



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 23754 DE 2012
(14 MAY 2012)

Radicación No. 11 - 66077

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA
COMPETENCIA,**

en ejercicio de sus facultades administrativas, en especial las que le atribuye el artículo 1°
numerales 2° y 3°, el artículo 9° numeral 4 del Decreto 4886 de 2011 y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que "[...] *la libre competencia económica es un derecho de todos [...]*" y "[...] *el Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*"

SEGUNDO: Que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, estableció como propósitos de las actuaciones administrativas "*[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*"

TERCERO: Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio "*[c]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*"

CUARTO: Que el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, establece como función del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia "*Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia*"

QUINTO: Que mediante oficio radicado con el No. 11 – 0066077- 0 del 27 de mayo de 2011, el señor GERMAN FERNANDEZ C., Vicepresidente de Asuntos Gubernamentales de la Federación Médica Colombiana, radicó un mensaje vía correo electrónico en esta Superintendencia, en el cual anexa una petición de información dirigida al Director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en el cual manifiesta lo siguiente:

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

"4. Cuando el legislador determinó la organización y administración del SGRP, habilitó el ramo de Riesgos Profesionales en las compañías aseguradoras de vida para asumir los riesgos derivados de la ocurrencia del Accidente de Trabajo o de la Enfermedad Profesional – ATEP – y para el efecto estableció en el Parágrafo Transitorio del Artículo 79 del D. L. 1295 de 1994, la obligación de acreditar para el Ramo de Riesgos Profesionales **un monto de patrimonio técnico propio, específico para operar dicho ramo**. Patrimonio propio de la Aseguradora que no es susceptible de confundir ni involucrar con las captaciones ni con la administración y gestión de los recursos públicos parafiscales que como cotizaciones son aportados por los Empresarios de Colombia y por los contratistas individuales, con destinación constitucional específica.

(...)

5. Así las cosas, no resulta legal, ni lícito, ni técnico que un particular que administra recursos ajenos, que no le pertenecen, en este caso, recursos públicos, confunda y mezcle los recursos parafiscales con los recursos propios de la Aseguradora, subsumiéndolos en una sola cuenta indiscriminada sin distinguir ni diferenciación como si fueran recursos propios patrimoniales, y también carece de licitud si la imputación contable correspondiente a ese pago se efectúa con cargo a los recursos parafiscales.

(...)

Adiciónense los gastos correspondientes a pagos de costosos bufetes de abogados contratados ad hoc por las ARP para defender procedimientos de pagos contra la Ley en las diferentes instancias, honorarios que han sido pagados como si fueran gastos propios del sistema. Y otras aportaciones que hacen las ARP, también con cargo a recursos parafiscales, por ejemplo, para sostener la conocida "Cámara de Riesgos Profesionales" y muchos gastos de representación. Rubros todos que deberían ser pagados e imputados a los recursos patrimoniales propios de las Aseguradoras y no con cargo a la cotización parafiscal."

SEXO: El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó iniciar de oficio una averiguación preliminar para "...establecer si existe evidencia que determine la necesidad de iniciar una investigación, por una presunta infracción a las normas de protección de la competencia por parte de las diferentes Administradoras de Riesgos Profesionales – ARP y la Cámara Técnica de Riesgos Profesionales."¹

SÉPTIMO: Que en desarrollo de la presente actuación administrativa, se realizaron las siguientes actividades:

1. Testimonio del doctor GERMAN FERNANDEZ CABRERA.²
2. Testimonio del doctor SERGIO ISAZA VILLA³
3. Visita administrativa a la Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA⁴
4. Respuesta a requerimiento de información de FASECOLDA⁵

¹ Folio 127 del Cuaderno No. 1 del expediente.

² Folio 27 del Cuaderno No. 1 del expediente

³ Folio 28 del Cuaderno No. 1 del expediente.

⁴ Folios 128 a 138 del Cuaderno No. 1 del expediente.

⁵ Folios 139 a 147 del Cuaderno No. 1 del expediente.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

OCTAVO: Que para abordar el problema jurídico planteado es necesario primero definir, en términos generales, la relación constitucional entre la libre competencia y el interés general.

8.1. La dimensión económica de la libre competencia económica.

En los términos del artículo 333 de la Constitución Política, la libre competencia económica es un derecho colectivo que el Estado está en la obligación de garantizar, porque de lo contrario las oportunidades y los beneficios que brinda el mercado, sería muy reducido, dejando por fuera a aquellos que operan guiados por reglas de la sana competencia, además de reducir el bienestar de la sociedad y generar escenarios propicios para la creación de "monopolios" o la disminución en la oferta de bienes y servicios, orientados por diversidad en precio y calidad para el consumidor. La competencia es un estado en el que el mercado "conduce a (i) garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) permite evitar la creación de monopolios; (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos."⁶

8.2. La dimensión jurídica de la libre competencia económica.

Como ya lo ha manifestado esta Superintendencia, en la medida en que los mercados competitivos tienden a maximizar el bienestar general, el bienestar del consumidor y regular eficientemente la asignación de recursos, resulta procedente que el Estado tutele jurídicamente un modelo económico basado en la libre competencia, con el fin de obtener beneficios colectivos.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico constitucional se establecen las finalidades del Estado y los mecanismos de gobierno para la obtención de estos fines. La libre competencia económica puede facilitar, dentro de este marco, la consecución de algunos de los fines del Estado, por lo que dotarla de un estatus jurídico que permita proteger su correcto funcionamiento⁷, es armónico con la organización social que concibe la Constitución.

Las consideraciones económicas acerca de la competencia como mecanismo regulador eficiente del bienestar social, motivó a que la Constitución Política de 1991 consagrara el concepto amplio de libertad económica en su artículo 333⁸, que incluye las libertades de empresa, competencia económica e, indirectamente, los derechos de los consumidores⁹.

⁶ Corte Constitucional; sentencia C-432/10; Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ "Una política económica óptima busca estimular los impactos "buenos" y corregir los impactos "malos" de los mercados" Cuevas, Homero; Fundamentos de la Economía de Mercado; Universidad Externado; Bogotá; 2da edición; 2004; p. 95.

⁸ "ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

La jurisprudencia ha considerado que la libre empresa se "desdobra, a su vez, en la libertad de establecerse y en la de ejercer profesión u oficio"¹⁰, sin embargo, otros derechos permanecen en conexidad con esta libertad, como la libertad contractual¹¹; así mismo, es un presupuesto para la concurrencia en los mercados¹².

Por su lado, se ha considerado que la libre competencia tiene dos dimensiones o perspectivas:

"[l]a libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados"¹³ (negrilla añadida).

La libre competencia económica en su perspectiva objetiva, no comprende derechos subjetivos, sino que consagra la obligación del Estado de procurar condiciones de competencia en los mercados.

En no pocos casos, la libre empresa y la libre competencia económica, esferas de la libertad económica, pueden chocar (cuando el ejercicio de la libertad de empresa puede afectar la libre competencia, o viceversa). La incidencia que tiene la libre competencia sobre el bienestar general, hace que su tutela prevalezca sobre los intereses particulares de los agentes económicos, en el sentido de que la libre competencia incorpora, como modelo económico constitucional, al interés general¹⁴. Esta prevalencia sobre los intereses particulares es lo que legitima su protección estatal, por lo que en casos de contradicción entre la libertad de empresa y la libre competencia económica, la Corte Constitucional ha dicho que la libre competencia económica prevalece, incluyéndola entre las circunstancias de limitación de la libre empresa: "[e]stos límites versan sobre dos aspectos definidos: el primero, la responsabilidad social que implica que el ejercicio de la libertad de empresa, asunto explicado en fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia. El segundo, que está relacionado con la protección de la competencia en sí misma considerada, esto es, la necesidad de regular las disconformidades del

⁹ "el derecho a la libre empresa, el derecho a la libre competencia y los derechos de los consumidores no son más que diversas facetas de un mismo derecho: la libertad económica". Consejo de Estado; Sección Tercera; Acción Popular; 13 de agosto de 2008; Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ Angarita, Ciro; *La Libertad Económica en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*; VVAA en Constitución Económica Colombiana; El Navegante Editores; Bogotá; segunda edición; 1997; P. 171.

