

***LA PARTICIPACIÓN DE LOS CONSTITUYENTES EN LA GESTIÓN DE LOS
FONDOS DESTINADOS A LA SEGURIDAD SOCIAL***

JANNETH PEREZ CAMBEROS

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO**

Chía

2007

***LA PARTICIPACIÓN DE LOS CONSTITUYENTES EN LA GESTIÓN DE LOS
FONDOS DESTINADOS A LA SEGURIDAD SOCIAL***

**Investigación Profesoral
Etapa I**

**Investigador Principal
JANNETH PEREZ CAMBEROS**

**Director de Investigación
JOSE ALPINIANO GARCIA MUÑOZ**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
Chía
2007**

Nota de aceptación.

Firma del jurado

Chía, 20 de diciembre de 2007

TABLA DE CONTENIDO

Tabla de abreviaturas

Introducción

1. Gestión técnica de la seguridad social
 - 1.1. La seguridad social como seguro
 - 1.2. Sujetos sometidos al riesgo
 - 1.3. Constituyentes beneficiarios y gestores

2. Problemas relevantes del sistema contributivo
 - 2.1. Administradores de los recursos
 - 2.2. Relación entre cotización y servicios prestados
 - 2.3. Población independiente

3. Un nuevo modelo de gestión
 - 3.1. Asamblea general de constituyentes
 - 3.2. Administradores
 - 3.3. Gestión autónoma de los recursos
 - 3.4. Ventajas del nuevo sistema

Conclusiones

Bibliografía

TABLA DE ABREVIATURAS

| | |
|------------|---|
| AFP | Administradora de Fondos de Pensiones |
| ARP | Administradora de Riesgos Profesionales |
| ARS | Administradora del Régimen Subsidiado |
| CONPES | Consejo de Política Económica y Social |
| CNSSS | Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud |
| ECOPETROL | Empresa Colombiana de Petróleo |
| EPS | Entidades Promotoras de Salud |
| FIDUFOSYGA | Fiduciaria del Fondo de Solidaridad y Garantía |
| FONSAT | Fondo de Seguro Obligatorio de Accidentes de Transito |
| FOSYGA | Fondo de Solidaridad y Garantía |
| IVA | Impuesto de Valor Agregado |
| IPS | Institución Prestadora de Servicios |
| ICBF | Instituto Colombiano de Bienestar Familiar |
| ICSS | Instituto Colombiano de Seguro Social |
| ISS | Instituto de Seguro Social |
| POS | Plan Obligatorio de Salud |
| POSS | Plan Obligatorio de Salud Subsidiado |
| SGSSS | Sistema General de Seguridad Social en Salud |
| SAFP | Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones |
| UPC | Unidad de Pago por Capitación |

INTRODUCCION

La Revolución Industrial, el auge comercial y el desarrollo del Capitalismo, promovieron la utilización de mayor cantidad de mano de obra, al igual que sistemas mecánicos más complejos y peligrosos, para los trabajadores. El perfeccionamiento de los procesos tecnológicos produjo nuevas ramas industriales, y consecuentemente nuevos accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que generaron la necesidad¹ de aumentar la prevención de infortunios laborales.

En Colombia en 1946, la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales² (ICSS), hoy llamado Instituto de Seguro Social (ISS), constituye el antecedente más importante en seguridad social, con el cual se dio inicio a un sistema de protección a los trabajadores del sector privado vinculados por contrato de trabajo, contra los riesgos derivados de la enfermedad.

La seguridad social empezó a entenderse como un servicio público financiado y dirigido por el Estado³⁴ cuya entidad encargada de la organización, dirección y vigilancia de la seguridad social era el ISS.

¹ AYALA, C. Carlos. Legislación en Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales. Bogotá: Ediciones Salud Laboral Ltda., Tercera Edición, 2005. p. 10-13. “El afán de cuidar la vida de los trabajadores se extiende rápidamente a diferentes países de Europa como Alemania, Italia y Rusia, quienes organizaron entidades gubernamentales encargadas de velar por la Seguridad Industrial y la salud ocupacional en las empresas publicas y privadas. Se expiden leyes sobre accidentes de trabajo que van a la par con el proceso industrial que aumenta los peligros y riesgos de accidentalidad laboral”.

² Ley 90 del 26 de diciembre de 1946 “Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”.

³ SAMPER, RODRÍGUEZ. Gustavo. La Seguridad Social en Colombia. Bogotá: Colombo Editores, 1996. p. 25 – 44. “La prestación del servicio de salud se encontraba a cargo de entidades de muy variado origen, orientada y administrada por el Ministerio de Salud y los servicios departamentales y municipales de salud, financiados por apropiaciones presupuestales e impuestos recaudados por la Nación, Departamentos, Distritos y Municipios, dando lugar a una proliferación de instituciones de tal naturaleza encargadas de prestar el servicio. Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el sistema pensional para los trabajadores del sector privado era el denominado reparto simple con prima media escalonada, administrado por el Estado, a través del Instituto de Seguros Sociales y para los trabajadores del sector público, existían alrededor de 1.000 cajas y fondos previsionales encargados de administrar sus pensiones, financiadas en algunos casos con cotizaciones, pero sobre todo con recursos provenientes de transferencias presupuestales”.

En 1964⁴, se extendió la protección de las contingencias derivadas de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, ampliando los beneficios a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, logrando así el cubrimiento de las contingencias básicas.

Entre los años de 1975 y 1976 se amplió el campo de protección a los riesgos de enfermedad y maternidad sin discriminación, hasta llegar a los trabajadores independientes, así la seguridad social empezó a tomar rumbo hacia el cubrimiento integral de las contingencias de los trabajadores del sector privado.

A pesar de los esfuerzos del Gobierno, múltiples factores promovieron una baja cobertura en seguridad social, entre los que se destacan el crecimiento acelerado del ISS con la consecuente acumulación de defectos estructurales y organizativos, los escasos esfuerzos realizados para extender los beneficios de la seguridad social a nuevos grupos de población y la evasión estimulada por el deficiente servicio.

Para la década de los 80, en materia de salud, los costos de atención médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria producían un déficit derivado de la inconsistencia entre el valor de los beneficios otorgados, frente al monto de las cotizaciones, por tanto los aportes nunca fueron suficientes para asumir las prestaciones económicas establecidas⁵.

En materia de pensión, las cotizaciones para realizar los pagos también estaban descompensadas, debido a que los aportes realizados por los trabajadores dependientes o del sector formal, que no podían ocultar sus salarios, pagaban las pensiones de quienes tenían mayores ingresos y podían ocultarlos.

⁴ JARAMILLO, Iván. El Futuro de Salud en Colombia Ley 100 de 1993 Cinco Años Después: Fascol, Cuarta Edición, 1999. p. 29 - 33

⁵ JARAMILLO, *Op.Cit.* p. 29-33

Lo anterior, sumado a la falta de control por parte del ISS sobre la liquidación de la pensión de vejez para el sector privado con base en el promedio de los dos últimos años de cotización, incentivó la subdeclaración de salarios durante gran parte de la vida laboral y la posterior sobrevaloración de los mismos en los dos últimos años de cotización.

Aparece así, el desequilibrio financiero del sistema de reparto simple con prima media escalonada, afectado a su vez por la incongruencia entre la relación numérica de los trabajadores activos y cotizantes comparados con el número de pensionados.

Esas fueron algunas de las razones que justificaron la reforma legislativa que perseguí tres propósitos: el primero de ellos racionalizar el uso de los recursos para controlar los costos buscando así la cobertura de nuevos grupos de población; el segundo, mejorar la calidad técnica y humana de los servicios y el tercero, enfocar el desarrollo del ISS hacia las políticas sociales del Gobierno⁶, como la cobertura, la solidaridad y la universalidad.

Dos décadas después, en el debate de la Asamblea Nacional Constituyente se coincidió sobre la urgencia de modificar la seguridad social, lo que hizo que se aprobara el artículo 48 de la Constitución Política* el cual ordenó reformar el

⁶ MIRANDA, TALERO. Alfonso. El derecho de la seguridad social. Santa fe de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad Ciencias Jurídicas, 1995. p. 67 – 71. Propósitos planteados por el Ex–Presidente Alfonso López Michelsen; mediante las facultades extraordinarias, dadas por el Congreso de la República por la Ley 12 del 25 de enero de 1977, profirió los Decretos 1650, 1651, 1652, 1653, 1698 y 1700, expedidos entre el 18 y el 22 de julio de 1977.

*Luego de décadas se adoptó una norma constitucional que tratara el asunto, pues se había llegado a la conclusión de que el mandato constitucional era el fundamento necesario, para consagrar la obligación del Estado, para así poder dictar los reglamentos propios de un moderno sistema y de esta manera poder brindar un sistema de seguridad social integral. Si bien, no existía un mandato constitucional que estableciera la seguridad social en Colombia, si existían normas de inferior categoría, por ejemplo el Decreto Ley 148 de 1976 el cual establecía el objeto de los Seguros Sociales y el Decreto Ley 433 de 1971 el cual establecía un concepto mas amplio de seguridad social como servicio público, como los antecedentes legislativos que hicieron que desembocara en las normas constitucionales, de tal forma que se llegara a la conclusión de que el mandato constitucional era la base y el fundamento necesario para la existencia de un sistema de seguridad social integral.

Sistema de Seguridad Social Integral como un servicio público esencial, fundado en tres principios: la universalidad, la solidaridad y la eficiencia⁷.

El primero, encaminado a ampliar la cobertura de la población; el segundo, planteado por primera vez con el objeto de ampliar la disponibilidad de recursos destinados a hacer viable la seguridad social a la población y el tercero, abrir las puertas a la competencia y concurrencia entre el sector público y privado para el mejoramiento en la prestación del servicio en seguridad social.

Estos antecedentes dieron lugar a la expedición de la Ley 100 de 1993, con lo cual se plantearon importantes modificaciones al sistema; en materia de pensiones, se crearon dos regímenes a saber: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad⁸.

Sin embargo ello no ha sido suficiente, el sistema de prima media en pensiones continua siendo un problema prioritario para el Estado, quien no tiene como resolver el problema de deuda publica pensional. En salud, tampoco tiene recursos para ampliar la cobertura hacia los más pobres, ni alcanza los niveles de competitividad frente al desempeño de los prestadores privados.

Recientes estudios de organismos internacionales han determinado que a pesar de los avances en materia de seguridad social, aun continúan graves problemáticas que afectan seriamente su sostenibilidad, y es desde esta perspectiva aplicada al caso colombiano que partimos para **proponer modificaciones al modelo de administración que garantice soluciones a corto o mediano plazo.**

⁷SAMPER, *Op.cit.* p. 25-28.

⁸ Ley 100 del 23 de diciembre de 1993. “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículos 31 y 59. Disponible en. www.mininterior.gov.co.

Este estudio se centrará básicamente en el régimen contributivo tanto en pensiones como en salud, proponiendo mecanismos eficientes de administración de los recursos.

En el primer capítulo se desarrollará como planteamiento principal, la concurrencia de los elementos del seguro en materia de seguridad social. Posteriormente se analizarán los problemas derivados del modelo de seguridad social actual, cuyo esquema administrativo y financiero difiere de la estructuración de un contrato financiero, que en nuestra opinión constituye su verdadera naturaleza.

En el tercer capítulo se proponen modificaciones al modelo de administración de recursos impulsado principalmente por la participación de los aportantes, mayor número de administradores y una gestión autónoma de los recursos

La presente investigación fue desarrollada por Janneth Pérez Camberos profesor - investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, con la colaboración de dos estudiantes Francly Lizbeth Vargas Annichiarico y Katherine Luna Patiño egresadas de la misma facultad.

La participación de las egresadas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana en la ejecución del proyecto de investigación, corresponde al desarrollo de la primera etapa de la investigación referente a la determinación de la naturaleza jurídica del sistema actual y los problemas relevantes de la Seguridad Social en Colombia.

Conforme a las labores que les correspondan según el director y la ejecutora del proyecto las egresadas desarrollarán la primera etapa de la investigación principal, lo cual equivaldrá a su trabajo de grado siempre que el informe final de la investigación sea aprobado de conformidad con las reglamentaciones internas del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad

de La Sabana.

La razón por la que la investigación a pesar de ser desarrollada por un profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, cuenta con un Director que también tiene la misma calidad en la Facultad, obedece a que se desarrollará como requisito para obtener el título de especialista en Seguros y Seguridad Social de la Universidad de La Sabana. Todo esto según aprobación de la Comisión de la Facultad de Derecho que consta en el Acta No. 339 del 24 de febrero de 2005.

El método empleado para llevar a cabo la investigación es inductivo – deductivo, pues parte de diversas fuentes de información general como el marco legal y la doctrina para determinar problemas puntuales del marco teórico en el funcionamiento del sistema, basados en estudios de diagnóstico elaborados por organismos nacionales e internacionales interesados en el tema.

1. GESTIÓN TÉCNICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Ley 100 de 1993 constituye un avance en la historia de la seguridad social en Colombia debido al desarrollo armónico y progresivo del servicio público, caracterizado por la universalidad, la ampliación de cobertura, la solidaridad y la eficiencia de los entes prestadores del servicio.

No obstante, y sin dejar de reconocer el esfuerzo por acercarnos a un Sistema de Seguridad más acertado y garantista, aún subsisten algunos inconvenientes relacionados con la administración de recursos y el régimen de inversión.

