



SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

**RESOLUCIÓN NÚMERO 100823 DE 2010
(26 MAYO 2010)**

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación presentado contra la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009.

EL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD,

En uso de sus facultades legales, en especial las conferidas en la Ley 100 de 1993, la Ley 1122 de 2007, el Decreto 1018 de 2007, la Resolución 1212 de 2007, Código Contencioso Administrativo y Código de Procedimiento Civil Y,

1. ANTECEDENTES

De conformidad con los documentos incorporados en el expediente se debe tener en cuenta el siguiente historial:

- 1.1. El 25 de julio de 2007 y con NURC 8025-1-0339161 esta Superintendencia tuvo conocimiento de la solicitud de los señores CARLOS DELFIN VELAS VELASQUEZ GONZALEZ y JORGE EDUARDO ALARCÓN VILLAMIL, quienes manifiestan desempeñarse como celadores del edificio avenida 42 ubicado en la avenida 42 No 19 - 68, vinculados a la empresa de vigilancia CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA., la no aporta las consignaciones correspondientes a la EPS al Seguro Social y a CRUZ BLANCA, donde se encuentran afiliados respectivamente. (Folios 1 y 2)
- 1.2. La Dirección para la Inspección y Vigilancia de los Administradores de Recursos de Salud, mediante oficios radicados con el NURC 8025-1-0339162 de fecha 1 de octubre de 2007, solicitó a CRUZ BLANCA, COLMÉDICA, FAMISANAR CAFAM COLSUBSIDIO, SALUD TOTAL S.A. EPS, COMPENSAR EPS, SALUDCOOP EPS, CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA S.A certificar las fechas en las cuales el empleador CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA., pagó los aportes en salud, correspondiente a los periodos comprendidos entre el 2006 y 2007. (Folios 12 al 32)
- 1.3. El 23 de octubre de 2007 y con oficio radicado con el NURC 8025-1-0339162 SALUD TOTAL EPS dio respuesta a la solicitud enviada por esta Superintendencia, suministrando la información requerida y anexando los documentos correspondientes a esclarecer la investigación adelantada contra la empresa de vigilancia CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA (Folios 35 al 56)
- 1.4. Por su parte, CAFESALUD EPS, mediante escrito radicado con el NURC 8025-1-0339162 de fecha 22 de octubre de 2007 dio respuesta al requerimiento realizado y anexando los documentos correspondientes a brindar lucidez a la presente investigación (Folios 57al 73)

ref

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009.

- 1.5. COLMEDICA PREPAGDA – EPS con oficio signado con el NURC 8025-1-0339162 de fecha 19 de octubre de 2007 responde la solicitud elevada por el funcionario de primera instancia, anexando para el efecto, los documentos pertinentes a esclarecer los objetivos de la presente investigación adelantada contra la empresa de vigilancia CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA (Folios 75 al 79)
- 1.6. FAMISANAR EPS suministró la información requerida y anexó los documentos correspondientes, mediante oficio radicado el día 24 de octubre de 2007, con NURC 8025-1-0339162. (Folios 80 al 91)
- 1.7. Así mismo, con oficio identificado con el NURC 8025-1-0339162 de fecha 24 de octubre de 2007 COMPENSAR EPS, respondió a la solicitud del funcionario de primera instancia. (Folios 92 al 97)
- 1.8. SALUDCOOP EPS oficio radicado con el NURC 8025-1-0339162 del día 29 de octubre de 2007 dio respuesta a lo requerido por la Dirección General de conocimiento, anexando los documentos pertinentes. (Folios 98 al 105)
- 1.9. El 06 de noviembre de 2007, oficio NURC 8025-1-0339162, CRUZ BLANCA EPS atendió la solicitud elevada por la primera instancia. (Folios 106 al 139)
- 1.10. El señor TOBIAS HIGUERA SANDOVAL mediante oficio radicado con el NURC 8026-1-0412373 de fecha 8 de septiembre de 2008, visible a folio 142 de expediente, manifestó que *"la inconsistencia que originó la queja en referencia ya fue solucionada "(conciliación)" por la compañía de vigilancia CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA, por tal motivo solicita a esta Entidad dar por terminada la correspondiente investigación."* Sobre el particular, se deja constancia que se desconoce el papel que juega el señor TOBIAS HIGUERA SANDOVAL dentro de la presente actuación, razón por la cual, no se tendrá en cuenta el oficio que nos ocupa.