¹¹ Corte Constitucional; sentencia C-624/98; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹² "Pero más allá de esta tensión entre el interés público y el privado, es preciso recordar que la libertad de empresa es reconocida a los particulares por motivos de interés público. Al margen de lo que las distintas escuelas económicas pregonan sobre la incidencia de la competencia libre en la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, lo cierto es que la Carta, como se dijo, admite que la empresa es motor de desarrollo" Corte Constitucional; sentencia C-615/02; Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ Corte Constitucional; sentencia C-535/97; Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ "El principio de prevalencia del interés general permite preferir la consecución de objetivos comunes sobre intereses particulares, siempre y cuando el interés particular no se encuentre amparado por un derecho constitucional". Corte constitucional; sentencia C-251/02; Magistrados Ponentes: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

mercado que restringen la posibilidad de acceso equitativo a los distintos agentes económicos¹⁵ (negrilla añadida).

El artículo 46 del decreto 2153 de 1992¹⁶, establece que se consideran como de objeto ilícito las conductas que afecten la libre competencia en los mercados.

8.3. Bien jurídico tutelado en cumplimiento de las funciones administrativas sancionadoras de las prácticas comerciales restrictivas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Superintendencia, en aplicación de la normatividad, tiene el deber de sancionar las prácticas que resulten restrictivas para la libre competencia, en ejercicio del poder de policía que nos asiste.

Jurídicamente se puede concluir que: (i) las funciones administrativas encaminadas a **proteger la libre competencia** las realiza la Superintendencia de Industria y Comercio en representación del interés general¹⁷ y en vigilancia del orden público económico¹⁸; y, (ii) que este interés general se fundamenta en el correcto funcionamiento de los mercados.

El interés general puede estar relacionado o no con la vulneración de intereses particulares, más allá de la masividad del daño, por lo que el análisis que debe realizar la Superintendencia de Industria y Comercio acerca de sus propias competencias en cumplimiento de funciones administrativas, no es el de la afectación a la buena fe mercantil de un participante del mercado, o el de la sumatoria de muchos derechos individuales o intereses particulares de este tipo, y ni siquiera el de la relación entre el número de afectados y el total de participantes del mercado relevante en el que tiene efectos la conducta; no se puede afirmar, entonces, que el bien jurídico tutelado del procedimiento administrativo que cumple esta Delegatura sea la buena fe mercantil¹⁹ de agentes que concentran un mercado, pues la afectación a la buena fe mercantil no garantiza en realidad que se esté afectando el interés general, es decir, el correcto funcionamiento del mercado mismo, independientemente del número de actores²⁰.

¹⁵ Corte Constitucional; sentencia C-228/10; Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶ "ARTÍCULO 46. PROHIBICIÓN. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, **se consideran de objeto ilícito**". Respecto al objeto ilícito, la Corte Constitucional lo ha entendido en los siguientes términos: "en lo que hace al contenido de la obligación, la licitud o ilicitud de la prestación o actividad y de su finalidad, dependen en sustancia del cumplimiento de las normas de **orden público o imperativas** y del respeto a las **buenas costumbres**". Corte Constitucional; sentencia T-629/10; Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁷ Por lo que los terceros que desean ser reconocidos en estos procedimientos deben acreditar que tienen un interés directo e individual, y no invocar el interés general ya representado por la SIC. Vgr. Resolución SIC 59745 de 2009.

¹⁸ "La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo". Corte Constitucional; sentencia C-083/99; Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁹ Artículo 7, Ley 256 de 1996.

²⁰ El sistema de protección de intereses particulares a través de las acciones de competencia desleal jurisdiccional es suficiente como cláusula de prevención general.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Las competencias administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio no se activan por razones cuantitativas en razón de los perjuicios causados a derechos subjetivos al interior de un mercado relevante, sino cualitativas, en razón a la afectación a la libre competencia económica, o a lo que esta implica, en ese mercado.

NOVENO: Que de la información recaudada por esta Entidad en desarrollo de la presente averiguación preliminar y del análisis de la misma, esta Delegatura encuentra pertinente describir el mercado relacionado con los hechos objeto de la queja:

9.1 ESTRUCTURA DEL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES Y EL MERCADO DE ASEGURAMIENTO DE RIESGOS PROFESIONALES EN COLOMBIA

La estructura del Mercado de Aseguramiento de Riesgos Profesionales Colombiano se encuentra organizada a través del Sistema de Seguridad Social Integral, del cual forma parte el Sistema General de Riesgos Profesionales (SGRS) cuya estructura se expone a continuación.

9.1.1 ESTRUCTURA DEL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES- SGRP

De conformidad con el artículo 1 de la Ley 100 de 1993 el Sistema de Seguridad Social Integral "(...) comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios (...)".

El Sistema General de Riesgos Profesionales corresponde al conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan, adicionalmente, aquellos temas como salud ocupacional relacionadas con la prevención de los accidentes trabajo y enfermedades profesionales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo, hacen parte integrante del Sistema General de Riesgos Profesionales²¹.

La estructura del SGRP se presenta en la Figura No. 1, en ella se observa que el SGRP está en cabeza del Ministerio de la Protección Social (MPS), en especial de la **Dirección Técnica de Riesgos Profesionales**, que se encarga de: Promover la prevención de los riesgos profesionales; vigilar y controlar la organización de los servicios de prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que adelanten las ARP; vigilar que las empresas y las ARP adelanten las investigaciones de los factores determinantes de los accidentes de trabajo y la aparición de enfermedades profesionales; asesorar a las autoridades administrativas en materia de riesgos profesionales; formular, coordinar, adoptar políticas y desarrollar planes y programas en las áreas de la salud ocupacional y medicina laboral, tendientes a prevenir la ocurrencia de accidentes de trabajo o la aparición de enfermedades profesionales, entre otras²².

De igual forma, el SGRP se encuentra conformado por entidades como el Consejo Nacional de Riesgos Profesionales (CNRP), el Fondo de Riesgos Profesionales (FRP), las Juntas de calificación de invalidez, el Comité Nacional de Salud Ocupacional y la Superintendencia Financiera que dentro de sus competencias y el cumplimiento de funciones específicas, apoyan la consecución de las políticas públicas del Sistema.

²¹ Artículo 1 del Decreto Ley 1295 de 1994.

²² Artículo 72 del Decreto Ley 1295 de 1994.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Por su parte, el **Consejo Nacional de Riesgos Profesionales**²³ es un órgano de dirección del SGRP, de carácter permanente, adscrito al MPS, cuyas funciones son, entre otras: Recomendar la formulación de las estrategias y programas para el SGRP; Recomendar las normas técnicas de salud ocupacional que regulan el control de los factores de riesgo; Recomendar las normas de obligatorio cumplimiento sobre las actividades de promoción y prevención para las ARP; Recomendar al Gobierno Nacional las modificaciones que considere necesarias a la tabla de clasificación de enfermedades profesionales; Recomendar las normas y procedimientos que le permitan vigilar y controlar las condiciones de trabajo en las empresas.

Ahora bien, el **Fondo de Riesgos Profesionales**²⁴ es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de la Protección Social, y sus recursos son administrados en fiducia, cuyo objeto es adelantar estudios, campañas y acciones de educación, prevención e investigación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en todo el territorio nacional.

