunal de Ética Médica de Bogotá