2. SOLICITUD DE EXPLICACIONES

Recuerda esta instancia que los señores CARLOS DELFIN VELAS VELASQUEZ GONZALEZ y JORGE EDUARDO ALARCÓN VILLAMIL, pusieron en conocimiento de esta Superintendencia, el acaecimiento de presuntas irregularidades relacionadas con el no pago de aportes a la EPS CRUZ BLANCA y SEGURO SOCIAL respectivamente, por parte de CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA., sin embargo, la investigación no incluyó la queja instaurada por el primero de los citados, pues, no fue incluida en la solicitud de explicaciones, ni en la resolución sanción, ni en la Resolución 2233 de 2009.

Con fundamento en la actuación adelantada, la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para el Sector salud, con oficio identificado con el NURC 8025-1-00339162 del día 16 de octubre de 2008, solicitó explicaciones al empleador CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA, formulándole siete (7) cargos por realizar presuntamente pagos extemporánea o no efectuar los pagos a las Entidades Promotoras De Salud CRUZ BLANCA, SALUDCOOP, CAMPENSAR, FAMISANAR, COLMEDICA Y CAFESALUD.

3.

RESOLUCIÓN SANCIÓN NÚMERO 1569 DEL 28 DE ABRIL DE 2009

6

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009.

En uso de sus atribuciones legales, la Superintendencia Delegada para Generación y Gestión de Los Recursos Para el Sector Salud, mediante Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009 sancionó al empleador CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA con multa equivalente a ocho (8) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de expedición del acto administrativo.

La primera instancia consideró en la Resolución Sanción, que la solicitud de explicaciones fue enviada a la investigada a la dirección obrante en el expediente, siendo recibida tal como se confirma en la guía de correo No YY21272561CO de POSTEXPRESS, de esta manera se garantiza el debido proceso, derecho de defensa y contradicción que le ostenta a la vigilada.

La Superintendencia Delegada de conocimiento estableció, una vez revisado y analizado el acervo probatorio, que el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante los periodos de marzo de 2006 a septiembre de 2007, se efectuó de manera extemporánea a las EPS indicadas, indicando para el efecto lo siguiente:

"Es del caso recordar que la obligación al empleador CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA, identificado con el NIT 820002722, con domicilio en la calle primera No 9 - 20 en el municipio de Chiquinquirá - Boyacá, es de pagar los aportes en salud de sus trabajadores puntualmente, pues su deber no depende de su voluntad, por cuanto la fuente de dicha obligación se origina en la propia ley, lo que implica que la cotización no es optativa para el patrono, sino un deber, al cual no se puede sustraer.

La Superintendencia Nacional de Salud, cumpliendo sus funciones de inspección, Vigilancia y Control para que sus entes vigilados cumplan con sus obligaciones para con el Sistema, máxime si se tiene en cuenta que la salud es un servicio público, obligatorio e irrenunciable, garantizado constitucionalmente y es este ente de control quien está facultado de acuerdo al artículo 230 de la Ley 100 de 1993 a imponer sanciones de carácter administrativo originadas por la violación del artículo 161 de la citada ley."

El funcionario a quo consideró que encuentra plenamente probadas las conductas endilgadas como violatorias a las normas legales vigentes sobre Seguridad Social en Salud, concretamente las referidas a los deberes de los empleadores de que trata el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual dio aplicación al artículo 230 de la citada Ley, que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud para que previa solicitud de explicaciones imponga en caso de violación sanciones de tipo pecuniario.