También participan del SGRP, las **Juntas de Calificación de Invalidez**, las cuales son organismos de creación legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de carácter privado, sin personería jurídica, cuyas decisiones son de carácter obligatorio. Sus integrantes son designados por el Ministerio de Protección Social, de conformidad con lo señalado en el artículo 17 del Decreto 2463 de 2001, no tienen el carácter de servidores públicos, no devengan salario, ni prestaciones sociales, sólo tienen derecho a los honorarios establecidos en el mismo Decreto. Los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y sólo pueden ser controvertidos ante la justicia laboral ordinaria. De acuerdo con el MPS, en Colombia existen 19 juntas distribuidas en diferentes departamentos del país.

De otro lado, el **Comité Nacional de Salud Ocupacional**²⁵ es un órgano asesor del Consejo Nacional de Riesgos Profesionales y consultivo de la Dirección Técnica de Riesgos Profesionales del MPS, que tiene como funciones, entre otras las de: Proponer al Gobierno nacional las políticas relacionadas con la Salud Ocupacional; Asesorar a las entidades gubernamentales del orden nacional en los asuntos de Salud Ocupacional; Impulsar y proponer a las instituciones las investigaciones tendientes a diagnosticar la situación de la Salud Ocupacional, para la orientación y desarrollo de los programas.

Finalmente, corresponde a la **Superintendencia Financiera de Colombia**²⁶ el control y vigilancia de las ARP, en relación con los niveles de patrimonio, reservas, inversiones y el control financiero (Artículo 84 del Decreto 1295 de 1994).

Las entidades mencionadas se encargan de regular, supervisar, controlar y vigilar a los agentes que participan del Mercado de Aseguramiento de Riesgos Profesionales, los cuales son: las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP), las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS).

Cabe resaltar que la responsabilidad del Sistema de Riesgos Profesionales es compartida entre la empresa, la ARP y el trabajador, por cuanto:

²³ Artículos 69 y 70 del Decreto 1295 de 1994

²⁴ Artículo 88 del Decreto 1295 de 1994

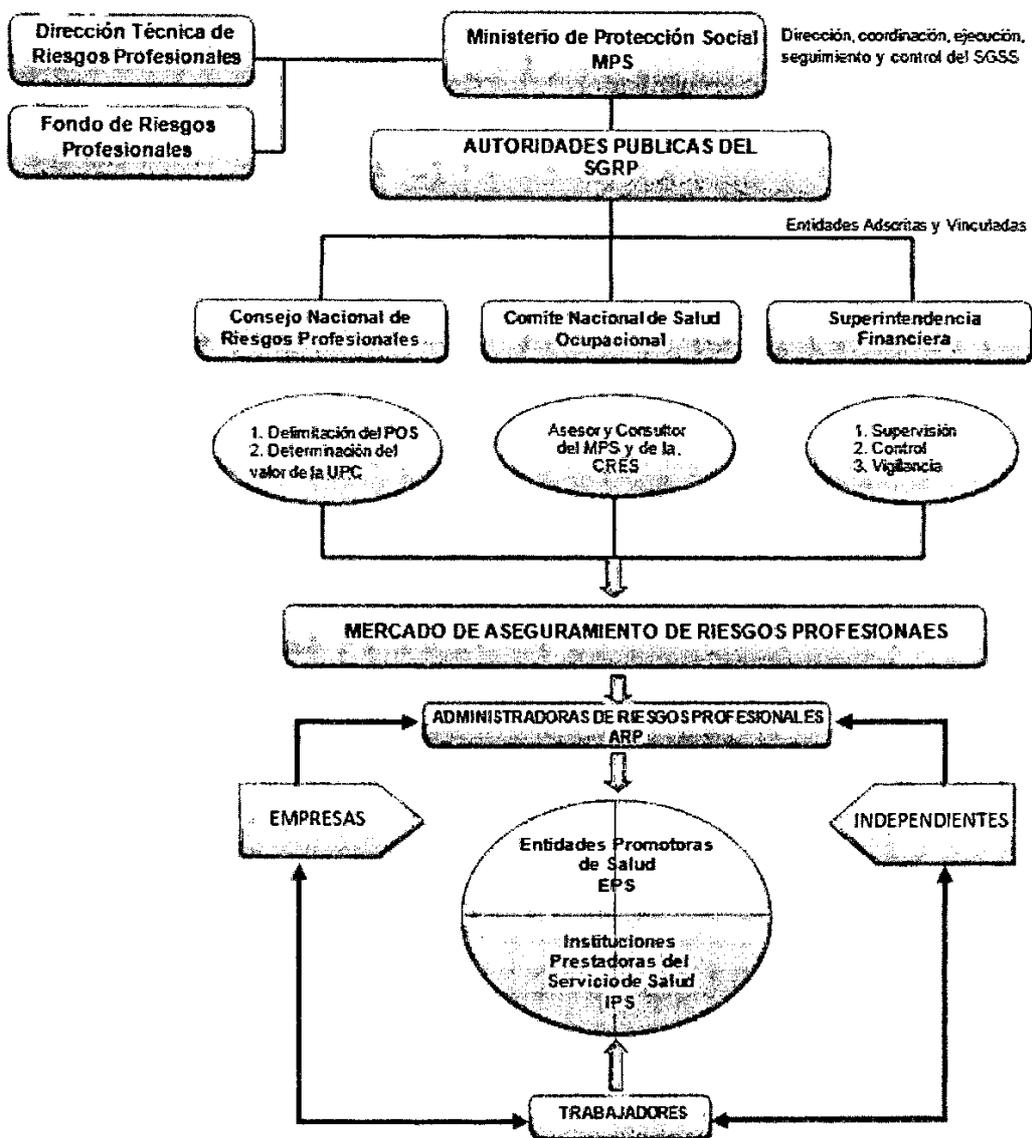
²⁵ Artículo 71 del Decreto 1295 de 1994

²⁶ Artículo 84 del Decreto 1295 de 1994

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

- La empresa afilia a todos sus trabajadores al Sistema y desarrolla programas de prevención.
- La ARP asesora a la empresa en los programas de prevención y atiende los trabajadores que se accidenten o se enfermen por causas propias de su trabajo.
- El trabajador acata las normas de seguridad y prevención de la empresa y utiliza sus elementos de protección personal.

Figura No. 1 Estructura del Sistema General de Riesgos Profesionales (SGRP)



Fuente: Elaboración SIC

A continuación, se define el mercado de aseguramiento de riesgos profesionales en Colombia, así como cada uno de los agentes que participan en él.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

9.2 FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE ASEGURAMIENTO DE RIESGOS PROFESIONALES EN COLOMBIA

A continuación se expondrá el Mercado de Aseguramiento de Riesgos Profesionales desde una perspectiva económica. Por esta razón, para comprender mejor la dinámica de las interacciones entre agentes y el funcionamiento del mercado de riesgos profesionales, se abordará desde el punto de vista de: i) Los Agentes (Offerentes y Demandantes) y su interacción en el Mercado de Aseguramiento de Riesgos Profesionales; ii) Producto y/o Servicio y iii) el precio.

9.2.1 Los Agentes (Offerentes y Demandantes) y su interacción en el Mercado de Aseguramiento de Riesgos Profesionales

9.2.1.1. La Oferta: Servicio de Aseguramiento de Riesgos Profesionales

Las personas jurídicas especializadas en la promoción del aseguramiento de riesgos profesionales, reguladas y autorizadas por el Estado para garantizar la prestación de los servicios de salud derivados de los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales, son las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP), quienes tienen la función de gestionar el proceso de aseguramiento de riesgos profesionales a las personas afiliadas al SGRP.