La creación de mecanismos financieros y organizacionales concretos permite la universalidad, en la medida en que posibilita ampliar la cobertura, no solo en los casos de enfermedad y maternidad, sino también en los casos de vejez, invalidez, sobrevivencia, accidentalidad en el trabajo y enfermedad profesional.

La solidaridad permite redireccionar recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados de mayores ingresos, para hacer viable la seguridad social y así favorecer a quienes no pueden sufragar la totalidad del aporte o no tienen ninguna posibilidad de cotizar.

Finalmente, la eficiencia hace referencia a la libertad que prevé la ley para elegir la entidad administradora de seguridad social, así como la garantía de la libre y vigilada competencia entre las entidades que administran los servicios.

Por tanto, los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia, son viables en la medida en que existan mecanismos financieros que permitan reunir recursos económicos para la cobertura de diversas contingencias.

La seguridad social tiene una clara naturaleza financiera que reúne los elementos esenciales de la actividad aseguradora. No obstante, al analizar el marco legal actual del Sistema de Seguridad Social puede evidenciarse que no existe coherencia entre el diseño administrativo y el modelo financiero, lo cual ha generado problemas relevantes de carácter administrativo y financiero.

Nuestro estudio se centrará, en materia de pensiones, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en materia de salud, en el Régimen contributivo. Para ello es importante resaltar algunas particularidades que serán objeto de análisis en los capítulos siguientes.

En Pensiones, con el Régimen de ahorro Individual con solidaridad, se crearon las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP)¹ que pueden constituirse legalmente² bajo la forma de sociedades anónimas o de instituciones solidarias, debidamente autorizadas por la Superintendencia Financiera³.

Su objeto es la administración del fondo de pensiones y el otorgamiento de beneficios y prestaciones que establece la ley a sus afiliados, para lo cual deberán recaudar las cotizaciones, abonarlas a las cuentas de capitalización individual e invertir los recursos que genere el sistema, razón por la cual no pueden dedicarse a actividades financieras propias de bancos o compañías de seguros, ni a ningún otro tipo de negocios.

Los fondos de pensiones están constituidos por todas las cuentas individuales de ahorro pensional, los planes alternativos de capitalización o de pensiones, los intereses, dividendos y los ingresos generados por los activos adquiridos,

¹ Ley 100 de 1993 Artículo 97 y Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Artículo 168 NUm. 5)

² *Ibid.*, Artículos 90,91 y 99.

³ MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Decreto 656 del 24 de marzo de 1994. “Por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”. Artículos 1 y 35.

propiedad de los afiliados, constituyendo recursos ajenos e independientes del patrimonio de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP).

La Superintendencia Financiera⁴ ejerce el control y la vigilancia de las entidades administradoras de los planes de capitalización y pensiones. Las entidades SAFP, se encuentran obligadas a prestar un servicio eficiente, eficaz y oportuno, razón por la cual son responsables de culpa leve frente a sus afiliados⁵.

Respecto del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Ley 100 de 1993 creó tanto para los dos regímenes de Régimen Contributivo⁶, y de régimen subsidiado⁷, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), las Instituciones Prestadoras del Servicio (IPS)⁸ y las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP)⁹.

Para nuestro estudio interesa conocer que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) son las entidades responsables de la afiliación, registro y recaudo de las cotizaciones. Su función básica, es la de organizar y garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud (POS) a sus afiliados, así como girar la diferencia entre los ingresos recaudados por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación.

⁴ MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Decreto No. 4327 de 2005 de fecha 25 de noviembre de 2005 “Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura”. Disponible en www.minhacienda.gov.co.

⁵ *Ibíd.*, Artículo 4.

⁶ Ley 100 de 1993. Artículo 202.

⁷ *Ibíd.* Artículo 211.

⁸ *Ibíd.* Artículo 185.

⁹ MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 1295 del 22 de junio de 1994. “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales”. Artículo 80. Disponible en www.minproteccionsocial.gov.co.

Con el fin de administrar los recursos se crea el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA)¹⁰, encargado de manejar los dineros de manera independiente dentro de cada sub-cuenta y destinarlos así exclusivamente a las finalidades puntualmente consagradas en la ley.

Adicionalmente, tiene el objeto de garantizar y proteger la solidaridad del sistema de seguridad social en salud y asegurar la compensación entre las personas con diferentes ingresos y riesgos, cubriendo los riesgos catastróficos y accidentes de trabajo y así poder llegar a todos los niveles de la población.

El FOSYGA¹¹ fue creado como una sub-cuenta adscrita al Ministerio de Protección Social, hoy en día se maneja por FIDUFOSYGA, Consorcio Fiduciario, mediante encargo fiduciario¹² tal y como consta en la resolución de adjudicación número 004106 del 22 de noviembre de 2005, que comenzó a regir a partir de 15 de diciembre de 2005, sin personería jurídica ni planta de personal propia, administrado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS- y constituido por cuatro sub-cuentas¹³ con destinos específicos.

Los recursos manejados por el FOSYGA son, en un importante porcentaje, recursos parafiscales provenientes del presupuesto nacional¹⁴, adicional a ellos,

¹⁰ MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 1919 del 5 de agosto de 1994 “Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-ley 1298 de 1994”. Artículo 2. Disponible en www.minproteccionsocial.gov.co. y Ley 100 del 23 de diciembre de 1993. Artículos 156 literal i), y 167.

¹¹ Ley 100 de 1993. Artículo 218.

¹² Disponible en Internet: www.asofiduciaria.org.co El Encargo Fiduciario es: “Es un contrato que permite que la fiduciaria administre unos bienes que le son entregados, sin transferirle la propiedad, sino solamente la tenencia a fin de que la fiduciaria cumpla con las instrucciones dadas por el cliente. En los encargos fiduciarios no hay transferencia de dominio ni constitución de patrimonio autónomo. Los bienes continúan en el patrimonio del constituyente. A los encargos fiduciarios se les aplican las reglas del mandato”.

¹³ Ley 100 de 1993. Artículos 219 - 224 “El Fondo de Solidaridad y Garantía tendrá cuatro sub-cuentas que son: a) De compensación interna del régimen contributivo, b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud c) De promoción de la salud y d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

¹⁴ Ingresos correspondientes a los rendimientos financieros de la inversión de los ingresos derivados de la enajenación de las acciones y participaciones de la Nación en las empresas públicas o mixtas que se destinen a este fin por el CONPES; de los recursos provenientes del impuesto de remesas de utilidades de empresas petroleras correspondientes a la producción de la zona Cusiana y Cupiagua; los recursos del IVA social destinados a los planes de ampliación de la

están los recursos de aportes de los afiliados y los recursos provenientes en un porcentaje del valor de las unidades de pago por el Plan Obligatorio de Salud (POS) por cada uno de sus afiliados, cotizantes y beneficiarios; un punto de cotización girado por cada Entidad Promotora de Salud; un porcentaje de los recaudos del subsidio familiar que administran las cajas de compensación familiar que tengan un cociente igual o menor al cien por ciento del subsidio familiar del respectivo año; recursos del FONSAT; una contribución equivalente al 50% de la prima anual establecida para el seguro obligatorio y los aportes presupuestales del fondo de Solidaridad y Emergencia Social de la Presidencia de la Republica¹⁵.

Como puede observarse, tanto en el sistema pensional como en el régimen contributivo en salud, existe multiplicidad de actores con incidencia en la gestión de administración de recursos y con funciones legalmente definidas, sin embargo, tal estructura no responde a la naturaleza financiera del sistema.

A continuación, se ilustra como el sistema de seguridad social comparte elementos esenciales de la actividad aseguradora, y como los diversos actores del mismo, corresponden a los actores principales en una relación de aseguramiento.

LA SEGURIDAD SOCIAL COMO ACTIVIDAD ASEGURADORA

La gestión técnica de los fondos destinados a la seguridad social, comparte elementos esenciales de la actividad aseguradora, tales como la mutualidad, el cubrimiento de riesgos, la prima y correlativamente la prestación.

cobertura de seguridad social a las madres comunitarias del ICBF; del impuesto social a las armas y municiones y del impuesto social a las comunicaciones y explosivos.

¹⁵ Decreto 1896 del 3 de agosto de 1994 “Por el cual se reglamenta el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Derogado por el decreto 1283 del 23 de julio de 1996. Disponible en: www.banrep.gov.co. Artículos 9, 22, 23, y 31.

La mutualidad¹⁶ tiene por objeto generar la defensa o garantía de ciertos riesgos que tienen en común un determinado grupo de personas, para que de esta forma sea el mismo grupo quien afronte el siniestro que puede sufrir cualquiera de los asociados; en otras palabras, es la utilización constante del principio de solidaridad y ayuda en el recaudo de cotizaciones.

El cubrimiento del riesgo es definido como la probabilidad o posibilidad de realización de un evento dañoso previsto en el contrato, que motiva el nacimiento de la obligación del asegurador consistente en resarcir un daño o el cumplimiento de la prestación convenida¹⁷.

La prima es un elemento fundamental para el buen funcionamiento del mecanismo técnico del seguro, puesto que permite atender el pago de la siniestralidad; de esta forma, nace la necesidad de contar con un fondo de primas para así poder atender los siniestros. Se define como la suma de dinero que paga el tomador del seguro al asegurador por concepto de una contraprestación por la cobertura del riesgo que ésta le ofrece.

Finalmente, la prestación es el conjunto de obligaciones que el asegurador tiene frente al asegurado en el evento que ocurra un siniestro. Por lo tanto, es la contraprestación que asume el asegurador con respecto a la obligación del pago de la prima a cargo del asegurado. Garantiza la reposición económica en el patrimonio del asegurado cuando se ve afectado con el siniestro, bien sea en la restitución del objeto dañado o mediante el pago de una suma de dinero.

¹⁶GUILLEN. R., Jean Vicent. Diccionario Jurídico. Bogotá: Temis, 2001. p. 262.

¹⁷STIGLITZ S. RUBEN. Derecho de seguros. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1997. p. 167.

Una vez dados los elementos esenciales de la actividad aseguradora, ilustraremos cómo cada uno de ellos se relaciona de manera directa con la seguridad social, de esta manera:

El primer elemento, desarrollado por el principio de solidaridad en la Seguridad Social, hace referencia al conjunto de personas que comparten un riesgo individual y similar, con lo cual se pretende minimizar o colectivizar el riesgo para poder asumirlo, en la medida en que los miembros del grupo (asegurados) fraccionen el valor de la ocurrencia del riesgo.

El fraccionamiento en un buen número de sujetos hará que el costo sea sobrellevado con mayor facilidad por ellos mismos, es decir, para este caso el aseguramiento será un contrato de suscripción masiva donde el asegurador oferente de dicho contrato, tendrá la facultad de disminuir o elevar la prima y así poder determinar el número y valor de las cuotas aportadas por cada uno de sus asociados.

La mutualidad en el sistema pensional y en el sistema de salud, se ve reflejada en aquel grupo de personas que ingresan a ellos, por medio de una afiliación y que tienen capacidad de pago* para pagar el aporte y así compartir un mismo riesgo.

El segundo elemento, el riesgo, consiste en la posibilidad que tiene la persona de sufrir algún deterioro de las condiciones de bienestar previstas en la póliza. Este elemento es considerado dentro de nuestro estudio, como pieza fundamental, opera en el momento en que uno o varios de los asegurados o miembros que solidariamente han asumido los riesgos ajenos con sus contribuciones, soportan el

*Tal y como se dijo en la introducción este trabajo se centrará en el estudio del Régimen Contributivo en salud y de Ahorro Individual en pensión.

siniestro sufrido por uno de ellos, a partir de la pluralidad de primas que ellos mismos han aportado.

En el sistema pensional, hace referencia a las clases de pensiones¹⁸ establecidas por la ley tales como pensión de vejez, muerte e invalidez y a la posibilidad de que se cumplan los requisitos que establece la Ley para su reconocimiento; en el sistema de salud, hace referencia a los diferentes tipos de servicios establecidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS)¹⁹, tales como consulta, hospitalización, urgencias, cirugías, exámenes diagnósticos de acuerdo al tipo de enfermedad que se presente.

Se logra la homogenización del riesgo al ampliar el rango de las distintas variantes que en siniestros puedan suceder, dado un número de riesgos que han sido previamente definidos por la legislación en materia de seguridad social.

Otro elemento del contrato de seguro es la prima o cotización, ésta es el precio del seguro que los mismos asegurados realizan. No solo es una remuneración que recibe la aseguradora para hacerle frente a los riesgos que está amparando la póliza, sino que constituye un elemento material que permite la efectividad del aseguramiento en la medida en que suministra los recursos para afrontar los riesgos.

¹⁸ BAEZA, P., Sergio. El Seguro. 3 Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 63 – 74.

¹⁹ MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Resolución 5261 del 5 de agosto de 1994. “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Los niveles de complejidad serán los siguientes según el artículo 20 de la Resolución 5261: “... NIVEL I: Médico general y/o personal auxiliar y/o paramédico y/o de otros profesionales de la salud no especializados. NIVEL II: Médico general y/o profesional paramédico con ínter consulta, remisión y/o asesoría de personal o recursos especializados. NIVEL III y IV: Médico especialista con la participación del médico general y/o profesional paramédico”. Estos niveles serán dados según la situación de enfermedad del paciente y de acuerdo a esto será clasificado en uno de los niveles de complejidad, para que de esta manera sea atendido por el profesional médico que diera lugar y así mismo, se le suministraran los procedimientos o intervenciones, servicios, insumos, medicamentos o tecnología que sea necesaria para tratar la enfermedad. Disponible en www.minproteccionsocial.gov.co.

La prima, en materia de pensión, hace relación a la cotización y en el sistema de salud, se refiere a la cotización más el copago*. El valor de la cotización depende del ingreso que el afiliado haya acreditado al momento de la afiliación, constituyendo una diferencia importante respecto del tratamiento al que se le da a la prima dentro de la actividad aseguradora.

Finalmente, como último elemento, encontramos la prestación, la cual pretende una reposición económica en el patrimonio del asegurado afectado con la ocurrencia del siniestro. Bien puede darse con la restitución del objeto dañado o bien sea mediante una suma de dinero.

En materia de seguridad social, la prestación en pensiones consiste en el reconocimiento o pago de una pensión de vejez, invalidez o muerte; de esta manera el recaudo de aportes en los fondos, permitirá sufragar la prestación definida. En materia de salud, se refleja en la prestación efectiva del servicio, cuando el afiliado o sus beneficiarios requieren el servicio.

Con la explicación anterior se ilustra cómo cada uno de los elementos del aseguramiento, se relaciona y comparte de manera directa con la seguridad social en Colombia.

Ahora bien, La actividad aseguradora contempla ciertas reglas técnicas para conformar la mutualidad, fijar las primas y el riesgo asumido. En primer lugar se tiene en cuenta la mutualidad, como ese gran número de personas que comparten

*Es el aporte en dinero que corresponde a una parte del valor del servicio y tiene como finalidad ayudar a financiar el sistema. Se cobra copago en todos los servicios del POS en los que no se cobra cuota moderadora. No se cobra copago en los eventos de servicios de promoción y prevención, programas de atención materno infantil, programas de control en atención de enfermedades transmisibles, atención inicial de urgencias y enfermedades catastróficas. Los copagos son cancelados únicamente por los beneficiarios, con base en el Ingreso base de cotización del cotizante de acuerdo con los rangos establecidos por la ley y corresponden a un porcentaje del valor del servicio a utilizar. En el momento en que le emitan la autorización de servicio, le informarán el porcentaje que se aplicará sobre el valor de la cuenta y el tope máximo a pagar.

el mismo riesgo, y que aportan de manera proporcional al riesgo que puede sufrir cualquiera de ellos. Con fundamento en ella, se determinan las primas, el riesgo a asumir y las prestaciones a cubrir. El paso siguiente será determinar si tales reglas técnicas son aplicadas a la seguridad social en Colombia.

SUJETOS SOMETIDOS AL RIESGO

El sistema de seguridad social tiene como objeto propender por la cobertura integral de contingencias que menoscaban la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, y de esta forma lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

El régimen pensional, enfatiza la función de garantía no solo para quienes están afiliados bajo una relación de carácter laboral o para aquellos que cuentan con capacidad económica para afiliarse al sistema, sino que también amplía la cobertura para sus beneficiarios, con ocasión de la ocurrencia del riesgo de vejez, invalidez o muerte.

Son sujetos sometidos al riesgo toda la población que se encuentre afiliada al amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones establecidas en la ley²⁰

Es afiliado al sistema pensional aquel que paga un valor mensual de cotización²¹, sea trabajador dependiente o independiente, el monto se establece previamente

²⁰ Constitución Política de Colombia. Artículos 48 y 53 y Ley 100 de 1993. Artículo 64 - 78.

²¹ Ley 797 del 29 de enero de 2003. Artículo 7, que modificó el Artículo 20 de la Ley 100 de 1993, establece que la tasa de cotización será del 13.5% del ingreso base de cotización, del cual los empleadores pagaran el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante. La Ley 797 de 2003, en el Artículo 6, que modificó el Artículo 19 de la Ley 100 de 1993, establece que la tasa de cotización de los afiliados al sistema que no estén vinculados mediante contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o servidores públicos, cotizaran sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la

de conformidad a sus ingresos, formándose así un conjunto de personas que entran a compartir el amparo contra la ocurrencia de un riesgo, tal como ocurre en uno de los elementos del contrato de seguros como la mutualidad ya explicada.

El Régimen contributivo en Salud, está conformado por un conjunto de instituciones, normas y procedimientos con miras a que los habitantes del territorio nacional tengan un aseguramiento de sus riesgos en salud y un acceso equitativo con calidad y protección integral, a un paquete mínimo de servicios.

El Régimen Contributivo rige la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, principalmente a través del pago de una cotización, o un aporte económico previo, financiado por el afiliado y su empleador. Adicional a estas cotizaciones, existen los pagos moderadores, que garantizan una racionalización del servicio de salud²².

Los afiliados y sus beneficiarios tienen derecho a la prestación de un paquete de servicios básicos en salud denominado Plan Obligatorio de Salud - POS²³. Dependiendo del régimen, este plan incluye diferentes niveles de servicios para los afiliados y beneficiarios²⁴. El FOSYGA deberá pagar a las Empresas

cual se afilien, guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos. A partir del 1 de enero del año 2004 la cotización se incrementara en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1 de enero del año 2005 la cotización se incrementara en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. La Ley 797 de 2003, en el Artículo 5, que modificó el inciso 4 y parágrafo del Artículo 18 de la Ley 100 de 1993, establece que: “En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente”.

²² MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL – CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Acuerdo No. 260 del 27 de enero de 2004 “Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud” en www.derechoydesplazamiento.net/IMG/pdf/Acuerdo_260_2004.pdf

²³ Ley 100 de 1993. Artículo 162.

²⁴ MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Acuerdo 306 del 16 de Agosto de 2005, “Por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado”. De acuerdo al Artículo 2, los contenidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (POS-S) son a grandes rasgos: Acciones para Promoción de la Salud y Prevención de la Enfermedad, Acciones para la recuperación de la Salud en el que se encuentra la cobertura de servicios de primer nivel de complejidad, la prestación de servicios de segundo y tercer nivel de complejidad, las Atenciones de Alto Costo, los Materiales y suministros, ortesis, prótesis, y dispositivos biomédicos, Cobertura de servicios de hospitalización diferentes a UCI, Transporte de pacientes, medicamentos y Complementación diagnóstica y terapéutica.

Promotoras de Salud - EPS²⁵, el valor total del conjunto de servicios y medicamentos ofrecidos en el POS para cada afiliado, independientemente de que éste o sus beneficiarios utilicen tales servicios.

Los afiliados y sus beneficiarios tienen algunas obligaciones y deberes²⁶, correlativo a esto gozan del derecho a opinar y participar. Por ejemplo, los representantes de las asociaciones de usuarios pueden intervenir en las juntas directivas de las entidades de carácter público y privado.

Por su parte, el Sistema General de Seguridad Social en Salud deberá estimular la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del sistema y de éste, en su conjunto.

Uno de los propósitos de la ley 100 de 1993, consiste en la descentralización de la prestación de los servicios, permitiendo la competencia entre entidades prestadoras, para lograr el mejoramiento en la calidad del servicio e incentivar una mayor participación y responsabilidad de los usuarios frente a dichas entidades²⁷.

²⁵ Decreto 1283 de Julio 23 de 1996. “Por medio del cual se reglamenta el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en salud”. La operación de la subcuenta de compensación debe realizarse de la siguiente manera:

La cotización que cada afiliado cancele será distribuida de esta manera, del 12% que cada aportante cotiza a la EPS, se destina el 1% al Fondo de Solidaridad y Garantía, el cual es depositado en la Subcuenta de Solidaridad. Así mismo, el 11% sobrante se divide de la siguiente forma, el 0.3% lo descuenta la EPS por concepto de incapacidades generales que haya cubierto en el periodo cotizado, de este también se descuentan las incapacidades generadas por licencias de maternidad cubiertas por la entidad y el 10.7% restante, deberá ser consignado por la EPS en la Subcuenta de Compensación del FOSYGA.

Los excedentes que resultaren de las operaciones nombradas anteriormente deberán ser girados al Fondo de Solidaridad y Garantía el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones por el Gobierno Nacional. Dichos recursos se destinarán a financiar las EPS, cuando los ingresos totales por cotizaciones no sean suficientes para cubrir la totalidad de las Unidades de Pago por Capitación (UPC) que le reconoce el Sistema por sus afiliados y el valor de las licencias de maternidad que haya pagado el mes anterior.

²⁶ Ley 100 de 1993, Artículo 160.

²⁷ JARAMILLO, *Op.Cit.* p. 64.

Por ello se diseñaron estrategias como la no competencia por el precio entre las entidades prestadoras²⁸, para así competir en relación a la calidad y eficiencia del servicio, mayor participación de los usuarios en cuanto al manejo y administración de sus aportes y la creación de mecanismos que permitan la participación efectiva y equitativa en cuanto al manejo de sus recursos; por lo cual los actores dentro del sistema estarían más interrelacionados y los usuarios colaborarían en la gestión de los servicios y prestaciones de las que eran beneficiarios²⁹.

Resulta importante para el estudio, determinar la eficacia de las estrategias propuestas, específicamente en el régimen contributivo. No obstante, solo en el siguiente capítulo nos referiremos específicamente al funcionamiento de este régimen y a la participación de los afiliados dentro del sistema.

CONSTITUYENTES, BENEFICIARIOS Y GESTORES

Existen dos tipos de constituyentes de los fondos de pensiones y cesantías, los primeros son aquellos vinculados de forma obligatoria y los segundos vinculados de manera voluntaria.

Son constituyentes de los Fondos de Pensiones y Cesantías de manera obligatoria³⁰ aquellas personas que están vinculadas bajo contrato de trabajo, quienes tengan la calidad de servidores públicos en virtud de la Ley 797 de 2003, los trabajadores independientes y contratistas que presten sus servicios al

²⁸ Ley 100 de 1993. Artículos 185 párrafo y 241.

²⁹ Ley 100 de 1993. Artículo 2.

³⁰ *Ibíd.*, Artículo 15 numeral 1, modificado por el Artículo 3 de la Ley 797 de 2003.

Estado³¹ o a entidades del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten*.

También lo son los trabajadores de ECOPETROL que ingresaron a la entidad con posterioridad a la Ley 797 de 2003, durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de dicha ley.

Son constituyentes de los Fondos de Pensiones y Cesantías de manera voluntaria³², todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no estén excluidos por la Ley 100 de 1993 como los pensionados por invalidez por cualquier fondo, caja o instituto y las personas que a la vigencia del sistema tuvieran 55 años o mas si son hombres, y 50 años o mas si son mujeres, en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

También son constituyentes de manera voluntaria los extranjeros, que en virtud de un contrato de trabajo, permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.

Los constituyentes son realmente dueños del fondo, porque los aportes que lo conforman son destinados para el cubrimiento de sus contingencias o las contingencias de sus beneficiarios, es por esto, que una vez entran a formar parte del fondo, la calidad de constituyentes los faculta con una serie de derechos.

³¹ Ibíd., Artículo 3, reglamentado por el Decreto 510 de 2003.

*También son constituyentes de los Fondos de Pensiones y Cesantías de manera obligatoria los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, sin embargo a pesar de ello, no serán objeto de nuestro estudio ya que no hacen parte del Régimen Pensional de Ahorro Individual.

³² Ibíd., Artículo 15 numeral 2, modificado por el Artículo 3 de la Ley 797 de 2003.

Los constituyentes de los Fondos adquieren el derecho a que ésta les brinde seguridad y rentabilidad sobre sus aportes y a obtener de éstos, información adecuada sobre la situación de los costos y la rentabilidad de sus recursos, y en ejercicio de tal derecho, pueden participar tangencialmente en la administración del fondo.

Su participación en la administración del fondo se reduce al derecho de hacer parte en la conformación de la Junta Directiva, la cual se hará por medio de la representación de mínimo un miembro en nombre de los trabajadores con su respectivo suplente³³.

Una vez efectuada la elección de los trabajadores que pueden participar en las juntas o consejos directivos, cada trabajador podrá obtener tantos votos como unidades posea en el fondo en el momento en que la asamblea decida algún asunto a través del quórum deliberatorio, el cual decidirá por la mayoría de votos presentes y la representación de los trabajadores se verá limitada a la cantidad de votos que obtenga con relación al número de unidades que posea en el fondo.

Por su parte, los beneficiarios³⁴ aquellas personas que tienen derecho a recibir una contraprestación con ocasión del aporte al fondo realizado por el afiliado, también lo son aquel grupo de personas que pueden ser beneficiarios del aporte que otro ha hecho, una vez haya ocurrido la contingencia ya sea de vejez, invalidez o muerte.

³³ Ley 50 del 28 de diciembre de 1990. "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones". Artículo 100

³⁴ Ley 100 de 1993. Artículo 59 y s.s.

La administración de los Fondos de Pensiones y Cesantías se encuentra en cabeza de las Sociedades Administradoras de Pensiones y Cesantías³⁵, orientadas principalmente a lograr la rentabilidad mínima exigida, y mantener informados a los afiliados de la situación de la sociedad y de sus recursos.

Las AFP deben invertir los recursos del fondo con sujeción a lo establecido por la Superintendencia Financiera a través de la Circular Externa 10 de 2001, la cual modificó el régimen de inversión de los recursos de los Fondos de Pensiones.

Las AFP deben separar los activos y pasivos del fondo de los demás activos de la sociedad; mantener cuentas corrientes o de ahorros destinadas a manejar exclusivamente los recursos de la sociedad; cobrar oportunamente los rendimientos financieros generados por los activos que lo integran, mantener una adecuada estructura de liquidez para que los afiliados puedan realizar los retiros en situaciones procedentes³⁶.

Adicionalmente; deben abstenerse de realizar cualquier operación que ocasione conflictos de interés entre la sociedad administradora, sus accionistas o aportantes de capital con el fondo; afiliarse y cumplir con las obligaciones que establece el fondo de garantías de instituciones financieras y reintegrar, en dado, caso las sumas de dinero que el fondo de garantías haya cancelado para alcanzar la rentabilidad mínima.

Desde el punto de vista financiero, las AFP deben cumplir con un Mínimo de Capital³⁷; acreditar ante la Superintendencia Financiera como margen de

³⁵ Las condiciones exigidas a las Administradoras de Fondos de Pensiones para poder operar, están establecidas en el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

³⁶ Ley 100 de 1993. Artículos 66, 72 y 78.

³⁷ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Artículo 80. Modificado por el artículo 1 de la Ley 510 de 1999 y Modificado por el artículo 16 de la Ley 795 de 2003.

solvencia un patrimonio técnico, el cual es el resultado de la sumatoria del capital primario³⁸ y el capital secundario³⁹; mantienen una reserva legal⁴⁰ constituida por lo menos por el cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito, formada por el diez por ciento (10%) de las utilidades líquidas de cada ejercicio y mantienen una reserva de estabilización, con el fin de garantizar la rentabilidad mínima exigida a los fondos⁴¹.

El deber de garantizar una rentabilidad mínima sobre los recursos depositados en el fondo, consiste en abonar a las cuentas en la fecha de corte y proporcionalmente al valor de los aportes al final del trimestre, un valor equivalente a la tasa efectiva promedio de captación de los bancos y corporaciones financieras para la expedición de certificados de depósito a término con un plazo de noventa (90) días, dentro de los cinco (5) últimos días de los meses de marzo y septiembre de cada año.

Los fondos deben determinar la rentabilidad efectiva anual obtenida durante el trimestre con corte al último día de los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre, la cual podrá ser sobre el mínimo que haya sido certificado para el semestre respectivo.

Con el fin de lograr el objetivo de proveer un mínimo de rentabilidad, el Gobierno prevé sanciones de carácter administrativo y pecuniario⁴², con el único propósito

³⁸ PERALTA, Margarita. Las sociedades administradoras y los fondos de cesantías. Santa Fe de Bogotá. 1994. p. 94. Trabajo de grado (Abogada). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Derecho. “El capital primario esta conformado por el capital suscrito y pagado, reserva legal y por utilidades no distribuidas del último ejercicio.”

³⁹ *Ibíd.*, p. 96. “El capital secundario esta conformado por: reservas estatutarias, reservas ocasionales, superávit por donaciones, y por donaciones originadas en propiedades y equipos y por utilidades del ejercicio anterior y en curso en el monto no computable como parte del capital primario”.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 97. “Las administradoras deben constituir una reserva legal que corresponde por lo menos al 50% del capital suscrito, formada por el 10% de las utilidades líquidas en cada ejercicio”.

⁴¹ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Artículo 162.

⁴² *Ibíd.*, Artículo. 162. Una de las sanciones previstas es la perdida de su comisión, caso en el cual deberán garantizar el mínimo de rentabilidad con su patrimonio.

de velar para que los recursos que han sido entregados a los fondos no pierdan su valor.

Además de proveer un mínimo de rentabilidad, deberán publicar la utilidad obtenida de acuerdo a los lineamientos impuestos por la Superintendencia Financiera⁴³, pues así lo que se busca es obtener una mayor transparencia en el mercado y mayor lealtad entre las Sociedades Administradoras.

Una vez han sido entregados los recursos al fondo, sobre éstos deberá efectuarse un abono trimestral y a prorrata, de lo que corresponda respecto de los rendimientos obtenidos por el fondo durante el respectivo periodo realizar la entrega de los dineros en caso de retiro definitivo o anticipado del fondo o hacer el traslado efectivo a otro fondo de las sumas abonadas a la cuenta de capitalización.

Con el fin de mantener informados a los trabajadores se deberán enviar extractos de cuenta de los movimientos efectuados del fondo, suministrar al afiliado la información por él requerida respecto a la situación financiera del fondo y publicar en un diario de amplia circulación nacional, el porcentaje vigente de la comisión y el nuevo porcentaje aprobado por la entidad.

Correlativo a las funciones que cumplen las AFP, éstas también se ven beneficiadas al momento de cobrar la comisión respectiva por la administración de los recursos⁴⁴.

⁴³Ibíd. Artículo 106. La publicación debe referirse a la rentabilidad obtenida en el trimestre anterior, con los rendimientos del efectivo anual, deberá expresar comparativamente el rendimiento neto calculado deduciéndose los costos y gastos a cargo del fondo y remitir a la Superintendencia copia de los avisos de dicha publicación.

⁴⁴ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Resolución 2549 del 22 de noviembre de 1994, "Por la cual se señalan los montos y las condiciones para la determinación de la comisión por el manejo de aportes obligatorios que las entidades que administren fondos de pensiones pueden cobrar a sus afiliados". El Artículo 1 establece: "Las entidades que administren fondos de pensiones podrán determinar libremente el porcentaje y la base sobre la cual se cobre la comisión de administración, respecto de cotizaciones obligatorias, al igual que los periodos de cobro dentro del año calendario, con

Finalmente, las sociedades administradoras deberán ofrecer en pública suscripción un número de acciones que permita a terceros inversionistas adquirir al menos un veinticinco por ciento (25%) del capital de la sociedad; de no ser así, podrán suscribirse por los mismos accionistas con sujeción al derecho de preferencia.

Ahora bien, en materia de salud, para tener la calidad de constituyente es necesario tener la obligación de aportar al fondo administrado por el FOSYGA, los dineros necesarios para cubrir las contingencias previamente acordadas en el POS.

La conformación del grupo de constituyentes en el régimen contributivo es complejo, debido que los recursos del sistema tienen diversas fuentes, por una parte, son constituyentes los aportantes de las cotizaciones, ya sean dependientes o independientes, y por otra, existe otra clase de recursos que son los dineros girados del presupuesto nacional y de los cuales es responsable el Estado⁴⁵.

Los beneficiarios son todos aquellos sujetos que pueden exigir el derecho de servicios en salud, o de prestaciones económicas; inicialmente son beneficiarios el

sujeción al límite de tasa previsto en el Artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Por su parte el Artículo 20 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, estableciendo que la tasa de cotización continuara por un 13.5% (14.5% a partir de enero de 2004) del ingreso base de cotización. En el régimen de ahorro individual con solidaridad será el 10% del ingreso base de cotización que se destinara a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% (1.5% a partir de enero de 2004) del ingreso base de cotización se destinara al fondo de garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad y el 3% restante se destinara a financiar los gastos de administración, incluida la prima de reaseguros del FOGAFIN y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

⁴⁵ Ley 100 de 1993. Artículo 214. “Los dineros girados del Estado son: 1. De la financiación Territorial correspondientes a 15 puntos de las transferencias de inversión social destinadas a salud de las ingresos corrientes de la Nación, y 10 puntos restantes para gastos de administración de personal y el sector de la salud, 2. Recursos Propios pertenecientes a los municipios y departamentos destinados a salud y los provenientes de Ecosalud. 3. Los recursos del sistema general de participaciones y de las rentas cedidas de los departamentos que se requieran para financiar las intervenciones del 2º y 3er nivel del plan de salud de los afiliados, 4. Los recursos del fondo de solidaridad y garantías transferidos a los fondos seccionales y locales de salud, de acuerdo a la categoría del municipio y 5. El 15% de los recursos adicionales que a partir de 1997, reciban los municipios y departamentos por concepto de impuesto de renta sobre la producción de las empresas de la industria petrolera”.

afiliado y su núcleo familiar, de acuerdo con las normas especiales que definen los vínculos familiares⁴⁶. En este grupo debe incluirse, a aquellas personas que logran el reconocimiento de prestaciones o servicios con cargo a los recursos, a través del ejercicio de acciones de tutela.

Para determinar los gestores de los recursos, es necesario hacer una breve explicación del funcionamiento administrativo del régimen contributivo: por una parte, se encuentra el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como organismo de dirección y control del sistema, por otra parte, los organismos a los cuales se les encomendó la administración y financiación de los recursos según el artículo 155 de la Ley 100 de 1993 es el FOSYGA.

El FOSYGA, es la entidad centralizada en el manejo y administración de los recursos mientras las EPS son las entidades encargadas de hacer el recaudo de las cotizaciones y promover los servicios de salud a los afiliados y a sus beneficiarios, para lo cual se crean las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) encargadas directamente de prestar los servicios a los usuarios⁴⁷.

Interesa saber que las Entidades Promotoras de Salud pueden ser de naturaleza pública o privada y tienen la obligación de afiliar y recaudar las cotizaciones, deducir los gastos por incapacidad y maternidad, girar el saldo al FOSYGA y prestar los servicios del POS al afiliado y sus beneficiarios.

⁴⁶ *Ibíd.*, Artículo 162

⁴⁷ *Ibíd.*, Artículo 177, 178, 185. Adicional a la estructura del régimen contributivo, se encuentra el régimen subsidiado, cuya administración está a cargo de aquellas entidades de salud que suscriban contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio, en Sentencia C-898/03 de 7 de octubre de 2003. Expediente número D-4558. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra., se estableció que “Todas las administradoras del régimen subsidiado (ARS) interesadas en administrar los recursos del subsidio deben participar en el concurso convocado por las direcciones seccionales o locales de salud para contratar dicha administración y solamente cuando se presente una igualdad de condiciones entre las participantes debe preferirse a aquella que sea una administradora de carácter comunitario, como lo son las empresas solidarias de salud”. Su función principal es la de administrar los recursos con los cuales se financia el Régimen Subsidiado.

Para operar como tales deben cumplir con los siguientes requisitos⁴⁸: tener una razón social que la identifique como Entidad Promotora de Salud; tener personería jurídica reconocida por el Estado; fijar como objetivos la afiliación y registro de la población al Sistema, el recaudo de las cotizaciones y la promoción, gestión, coordinación, y control de los servicios de salud de las Instituciones Prestadoras de Servicios (IPS) con las cuales atienda los afiliados y su familia.

Adicional a ello, debe disponer de una organización administrativa y financiera; acreditar periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados así como su margen de solvencia y tener un capital social o Fondo Social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la Entidad. Para garantizar el Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales⁴⁹.

La organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ha creado un marco normativo que busca consolidar un mercado de aseguramiento de los riesgos de salud con base en la participación de las Entidades Promotoras de Salud. El organismo encargado de la dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS)⁵⁰, el cual se encuentra adscrito al Ministerio de la Protección Social.

A pesar de la organización establecida y del marco normativo existente dentro del subsistema de seguridad social en salud -régimen contributivo-, existen problemas de carácter administrativo con relación al tiempo y costo que utilizan las EPS en desarrollo de sus funciones. Adicional a ello, el subsistema enfrenta otros

⁴⁸ *Ibíd.*, Artículo 180.

⁴⁹ *Ibíd.*, Artículo 185.

⁵⁰ *Ibíd.*, Artículo 172.

dos problemas: Prácticas de los afiliados para acceder al servicio por mecanismos diferentes a los consagrados en el modelo administrativo, y escasa competitividad del mercado.

Así las cosas, estudiaremos detalladamente porqué, del funcionamiento y manejo de las AFP y las EPS se desprenden problemas administrativos para el Subsistema de pensiones del Régimen de Ahorro Individual y en el Subsistema de Salud en cuanto al Régimen Contributivo.

2. PROBLEMAS RELEVANTES DEL SISTEMA CONTRIBUTIVO

La seguridad social es uno de los programas de beneficio social más altamente valorados en las sociedades modernas, porque mejora la calidad de vida mediante el aseguramiento de riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, muerte y maternidad, constituyendo un elemento importante de infraestructura social que permite enfocar los esfuerzos hacia el desarrollo de otras áreas.

Los fondos para cubrir la seguridad social, constituyen en ocasiones, la mayor fuente de ahorro de una sociedad, y en esa medida se convierte en un elemento esencial para el crecimiento sostenible nacional⁵¹.

Como utilización más eficiente de tal ahorro, estos recursos han sido destinados al fortalecimiento de la inversión y al desarrollo del mercado de capitales, aun a pesar de no ser su principal objetivo. Por ejemplo, en Colombia la reforma financiera que pretendía dar impulso al mercado de capitales coincidió con la década de reforma de la seguridad social.

EL sistema de seguridad social vigente en Colombia, refleja un importante esfuerzo por superar los problemas estructurales del antiguo sistema de previsión público. No obstante, sigue presentando preocupantes falencias, que podrían implicar un colapso del mismo a mediano plazo.

⁵¹ JIMÉNEZ, Luís Felipe y CUADROS, Jessica .Serie CEPAL: Financiamiento para el Desarrollo. Santiago de Chile: Naciones Unidas. Revista No. 131, Junio 2003. p 13. Evaluación de las reformas a los sistemas de pensiones: cuatro aspectos críticos y sugerencias de políticas. Disponible en www.cepal.cl. Existen estudios donde se evidencia que “medida la cobertura a través de la participación de los contribuyentes a los sistemas de pensiones, esta crece con el nivel del producto por habitante” es decir que a mayor ingreso, mayor nivel de ahorro, mayor tasa de impuestos y por tanto mayor recurso público para destinar al sistema, así mismo se aumenta el nivel de desarrollo, de urbanidad y del sector de la economía formal.

Los recursos de la seguridad social para la cobertura de pensiones, fueron entregados a entidades financieras especializadas que utilizan el dinero conforme a las limitaciones legales para su inversión. A pesar del depósito de los dineros en patrimonios autónomos, no se les reconoce a los aportantes, ningún tipo de participación en la gestión de los mismos.

Por su parte, en salud, la destinación de los recursos es determinada por el Consejo de Seguridad Social en Salud, y posteriormente ejecutada por el FOSYGA, sin incidencia de los usuarios y cotizantes. El FOSYGA, encargado del manejo de los recursos para salud, coordina y paga los servicios a una multiplicidad de entidades encargadas de la prestación de servicios.

Haciendo un análisis general de la problemática, puede anticiparse que el sistema, tanto en pensiones como en salud, comparte tres problemas: El ineficiente modelo administrativo que impide o desincentiva la competencia de administradores; la incongruencia entre el monto del aporte y la prestación recibida y los incentivos hacia los comportamientos oportunistas por parte de la población independiente.

Se ha decidido presentar por separado la problemática en pensiones y en salud, no obstante es posible determinar que los problemas en ambos campos, a pesar de las diferencias regulativas, son similares y compartidos.

2.1. ADMINISTRADORES DE LOS RECURSOS

Teóricamente, la competencia entre empresas privadas genera reducción de costos que benefician a los usuarios finales, sin embargo, las tasas de administración del sistema de pensiones pagadas en Latinoamérica, es muy alta comparada con los costos de administración que se paga en países

desarrollados⁵². Una de las razones se encuentra en la escasa oferta de AFP, que hace que este no sea un mercado competitivo y por tanto, las tasas de administración no sean un elemento diferenciador que mueva el mercado⁵³.

También se critica el valor de la comisión⁵⁴ que cobran las AFP, ya que la inversión de los recursos del sistema está atada a condiciones legales dentro de su operación*, lo cual limita la necesidad del asesor financiero de optimizar la colocación de los recursos en mejores mercados. Por su parte, los afiliados responden a estrategias de cuerpos de ventas de las AFP, y no a la rentabilidad ofrecida, como este es un mercado cautivo debido a la obligatoriedad del aporte, se aumentan los costos de la estrategia comercial y quien termina asumiéndolo es el aportante.

Las AFP, conocen su posición privilegiada en el mercado y no están obligadas a renunciar al margen de utilidad derivada de la disminución de los costos de administración, ni a ofrecer una mayor rentabilidad en el mercado. Por el contrario, al momento de pagar las pensiones, la AFP negocian nuevamente comisiones, por la forma en que se retiran, es decir, si es renta vitalicia o alternativas similares,

⁵² JIMÉNEZ, Luís Felipe y CUADROS, Jessica. *Op. Cit.*, p. 33.

⁵³ *Ibíd.*, p. 35 y 36. Una vez las AFP pequeñas decidieron fusionarse al no lograr disminuir sus costos, las grandes monopolizaron la demanda y la oferta, sin que la mayor productividad pudiera traducirse para el afiliado en menores tasas de administración.

⁵⁴ *Ibíd.*, Pág. 33: “Funcionalmente es posible distinguir las siguientes principales áreas de costo administrativo de un sistema de pensiones: a) los gastos necesarios para la recaudación de los aportes y la manutención actualizada de los historiales laborales y contributivos, b) la administración de las reservas, c) las actividades necesarias para establecer la elegibilidad, caducidad y monto de los beneficios, d) el pago de beneficios, e) la información a los contribuyentes y al público en general, f) la contratación de los seguros para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia, g) la publicidad o actividades de comercialización. Dependiendo el modo en que se organice el sistema de cada país y del mayor o menor grado de desarrollo, de la industria de seguro y del sistema financiero en general, estas diferentes fuentes de costo diferirán en importancia”.

*La ley determina los criterios de inversión de fondos, y establece como obligación del estado, velar por la transparencia de la información entregada al público, y asegurar el cumplimiento de las normas que regulan los beneficios y servicios que los agentes privados deben ofrecer a los participantes. En efecto, la composición de la cartera de los fondos de pensiones exhibe una elevada presencia de instrumentos públicos, que no necesariamente son contrapartida de financiamiento de la inversión. La mayoría se invierte en títulos de deuda pública.

aun a pesar de haber asumido el costo de una prima de seguros, por invalidez, vejez o muerte⁵⁵.

El fenómeno anteriormente descrito no es ajeno al Régimen contributivo en salud, pues una de las finalidades del principio de solidaridad, es lograr que personas con mayores recursos se afilien al sistema, de tal forma que con sus aportes financien los servicios de personas con menores recursos, cuyas cotizaciones no cubren el valor de los servicios prestados⁵⁶.

El FOSYGA, como ente administrador, distribuye los recursos entre las EPS, mediante el proceso de compensación*, dependiendo de la relación deficitaria o superavitaria de cada EPS, entre el recaudo y el costo de atención de los afiliados y sus beneficiarios.

Independientemente del monto de recaudo de aportes por parte de la EPS, el FOSYGA debe girar los valores correspondientes al POS multiplicado por el número de afiliados y beneficiarios que reporten las EPS. Es claro que este manejo administrativo genera inconvenientes en el sistema⁵⁷.

En primer lugar puede observarse como las EPS, encargadas del tema de afiliación y recaudo, no tienen ningún incentivo, beneficio o ingreso de esta operación, por el contrario deben asumir los costos de esta tarea con sus propios recursos.

⁵⁵ JIMÉNEZ, Luís Felipe y CUADROS, Jessica. *Op.Cit.*, p. 34 y 35. En materia de pensiones, el costo de administración es una comisión que cobra la AFP al afiliado sobre el monto de su cotización, tiene a su vez dos factores, uno para que remunere la administración de la cuenta individual, informe a los contribuyentes, realice las inversiones, pague las pensiones, etc., es decir la parte estrictamente operativa. El segundo componente es la prima del seguro de invalidez y muerte que, en la mayoría de los casos, se paga a compañías privadas de seguro.

⁵⁶ JARAMILLO, *Op.Cit.* p. 65.

* El proceso de compensación entre la EPS y el FOSYGA se explicó anteriormente en el pie de pagina 25.

⁵⁷ Fundación Corona. PLATA, Beatriz. GIEDION, Ursula. MORALES, Luís Gonzalo. BLOOM, Éric. La evasión de aportes obligatorios al sistema de salud en Colombia. Fundación Corona, Bogota. Junio de 1999. p. 38

En segundo lugar, las EPS no tienen acceso a información adecuada para verificar el monto de los ingresos declarados por sus afiliados, no saben si la población informal cotiza sobre sus verdaderos ingresos, o sobre el nivel mínimo establecido en la ley.

Sin embargo, si las EPS descubren que sus afiliados son evasores o subdeclaran, no utilizan las herramientas legales diseñadas para corregir la imprecisión, puesto que, como son responsables de las actividades de afiliación, estas actitudes en contra de los afiliados podría constituir una pésima estrategia de mercadeo⁵⁸.

Las EPS saben que el FOSYGA deberá girarles el valor faltante para cubrir el POS de sus afiliados y beneficiarios independientemente de la gestión de recaudo que ellas adelanten, así que no cuentan con incentivos para controlar el monto de cotización de sus afiliados.

Sumado a todos estos factores, se observa como las EPS no se sienten obligadas a competir por calidad en el servicio, pues sus afiliados también constituyen un mercado cautivo, y un mayor esfuerzo en esa dirección no cuenta con incentivos suficientes. La ley, no solo determina los servicios a que puede acceder un usuario, sino que prohíbe a las EPS ofrecer servicios por fuera del marco legal.

2.2. RELACIÓN ENTRE COTIZACIÓN Y SERVICIOS PRESTADOS

Un criterio fundamental del sistema es que exista correlación entre los aportes o contribuciones y los beneficios, ya que este aspecto garantiza la solvencia y

⁵⁸ Fundación Corona. PLATA, Beatriz. Op Cit. Pág. 39.

sostenibilidad del sistema, y se convierte en un atractivo gancho para los aportantes, sin embargo, para el aportante, los altos costos de administración afectan directamente la relación contribución - beneficio, ya que muchas veces no sabe cuales son los costos administrativos que asume, y tampoco tiene mecanismos para evitarlos.

En Pensiones, los altos costos de administración, se traducen en una menor tasa de retorno del ahorro que desestimula la participación de los independientes e informales en el sistema*, así como de los dependientes con mayor capacidad de ahorro, quienes prefieren invertir esos recursos en fondos financieros más eficientes y rentables o en sus propias actividades empresariales, donde adicionalmente aseguran una mayor movilidad de los recursos** para orientarlos hacia nuevas actividades o para evitar riesgos indeseados de la inversión.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones – AFP, administran una cartera de papeles de deuda a mediano y largo plazo en su mayoría, que han adquirido con cargo a los recursos de los aportantes en calidad de futuros beneficiarios de pensiones, estos títulos de deuda son en un gran porcentaje, títulos de deuda pública.

El resto de la colocación, se hace en títulos de deuda privados, siempre y cuando, los deudores cumplan con los requisitos establecidos por la ley para el efecto⁵⁹. Los usuarios de esta financiación generalmente son entidades del sector

*Se entiende por independiente aquel que esta vinculado al mercado laboral formal por una relación contractual diferente al contrato de trabajo, sobre cuyo monto de aporte no se puede hacer verificación, tal es el caso de los contratistas, asesores, consultores, y las mujeres, que ocasionalmente participan en dicho mercado de forma discontinua.

**Las regulaciones que inmovilizan los recursos, pretenden eliminar el riesgo moral propio de su desviación, hacia otros fines, para así de esta manera evitar poner en peligro los recursos con la obtención y recaudo de pensiones adecuadas, argumentando de esta manera la escasa cultura de ahorro en el país.

⁵⁹ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Resolución 275 del 23 de mayo de 2001. “Por la cual se establecen los requisitos que deben acreditar las personas jurídicas públicas y privadas que pretendan ser destinatarias de la inversión de recursos de los fondos de pensiones”.

financiero, especialmente instituciones bancarias, interesadas en obtener capital de trabajo, a corto o mediano plazo.

La estrategia de inversión de las AFP es por tanto pasiva, debido a la baja rotación de cartera, los bajos costos de transacción y los largos plazos de sus activos financieros. Factor que a su vez los vuelve muy atractivos para diferentes agentes del mercado de valores, en la medida en que garantiza la obtención de recursos con bajos costos de financiación, frente a los ofrecidos por los bancos u otros intermediarios financieros, con un amplio plazos de crédito, y poca demanda por parte de los demás sectores económicos.

Es importante resaltar la existencia de un beneficio importante para quienes buscan financiación en el mercado de capitales, mientras que no existen las mismas ventajas para quien inmoviliza su dinero hasta cumplir los requisitos para acceder a su pensión, es decir, para el constituyente.

Tampoco existen mecanismos que obliguen a una AFP a escoger la estrategia de inversión que ofrezca mayor rentabilidad de los recursos, la AFP, como consecuencia de la situación oligopólica del mercado, goza de suficiente autonomía para escoger dentro de los diferentes actores del mercado, al beneficiario de una financiación muy económica y el plazo de la misma.

Esta última característica del mercado hace que los beneficiarios de los recursos sean empresas de similares grupos empresariales, y que por tanto, el beneficio del manejo de los recursos se concentre en manos del administrador y no del aportante.

En materia de salud, la incongruencia entre el pago del aporte y el servicio prestado se discrimina claramente en dos situaciones: cuando la cotización resulta

excesivamente costosa para el afiliado en relación con los beneficios que recibe, ó cuando la cotización es fraudulentamente baja frente a los servicios utilizados* .

La primera situación es una de las causas por las cuales el sector independiente con capacidad de pago decide voluntariamente excluirse del sistema, cuya actitud anticobertura genera graves efectos en la financiación del sistema. Esta circunstancia también afecta a la población dependiente o formal, toda vez que incentiva en ellos el uso de mecanismos de “désalarización” del ingreso, como instrumentos para evadir aportes, puesto que reciben de su empleador el mismo valor en capacidad de compra, pero declaran un ingreso menor limitado a la suma recibido en dinero.

La segunda situación, se presenta indistintamente en ambos grupos de la población independiente (con capacidad de pago y sin capacidad de pago), a través de la subdeclaración de ingresos y constituye Fraude al sistema.

Los afiliados saben que independientemente del valor de sus aportes tienen derecho al mismo paquete de servicios, así que no existe para los independientes, ningún incentivo a declarar sus verdaderos ingresos. En efecto, se ha encontrado que un porcentaje de personas que declaran impuesto de renta no se encuentran afiliadas al sistema de salud, o lo hacen con un ingreso base menor⁶⁰.

Los independientes con capacidad de pago, evaden su afiliación o subdeclaran aprovechando principalmente la escasa posibilidad de ser sancionados con

* Las situaciones aquí planteadas hacen referencia al riesgo moral que sufren las EPS frente al comportamiento oportunista de los afiliados incentivado por la regulación legal vigente. Es claro que ambos comportamientos se dan en la realidad y surgen de posibilidad de la optimizar la cotización frente a los servicios prestados.

⁶⁰ Fundación Corona. PLATA, Beatriz. Op Cit p. 58 y 56. Se presentan los resultados de un estudio de evasión de los trabajadores independientes y de la evasión de los trabajadores de mayores ingresos.

ocasión de dichas conductas⁶¹. Adicionalmente, la desconfianza sobre una eficiente prestación de servicios ocasiona que escojan otro tipo de coberturas por fuera del sistema o que prefieran asumir la contingencia directamente, o invertir su dinero en otro tipo de actividad productiva.

Los independientes de bajos ingresos evitan vincularse al sistema cuando gozan de buen estado de salud, o cuando cuentan con la posibilidad de afiliarse a través de otro miembro de la familia, o mediante su inscripción en el régimen subsidiado, y solo se involucran en el sistema ante la necesidad de recibir servicios, especialmente si los mismos son muy costosos.

Adicional a ello, se encuentran quienes no cumplen los requisitos para acceder a los servicios y aun a pesar de ello, logran mediante acciones de tutela⁶², el cubrimiento de riesgos aún por fuera del marco regulativo especial en la prestación de servicios, argumentando la protección directa o por conexidad, de derechos fundamentales.

Esta situación se fundamenta principalmente en la visión oficial garantista, que considera injustificado abstenerse de prestar tales servicios a sus asociados,

⁶¹ *Ibíd.*, p. 39. “La dispersión en las funciones e instituciones encargadas de ejercer vigilancia, el control, la sanción sobre el proceso de declaración de ingresos y recaudo de aportes obligatorios para la seguridad social. (...) Existen varias superintendencias que vigilan las ramas de la seguridad social como la de la salud, del subsidio familiar, la financiera y la de sociedades. También hay diversas entidades que afectan los ingresos laborales para financiar programas de seguridad social como son las mismas EPS, las administradoras de riesgos profesionales, ARP, las administradoras de pensiones y cesantías, AFP, las cajas de compensación familiar, el instituto colombiano de bienestar familiar, ICBF y el servicio nacional de aprendizaje, SENA. Hasta La fecha no existe entre ellas procesos o mecanismos claros de trabajo conjunto para la utilización de la información básica (que es igual para todas) que permita hacer mas eficientes y creíbles las labores de vigilancia y control sobre la afiliación y el pago de los aportes. El agravante radica en que el uso de mecanismos y canales diferentes puede tornar su manejo más oneroso, tanto para el trabajador como para el patrono y el propio sistema”.

⁶² La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido la posibilidad para los afiliados o sus beneficiarios de acceder a medicamentos o servicios, aún cuando los mismos no estén incluidos dentro del POS (Sentencia T-042 de 1999. Expediente T-190069. Magistrado Ponente. Dr. Alfredo Beltrán Sierra; Sentencia SU-819 de 1999. Expediente T-217495. Magistrado Ponente. Dr. Álvaro Tafúr Gálvis; Sentencia T-256 de 2002. Expediente T-535106. Magistrado Ponente. Dr. Jaime Araujo Rentería). Igualmente ha permitido el acceso a quienes no han cumplido con los periodos mínimos de cotización (Sentencia T-231 de 1999. Expediente T-191885. Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

menos aún por razones económicas, y por tanto el Estado y los jueces deben garantizar a todas las personas la cobertura en salud, de tal forma que resulta incoherente asumir un pago por un derecho que de todas formas deberá cubrir el Estado.

Puede observarse como la misma ley otorga incentivos frente al riesgo moral, pues resulta claramente conveniente pertenecer a un sistema que cubre las contingencias, independientemente del valor cotizado y que permite pertenecer al mismo utilizando figuras legales para disminuir o evitar el costo de la cotización.

2.3. POBLACIÓN INDEPENDIENTE

El empleo informal e independiente cada vez adquiere mayor importancia en Latinoamérica, y por tanto la exclusión de éste importante segmento de la población, como aportantes del régimen contributivo constituye un grave problema para la solvencia y liquidez del fondo, en la medida en que se desprecia una gran proporción de población con capacidad potencial de pago.

En el Régimen pensional, los independientes justifican su exclusión voluntaria del sistema, como la única vía para no asumir altos costos administrativos, tasas de retorno inciertas, bajas tasas de liquidez, e inmovilidad de los recursos aportados, sin contar con el carácter incierto de los beneficios, como consecuencia de la variabilidad de los entornos macroeconómicos y de otros factores⁶³. Por su parte, los trabajadores informales* argumentan incapacidad para asumir el costo.

⁶³ JIMÉNEZ, Luís Felipe y CUADROS, Jessica. *Op.cit.*, p. 16.

* Se entiende por Informal, aquel trabajador que no hace parte del Mercado laboral formal, se caracteriza principalmente por su exclusión del sistema de seguridad social.

Este grupo de posibles aportantes no se preocupa de la supuesta desprotección frente a los riesgos, en la medida en que la existencia de sistemas o programas paralelos no contributivos o subsidiados permiten su cobertura, fomentando entonces un riesgo moral, entre los demás sectores hacia la informalidad.

En materia de salud, adicional a la problemática anteriormente expuesta sobre el riesgo moral, mediante la cual resulta difícil mantener un control sobre el verdadero nivel de ingresos y beneficiarios de la población independiente, se determinan nuevos problemas administrativos para su manejo.

La afiliación de la población independiente o informal, resulta mas costosa en la medida en que el afiliado es el único responsable de la totalidad del aporte y existe mayor posibilidad de mora en el pago del mismo⁶⁴, en cuyo evento, la EPS se ve obligada a prestar los servicios aún a pesar de la mora, con serias dificultades en la operación de recobro.

⁶⁴ El Decreto 047 de 2000, explicó de manera más concreta las consecuencias de la mora en los aportes estableciendo que la EPS podrá mantener, como política propia, la calidad de afiliado hasta por seis (6) meses de no pago de la cotización del trabajador independiente o persona con capacidad de pago, preservando el cotizante los derechos de antigüedad frente al sistema. Para este efecto, la EPS a partir de la mora, suspenderán el servicio y comunicarán al afiliado este hecho así como la fecha desde la cual se hará efectiva la desafiliación.

3. UN NUEVO MODELO DE GESTIÓN

En éste capítulo se plantean soluciones encaminadas a la disminución del problema administrativo, en los regímenes contributivos tanto en pensiones como en salud, mediante un modelo que actúe básicamente en dos frentes, el primero relacionado con el fortalecimiento de la participación activa de los aportantes; y el segundo sobre el régimen legal de los administradores y el manejo de los recursos financieros del sistema.

El primer aspecto, promueve una mayor responsabilidad del cotizante en el manejo de sus recursos, y fomenta la inclusión de un importante segmento de la población que hoy no concurre al sistema ni como aportante ni como beneficiario de los servicios.

Para el efecto, se proponen métodos de participación que fortalezcan los mecanismos de ahorro para los grupos de menores ingresos, e incentiven la concurrencia de inversión y ahorro de sectores superavitarios excluidos voluntariamente. De esta forma, se posibilita el recaudo de recursos que hoy en día deben ser asumidos por el sector formal o por transferencias del Estado.

El segundo aspecto, y como elemento esencial, propone un marco en el cual pueda participar un mayor número de administradores de recursos⁶⁵, que generen una mayor competencia sectorial y mayor eficiencia en el mercado, de la cual se beneficien los afiliados al sistema, no solo con menores tasas de administración sino con mayores productos acordes a sus necesidades.

⁶⁵ La ley 647 de 2001 permitió a las universidades públicas organizar sistemas de prestación de servicios de salud para sus funcionarios, de manera paralela y excluyente del sistema contemplado en la Ley 100 de 1993. Aunque esta organización tiene un carácter excepcional, derivado de la autonomía universitaria consagrada en la ley, valdrá la pena analizar la viabilidad de nuevos esquemas similares de grupos de trabajadores capaces de cubrir sus riesgos en salud o en pensiones.

Debido a las limitaciones legales establecidas para este tipo de participación, especialmente en el régimen de inversión y administración de recursos, se hace necesario atar el modelo a los resultados de la discusión que viene presentándose en el país desde hace varios años, en torno al tema de la conveniencia de avanzar del sistema de banca especializada vigente en el país, hacia tendencias de multibanca.

Tal y como se advirtió en el capítulo anterior, la aplicación de nuevas figuras se analizarán paralelamente tanto en el régimen contributivo de pensiones como en salud.

3.1 ASAMBLEA GENERAL DE CONSTITUYENTES

En el actual sistema, el cotizante y sus beneficiarios no tienen incidencia en la administración de los recursos, su intervención se limita a aportar la cuota establecida por la ley, sin conocimiento en los criterios que dieron origen a ello, así mismo se convierten en receptores de beneficios cuyos alcances y criterios de fijación desconocen.

El modelo de administración de recursos debe partir de conceptos de democratización de la propiedad y mayor participación de los aportantes en las estructuras que brindan los servicios. La participación⁶⁶ es un principio fundamental de la seguridad social, que garantiza la incidencia de la comunidad en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

⁶⁶ Ley 100 de 1993. Artículo 2, literal f)

La existencia de mecanismos de participación efectiva de los cotizantes para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, los convierte en responsables del funcionamiento del sistema y del manejo transparente y eficiente de sus recursos.⁶⁷ .

La figura propuesta constituye una Asamblea General de Constituyentes, cuya capacidad de participación les brinde una posición importante frente a los administradores y equilibre intereses de ambas partes. Como titulares de derechos sobre los recursos que constituyen los fondos, podrán tener incidencia en su administración.

La Asamblea activa, permitirá que los constituyentes encuentren caminos para fortalecer la capacidad negociadora de los grupos trabajadores⁶⁸, por ejemplo, flexibilizando la estructura de las comisiones, ó permitiendo los contratos colectivos de afiliación⁶⁹, proponiendo estrategias de ahorro para los grupos de menores ingresos, o incentivos para la concurrencia de inversión y ahorro de sectores superavitarios excluidos voluntariamente.

El fortalecimiento de la capacidad de negociación y de decisión de los aportantes, podría incentivar la consolidación de otros actores gremiales como administradores de recursos que compitan con el sector financiero, ofreciendo atractivos productos a los aportantes. En ese escenario, la Asamblea General de Constituyentes, podrá escoger entre actores con condiciones similares, la colocación más beneficiosa de sus recursos con base en una mayor rentabilidad o mayor eficiencia en el servicio.

⁶⁷ Las modificaciones propuestas relacionadas con una mayor participación de los aportantes, permitirían la optimización de recursos que motive al sector voluntariamente excluido a participar, así mismo, ese mayor volumen de recursos podrían ser utilizados para ampliar la cobertura en el régimen subsidiado.

⁶⁸ JARAMILLO, *Op.Cit.* p. 175. Especialmente permitiría la afiliación de la población independiente.

⁶⁹ El Decreto 3615 de 2005, modificado por el Decreto 2313 de 2006 permite la afiliación de población independiente siempre y cuando sea a través de asociaciones con un número mínimo de 500 afiliados.

Este mecanismo permitirá la vinculación de población independiente, asegurando que ese gran grupo de personas sin vínculo laboral tengan la posibilidad de participar y de aportar, mejorando los ingresos al sistema, en la medida en que los trabajadores independientes superan el volumen de los trabajadores formales, especialmente si se tiene en cuenta que más del sesenta por ciento del empleo en el país⁷⁰ es de carácter informal.

Esta población flotante tendría acceso al sistema, en condiciones previamente definidas y obtendrían los beneficios en la medida en que cumplan unos mínimos definidos, ampliando de esta forma la cobertura del sistema en las condiciones adecuadas y acordes con los ingresos de las personas.

La Asamblea General de Constituyentes tiene importante papel en este proceso, pues estos nuevos mecanismos constituyen a su vez nuevas formas de vinculación al sistema, mayor cantidad de recursos, y por tanto mayores oportunidades de inversión y/o cobertura.

Por una parte, la Asamblea puede controlar y supervisar el diseño de productos beneficiosos para sus capacidades de ahorro, y adicionalmente puede garantizar a los afiliados la posibilidad de ajustarse a los cambios que experimenta el mercado laboral sin el riesgo de verse excluidos de la protección del sistema⁷¹.

⁷⁰ AYALA, Ulpiano. ACOSTA Olga lucia. Serie CEPAL, Financiamiento para el desarrollo. Santiago de Chile. Naciones Unidas. Revista No. 118. Abril de 2002. Pág. 55. Adicionalmente pueden consultarse las cifras discriminadas de las tasas de informalidad arrojadas en el último censo nacional, disponible en http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/empleo/ech_informalidad/II_Trimestre_2006/C1_Inf_13areas_sexo_Itrim06.xls.

⁷¹ MESA LAGO, Carmelo. Serie CEPAL, Financiamiento para el Desarrollo. Santiago de Chile. Naciones Unidas. Revista No, 144. Pág. 102 *“Se necesitaría un plan bien concebido, que permita además que los independientes tengan la opción de afiliarse a un programa que para ellos sea prioritario por ejemplo salud, invalidez, sobrevivientes en vez de entrar en todos los programas, además fomentar y apoyar a todos las asociaciones de independientes que se encarguen de la afiliación y recaudación de cotizaciones o creación de un ente publico que realice esas funciones cobrando comisiones razonables, se propone el descuento de las cotizaciones de los impuestos (en Chile no son deducibles para independientes pero si para asalariados, combinado con incentivos para promover la formalización, pensión mínima escalonada de acuerdo con las cotizaciones aportadas, opción de utilizar el fondo acumulado para otros fines como la*

Dentro de la población independiente excluida del sistema, podemos determinar dos grupos, el de los independientes con capacidad de pago y el de los independientes sin capacidad de pago, el primer grupo se excluye voluntariamente en la medida en que no les resulta rentable su vinculación, el segundo se excluye por incapacidad de asumir las cotizaciones establecidas sobre ingresos mínimos que no corresponden a sus verdaderos ingresos.

Las EPS y AFP deberían captar a los independientes con capacidad de ahorro, mediante el ofrecimiento de productos atractivos en cuanto a eficiencia en el servicio, rentabilidad y movilidad de recursos, lo cual acrecentaría la tasa de retorno de los aportes, incentivando el ingreso de ese dinero que hoy se encuentra por fuera del sistema.

Frente a los independientes con ingresos inferiores al salario mínimo, podrían diseñarse productos para que la población informal pueda hacer aportes sobre ingresos inferiores al salario mínimo, respetando la remuneración mínima por hora de trabajo⁷².

En materia de pensiones, las AFP deberán ejercer su papel como verdaderos agentes de negocios al buscar en el mercado nuevas posibilidades de colocación de recursos y diseñar los productos correspondientes; la Asamblea General de Constituyentes por su parte, podrá beneficiarse de ellos al diversificar su inversión.

vivienda, una enfermedad catastrófica, la educación de los hijos o un negocio, reintegro del fondo acumulado cuando no genere derecho a pensión mínima”.

⁷² *Ibíd.*, p. 61

Adicionalmente en materia de pensiones debería superarse “*la práctica de que las cotizaciones para pensiones tengan que hacerse en forma regular, siempre que ello no esté ocultando faltantes de financiación para obtener los beneficios*”⁷³.

La participación del constituyente entonces será activa, en la elección de productos y en la gestión de la administradora, responsabilizándolo del seguimiento del desarrollo de las mismas.

Esa capacidad de participación equilibra los intereses de ambas partes, en la medida en que cada uno de los miembros de la Asamblea tiene la posibilidad de exigir al administrador una gestión activa en la inversión de sus aportes, incidir en la elección de los actores beneficiados con la utilización de sus recursos, y las tasas mas favorables para su utilización.

Adicional a la garantía que representa para los constituyentes el derecho a ejercer sus preferencias entre rentabilidad, riesgo y responsabilidad sobre los ahorros, este modelo permitirá la movilidad de los recursos como una condición necesaria de la inversión, encaminada a permitir al inversionista variar las combinaciones necesarias para obtener una optima utilización de los recursos.

A través de esta característica, los aportantes pueden escoger de las diferentes opciones del mercado, en cual de ellas desean invertir sus recursos, el plazo, la rentabilidad esperada, el riesgo, y todas aquellas condiciones propias de la inversión. Los recursos deben ser útiles a la inversión y por tanto, es ésta la que determina el grado de movilidad y el riesgo, las utilidades de los recursos pertenecen al aportante y sobre ellas, debe existir la misma regla de movilidad.

⁷³ *Ibíd.*, p.61

De lo anterior puede determinarse que los plazos mínimos de permanencia de los recursos, están determinados por la naturaleza de la inversión elegida por el inversionista, y no como ocurre en la actualidad, externamente impuesto por la ley sin ningún criterio financiero.

Una mayor movilidad de los recursos se traduce en una mayor tasa de retorno de los ahorros, y una optimización de los aportes para aprovechar las ventajas ofrecidas por diferentes productos en el mercado, adicional a ello, compensa la prohibición de retiro de los dineros del sistema financiero, y permite a las AFP cumplir con los topes de rentabilidad mínima establecidos en la ley.

No obstante lo anterior, será conveniente mantener el modelo de inversión pasiva que rige actualmente, con la finalidad de permitir a los constituyentes escoger dicho monto de riesgo y su correlativa rentabilidad, aún cuando los demás constituyentes puedan optar por otra forma de inversión con mayor rentabilidad y mayor riesgo.

En materia de salud, la Asamblea General de Constituyentes tendría funciones de fiscalización y divulgación, sobre las gestiones descentralizadas en cabeza de las EPS, verificando que los recursos tengan la destinación para la cual se recaudaron, y que los incentivos puedan ser aprovechados por todos los afiliados.

Adicionalmente, podrían colaborar en el diseño de nuevos servicios, o beneficios, así como en el régimen de cubrimiento escalonado según la capacidad de pago de los afiliados. Permitiría que los servicios del POS fueran determinados de acuerdo con las necesidades y preferencias de los usuarios y no de la ley, y verificaría la correcta prestación de servicios por parte de la EPS a los usuarios.

En este caso las Asambleas Generales de Constituyentes tendrían un verdadero sentido fiscalizador sobre el manejo de los recursos y el diseño de productos que incentive la afiliación de una importante población con capacidad de pago, cuyos ingresos permitan a su vez, la cobertura de un grupo de población no amparado, debido a su incapacidad económica, ya sea mediante un cubrimiento escalonado según la capacidad de pago de los afiliados.

Adicional a lo ya expuesto, la Asamblea General de Constituyentes, ejercería un verdadero control de la gestión de los administradores en el manejo de los recursos del Fondo, así la obligación de suministro de información tendría la dimensión real de responsabilidad que involucra la intermediación administrativa en los recursos.

3.2 ADMINISTRADORES

Teniendo en cuenta las diferencias que existen entre el administrador de recursos del Fondo de Pensiones y el administrador de recursos destinados al cubrimiento de servicios de salud, es necesario discriminar las modificaciones que se proponen desde el administrador, para el régimen contributivo en pensiones y en salud.

En materia de pensiones, el Banco Mundial ha recomendado eliminar el requisito de que las AFP tengan dedicación exclusiva, así mismo ha recomendado la participación de otros intermediarios financieros, utilizando infraestructura de otras instituciones ya establecidas, que les permita ahorrar costos.

La competencia de un mayor número de agentes financieros puede incentivar una disminución de las comisiones cobradas en la gestión de inversión de recursos,

como estrategia de captación de afiliados. Esta solución aporta mucho al problema, ya que si bien se dijo que una mayor vinculación de sujetos ayudaría al sistema, generaría a su vez un manejo más rentable de las inversiones, en la optimización del capital ahorro, conforme a las oportunidades que ofrece un mercado competitivo.

El régimen de banca especializada vigente en nuestro país representa una importante barrera de acceso, pues las exigencias de capital y demás requisitos legales hacen muy difícil el ingreso a este mercado, entonces será necesario flexibilizar la regulación para permitir a otras entidades financieras o asociaciones gremiales competir en el manejo de los recursos⁷⁴.

Las AFP tendrán la necesidad de ofrecer mejores portafolios, para mantener a sus afiliados y captar un porcentaje de la población no cubierto, mientras recuperan las funciones propias de los intermediarios del sector financiero, deberán armar portafolios, promoverlos, vigilarlos y responder por los resultados, logrando una participación más activa de los mismos, una rentabilidad basada en su verdadera especialización y eficiencia dentro de dicho mercado.

En el tema de la asunción de riesgo, vale la pena plantear la necesidad de que el mismo no sea de tipo exclusivamente financiero sino también comercial y productivo por ejemplo comprando acciones y bonos, siempre y cuando exista una institucionalidad intermedia que opera diversificando y absorbiendo dichos riesgos, tales como bancos de fomento o comerciales. Esto implica que los administradores asumen un mayor compromiso una mayor responsabilidad con las gestiones que desempeñan y sus resultados.

⁷⁴ Podría plantearse la posibilidad de que las sociedades fiduciarias administraran patrimonios autónomos con esa exclusiva dedicación es decir constituidos por recursos destinados a pensiones, así mismo podría estudiarse la posibilidad de que aseguradoras manejen productos especiales para ello el ramo vida, también que otros actores tuvieran acceso a tales recursos jalonando el aumento de la rentabilidad de los recursos

La ventaja económica para los actores que participen en este nuevo modelo estaría ubicada fundamentalmente, en la fijación de una comisión de éxito sobre los rendimientos obtenidos, la cual no tendría lugar si no se logran las metas propuestas para cada producto diseñado.

En el régimen en salud, resulta importante descentralizar los recursos del sistema que actualmente están en manos del FOSYGA, para que las EPS tengan mayor participación en el manejo de los recursos. Las EPS se encargan de recaudar las cotizaciones de los afiliados y de mantener actualizadas las bases de datos que contiene información sobre los mismos. Adicional a lo anterior, deben realizar los trámites de compensación y girar los saldos al FOSYGA.

El mecanismo de compensación esta diseñado para transferir recursos destinados a la prestación de servicios básicos de salud determinados en el POS, desde la población con mayor capacidad de pago hacia la financiación de población con menor capacidad de pago, sin embargo este proceso es ajeno a las EPS, quienes reciben el dinero por cada afiliado y su beneficiario sin interés en los ingresos de tales sujetos.

La descentralización del manejo de los recursos, constituiría un incentivo para que las EPS propendieran por la vinculación de población con mayor capacidad de pago para que con sus cotizaciones cubrieran el valor de sus POS y de esta forma evitar o desestimular la diligencia de compensación por déficit.

Este mecanismo a su vez solucionaría otros problemas relacionados con la sostenibilidad del sistema, pues para mejorar el nivel de afiliación y recaudo las EPS deberán competir con calidad que atraiga a la población de mayores ingresos motivada a pagar aportes mayores por la calidad del servicio.

Una eficiente gestión de recaudo puede incentivar a la EPS en la captación de nuevos afiliados cuyo flujo de recursos, viabilice la compensación al interior de la EPS, sin tener que acudir al FOSYGA. Adicionalmente las EPS dejarían de sentir la actividad de recaudo como una carga en la cual no tiene sentido optimizar el flujo de actividades, ya que en la actualidad, ellos cobran al FOSYGA el valor de la UPC por cada afiliado, así este no haya pagado.

Teniendo en cuenta que muchos declarantes de renta no cotizan al sistema o lo hace sobre ingresos inferiores a los declarados, sería importante que las EPS pudieran tener información de las autoridades pertinentes sobre las personas que declaran renta, y adelantaran de esta forma una campaña tendiente a vincularlos y a promover una vinculación sobre sus verdaderos ingresos.

Como las actitudes sancionatorias no resultan ser muy eficientes para lograr la verdadera declaración de ingresos de los afiliados y además deterioran las estrategias comerciales de las EPS, debe darse libertad a las EPS para que diseñen modelos que incentiven a los afiliados a obtener mayores beneficios en la medida en que hagan una mayor cotización,

Por ejemplo, permitir que las personas que declaren ingresos superiores a los diez salarios mínimos, puedan destinar un porcentaje de la cotización (por ejemplo 20 o 30%) al pago de planes complementarios o de medicina prepagada del cotizante y su familia. Así mismo podría permitirse que las cotizaciones pudieran ser descontadas ciento por ciento para el pago de impuesto a la renta o también para la modificación de la base de la retención en la fuente.”⁷⁵.

⁷⁵ Fundación Corona. Op. Cit. Pág.75

En el caso de los independientes con capacidad de pago, su evasión se fundamenta principalmente en la desproporcionada relación costo-beneficio, ya que la escasa credibilidad de este grupo frente a la posibilidad de ser sancionados⁷⁶ con ocasión de la evasión o la subdeclaración, sumado a la desconfianza en una buena prestación de servicios por parte del sistema, justifican el no pago de un porcentaje de sus ingresos, y por tanto juega un papel importante, el esfuerzo por mejorar el prestigio del sistema aumentando las coberturas en el aseguramiento y el acceso a los servicios⁷⁷.

“El recaudo de las cotizaciones obligatorias es de vital importancia para mantener el balance financiero del régimen contributivo y permitir su funcionamiento, así como para cumplir con el objetivo de solidaridad con los más pobres, el cual en buena medida depende del incremento de afiliación y de la recaudación en el régimen contributivo”⁷⁸

3.3 GESTIÓN AUTÓNOMA DE LOS RECURSOS

Para administrar los recursos con mayor eficiencia Hay que devolverle al sistema los elementos esenciales de la actividad financiera, en especial, la relacionada con la posibilidad de los inversionistas de escoger el tipo de riesgo, el nivel de rentabilidad y la duración de la inversión.

Debe permitirse a los aportantes, bajo ciertas condiciones y límites, acceder a los fondos acumulados para destinarlos a usos altamente valorados por sus propietarios, de tal forma que este estímulo garantice una mayor participación de personas con capacidad de ahorro.

⁷⁶ *Ibíd.* p. 39.

⁷⁷ *Ibíd.* p. 38

⁷⁸ *Ibíd.* p. 67

Adicionalmente se deben incentivar las contribuciones de ahorro para la vejez y eso solo se logra en la medida en que los ahorradores obtengan beneficios mayores a los que hoy se ofrecen, mediante una gestión eficiente de los recursos a favor de los aportantes, donde estos tengan incidencia en los mismos.⁷⁹

Para incentivar el largo plazo, se pueden ofrecer tasas de rentabilidad atractivas para que los inversionistas puedan encontrar interés en invertir en tales fondos; ello se logra cuando otros actores del mercado puedan acceder a los recursos con tasas muy competitivas evitando que el Estado sea el único interesado en captar dichos recursos, y que haya mayor participación de jugadores que eviten el monopolio.

“A su vez desde el punto de vista de los oferentes de instrumentos de largo plazo, la liquidez y profundidad de esos segmentos del mercado es crucial. Dada la preferencia por liquidez de los demandantes de instrumentos de ahorro financiero, los rendimientos de largo plazo normalmente son mayores que los de corto plazo. En tanto mas líquidos sean los mercados para los instrumentos de largo plazo, menor será la prima por liquidez, lo cual reducirá el costo de endeudamiento a esos plazos e incentivará la emisión de instrumentos de mayor madurez”⁸⁰

Estos factores se combinarían para, eventualmente⁸¹, ofrecer servicios de administración de fondos al menor costo posible, dado el estado de la tecnología y los costos en otras áreas de la economía⁸².

⁷⁹ JIMÉNEZ, Luís Felipe y CUADROS, Jessica. *Op.cit.*, p. 43

⁸⁰ *Ibíd.*, p.46

⁸¹ Es importante tener en cuenta un gran número de condiciones que inciden en el logro de tal resultado, por ejemplo, las condiciones macroeconómicas adversas, el incipiente desarrollo del mercado de capitales, la baja demanda de este mercado, la presión del gobierno por contar con dicha disponibilidad en el mercado interno, los menores costos de endeudamiento en el exterior que prefieren las grandes empresas.

⁸² *Ibíd.*, p. 39

En el país se viene dando una discusión en torno a la conveniencia de evolucionar desde la banca especializada hacia la multibanca, aunque existen importantes experiencias⁸³ que evidencian el avance hacia la multibanca, la integración de sus mercados y servicios financieros ha sido muy lenta, debido a los impedimentos legales para la integración plena⁸⁴.

En teoría, existen tres principales riesgos de la multibanca, que aun no cuentan con soluciones definitivas, en primer lugar, los posibles conflictos de intereses entre los propietarios del sector financiero y los propietarios del sector real, cuando la inversión en el sector real tienda a favorecer la colocación de recursos en dichos mercados; en segundo lugar, las limitaciones al riesgo de contagio cuando las operaciones bancarias y no bancarias se entrelazan directamente, y por ultimo los problemas de piramidación del capital⁸⁵.

Sin embargo, el mercado financiero debe preocuparse por solucionar estos problemas a corto plazo, pues el Tratado de Libre Comercio, exige medidas de integración para que el mercado financiero sea competitivo.

3.4. Ventajas del nuevo sistema

La reforma de la seguridad social adoptada en Colombia en 1993, implicó cambios institucionales de importancia; abrió la competencia en el aseguramiento; promovió entre los consumidores la libre elección de la entidad aseguradora y el prestador de servicios; buscó la adopción de un plan único de servicios y/o

⁸³ Cfr. CLAVIJO, Sergio. Hacia la multibanca en Colombia: Retos y retazos financieros. Junio de 2000, p. 2. Entre ellas pueden citarse: la mayor libertad y competitividad de los años 90, y el marchitamiento de las CAVS ordenado por la ley de vivienda No. 546 de 1999.

⁸⁴ Cfr. CLAVIJO, Ibíd. p.2. igualmente menciona que *“la reglamentación del estatuto financiero será de vital importancia para que despeguen los nuevos servicios masivos de titularización dándosele así un vuelco a la forma tradicional en que se venia haciendo la transformación de plazos desde principios de los años setenta”*

⁸⁵ Ibíd., p. 4 y 5

beneficios para toda la población y propició mecanismos de contratación entre aseguradores y prestadores para la provisión de dicho plan. Sin embargo, es posible optimizar aún más el sistema, aquí se analizan las ventajas del nuevo modelo propuesto, entendiendo este como un simple mejoramiento de algunas actividades o estructuras que generan problemas al sistema.

Transparencia y responsabilidad: Los cotizantes conocerán el uso de sus recursos, así como la gestión de sus administradores, de tal forma que asumirán directamente responsabilidad sobre las decisiones que se tomen y podrá participar activamente en la construcción de ellas.

Los resultados de las operaciones las conocerán todos aquellos involucrados en la decisión como en los resultados, así las utilidades y las pérdidas se dispersarán a favor o en contra de todos los sujetos que hacen parte del sistema, eliminando la costumbre de privatizar las utilidades en cabeza del administrador, mientras que se socializan las pérdidas en cabeza del mayor grupo posible de ciudadanos.

El ahorrador tendría la posibilidad de escoger el nivel de riesgo que quiere asumir y el fondo donde quiere tener su dinero, y debería poder elegir las diferentes opciones de negocio ofrecidas en el mercado, haciéndose responsable de los riesgos que ella genere y fundamentando el concepto de auto responsabilidad.

Especialmente para los trabajadores dependientes que no tienen opción para excluirse de la cotización, esta sería una contraprestación a la obligatoriedad de la afiliación y contribución. En la medida en que no estarían expuestos a un riesgo o un costo mayor al que realmente quieren asumir.

Frente al temor de que la movilidad de recursos ponga en peligro la obtención de pensiones adecuadas, debe analizarse si el desincentivo para las personas con

mayor capacidad de ahorro no ocasiona las mismas consecuencias. Por ello es necesario que la población laboralmente activa y quienes tienen capacidad de ahorro, se vean incentivados a aportar, de tal forma que sus contribuciones garanticen en un futuro, el pago de los beneficios de la población retirada.

Competencia abierta y cobertura: Si se permitiera un mayor número de actores en la captación, administración e inversión de recursos, se podría hablar de un mercado mucho más competitivo, con mayor participación en la oferta, con menores riesgos de colusión, con disciplina de mercado y ganancias de productividad, por la vía de la especialización de los agentes en la provisión de productos y servicios en los cuales poseen ventajas comparativas.

Al eliminar la competencia oligopólica, podrían ampliar y combinar la inversión de manera más eficiente y tan posible como lo permita el mercado, es decir que contarían con herramientas competitivas tales como un amplio portafolio de opciones de calidad, riesgo y rentabilidad.

Para ello debe buscarse correspondencia entre la contribución y los beneficios que mejore la credibilidad en el sistema y la confianza en sus posibilidades para responder, y que garantice su viabilidad financiera, de tal forma que sea suficientemente estable para atender a la población que puede velar por su seguridad social.

De esta forma los recursos del Estado podrán destinarse a aquellos que no tienen capacidad para asumir un ahorro para su vejez, dejando de responder por aquellos que hubieran podido tener capacidad para asumir su vejez y no lo hicieron.⁸⁶, direccionando los recursos públicos a la población más vulnerable,

⁸⁶ www.cepal.org/publicaciones/Comercio/0/LCL2090P/lcl2090e.pdf

tales como la población adulta retirada sin cobertura, las mujeres y las personas de menores ingresos. Con una mayor participación de los recursos públicos, podrá fortalecerse el sistema alternativo de subsidios aumentando la cobertura del sistema.

Nuevos servicios para población no cubierta: Un mayor número de prestadores y de administradores tendrán la necesidad de competir no solo por la población tradicionalmente cubierta, sino por aquel sector excluido, ofreciendo nuevos productos acordes con sus necesidades, preferencias y capacidad de pago.

CONCLUSIONES

La seguridad social tiene una clara naturaleza financiera, pues propende por la aglomeración de recursos económicos, para cubrir con ellos, diversas contingencias de los aportantes al sistema. Por tanto pueden encontrarse en su naturaleza, los elementos esenciales de la actividad aseguradora.

La seguridad social comparte con la actividad aseguradora, los siguientes elementos esenciales: la mutualidad, el cubrimiento de riesgos, la prima y la prestación. A pesar de ello, no existe coherencia entre la naturaleza financiera del sistema de seguridad social y el diseño administrativo, lo cual ha generado problemas relevantes de carácter administrativo y financiero.

El sistema de seguridad social sufre tres problemas esenciales derivados de la incongruencia entre el esquema administrativo y el modelo financiero: Ineficiente modelo administrativo que impide o desincentiva la competencia de administradores de los recursos; la incongruencia entre el monto del aporte y la prestación recibida; y la existencia de incentivos hacia los comportamientos oportunistas por parte de la población independiente.

Estos tres problemas administrativos fueron detectados tanto en el régimen contributivo en salud como en el régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad. El presente trabajo excluyo de su objeto de estudio al régimen subsidiado.

Se presentan alternativas encaminadas a solucionar tales problemas dentro del régimen de pensiones y salud, fundamentalmente enfocados a fortalecer la participación de los afiliados al sistema como herramienta para aminorar la

situación oligopólica del mercado, equilibrar la capacidad de negociación de los afiliados, disminuir los costos administrativos a cargo de los aportantes, disminuir los comportamientos oportunistas de los afiliados y permitir un mayor acceso de población actualmente descubierta.

Una mayor participación de los aportantes equilibra la capacidad de negociación frente a los administradores, permitiéndoles exigir mejores gestiones administrativas y eliminando la calidad de mercado cautivo que actualmente sufren.

También les permite conocer el manejo de los recursos y organizar asociaciones que propendan por mecanismos novedosos de cubrimiento acordes con sus necesidades, preferencias y capacidad de pago.

Tales organizaciones podrían incentivar la participación de otros intermediarios que mediante una mayor competencia mejoraran las condiciones del mercado respecto de comisiones y costos mas competitivos y mayor numero de servicios ofrecidos en el mercado a mejores precios.

En tales condiciones existirían incentivos para un mayor flujo de población aportante hacia el sistema, optimizando la gestión financiera, de forma que se puedan redireccionar recursos hacia la población no cubierta.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

APREDA, Rodolfo. Jubilaciones y pensiones, que son y como operan. Editorial Machhi . Buenos Aires, Argentina. 1993. (Reg. Topog. 331.252. a67)

AYALA, C. Carlos. Legislación en Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales. Bogotá: Ediciones Salud Laboral Ltda., Tercera Edición, 2005.

AYALA, Ulpiano. ACOSTA Olga Lucia. Serie CEPAL, Financiamiento para el desarrollo. Santiago de Chile. Naciones Unidas. Revista No. 118. Abril de 2002.

BAEZA, P., Sergio. El Seguro. 3 Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 63 – 74.

CARDENAS RIVERA, Miguel Eduardo. La reforma pensional en Colombia. Bogotá. Editorial Field. 2002.

CLAVIJO, Sergio. Hacia la multibanca en Colombia, Retos y retazos financieros. Memorias de la convención de Asobancaria. Bogotá, Junio de 2000.

FUNDACIÓN CORONA. PLATA, Beatriz. GIEDION, Ursula. MORALES, Luís Gonzalo. BLOOM, Eric. La evasión de aportes obligatorios al sistema de salud en Colombia. Fundación Corona, Bogota. Junio de 1999.

GUILLIEN. R., Jean Vicent. Diccionario Jurídico. Bogotá: Temis, 2001. p. 262.

JARAMILLO, Iván. El Futuro de Salud en Colombia Ley 100 de 1993 Cinco Años Después: Fascol, Cuarta Edición, 1999. p. 29 – 33

JIMÉNEZ, Luís Felipe y CUADROS, Jessica .Serie CEPAL: Financiamiento para el Desarrollo. Santiago de Chile: Naciones Unidas. Revista No. 131, Junio 2003.

MESA LAGO, Carmelo. Serie CEPAL, Financiamiento para el Desarrollo. Santiago de Chile. Naciones Unidas. Revista No, 144.

MIRANDA, TALERO. Alfonso. El derecho de la seguridad social. Santa fe de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad Ciencias Jurídicas, 1995.

PERALTA, G., Margarita. LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS Y LOS FONDOS DE CESANTIAS. Santa Fe de Bogotá. 1994. p. 94. Tesis (Abogada).

SAMPER, RODRÍGUEZ. Gustavo. La Seguridad Social en Colombia. Bogotá: Colombo Editores, 1996. p. 25 – 44.

STIGLITZ S. RUBEN. Derecho de seguros. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1997. p. 167.

LEGISLACIÓN

Ley 90 del 26 de diciembre de 1946.

Ley 50 del 28 de diciembre de 1990.

Ley 100 del 23 de diciembre de 1993.

Decreto No. 656 del 24 de marzo de 1994.

Decreto 1295 del 22 de junio de 1994.

Decreto 1919 del 5 de agosto de 1994

Decreto 1896 del 3 de agosto de 1994, derogado por el Decreto 1283 del 23 de julio de 1996.

Decreto 1283 de Julio 23 de 1996.

Decreto 047 de 2000.

Ley 797 del 29 de enero de 2003.

Decreto 4327 del 25 de noviembre de 2005

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

RESOLUCIONES Y ACUERDOS

MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Resolución 5261 del 5 de agosto de 1994.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Resolución 2549 del 22 de noviembre de 1994

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Resolución 275 del 23 de mayo de 2001.

MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL – CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Acuerdo No. 260 del 27 de enero de 2004

MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Acuerdo No. 306 del 16 de Agosto de 2005.

INTERNET

www.asofiduciaria.org.co

www.banrep.gov.co

www.cepal.org/publicaciones/Comercio/0/LCL2090P/lcl2090e.pdf

www.derechoydesplazamiento.net/IMG/pdf/Acuerdo_260_2004.pdf

www.minhacienda.gov.co

www.minproteccionsocial.gov.co