El día 22 de mayo de 2009 se hizo presente en esta entidad, el señor OSCAR ALONSO ROA CASTAÑEDA a fin de notificarse de la Resolución No. 1569 de 2009, previa autorización para el efecto, que le fue otorgada por el Representante legal de la sancionada. (Folios 185 al 188)

4. RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN INTERPUESTO POR CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA

La compañía de vigilancia CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA., mediante escrito de fecha 2 de junio de 2009, radiado con el NURC 8025-1-0339162, accionó por vía de reposición y en subsidio, Apelación contra la Resolución No 1569 del 28 de abril de 2009. Expresado en los siguientes términos:

"siguiendo un análisis jurídico me permito manifestar que con relación a la respuesta explicativa que no se pudo realizar en su momento, me permito manifestar que siempre se ha estado presto a responder ante cualquier requerimiento, como se pensó que el

P

6

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009.

quejoso señor JORGE EDUARDO ALARCÓN VILLAMIL, iba a contar todo lo acontecido en la relación laboral haciendo especial énfasis en la transacción que se llevó a cabo por el quejoso por este motivo y otros, quedando satisfechos las partes prevaleciendo el decoro y el respeto, mandato que nos rige la Constitución y la Ley, pero ante nuestra sorpresa la presente llegó ante esta instancia y al realizar el estudio de la misma, nos hemos encontrado que no fue aportada la conciliación suscrita entre el quejoso señor Jorge Eduardo Alarcón Villamil y la compañía Cagenfra de Servicios y Seguridad LTDA., con fecha del día 17 de octubre de dos mil siete (2007), la cual se **aporta** para su evaluación, y que faltó enunciar el quejoso, faltando al principio de lealtad procesal, originando una dilación manifiesta, un ineficaz juicio, y como consecuencia no reposa ni se menciona en el expediente, razones que hablan de la buena fe del empleador de la Compañía porque si bien es cierto la compañía cancelo los pagos para la seguridad social extemporáneamente, no sería lo mismo a que no los hubiera cancelado, lo anterior se debió a que la compañía no es ajena a la difícil situación económica por la que atravesaba, aunque ello no es excusa para que no cancelara si obligación y se siga recuperando como factoría, y siga impulsando el empleo que tanto necesita el país como a bien lo hizo el empleador y que se predica en la buena fe de los pagos que aparecen registrados en el expediente y que permito recalcar que una cosa es que dichos pagos obligatorios NUNCA se hubieran realizados y otra cosas muy distinta es que si se hicieron, aunque extemporáneos pero se hicieron, por los motivos económicos que atravesaba la compañía en ese entonces pero gracia a Dios superados, nos obstante lo anterior se llamó al quejoso Jorge Eduardo Alarcón Villamil ARREGULAR las diferencias prevaleciendo el respeto y el decoro situación que se vio reflejada en el acta de transacción aquí mencionada donde se concilió lo aquí debatido y otros aspectos, quedando la Compañía a paz y salvo, razón para no contestar inicialmente esta queja creyendo que el quejoso había comentado la transacción realizada por estos mismos hechos de tiempo modo y lugar aquí requerido, como ya se señaló, en el acta de conciliación a la cual se aporta, basándonos en la honestidad, transparencia, lealtad procesal que debe existir entre los administrados y los administradores me permito aportar la transacción que se realizó con el quejoso, asimismo me permito manifestar que se configura las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de la acción, inexistencia de la causa, pago de la obligación, transacción y las demás que lleguen a configurar.