En este orden de ideas, corresponde a las ARP encargarse de la afiliación de los trabajadores al SGRP, así como la administración del mismo. Dicha afiliación se efectúa a través de las empresas, quienes tienen la obligación de afiliarse al sistema, afiliar a sus empleados y realizar el pago de la cotización correspondiente para cada uno de ellos.

Adicionalmente, las ARP son las encargadas de efectuar el recaudo de las cotizaciones que hacen las empresas por sus trabajadores, de ofrecer asesoría en los programas de prevención que se realizarán en las empresas afiliadas, de garantizar la prestación de servicios médicos a los trabajadores que se accidenten o enfermen por causas propias de su trabajo y de realizar el pago de las prestaciones económicas como las incapacidades, pensiones de invalidez y de sobrevivientes que se puedan generar como consecuencia de los accidentes o enfermedades profesionales.

Así mismo, las ARP tienen que desarrollar un trabajo conjunto con la empresa para identificar y controlar los riesgos presentes en los lugares de trabajo, con el fin de evitar la ocurrencia de accidentes y enfermedades profesionales. De igual forma, deberán brindar programas de capacitación a los distintos públicos de la empresa, en temas relacionados con la prevención de los riesgos y el mejoramiento de la calidad de vida en el trabajo.

En lo que se refiere a la función de garantizar los servicios médicos a sus afiliados derivados de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, corresponde a las ARP sufragar los gastos derivados de la atención prestada a sus afiliados por parte de las IPS y EPS, efectuando los reembolsos correspondientes a dichos agentes, para lo cual podrá suscribir los convenios o contratos correspondientes.

Cabe resaltar, que en el mercado de aseguramiento de riesgos profesionales se permite a las empresas o trabajadores independientes pertenecientes al SGRP elegir cualquier asegurador, lo que permite a las ARP competir por afiliados.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 29754 DE 2012 Hoja N°. 10

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Finalmente, cabe anotar que se entiende que dentro del SGRP las ARP se encargan de asegurar los denominados riesgos profesionales, que corresponden al accidente que se produce como consecuencia directa del trabajo o labor desempeñada, y la enfermedad que haya sido catalogada como profesional por el Gobierno Nacional.

Accidente De Trabajo²⁷. Se denomina accidente de trabajo a todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de ordenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

Enfermedad Profesional²⁸. Se considera enfermedad profesional todo estado patológico permanente o temporal que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador, o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, y que haya sido determinada como enfermedad profesional por el Gobierno Nacional.

Ahora bien, con relación a la participación de mercado de cada ARP en términos de número de empresas y de trabajadores afiliados, se encontró que en el transcurso del periodo 2008-2010 la Aseguradora con mayor participación en el total de empresas afiliadas al SGRP era la compañía Positiva con un 72,5% en promedio anual (Ver Cuadro No.1). Mientras que, en términos de número de trabajadores afiliados al SGRP, las ARP con mayor participación eran, para el mismo periodo, Positiva con 36,2% promedio anual, seguida por la Sura (22,2%) y Colpatria con 12,6% (Ver Cuadro No. 2).

Cuadro No. 1. Participación de las ARP por número de empresas afiliadas

Compañía	dic-08	Partici. %	dic-09	Partici. %	dic-10	Partici. %
Positiva	320.329	73,1%	318.049	71,7%	327.810	72,7%
Sura	29.515	6,7%	32.665	7,4%	37.363	8,3%
Equidad	29.343	6,7%	23.975	5,4%	21.545	4,8%
Colpatria	22.353	5,1%	23.347	5,3%	23.993	5,3%
Colmena	21.893	5,0%	23.012	5,2%	22.213	4,9%
Bolivar	6.550	1,5%	6.419	1,4%	6.070	1,3%
Liberty	6.221	1,4%	7.675	1,7%	9.269	2,1%
Alfa	1.471	0,3%	6.780	1,5%	1.548	0,3%
Mapfre	231	0,1%	1.537	0,3%	1.306	0,3%
Aurora	39	0,0%	47	0,0%	78	0,0%
TOTAL	437.945	100%	443.506	100%	451.195	100%

Fuente: FASECOLDA

²⁷ Artículo 9 del Decreto Ley 1295 de 1994.

²⁸ Artículo 11 del Decreto Ley 1295 de 1994.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Cuadro No. 2. Participación de las ARP por número de trabajadores afiliados

Compañía	dic-08	Partici. %	dic-09	Partici. %	dic-10	Partici. %
Positiva	2.125.730	34,3%	2.538.060	37,8%	2.503.243	36,7%
Sura	1.439.463	23,2%	1.398.369	20,8%	1.542.674	22,6%
Equidad	330.700	5,3%	279.206	4,2%	294.695	4,3%
Colpatria	871.291	14,0%	826.326	12,3%	783.351	11,5%
Colmena	671.175	10,8%	671.852	10,0%	659.411	9,7%
Bolívar	361.277	5,8%	364.131	5,4%	383.320	5,6%
Liberty	317.106	5,1%	459.059	6,8%	457.914	6,7%
Alfa	60.795	1,0%	68.102	1,0%	71.823	1,1%
Mapfre	20.552	0,3%	95.034	1,4%	127.934	1,9%
Aurora	7.997	0,1%	7.286	0,1%	3.761	0,1%
TOTAL	6.206.086	100,0%	6.707.425	100%	6.828.126	100%

Fuente: FASECOLDA

9.2.1.2 La Demanda del Servicio de Aseguramiento en Salud

Los usuarios del servicio de aseguramiento de riesgos profesionales corresponden a la población trabajadora quienes deben afiliarse al sistema ya sea de forma obligatoria o voluntaria al SGRP, que para ambos casos se encuentra sujeta al pago de una cotización de acuerdo a la actividad económica desarrollada por cada empresa o trabajador afiliado, que garantiza el acceso a los servicios de aseguramiento de riesgos profesionales. Dicho pago de la cotización se encuentra en cabeza del empleador o del trabajador independiente.

En línea con lo anterior, por un lado, se encuentra la afiliación obligatoria de la cual son tomadores del seguro de riesgos profesionales todos los empleadores, que deberán afiliar a: (i) Los trabajadores dependientes nacionales o extranjeros, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, (ii) Los jubilados o pensionados, excepto los de invalidez, que se reincorporen a la fuerza laboral como trabajadores dependientes, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, y (iii) Los estudiantes que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la respectiva institución, cuyo entrenamiento o actividad formativa es requisito para la culminación de sus estudios, e involucra un riesgo ocupacional. De otro lado, se encuentra la afiliación voluntaria de los trabajadores independientes.

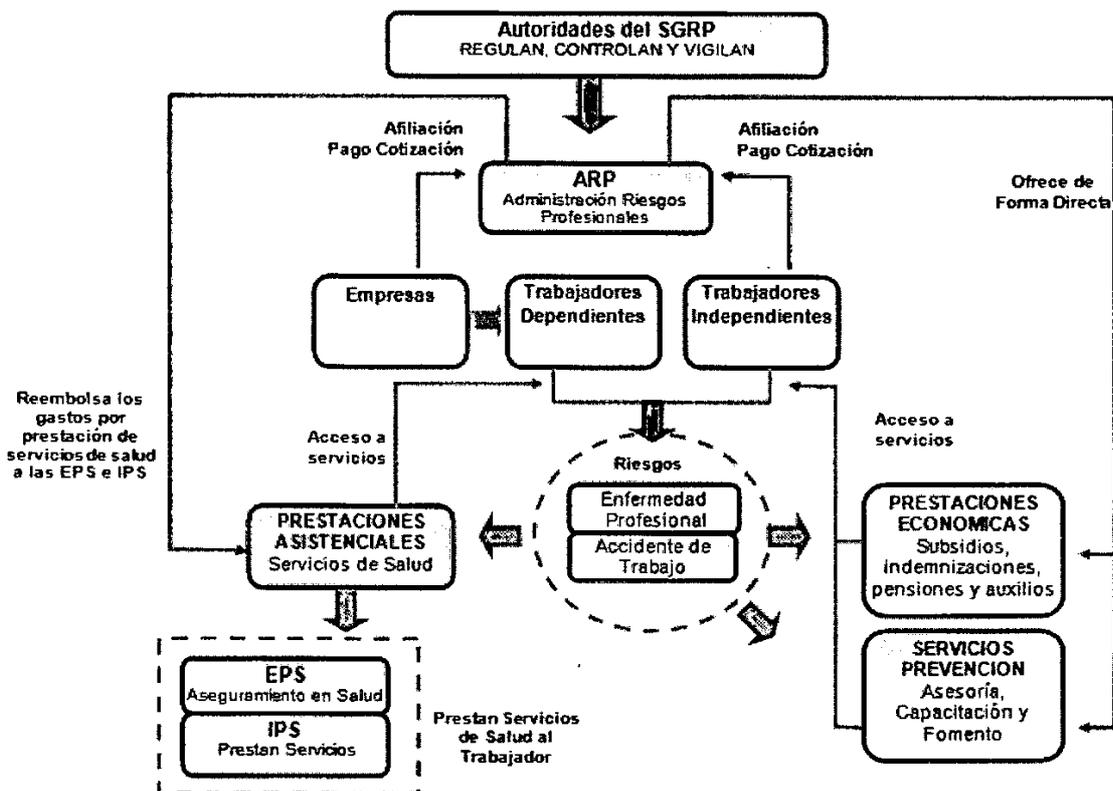
9.2.1.3. Interacción entre los agentes que participan del mercado

En el mercado de aseguramiento de riesgos profesionales, la interacción de los agentes se realiza en torno a cuatro funciones básicas de los actores: a) la regulación; b) la afiliación; c) la administración de recursos, y d) la prestación de servicios.

La estructura del funcionamiento del sistema de aseguramiento de riesgos profesionales que se muestra en la Figura No. 2, expone la forma en que interactúan los diferentes agentes que participan en este mercado. Los usuarios, ya sean trabajadores dependientes afiliados por sus empleadores o los trabajadores independientes ingresan al sistema a través de la afiliación y el correspondiente pago de la cotización en función de la actividad económica que cada uno de éstos desarrolle.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Figura No. 2. Funcionamiento del Sistema de Aseguramiento de Riesgos Profesionales



Fuente: Elaboración SIC

Una vez afiliados al sistema, las ARP, recaudan las cotizaciones de los empleadores y de los independientes. Del monto recaudado el 94 % es destinado al pago de las prestaciones asistenciales, las prestaciones económicas y la prestación de servicios de prevención; el 5% es destinado a los gastos de administración, promoción y funcionamiento de la ARP y el 1% restante es destinado al Fondo de Riesgos Profesionales.

Ahora bien, la prestación de los servicios asistenciales, conforma la prestación de todos aquellos servicios de salud que deben ser suministrados al trabajador derivados de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, las ARP garantizan esta prestación a través de la suscripción de convenios con las correspondientes Entidades Promotoras de Salud (EPS) o con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS).

Frente a la prestación de los servicios de salud al trabajador debe establecerse si la enfermedad, patología, accidente, o muerte han sido clasificados o calificados como de origen profesional, pues de lo contrario serán considerados como de origen común²⁹.

De acuerdo al artículo 52 de la Ley 962 de 2005, las Empresas Promotoras de Salud (EPS), las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP), en primera oportunidad, las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez en primera instancia y la Junta Nacional de Calificación de

²⁹ Artículo 12 del Decreto Ley 1295 de 1994.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Invalidez en segunda y última instancia, son la competentes para calificar el origen de la enfermedad y/o accidente.

Dicha calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional es realizada en primera instancia por la EPS o IPS que atiende al afiliado.

Sobre ese particular, el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, establece:

"Origen del accidente, de la enfermedad y la muerte.

Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común.

La calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional será calificado, en primera instancia por la institución prestadora de servicios de salud que atiende al afiliado.

El médico o la comisión laboral de la entidad administradora de riesgos profesionales determinara el origen, en segunda instancia.

Cuando surjan discrepancias en el origen, estas serán resueltas por una junta integrada por representantes de las entidades administradoras, de salud y de riesgos profesionales.

De persistir el desacuerdo, se seguirá el procedimiento previsto para las juntas de calificación de invalidez definido en los artículos 41 y siguientes de la ley 100 de 1993 y sus reglamentos." (Subrayado fuera del texto)

En segunda instancia, será el médico o la comisión laboral de la ARP la encargada de determinar el origen, y en aquellos casos en los que surjan discrepancias en el origen, estas serán resueltas por una junta integrada por representantes de ARP, finalmente, en caso de persistir el desacuerdo, se seguirá el procedimiento previsto para las juntas de calificación de invalidez definido en los artículos 41 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos.

La importancia de determinar el origen del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, se encuentra en que con esta definición se establece a cargo de qué sistema deben imputarse los gastos que demande el tratamiento respectivo, esto es, si debe sufragar los gastos la EPS, como agentes que participan del mercado de aseguramiento en salud o las ARP como agentes que participan del mercado de aseguramiento de riesgos profesionales.

Cuando corresponda a las ARP, será el Gobierno Nacional quien reglamente los procedimientos y términos para llevar a cabo el proceso de reembolso entre las ARP, las EPS y las IPS. Serán reembolsables, aquellas prestaciones asistenciales que las EPS e IPS hayan otorgado a los afiliados al SGRP, a las mismas tarifas convenidas entre la EPS y la IPS en forma general, con independencia a la naturaleza del riesgo.

Sobre dichas tarifas se liquidará una comisión a favor de la EPS que será reglamentada por el Gobierno Nacional, y que en todo caso no excederá al 10% salvo pacto en contrario entre las partes.

Ahora bien, aquella IPS que atienda a un afiliado al SGRP, deberá informar dentro de los 2 días hábiles siguientes a la ocurrencia del accidente de trabajo o al diagnóstico de la enfermedad profesional, a la EPS y a la ARP a las cuales aquel se encuentre afiliado.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Finalmente, la prestación de servicios de salud derivados de los riesgos profesionales, ya se un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, deberá realizarse en las condiciones medias de calidad que determine el Gobierno Nacional, y utilizando para este propósito la tecnología disponible en el país.

9.2.2. El Producto y/o Servicio: Prestaciones Asistenciales, Prestaciones Económicas y Servicios de Prevención

9.2.2.1. Prestaciones Asistenciales

Como se expuso, las prestaciones asistenciales³⁰ que deben ser garantizadas por las ARP, se refieren al pago de los servicios de salud que hayan sido prestados por la EPS o la IPS como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional. Dichas prestaciones garantizan el derecho de todo trabajador a tener acceso a:

- a. Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica.
- b. Servicios de hospitalización.
- c. Servicio odontológico.
- d. Suministro de medicamentos.
- e. Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento.
- f. Prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición solo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomienda.
- g. Rehabilitaciones física y profesional.
- h. Gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios.

Ahora bien, el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Riesgos Profesionales, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como profesionales. Dicha tabla se encuentra consagrada en el Decreto 2566 de 2009 y contiene al rededor de 42 enfermedades que se consideran como profesionales. Sin embargo, en aquellos casos en los que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades profesionales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales será reconocida como enfermedad profesional.

Como se mencionó, todos los servicios de salud que demande el afiliado, derivados del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, serán prestados a través de la EPS a la cual se encuentra afiliado el trabajador dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo aquellos tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional que podrán ser prestados por las ARP.