Finalmente, la jurisprudencia nuestra sostiene que la imprevisión es de orden público, por cuanto como medio procura asegurar un beneficio del interés público el cumplimiento de los contratos estatales; tiene su eficacia como principio contractual implícito que se aplica de pleno derecho. Y, en cuanto su fundamento, se parte de la **equidad y la buena fe.**"

5. RESOLUCIÓN No. 2233 DEL 27 DE AGOSTO 2009

La Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para el Sector Salud, mediante Resolución No. 2233 del 27 de agosto de 2009, resolvió el Recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1569 de 2009, confirmando el acto atacado

Para ello, ese Despacho consideró que frente al principio de la buena fe sustentado por el recurrente, la investigación adelantada es eminentemente de carácter administrativo, ya que la misma y la respectiva sanción no se deriva de la existencia de mala fe del empleador, sino del incumplimiento del mandato legal con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, puesto que al empleador le corresponde cumplir con los deberes establecidos en la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, señaló que se tuvieron en cuenta las excepciones expuestas por el empleador, fundadas en la transacción que realizó con el señor JORGE EDUARDO ALARCON VILLAMIL y dejó claro que lo que se está vigilando es el cumplimiento de las obligaciones como empleador frente al Sistema General de Seguridad Social en

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009.

Salud. En consecuencia para el caso en concreto, el tema que se ocupó el a quo consistió en el pago extemporáneo de los aportes pertinentes a las diferentes EPS, por lo tanto, se trató el tema bajo el supuesto de CONTRIBUCIONES PARAFISCALES.

"En consecuencia, reitera el Despacho que tanto los aportes patronales y las cotizaciones de los trabajadores no pertenecen al empleador e igualmente a los trabajadores en el entendido de que los mismos son recaudados destinados al Sistema General de Seguridad Social en Salud; por consiguiente en este orden de ideas, los empleadores son recaudadores de los aportes y las EPS son intermediarias en el sentido que son quienes deben transferirlos de manera inmediata al SGSSS, por estas razones estos recursos no pueden ser objeto de transacción entre las partes y por consiguiente las excepciones solicitadas bajo estas circunstancias no prosperan, por lo que ha de confirmarse la resolución No 1569 del 28 de abril de 2009.

No obstante lo anterior, es un deber de la Superintendencia Nacional de Salud proteger los recursos parafiscales de la Seguridad Social en Salud y, exigir a los empleadores el pago y las transferencias oportunas de las cotizaciones, las cuales en virtud del principio de solidaridad revierten en beneficio no solo del asalariado y sus beneficiarios, sino de la población colombiana menos favorecida, en virtud de la existencia del régimen subsidiado de salud, razón por la cual es un deber de esta Entidad proteger los recursos económicos que financian el Sistema."

De acuerdo con lo ordenado en este Acto Administrativo, mediante oficio radicado con el NURC 8025-1-0339162 del día 13 de octubre de 2009 se comunicó la Resolución al representante legal de la sancionada. (Folio 207)

6. CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

El escrito que contiene la impugnación fue presentado en el término legal y con el lleno de los requisitos exigidos por los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo en armonía con el artículo 29 del Carta Política. En consecuencia, entra esta instancia a resolver lo de su cargo respecto al recurso de apelación incoado contra el acto administrativo de sanción.

6.1. Quienes tienen la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios establecieron obligaciones, tanto para las EPS, como para los empleadores y usuarios del servicio, entre las cuales se encuentra la que tiene el afiliado de velar porque los aportes deducidos por nómina para el pago de salud lleguen a su destino, so pena de iniciar las investigaciones pertinentes en contra del empleador para que cumpla con las disposiciones legales. Esto implica tanto la afiliación en sí misma como el pago oportuno de las cotizaciones tomando en cuenta lo que recibe el trabajador.

El Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, tiene por objeto regular el servicio público esencial de salud y crear las condiciones de acceso de toda la población al servicio. Todo empleador, en virtud de la relación laboral, está obligado a afiliarse a sus trabajadores al servicio general de salud y la cobertura de riesgos profesionales por accidentes de trabajo o enfermedad profesional.

Por tanto, la relación laboral implica para el empleador como una de sus obligaciones básicas, la de afiliarse a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social en Salud, efectuando sus propios aportes y trasladando a la Entidad Promotora de Salud que libremente haya escogido.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009.

El artículo 22, de la Ley 100 de 1993, establece como responsabilidad del empleador, el pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará de la compensación de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. El empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

El artículo 161 *ibídem*, determina que los empleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores, deben en concordancia con lo dispuesto en el artículo 22, contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante las acciones allí señaladas, el cual prescribe:

"ARTÍCULO 161. DEBERES DE LOS EMPLEADORES.

Como integrantes de Sistema General de Seguridad Social en Salud, los empleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores, deberán:

(...)

2. En consonancia con el artículo 22 de esta ley, contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante acciones como las siguientes:

a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204.

b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio.

c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo a la reglamentación que expida el gobierno.

(...)

PARÁGRAFO. Los empleadores que no observen lo dispuesto en el presente artículo estarán sujetos a las mismas sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de esta Ley. Además, los perjuicios por la negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono. La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente."

Por su parte, el artículo 6 del Decreto 695 de 1994, señala que los empleadores son responsables del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la Ley 100 de 1993.

Es así como la responsabilidad generada del incumplimiento de las normas relativas a la Seguridad Social y particularmente las referidas al cumplimiento de los deberes de los empleadores, implica que la sola violación de dichos preceptos normativos permite a la Superintendencia aplicar las sanciones de ley en ejercicio de su esfera de competencia.

[Handwritten signature]

6

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009.

6.2. Análisis del caso concreto

La investigación adelantada contra CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA se inició en ejercicio de las competencias asignadas por la ley a la Superintendencia Nacional de Salud y está orientada a verificar si la Entidad Prestadora de Salud incumplió sus deberes jurídicos frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, relacionado con el pago extemporáneo de los aportes en salud del señor JORGE EDUARDO ALARCÓN VILLAMIL, en los términos de la solicitud de explicaciones y la resolución sanción.

Previamente a poner en consideración los eventos causantes del análisis de esta Entidad, se pone de manifiesto que el a quo en las consideraciones de la Resolución Sanción 1569 de 2009, se abstuvo de pronunciarse por los hechos acaecidos durante los periodos de enero y febrero de 2006, debido a que operó la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia, conformidad con el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, no obstante esta instancia debe extender esta institución procesal, respecto a los pagos extemporáneos realizados en los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo, toda vez que ha transcurrido un término superior a tres (3) años desde el acaecimiento de los hechos y la notificación de la Resolución mencionada, la cual acaeció el día 22 de mayo de 2009, tal como se observa a folio 188 del encuadernado. Así las cosas, esta Superioridad procederá a pronunciarse respecto a los hechos posteriores al mes de mayo de 2006.

Ahora bien, antes de entrar a resolver el recurso de alzada contra la Resolución Sanción, se considera necesario hacer algunas precisiones sobre los descargos presentados por HORACIO RAMIREZ RAMIREZ, Representante Legal de CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA., como son:

1. Respecto a la conciliación a la cual llegó la investigada y el señor ALARCÓN VILLA, es menester de esta instancia indicar que dicho acuerdo no desvirtúa la ocurrencia de la irregularidad endilgada a la investigada.

En materia de salud, el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, establece como algunos deberes de los empleadores frente a sus trabajadores ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud, los siguientes:

"1. Inscribir en alguna EPS a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea esta, verbal o escrita, temporal o permanente (...)

- a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204;
- b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio, y
- c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo a la reglamentación que expida el Gobierno".

El párrafo del artículo en comento, determina que los empleadores que no observen lo dispuesto el citado precepto estarán sujetos a las mismas sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del libro primero de la ley en comento.

Dilucidado lo anterior, es nuestra responsabilidad como la Entidad encargada de la inspección, vigilancia y control, no permitir conductas similares a la de la investigada.

Referente a la conciliación, ha de indicarse que dicho acuerdo no puede ser eximente de responsabilidad, debe indicarse que la relación laboral implica para el

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009.

empleador como una de sus obligaciones básicas, la de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social en Salud, efectuando sus propios aportes y trasladando a la entidad correspondiente los que se descuentan por nómina al empleado, con el objeto de mantener la constante disponibilidad de los servicios en salud, tanto para aquél como para sus beneficiarios.

La jurisprudencia ha destacado que tales obligaciones deben ser cumplidas de manera oportuna, para evitar tropiezos en los servicios del Plan Obligatorio de Salud y que la mora en llevar a cabo la afiliación como en efectuar los aportes o en consignar los recursos descontados, se refleja necesariamente en el traslado de la responsabilidad total, desde el punto de vista económico, por lo que respecta a los costos que demanden los servicios médicos, asistenciales, quirúrgicos, hospitalarios, terapéuticos y por concepto de suministro de medicamentos, tanto por causa de las dolencias de todo orden, físico o psicológico, que aquejen al trabajador y a su familia y demás beneficiarios, como por los accidentes y enfermedades de trabajo. La renuencia de quien está obligado a cotizar se califica como omisión que cercena y amenaza derechos constitucionales fundamentales y, colateralmente, afecta a la financiación del Régimen Subsidiado.

El Sistema de Seguridad Social no puede funcionar o se entorpece si los aportes no llegan efectivamente a las arcas de las entidades encargadas de prestar el servicio. Por lo tanto, el compromiso de unos y otros resulta esencial para el ejercicio real de los derechos inherentes al aludido servicio público.

Es así como en la Sentencia C-177 de 1998, la Corte Constitucional se ha referido respecto al artículo 209, de la Ley 100 de 1993 al indicar que: *"No obstante, la inobservancia de la obligación de cotizar a la seguridad social genera sanciones moratorias, administrativas y disciplinarias en caso de que el incumplimiento del deber se ocasione por culpa del empleador. Igualmente, si el patrono no transfiere a las EPS las sumas retenidas, no solamente se encuentra sujeto a las sanciones administrativas y económicas previstas por la Ley 100 de 1993 sino que además su conducta podría ser penalmente sancionada, pues estaría desviando recursos que no son suyos, ya que tales dineros, tal y como esta Corte lo ha precisado, son contribuciones parafiscales afectadas a propósitos específicos."*

El artículo 22, de la Ley 100 de 1993 establece como responsabilidad del empleador, el pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará de la compensación de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. El empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

Teniendo en cuenta y analizado el material probatorio, no es de recibo para esta Superintendencia el argumento planteado por el apelante, en virtud del cual intenta preponderar la conciliación celebrada sobre los aportes del Sistema General de Seguridad Social en Salud y tampoco hay certeza sobre la tesis según la cual sin el allego de esta transacción por parte del empleado, se configura una deslealtad procesal y mucho menos un "ineficaz juicio", pues el material probatorio aportado e inclusive las manifestaciones hechas en el mismo Recurso de Reposición y Apelación esclarecen la conducta que despliega la sanción Administrativa.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-177 de 4 de mayo de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Esta tesis fue reforzada en el sentencia C-800 de 16 de septiembre de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

6

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009.

2. Por otra parte, con relación al planteamiento del impugnante en el sentido de que en la actuación se ha desconocido el principio de la buena fe, es menester de esta instancia indicar que el postulado de CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA al señalar que su conducta siempre ha sido de buena fe porque finalmente, pagó los aportes al SGSSS de manera extemporánea.

Sobre el particular, es necesario resaltar que las pruebas allegadas por CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA no son las llamadas a resolver la infracción imputada, porque en ningún momento desvirtúan el cargo endilgado el cual trata de su obligación de pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204, al no girar oportunamente los recursos a las Entidades Prestadoras del servicio de Salud.

Ahora bien, en cuanto al principio de la buena fe que invoca el señor HORACIO RAMÍERZ, observa este Despacho que el artículo 83 de la Constitución Política consagra que *"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."*²

Al respecto, resulta pertinente anotar que el artículo 83 de la Carta Política, según Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia T-099 del 19 de febrero de 2009. Expediente T-2060760, consagra que tanto las actuaciones de las autoridades públicas, así como las de los particulares, deben sujetarse al principio de buena fe, el cual se erige como pilar fundamental del sistema jurídico. Su noción evoca un imperativo de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que va de la mano con la palabra comprometida. En palabras de ese Tribunal, se ha indicado:

"En relación con el principio de la buena fe cabe recordar que es uno de los principios generales del derecho, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, el cual gobierna las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos, y que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico, informa la labor del intérprete y constituye un decisivo instrumento de integración del sistema de fuentes colombiano.

En tal sentido, el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante estas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico."

6.5 Dosificación de la sanción impuesta.

En cuanto a la gradualidad de la sanción pecuniaria impuesta, esta superioridad observa que el fundamento y función de la sanción administrativa no es el retributivo

² Constitución Nacional de Colombia

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009.

como en materia penal, sino correctivo o ejemplificador. Por consiguiente, la misma no debe ser impuesta de manera arbitraria y, además de necesaria, debe ser útil, siendo un instrumento adecuado para servir a sus fines de prevención y protección. Adicionalmente, debe ser proporcional, lo cual impone que guarde relación con el daño ocasionado. Específicamente, dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud las sanciones impuestas por la Superintendencia Nacional de Salud como órgano de inspección, vigilancia y control del Sistema, tienen un fin preventivo, vale decir, como amenaza dirigida a los sujetos de vigilancia para que se abstengan de cometer las conductas descritas en la normativa correspondiente.

Previo a definir el *quantum*, este Despacho, con miras a hacer prevalecer el criterio de proporcionalidad y darle un sentido dentro de la presente determinación, hace acopio de los criterios que deben servir de directriz para definir un monto en la sanción. Para tal fin los estatutos sancionatorios (Código Penal, Código Disciplinario Único, especialmente) y el artículo 11 de la Resolución 1212 de 2007 de esta Superintendencia convergen en destacar ciertas situaciones que incrementan o reducen la sanción. Se pueden enumerar las siguientes:

La magnitud del daño causado. Como se explicó en el acápite anterior, la conducta del empleador perjudica no sólo al trabajador y su familia cuyos aportes presentan retardo en el sistema, sino principalmente, al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que, fundado en el principio de solidaridad, se ve afectado en su objetivo de satisfacción del interés general, en aras de la consideración a una situación particular.

Periodos extemporáneos del pago de aportes en salud: la empresa CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA., pagó de forma extemporánea sus aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Así las cosas y de acuerdo con lo expuesto, este Despacho procederá a CONFIRMAR el contenido de la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009.

En virtud de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009 por medio de la cual se sancionó a la Empresa CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA identificada con NIT 820.002.722-3 con domicilio en la calle 1 No 9 - 20 en Chiquinquirá - Boyacá, con multa equivalente a ocho (8) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de expedición de la Resolución Sanción, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR a la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para el Sector Salud, inicie por separado, la correspondiente actuación administrativa contra CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA., con base en la queja instaurada por el señor CARLOS DELFIN VELAS VELAZQUEZ, visible a folio 1 del paginario.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR el presente acto administrativo al señor **HORACIO RAMIREZ RAMIREZ**, Representante Legal de la Empresa CAGENFRA DE SERVICIOS Y SEGURIDAD LTDA, o a quien haga sus veces, o a quien se designe para tal fin, para lo cual, se enviará citación a la calle 1 número 9 - 20 en Chiquinquirá (Boyacá) o en la calle 52 A número 85 B - 22 en Bogotá.

PARÁGRAFO: Si no pudiere hacerse la notificación personal, ésta deberá surtirse por

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución No. 1569 del 28 de abril de 2009.

edicto de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR el contenido del presente proveído al señor JORGE EDUARDO ALARCÓN VILLAMIL, en la página web de esta Superintendencia.

ARTÍCULO QUINTO: La presente Resolución rige a partir de su expedición y contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá D.C., a los

26 MAYO 2010



MARIO MEJÍA CARDONA
SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

Proyectó: José Fuentes Ortega - Sandra Monroy
Aprobó: Luz Karime Fernández
Jefe Oficina Asesora Jurídica