Los gastos derivados de los servicios de salud prestados y que tengan relación directa con la atención del riesgo profesional, están a cargo de la ARP correspondiente, así como la atención inicial de urgencia de los afiliados al sistema, derivados de accidentes de trabajo o enfermedad profesional.

9.2.2.2. Prestaciones Económicas

Las prestaciones económicas constituyen aquellos beneficios económicos a los cuales tiene derecho el trabajador que hace parte del SGRP que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y se clasifican en: el Subsidio por incapacidad temporal; la

³⁰ Artículo 5 del Decreto Ley 1295 de 1994.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Indemnización por incapacidad permanente parcial; la Pensión de Invalidez; la Pensión de sobrevivientes; y el Auxilio funerario.

9.2.2.2.1 Incapacidad temporal

Es cuando a causa de un accidente, el trabajador debe ausentarse de su trabajo por un periodo de tiempo superior a un día. Durante el tiempo que dure la incapacidad, el afiliado recibirá un subsidio equivalente al 100% de su salario base de cotización. Se reconoce esta prestación por un máximo de dos periodos de 180 días cada uno.

9.2.2.2.2 Incapacidad Permanente Parcial

Es cuando al afiliado se le presenta una disminución definitiva, igual o superior al 5%, pero inferior al 50% de su capacidad laboral, para la cual ha sido contratado o capacitado, se le reconocerá una indemnización en proporción al daño sufrido, equivalente a una suma no inferior a un salario base de liquidación, ni superior a 24 veces dicho salario.

9.2.2.2.3 Pensión de invalidez

Es el monto que recibe mensualmente el afiliado que ha sido calificado como inválido como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Este monto varía de acuerdo con:

- (i) Cuando la invalidez es igual o superior al 50% e inferior al 66%, tendrá derecho a una pensión equivalente al 60% del ingreso base de liquidación.
- (ii) Cuando la invalidez es igual o superior al 66%, tendrá derecho a una pensión equivalente al 75% del ingreso base de liquidación.
- (iii) Cuando el inválido requiere del auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión equivale a un 15% de incremento en el valor de la pensión anteriormente mencionada.

Esta pensión se ajusta anualmente, el primero de enero de cada año, en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor total nacional, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

9.2.2.2.4 Pensión de sobrevivientes

Es el valor de la pensión que se origina con la muerte de un afiliado como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Tendrán derecho a esta pensión:

- (i) En forma vitalicia, el cónyuge o compañero(a) permanente.
- (ii) Los hijos menores de 18 años y hasta 25 si son estudiantes.
- (iii) Los hijos inválidos en forma vitalicia.
- (iv) A falta de cónyuge e hijos serán beneficiados los padres que dependieran económicamente del afiliado.
- (v) A falta de cónyuge, compañero(a) permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos si dependieran económicamente del afiliado.

El valor de la pensión será del 75% del salario base de liquidación. Si quien fallece es un pensionado por invalidez, la pensión será del 100% de lo que estaba recibiendo como

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

pensión. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, ni superior a 20 veces ese mismo salario.

Esta pensión se ajusta anualmente, el primero de enero de cada año, en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor total nacional, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

9.2.2.2.5 Auxilio funerario

Es el valor que se le reconoce a la persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado por invalidez del Sistema General de Riesgos Profesionales.

9.2.2.3. Servicios de Prevención

Los servicios de prevención ofrecidos por las ARP se encuentran dirigidos tanto a las empresas afiliadas al SGRP como a los trabajadores y consisten en prestar:

- a. Asesoría técnica básica para el diseño del programa de salud ocupacional en la respectiva empresa.
- b. Capacitación básica para el montaje de la brigada de primeros auxilios.
- c. Capacitación a los miembros del comité paritario de salud ocupacional en aquellas empresas con un número mayor de 10 trabajadores, o a los vigías ocupacionales en las empresas con un número menor de 10 trabajadores.
- d. Fomento de estilos de trabajo y de vida saludables, de acuerdo con los perfiles epidemiológicos de las empresas.

9.2.1.3. Tarifa del seguro de riesgos profesionales

El mercado del aseguramiento de riesgos profesionales en Colombia es un mercado regulado, en el que la tarifa del seguro no es establecida por los agentes del mercado directamente ni por su interacción dentro del proceso de formación de precios en las relaciones de oferta y de demanda.

En su lugar, la tarifa o cotización al SGRP es definida bajo el marco legal de los Decretos 1295 y 1772 de 1994 y se calcula como un porcentaje sobre el ingreso base de cotización³¹ del trabajador. Dicha proporción está en función de la actividad económica y el índice de lesiones incapacitantes y de siniestralidad de cada empresa, así como de la ejecución de programas de salud ocupacional que se desarrollen en ellas, bajo la asesoría de la ARP.

En ese sentido, al momento de la afiliación, el empleador y la ARP clasifican a la empresa, de acuerdo con la principal actividad económica que desarrolle, dentro de una de las cinco clasificaciones de riesgo establecidas por el regulador, a saber: Clase I de riesgo mínimo, Clase II y Clase III de riesgo bajo, Clase IV de riesgo alto y Clase V de riesgo máximo. Dicha clasificación de empresas se encuentra contenida en el Decreto 1607 de 2002.

Cabe aclarar que cuando una misma empresa desarrolla actividades económicas diferenciadas que exponen a sus trabajadores a factores de riesgo ocupacional distintos

³¹ La base para calcular las cotizaciones del SGRP, es la misma determinada para el Sistema General de Pensiones.

RESOLUCIÓN NÚMERO 29754 DE 2012 Hoja N°. 17

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

deberá clasificarse de acuerdo con la clase de riesgo para cada una por separado, bajo un mismo número de identificación tributaria.

Ahora bien, para determinar el monto de las cotizaciones, el Gobierno Nacional adoptó la tabla de cotizaciones mínimas y máximas, fijando un valor de cotización mínimo, uno inicial o de ingreso y uno máximo, para cada clase de riesgo. La tabla se relaciona a continuación:

CLASE RIESGO	DE VALOR MÍNIMO	VALOR INICIAL	VALOR MÁXIMO
I	0.348%	0.522%	0.696%
II	0.435%	1.044%	1.653%
III	0.783%	2.436%	4.089%
IV	1.740%	4.350%	6.960%
V	3.219%	6.960%	8.700%

Como se puede observar en la tabla, el monto de las cotizaciones no puede ser inferior a 0.348%, ni superior al 8.7%. Igualmente, se ha establecido que toda empresa que ingrese por primera vez al SGRP, cotizará por el valor correspondiente al valor inicial de la clase de riesgo que le corresponda. El Gobierno Nacional, a través del MPS, revisará y si es del caso modificará, periódicamente la tabla de cotizaciones mínimas y máximas.

Cabe anotar que una vez afiliada la empresa a la ARP, con su respectiva clasificación de la actividad económica que desarrolla, esta puede ser modificada por la ARP después de verificar la información suministrada por el empleador, de igual forma podrá la ARP realizar, en cualquier tiempo visitas a los lugares de trabajo. En efecto, si la ARP determina con posterioridad a la afiliación que la clasificación no corresponde puede modificarla y variar el monto de la cotización, avisando dicha modificación a la empresa afiliada, así como a la Dirección Técnica de Riesgos Profesionales del MPS.

Los recursos financieros recaudados por las ARP a través de la tarifa de seguro de riesgos profesionales deben cubrir los gastos por enfermedades y accidentes laborales, así como las pensiones de invalidez y los pagos por incapacidades permanentes, entre otros. Como se mencionó, la distribución que debe hacer la ARP de las cotizaciones recibidas para el SGRP por parte de las empresas para sus empleados así como las de los trabajadores independientes debe ser:

- (i) Un 94% para la cobertura de las contingencias derivadas de los riesgos profesionales, o para atender las prestaciones económicas y de salud previstas en este decreto, para el desarrollo de programas regulares de prevención y control de riesgos profesionales, de rehabilitación integral, y para la administración del sistema.
- (ii) Un 5% podrá ser administrado por la ARP en forma autónoma, para el desarrollo de programas, campañas y acciones de educación, prevención e investigación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los afiliados, que deben desarrollar, directamente o a través de contrato, las entidades administradoras de riesgos profesionales.
- (iii) Un 1% para el Fondo de Riesgos Profesionales

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Finalmente, la ARP al momento de liquidar las prestaciones económicas que deben ser otorgadas al trabajador deberá utilizar el denominado ingreso base de liquidación, que para el caso de los accidentes de trabajo será el promedio de los seis meses anteriores, o fracción de meses, si el tiempo laborado por el trabajador en esa empresa fuese inferior a la base de cotización declarada e inscrita en la ARP a la que se encuentre afiliado; y para el caso de las enfermedades profesionales será el promedio del último año, o fracción de año, de la base de cotización obtenida por el trabajador en la empresa donde se diagnosticó la enfermedad, declarada e inscrita ARP a la que se encuentre el afiliado.

DÉCIMO: Que para poder concluir la presente actuación administrativa, a esta Superintendencia Delegada le corresponde realizar el siguiente análisis al caso en concreto:

10.1 Las supuestas conductas contrarias a la libre competencia

De acuerdo con lo señalado en el escrito de queja radicado ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y del cual esta Entidad recibió una copia, los supuestos hechos endilgados a las Aseguradoras de Riesgos Profesionales y la Cámara Técnica de Riesgos Profesionales de FASECOLDA, las habrían hecho aparentemente de manera conjunta, pues en el escrito de la Asociación Médica Colombiana, no se indica a una Aseguradora en particular sino que las considera como una unidad, para efectos de señalar las supuestas infracciones tributarias.

En diligencia de testimonio rendido en esta Superintendencia por el señor Sergio Isaza Villa, Presidente de la Federación Médica Colombiana, manifestó:

"PREGUNTA: Infórmele al Despacho según su conocimiento del sector, si estas Supuestas conductas de las ARP pueden tener por objeto o como efecto abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud de información de no reservada sobre la prestación de los servicios de salud?"

*RESPUESTA: Por lo menos como efecto si lo tendría. Les explico: cuando se desconoce una enfermedad profesional la persona sigue enferma, entonces pues tiene que recurrir al servicio que lo atienda finalmente y para resolver su situación de salud, es decir, de esta forma se está derivando a otro segmento del sistema, del sistema de salud más específicamente, pacientes que debían ser atendidos por riesgos profesionales.*³²

Por tal motivo, esta Superintendencia en el curso de la averiguación preliminar considero necesario evaluar la presunta violación del Decreto 1663 de 1994, por el cual se reglamenta el parágrafo 2 del artículo 67 y el artículo 74 del Decreto - Ley 1298 de 1994, el cual señala en relación con el régimen de libre competencia, que de conformidad con lo establecido en el artículo 333 de la Constitución Política, en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992, en el Decreto - Ley 1298 de 1994, el Estado garantizará la libre y leal competencia en el mercado de los servicios de salud, dentro del cual se entiende comprendido el de los insumos y equipos utilizados para la prestación de dichos servicios, los cuales, para efectos de la normatividad corresponden al conjunto de procedimientos e intervenciones, así como la aplicación de los insumos y equipos que se utilizan en la promoción y el fomento de la salud y en la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

³² Testimonio del doctor Sergio Isaza Villa. Folio 30 del expediente. Minuto 13.23 de la grabación

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Señala posteriormente que el Estado garantiza a las Entidades Promotoras de Salud, a los promotores de éstas, a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, a los profesionales del sector de la salud, a las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, el derecho a la libre y leal competencia en el mercado de los servicios de salud, en igualdad de condiciones, dentro de los límites impuestos por la ley y por el citado Decreto.

Por lo anterior, las Aseguradoras de Riesgos Profesionales o ARP, participan en el mercado de los servicios de salud y por ende, están sujetas a lo previsto en el decreto 1663 de 1994.

En tal virtud, se evalúan las siguientes prohibiciones:

"Artículo 3°. Prohibición general a las prácticas restrictivas de la competencia. De conformidad con lo previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto-ley 1298 de 1994 y con lo establecido en el presente decreto, están prohibidos todos los acuerdos, actos o convenios, así como las prácticas y las decisiones concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito."

(...)

Artículo 5°. Acuerdos contrarios a la libre competencia

(...)

8. Los acuerdos entre competidores que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de distribuir o vender un bien o de ofrecer o prestar un determinado servicio de salud, interrumpirlo, o afectar los niveles de prestación del mismo.

(...)

10. Los que tengan por objeto o como efecto abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud de información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, así como cualquier intento de ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud."

Con fundamento en lo anterior, podemos señalar que el quejoso plantea de manera primordial, unas observaciones de carácter financiero a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, en relación con las conductas que supuestamente violan el régimen impositivo colombiano, las cuales aparentemente, son ejercidas de manera conjunta por las ARP existentes en el país, con el supuesto conocimiento de la Cámara Técnica de Riesgos Profesionales de FASECOLDA y que podrían estar afectando el mercado de los servicios que prestan estas aseguradoras en detrimento de los usuarios, pues las mayores utilidades estarían relacionadas también con una presunta "abstención para distribuir o vender un bien o de ofrecer o prestar un determinado servicio de salud, interrumpirlo, o afectar los niveles de prestación del mismo".

Por su parte el doctor German Fernández, Vicepresidente de Asuntos Gubernamentales de la Federación Médica Colombiana, manifestó:

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

"PREGUNTA: Respecto del empleado como lo puede afectar este tipo de supuestas actividades que estaban ejerciendo las ARP?"

RESPUESTA: El asunto es muy sencillo. Mientras más gasta la ARP en gastos que no corresponden a los gastos propios del sistema sino que con esos recursos atiende una gran cantidad de gastos que no son propios del sistema ni deben, ni están destinados a atender a los afiliados, a los beneficiarios del sistema. En esa misma medida se disminuyen los recursos. Además, si la ARP va a reportar algún tipo de utilidad entonces de donde la saca, de aquí mismo. Entonces, mientras menos servicio provea, entonces, además de ser utilizado el paquete de la parafiscalidad, le queda el paquete de las utilidades, por lo que entonces, los procedimientos de reclamación del trabajador que no está informado, que desconoce sus derechos, que desconoce los procedimientos, que desconoce la maraña jurídica de una reclamación, pues se convierten en unos procedimientos que van a ser en una proporción muy importante significativa, nugatoria de esos derechos. Eso afecta al trabajador."³³

Ahora bien, para efectos de la presente evaluación – aparte del tema estrictamente tributario - la denuncia estaría encaminada a considerar que a través de las supuestas actividades denunciadas que estarían ejercitando las ARP, se estaría presuntamente impidiendo, restringiendo e interrumpiendo la prestación de los servicios de salud, e incluso abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, como señalan los numerales 8 y 10 del artículo 5º del decreto 1663 de 1994 bajo el presupuesto de obtener mayores utilidades y destinar esos recursos a actividades diferentes al pago de las prestaciones relacionadas con los riesgos profesionales.

Sin embargo y teniendo en cuenta la normatividad vigente en materia de calificación del estado de invalidez, es de anotar que dicha calificación es realizada en primera instancia por la institución prestadora de servicios de salud que atiende al afiliado y en segunda instancia por el médico o la comisión laboral de la Entidad Administradora de Riesgos Profesionales, en esa medida, resulta acertado evaluar si esa supuesta restricción a la prestación de los servicios de salud por parte de las ARP, estaría vinculada o no con la calificación del estado de invalidez y en esa medida evidenciar, a partir de estas premisas, la existencia de un mecanismo de cooperación en tal sentido.

De igual forma, el aparente desconocimiento por parte del usuario de información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, le impediría al usuario aparentemente acceder a los recursos de los riesgos profesionales toda vez que carecía de un conocimiento sobre el acceso a sus derechos.

El artículo 142 del recientemente expedido Decreto 19 de 2012¹, modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005,

"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. *El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.*

³³ Diligencia de testimonio del doctor Germán Fernández Cabrera. Folios 28 y 30 del expediente. Minuto 38.55

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones -, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. "

(...)

Como se puede ver de esta modificación legal, la calificación del estado de invalidez o de la condición de una enfermedad o accidente, está totalmente reglado por lo que será el usuario del sistema quien accione el sistema de control cuando no está de acuerdo con una calificación, es decir, no queda al arbitrio de las Aseguradoras de Riesgos Profesionales dicha consideración, sino que existen otros intervinientes en la cadena de calificación, lo cual no hace factible una posible coordinación entre las Aseguradoras en la etapa primaria de calificación, por carecer del control de esa actividad toda vez que el usuario acude a la Entidad Prestadora de Salud o a la IPS.

Con relación a las prestaciones asistenciales a que tienen derecho los trabajadores, debemos señalar que el artículo 5 del Decreto Ley 1295 de 1994, establece que todo trabajador que sufra accidente de trabajo o enfermedad profesional tendrá derecho a: "asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica; servicios de hospitalización;

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

servicio odontológico; suministro de medicamentos; servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento; prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición solo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomiende; rehabilitación física y profesional; gastos de traslado en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios. ."

El segundo inciso del artículo 5 del Decreto Ley 1295 de 1994 establece: "Los servicios de salud que demande el afiliado, derivados del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, serán prestados a través de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentre afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional que podrán ser prestados por las entidades administradoras de riesgos profesionales.

Los gastos derivados de los servicios de salud prestados y que tengan relación directa con la atención del riesgo profesional, están a cargo de la entidad administradora de Riesgos profesionales correspondiente."

Por lo tanto, conforme a esta disposición y al principio de favorabilidad definido en la Constitución Nacional, quienes deben estar ofreciéndole las prestaciones asistenciales, descritas en el primer inciso del artículo 5 del Decreto mencionado, es la EPS a la que el trabajador se encuentre afiliado.

En concordancia con esta disposición, el artículo 38 del Decreto Ley 1295 de 1994 estipula que: "*Hasta tanto el Gobierno Nacional la reglamente, la declaración de la incapacidad temporal continuará siendo determinada por el médico tratante, el cual deberá estar adscrito a la Entidad Promotora de Salud a través de la cual se preste el servicio*".

Así las cosas, resulta claro para el presente acto, que quien tiene la competencia legal y técnica de prescribir las incapacidades temporales que el trabajador esté requiriendo, es el médico tratante de la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador.

Ahora bien, para acceder a las prestaciones asistenciales, en términos de oportunidad y calidad, el trabajador puede solicitarle por escrito a su EPS, le preste los servicios de salud que esté requiriendo, como consecuencia de su accidente de trabajo, en el evento en que así sea considerado, haciendo alusión a la norma en mención y especificando que sean cargados a la ARP.³⁴

De las pruebas recaudadas en la presente actuación, no es posible considerar la existencia de información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud que estuviese oculta para el usuario o para el sistema de salud por parte de las ARP, si se tiene en cuenta que la regulación de este servicio público la deben proveer tanto el gobierno a través de sus entidades como las entidades prestadoras de esos servicios como las EPS; IPS y ARP. El hecho de que los usuarios desconozcan sus derechos o la forma de acceder a los servicios, no es indicativo de que sea el resultado de una acción supuestamente concertada por parte de las ARP para obtener utilidades, máxime si la atención en la primera fase de la ocurrencia de un incidente está a cargo de la EPS a la cual está afiliado el usuario.

Sobre este particular, señala el doctor GERMÁN FERNÁNDEZ:

³⁴ En este sentido PREGUNTAS MÁS FRECUENTES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS A LOS TRABAJADORES QUE SUFREN ACCIDENTE DE TRABAJO Y/O LE CALIFICAN ENFERMEDAD PROFESIONAL En http://www.fondoriesgosprofesionales.gov.co/documents/Archivos/PREGFRECUENTES_ACCIDENTE2011.pdf. Consultada el 10 de abril de 2012

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

"PREGUNTA: Infórmele al Despacho según su conocimiento del sector, si estas Supuestas conductas de las ARP pueden tener por objeto o como efecto abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud de información de no reservada sobre la prestación de los servicios de salud?"

RESPUESTA: Si. Lo que ocurre es que no hay información. Como estamos hablando de un servicio público, de unos recursos públicos parafiscales, de unos cubrimientos que la ley determina, no puede haber reserva de información, deben ser de disponibilidad general y por eso obtenemos informaciones, hemos obtenido informaciones sobre algunos gastos, de algunas cosas, no tan completas como quisiéramos, pues cuando han intentado alegar reserva, pues entonces tutelamos, porque no cabe la reserva sobre estos temas, son, deben ser de conocimiento público y deben ser de análisis de las veedurías ciudadanas y de la pregunta de cualquier ciudadano interesado." ³⁵

En consecuencia, en esta etapa preliminar este Despacho considera que no existe evidencia que permita suponer una aparente negación, disminución o retardo de los servicios de salud o conducta encaminada a abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud de información no reservada bajo los supuestos planteados en la queja, que tenga la entidad suficiente para afectar los servicios de salud a los usuarios o afiliados de las ARP respecto de una supuesta calificación de una enfermedad o accidente de carácter profesional.

Como ya se indicó, la calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional en términos legales, es realizada en primera instancia por la EPS o IPS que atiende al afiliado y en esa medida se rompe el nexo de causalidad entre las supuestas conductas y el incentivo de las ARP para calificar a su favor el origen de una enfermedad o accidente profesional, pues esta calificación le corresponde a la EPS o IPS.

Sin embargo, de haber intereses inciertamente afectados por la conducta, ellos serían de carácter tributario y será la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales quien lo determine. No existen evidencias que permitan suponer que las conductas de las ARP tiene incidencia sobre la libre competencia, al no existir una relación de causalidad entre las actividades denunciadas y el riesgo que estas tienen de vulnerar la previsiones del decreto 1663 de 1994, como son impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud o sobre la abstención de proveer información no reservada, de conformidad con los criterios trazados en esta Resolución. Por lo anterior, este Despacho considera que no existen elementos que determinen la necesidad de abrir investigación formal por los hechos denunciados y ordenará el archivo de la presente actuación.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR el archivo del expediente radicado bajo el número 11- 66077 por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

³⁵ Diligencia de testimonio del doctor Germán Fernández Cabrera. Folios 28 y 30 del expediente. Minuto 49.48 del CD

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido del presente acto administrativo al señor SERGIO ISAZA VILLA, Presidente de la ASOCIACIÓN MEDICA COLOMBIANA, entregándole copia del mismo e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, el cual puede interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

PARAGRAFO: En caso de no ser posible la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la comunicación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 019 de 2012.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los 14 MAY 2012

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia,


CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR

NOTIFICAR

SERGIO ISAZA VILLA
C.C. 19.145.720
Presidente
FEDERACION MEDICA COLOMBIANA
Carrera 7 No 82 -66 Oficina 218 / 219
Bogotá, D.C.

Proyectó: Kristy Lorena Vivas/Jair Imbachí
Revisó: Blanca Castro
Aprobó: Carlos Pablo Márquez

¹ "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública"