



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN PRIMERA**

**Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016).**

**CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.**

**REF.: Expediente núm. 25000-23-41-000-2013-02444-01.  
Recurso de apelación contra la sentencia de 5 de marzo de  
2015, proferida por el Tribunal Administrativo de  
Cundinamarca.**

**Actora: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. Y OTRAS.**

**TESIS: LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, COMO ORGANISMO  
CON FUNCIONES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL, PUEDE  
ORDENAR A SUS VIGILADOS, EN ESTE CASO AL FOSYGA, LOS CORRECTIVOS  
TENDIENTES A LA SUPERACIÓN DE LAS SITUACIONES CRÍTICAS O  
IRREGULARES, CUYO INCUMPLIMIENTO DA LUGAR A QUE IMPONGA  
SANCIONES.**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 5 de marzo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección



Primera, Subsección "B", mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

## **I. ANTECEDENTES.**

**I.1-** Las sociedades **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX, FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A., FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., FIDUCIARIA DE OCCIDENTE y FIDUCIARIA POPULAR S.A.**<sup>1</sup>, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, contra la Superintendencia

---

<sup>1</sup> Sociedades Fiduciarias integrantes del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005.



Nacional de Salud, la cual fue reformada<sup>2</sup> en tiempo, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1ª. La nulidad de la Resolución núm. 003088 de 3 de noviembre de 2011, **"Por medio de la cual se resuelve una actuación administrativa al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005"**, imponiéndole una sanción, expedida por la Superintendente Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud.

2ª. La nulidad de la Resolución núm. 001105 de 7 de mayo de 2012, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el acto anterior, expedida por la misma funcionaria.

3ª. La nulidad de la Resolución núm. 000817 de 14 de mayo de 2013, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación

---

<sup>2</sup> Folios 99 a 165 del cuaderno principal.



interpuesto contra la Resolución núm. 003088 de 3 de noviembre de 2011, expedida por el Superintendente Nacional de Salud.

4ª. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se declare que no se encontraban obligadas a pagar sanción ni suma alguna, en tratándose de las cuantías establecidas en la parte resolutive de los actos demandados; se condene a la entidad demandada a devolver a las sociedades actoras la suma de \$368'437.500.00 correspondiente al pago de la sanción de multa impuesta en los actos administrativos acusados y a reconocer la correspondiente indexación calculada desde la fecha en que el pago de la sanción se verificó, hasta la fecha en que efectivamente la entidad demandada cancele dicha suma; se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189 a 192 del C.P.A.C.A. y se le condene en costas.

Como pretensiones subsidiarias solicitó:



1ª. La nulidad de los actos administrativos enunciados previamente.

2ª. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que no se encontraban obligadas a pagar sanción ni suma alguna en tratándose de las cuantías establecidas en la parte resolutive de los actos demandados; se condene a la entidad demandada a devolver a las sociedades actoras la parte proporcional que a las mismas les corresponda de la suma de \$368'437.500.00 correspondiente al pago de la sanción de multa impuesta en los actos administrativos acusados y a reconocer la correspondiente indexación calculada desde la fecha en que el pago de la sanción se verificó, hasta la fecha en que efectivamente la entidad demandada cancele dicha suma; se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189 a 192 del C.P.A.C.A. y se le condene en costas.

**I.2-** La parte actora señaló, en síntesis, los siguientes hechos:



Que de acuerdo con el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, que se maneja mediante encargo fiduciario.

Dicho Ministerio<sup>3</sup>, celebró el 6 de diciembre de 2005, el contrato de encargo fiduciario núm. 242 para la administración de los recursos del FOSYGA con el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, integrado por: FUDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, FIDUCIARIA CAFETERA S.A. (absorbida por FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A.), FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., **FIDUAGRARIA S.A.**, FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., FIDUCOMERCIO S.A. (absorbida por FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.), FIDUCIARIA POPULAR S.A. y **FIDUCOLDEX S.A.** (resalta la parte actora los entes que inicialmente conformaron el CONSORCIO).

Relató que mediante los Autos núms. 8894, 8911 y 8923 de 2010 la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los

---

<sup>3</sup> Hoy Ministerio de Salud y Protección Social,



Recursos Económicos de la Salud, con el objeto de obtener un conocimiento integral de la situación administrativa, financiera y operativa del manejo de los negocios o de aspectos especiales que se requirieran, dispuso una visita a la unidad de gestión del CONSORCIO, como administrador fiduciario del FOSYGA.

Como resultado de la visita, la Superintendencia de Salud expidió el informe preliminar el 2 de mayo de 2010 del cual se le dio traslado al CONSORCIO, quien respondió con objeciones y aclaraciones el 18 de mayo siguiente.

Que la entidad demandada emitió un Informe Final de Visita, en el cual solicitó la presentación de un Plan de Manejo para superar las posibles problemáticas detectadas, el cual le fue remitido al CONSORCIO el 20 de agosto de 2010; que en respuesta, envió a la Superintendencia un escrito con argumentos y soportes que demostraban que había subsanado los hallazgos incluidos en dicho Informe y anexó el Plan de Manejo requerido solo respecto del hallazgo relacionado con el término para aprobar o negar



reclamaciones ECAT<sup>4</sup>, toda vez que, en primer lugar, lo atinente a la posible restitución de valores presuntamente pagados de manera errada por brigadas de salud es un punto de discusión eminentemente contractual con el Ministerio y, en segundo lugar, los restantes cuatro hallazgos ya se encontraban superados.

Explicó que por medio de Oficio radicado en el CONSORCIO el 4 de enero de 2011, la Superintendencia la requirió para que presentara un Plan de Mejoramiento que incluyera la totalidad de los aspectos o hallazgos comprendidos en el Informe Final de visita y obtener un concepto del Ministerio de Salud, respecto de la razonabilidad técnica y operativa de la propuesta de Plan de Manejo presentada con relación al término para resolver reclamaciones ECAT.

Manifestó que el 19 de enero de 2011, el CONSORCIO reiteró lo ya expresado y presentó nuevamente el Plan de Mejoramiento relativo al hallazgo relacionado con el término para aprobar o negar

---

<sup>4</sup> EVENTOS CASTRÓFICOS Y ACCIDENTES DE TRÁNSITO.



reclamaciones ECAT, así como los argumentos y pruebas que sustentaron el hecho de que los restantes cuatro hallazgos ya se habían superado.

Que de otro lado, el Ministerio, mediante oficio de 2 de febrero de 2011, le solicitó que presentara, para su concepto, y antes de entrega a la Superintendencia, el mencionado Plan de Mejoramiento del hallazgo concerniente al tema ECAT, a lo que le respondió que ya se le habían remitido los correspondientes cronogramas y que como la entidad no se había pronunciado los remitió a la firma interventora, tal y como se lo ordenó el mismo Ministerio.

Señaló que la Superintendencia por medio de comunicación de 25 de marzo de 2011 presentó al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 su opinión frente a las razones que le esgrimió e incluyó nuevos elementos fácticos que no estaban englobados en el Informe Final de visita, además de otorgar solo cinco días para atender los requerimientos, lo cual fue respondido el 1o. de abril de 2011,



reseñando todas las actuaciones que había realizado en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, le presentó un nuevo cronograma respecto del término para aprobar o negar reclamaciones ECAT y aportó medios probatorios necesarios para sustentar sus argumentos, en el sentido de que los otros hallazgos estaban superados.

Que por medio del Auto núm. 00220 de 1º de junio de 2011, la Superintendente Delegada ordenó la Apertura de Investigación Administrativa al CONSORCIO, por presuntamente desconocer los artículos 1º y 5º del Decreto Ley 1281 de 2002 y 7º, numeral 2 y párrafo del Decreto 1283 de 1996, toda vez que presuntamente incumplió las órdenes impartidas al no presentar el Plan de Mejoramiento frente a los hallazgos establecidos en el Informe Final de visita que afectan el manejo y administración de las Subcuentas de Solidaridad y de ECAT; el mismo acto otorgó un término de treinta días hábiles para presentar descargos y decretó como



pruebas unos oficios, requiriendo información al Ministerio, JAHV McGregor S.A. y a la Superintendencia de Subsidio Familiar.

Dentro del término concedido, las sociedades fiduciarias integrantes del CONSORCIO presentaron el 22 de julio de 2011 los descargos y aportaron los medios probatorios.

Mediante el acto acusado núm. 003088 de 3 de noviembre de 2011 se le sancionó con una multa de 625 SMLMV, por no desvirtuar el cargo formulado en el Auto 0220 de 1o. de junio de 2011; contra el acto sancionatorio presentó los recursos de reposición y apelación que, en respuesta, confirmaron la decisión.

Por medio de escrito radicado el 25 de junio de 2013, se allegó a la Superintendencia copia de la transacción electrónica realizada el día anterior, correspondiente al pago de la sanción de multa.



Anotó que en la Audiencia de Conciliación celebrada los días 26 de noviembre de 2013 y 14 de enero de 2014, no hubo acuerdo.

**I.3.-** La parte actora presentó sus cargos en extenso escrito, que la Sala resume en los siguientes términos:

**1. Violación de norma superior, desconocimiento del derecho de audiencia, falsa motivación y falta de competencia, porque la no presentación de planes de mejoramiento, que fue la conducta imputada y sancionada, no se encuentra tipificada como infracción legal; además, en la práctica, se sancionó por conductas y omisiones diversas a las que en su momento se imputaron.**

Explicó que la Resolución núm. 1212 de 2007, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, que era uno de los parámetros para el ejercicio de su facultad sancionatoria, en su artículo 40 dispone que estarán sujetas a las sanciones previstas en el artículo



211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las instituciones sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cuando, entre otras, incumplan sus deberes o las obligaciones que la *“ley les impone”* y cuando incumplan las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia en ejercicio de sus atribuciones *“cuando dicho incumplimiento constituya infracción a la ley”*.

Que a su vez el artículo 211 del Estatuto Financiero, en su versión modificada por la Ley 795 de 2003, establece que estarán sujetas a las sanciones previstas, las instituciones sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, cuando, entre otras, incumplan los deberes o las obligaciones que *“la ley les impone”* y cuando dicho incumplimiento constituya infracción a la ley”.

Consideró que según los principios de legalidad y tipicidad, consagrados en los artículos 29 de la Constitución Política y 7° de la Resolución núm. 1212 de 2007 y en la Jurisprudencia Constitucional, para que sea conducente la imposición de una



sanción por parte de cualquier autoridad del orden administrativo, no basta simplemente con la mera verificación de que los supuestos fácticos del caso que se juzga se acoplen a la norma legal expresa que contempla la norma reprochable, sino que es indispensable que sea la propia Administración quien no solo obtenga las pruebas fehacientes, sino que también las aduzca de manera clara y abierta en los actos administrativos pertinentes, para que sea posible desvirtuar la presunción de inocencia que, de acuerdo con el mismo artículo 29, cobija a los administrados.

Que de acuerdo con lo anterior, es forzoso concluir que la entidad demandada no ha satisfecho totalmente, como debió hacerlo, los presupuestos jurídicos de obligatoria observancia para que su decisión gozara de legalidad y legitimidad, porque no argumentó ni probó de manera suficiente que la conducta imputada en el único cargo formulado en el Auto núm. 00220 de 1º de junio de 2011, **la cual consistió exclusivamente en la no presentación de un Plan de Mejoramiento**, se encontraba comprendida o englobada



en los artículos 1° y 5° del Decreto Ley 1281 de 2002 y 7°, numeral 2 y párrafo del Decreto 1283 de 1996, normas que no hacen ninguna referencia a dichos planes, luego la demandada carecía de toda facultad jurídica para sancionar, porque dentro de los parámetros de la ley, únicamente puede castigar infracciones legales.

Adujo que, además, la Superintendencia terminó por castigar la mera existencia de los hallazgos en sí mismos, que es diferente a omitir presentar unos documentos con las exigencias formales requeridas por la entidad, con lo cual pretermitió el derecho de contradicción y de defensa y los artículos 29 de la Constitución Política, 35 y 33 del C.C.A. y 7° de la Resolución núm. 1212 de 2007, porque varió indebidamente el contenido de la imputación administrativa, pues debió formular cargos puntuales contra cada uno de los cinco hallazgos, indicando las normas presuntamente vulneradas.



**2. Violación de norma superior, desconocimiento del derecho de audiencia y defensa (debido proceso), expedición irregular y falsa motivación, porque se desconoció el derecho al debido proceso al limitarse el derecho de contradicción por razón de la falta de justificación del único cargo formulado en cuanto a las normas legales que se consideraron violadas.**

Mencionó que este cargo está ligado al anterior; que en el Auto núm. 00220 de 1o. de junio de 2011, cuyo marco jurídico y fáctico debió determinar el devenir de la investigación administrativa adelantada, la Supersalud nunca explicó qué razones la llevaban a sostener que las normas legales mencionadas en el cargo habían sido desconocidas por el CONSORCIO, lo cual, limitó y dificultó de manera indebida e irregular, el derecho de defensa y contradicción que le asistía, porque no tuvo forma alguna de defenderse de acusaciones genéricas, no concretas, respecto de la presunta violación de normas jurídicas.



Que únicamente y de manera insuficiente y equivocada, la entidad en el acto sancionatorio y posteriormente, en los que desataron los recursos administrativos, hizo reflexiones extemporáneas, sin tener en cuenta que el debido proceso no entra a operar una vez expedido y notificado el acto definitivo, con lo cual vició los actos acusados por desconocimiento del derecho de audiencia y defensa y los principios relativos al debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, 34 y 35 del C.C.A. y 7° de la Resolución Núm. 1212 de 2007.

Que, además, la entidad incurrió en falsa motivación, porque advertida de su falta de claridad en la imputación y puesta sobre aviso de tales irregularidades en los recursos administrativos incoados, simplemente se limitó a reseñar de manera abstracta y superficial, en todos los actos proferidos, que siempre había observado las garantías del debido proceso, lo cual, como se explicó, no es cierto.



**3. Violación de norma superior, desconocimiento del derecho de audiencia y defensa (debido proceso), expedición irregular y falsa motivación, porque se desconoció el debido proceso al tener limitaciones para ejercer el derecho de contradicción, puesto que se dio mérito probatorio a documentos que el CONSORCIO no pudo controvertir.**

Señaló que en adición a todo lo expuesto, la Supersalud no observó los artículos 29 de la Constitución Política, 34 y 35 del C.C.A. y 7° de la Resolución núm. 1212 de 2007, relativos al debido proceso, porque atentó contra el derecho de contradicción y de defensa al haber basado su decisión sancionatoria en medios de convicción que el CONSORCIO no tuvo oportunidad de controvertir, particularmente la respuesta que el 22 de julio de 2011 dio al oficio NURC 2-2011-041258 de 23 de junio de 2011, dirigido al entonces Ministerio de la Protección Social, última fecha de plazo para formular los correspondientes descargos al Auto de Apertura de la investigación; que se advierte del texto de la Resolución acusada



núm. 003088 de 3 de noviembre de 2011, que jamás se les dio traslado de la prueba documental que se allegó al expediente, por lo cual se vieron sorprendidas con un sustento probatorio que nunca tuvieron la oportunidad de conocer, aclarar y controvertir.

Que, igualmente, la entidad ha incurrido en falsa motivación, habida cuenta de que advertida de su falta de claridad en la imputación desde la presentación de los descargos y puesta sobre aviso de dichas irregularidades en los recursos incoados, simplemente se limitó a reseñar, en todos los actos proferidos, de manera abstracta y superficial, que siempre garantizó el debido proceso.

**4. Violación de norma superior, desconocimiento de audiencia y de defensa (debido proceso), expedición irregular y falsa motivación porque los hallazgos del auto de apertura son diversos a los contenidos en el Informe Final**



**de visita de 20 de agosto de 2010 y se sancionó por hechos posteriores a dicho Informe.**

Consideró que es una grave vulneración constitucional al debido proceso el que la entidad realice un procedimiento administrativo y dicte una sanción pecuniaria, con base en supuestos fácticos que no incluyó dentro de los reparos formulados al CONSORCIO en el Informe Final de visita; que al momento de dar apertura a la investigación administrativa, la Superintendencia presentó nuevos elementos fácticos que no fueron tenidos en cuenta al instante de delinear los parámetros que debían gobernar los Planes de Mejoramiento de acuerdo con el mencionado Informe Final; para efectos de demostrar lo anterior, presentó un cuadro comparativo entre el hallazgo y el Informe Final de visita y el Auto de Apertura.

Consideró que no es argumento expresar que el inicio formal del procedimiento administrativo sancionatorio se cristaliza con la expedición del Auto de Apertura, porque ello implica desconocer



que el procedimiento administrativo se inició con mucha anterioridad, con los autos que ordenaron las visitas a la unidad de gestión del CONSORCIO; que el derecho fundamental al debido proceso debe campear a lo largo de toda la actuación administrativa.

En cuanto a los hallazgos observó las siguientes irregularidades:

. En el hallazgo de control de inventarios de Cajas de Compensación, la liquidación de intereses por extemporaneidad no se relacionó con los hechos que dieron pie al Informe Final ni al Auto de Apertura de Investigación.

. Lo mismo ocurrió con los hallazgos de depuración tanto de acreedores de ECAT, como de la base de datos de recobros por valores inconsistentes.

. En cuanto al hallazgo concerniente a las cifras pendientes de aclaración y ajuste en los estados financieros, el Auto de apertura



sostuvo que los informes del interventor del contrato de encargo fiduciario de diciembre de 2009 y enero de 2011 (seis meses después del Informe Final de visita) no ha superado las cifras pendientes de aclaración y se requiere que presente Plan de Mejoramiento para subsanarlo; que, por lo tanto, los hechos esgrimidos en enero de 2011 no podían ser objeto de investigación ya que el marco fáctico de los Planes de Mejoramiento exigidos se edificaba, como ya lo dijo, en el Informe de Visita final de 20 de agosto de 2010.

. En relación con el término para resolver reclamaciones ECAT, la imputación concreta en el Auto de Apertura ya no consistía en haber dejado de presentar el Plan de Mejoramiento, como se había dicho en el Informe Final de visita, sino en la necesidad del concepto previo y aprobación del Ministerio, con lo cual se varió el contenido de la obligación.



De lo anterior coligió que por causa de la ponderación para sancionar con multa, de los eventos y hechos posteriores al 20 de agosto de 2010, y diferentes a los contenidos en el Informe Final de visita y al Auto de Apertura se han configurado los mencionados vicios, porque la Administración fue introduciendo eventos y hechos que nunca los incluyó en el cargo único, sino que los fue introduciendo paulatinamente durante el procedimiento sancionatorio, con lo cual variaba y acrecentaba el cúmulo de imputaciones.

Manifestó que pese a que tal irregularidad fue puesta de presente por el CONSORCIO desde la misma presentación de los descargos y reiterada con ocasión de la presentación de los recursos, en el acto definitivo la entidad no se pronunció frente a la queja; que sólo lo hizo cuando desató el recurso de reposición y ya sus posibilidades de defensa eran nulas, aduciendo de manera errada, *"que el Auto de Apertura de Investigación no contiene hechos nuevos a los*



*formulados inicialmente, ni genera nuevas imputaciones, sino que por el contrario, permite sustentar y ratificar los hallazgos”.*

Insistió en que si se revisan con cuidado las columnas correspondientes al cuadro plasmado en la Resolución núm. 001105 de 7 de mayo de 2012, y se revisa el Acto de Apertura y los Informes Finales de la visita se puede colegir que pese a que el contenido de los Planes de Mejoramiento estaba supuestamente delineado en el Informe Final de visita, con posterioridad la Superintendencia Nacional de Salud fue adicionando más consideraciones en torno a los temas operativos del CONSORCIO, con el ánimo de reafirmarse en sus observaciones.

**5. Tasación de la sanción. Señala que fue irregular por falta de motivación, desconocimiento del derecho de defensa y del principio de proporcionalidad y de la existencia de causal de atenuante de responsabilidad (falsa motivación), por lo que eran aplicables los artículos 35, 36 y 59 del C.C.A.; que**



**no se conocen las razones y/o criterios que movieron a la entidad a optar por un monto específico y concreto de la multa y por qué no se optó por otro valor diferente, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 11 de la Resolución núm. 1212 de 2007 y el numeral 2 del artículo 208 del EOSF; anotó que el tema fue propuesto en el trámite de los recursos administrativos, sin que la entidad se hubiera pronunciado.**

Que lo explicado se agrava porque con el escrito de descargos (22 de julio de 2011), pese a que no lo ameritaba, el CONSORCIO formuló sendos Planes de Mejoramiento respecto de los hallazgos reprochados por la Supersalud, con el ánimo de denotar el estricto y fiel seguimiento que siempre mostró a las instrucciones del ente de control y a sus obligaciones legales y contractuales, planes que, contrario a lo expresado por la entidad en el acto definitivo sancionatorio, perfectamente se habrían podido aplicar hasta la finalización del contrato de encargo fiduciario el 30 de septiembre



de 2011, si el ente de control lo hubiera considerado de manera oportuna.

**6. Violación de norma superior, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa y falsa motivación, porque no se vulneraron los artículos 1° y 5° del Decreto Ley 1281 de 2002 y 7°, numeral 2 y párrafo, del Decreto 1283 de 1996, por cuanto solo se presentó Plan de Mejoramiento respecto del único hallazgo que lo ameritaba y en relación con esta última disposición la Supersalud tenía acceso a toda la información del FOSYGA; que además frente a los hallazgos del Informe Final de visita respecto de los que no se formularon Planes de Mejoramiento, la demandada no tuvo en cuenta que los mismos no se necesitaban para subsanar cualquier eventual falencia o que ya estaban superados.**

Que la entidad siempre ha contado con pleno y cabal acceso a toda la información atinente al manejo y administración del FOSYGA y a



cada una de sus subcuentas, acatando sus obligaciones legales y contractuales y siempre le enviaron los correspondientes informes de gestión, mensuales, trimestrales y anuales, cuyo contenido tiene los datos concernientes a ítems tales como el trámite de reclamaciones ECAT, listado de acreedores y la gestión adelantada por parte del CONSORCIO frente a la programación de pagos pendientes.

Que además, en cumplimiento del Contrato de Encargo Fiduciario núm. 242 de 2005, según la cláusula 7.2, la Supersalud contaba con acceso en línea a todas las aplicaciones integrantes del sistema de información del FOSYGA, así como a las bases de datos pertinentes mediante los dos equipos y sistema instalado por el CONSORCIO en la sede de la entidad, para cuyo manejo el administrador fiduciario capacitó al personal designado por la entidad, quienes podían acceder al sistema a modo de consulta, en cualquier momento de las 24 horas del día y todos los días del año.



Que entonces no es factible afirmar que el CONSORCIO atentó contra el buen funcionamiento del Sistema de Información, porque el flujo fue constante y juicioso y además, siempre estuvo a plena disposición del ente de control para cuando a bien lo tuviera.

Consideró que la Superintendencia Nacional de Salud, de manera equivocada, estimó violadas las normas antes mencionadas, a raíz de la no presentación de los Planes de Mejoramiento demandados en el Informe Final de visita, cuando lo cierto es que el CONSORCIO desde su misma respuesta y en relación con los hallazgos, presentó la propuesta del Plan de Mejoramiento a la Supersalud del único ítem que lo requería – término para resolver reclamaciones subcuenta ECAT-, y aclaró, frente a los restantes, que uno de los seis hallazgos era exclusivamente un punto de discusión en la relación contractual con el Ministerio, a saber: la restitución de posibles errores en los pagos por brigadas de salud, y que los otros cuatro hallazgos, acorde con la opinión fundada que de buena fe



tenía el CONSORCIO, ya se encontraban superados o su solución dependía de terceros.

Que no obstante sus repetidas y soportadas explicaciones, a medida que fue avanzando la actuación administrativa, la Supersalud, en violación del derecho de contradicción y de defensa y simplemente replicando automáticamente lo afirmado por la interventoría del contrato de encargo fiduciario, -quien dio visto bueno para que pudieran hacerse los pagos al CONSORCIO, lo que denota su cumplimiento-, fue aduciendo más reparos a los hallazgos inicialmente planteados en el Informe Final de visita, desconociendo en forma injustificada las razones y pruebas ofrecidas, conforme a las cuales es claro que los siguientes temas no requerían de ningún Plan de Mejoramiento para ser solucionados:

a) Control de las Cajas de Compensación que deben realizar los aportes a la subcuenta de solidaridad.



Consideró que el ente de control no tuvo en cuenta, para hacer su análisis, que parte del recaudo de diciembre de 2009 fue finalmente consignado en enero de 2010, lo cual es una situación contemplada en el artículo 11 del Decreto 50 de 2003; que la entidad desconoció que, contrario a lo indicado en el Auto de Apertura, el CONSORCIO había establecido un procedimiento interno para llevar el inventario y verificar el recaudo efectivo de cada una de las fuentes de recursos de la subcuenta de solidaridad; que a lo largo de los actos acusados y del curso de la investigación administrativa, la entidad nunca ejecutó esfuerzo probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia al contar con la herramienta denominada MUI (Módulo Único de Ingresos), sobre la cual explicó a la entidad el 1º de abril de 2011, que con esta herramienta y el inventario de relación de las Cajas, era factible controlar y validar lo recaudado y por esta vía establecer cuáles incurrieron en mora.



Que de otro lado, es importante precisar que el informe del interventor data de enero de 2011 y para el momento de la presentación de los descargos, ya varios eventos habían sido superados así: la causación de los intereses de mora se ejecuta a través del MUI, pero para establecerlos solo se puede hacer cuando la respectiva Caja realiza la consignación extemporánea y aparece entonces el registro como cuenta por cobrar por la entidad, según se puede verificar en el aplicativo financiero del FOSYGA (Dynamics ERP); que la liquidación de intereses por extemporaneidad, no se relacionó con los hechos que dieron lugar al hallazgo del Informe Final de visita ni tampoco con el Auto de Apertura, luego no hay argumento para soportar una sanción.

Que, por lo anterior, no presentó dentro del Plan de Mejoramiento ninguna conducta dirigida al control de los aportes de las Cajas de Compensación, porque dicha actividad se encuentra incluida y detallada dentro del Manual Operativo de la Subcuenta que se encuentra publicado en la página web y que forma parte de la



operación diaria y la información era reportada a Supersalud mensualmente en cumplimiento de la Circular Única y se ponía de presente la labor del CONSORCIO frente a las que incurrían en mora.

Que existiendo el Manual Operativo de la subcuenta de solidaridad, no estaba dentro del contrato que realizara actuaciones diferentes a las informativas y mucho menos que presentara un Plan de Mejoramiento; que en todo caso, en el escrito de descargos de la imputación administrativa, se formuló un Plan de Mejoramiento que sería ejecutado hasta la finalización de la vigencia del contrato de encargo fiduciario.

b). Depuración de acreedores varios de ECAT personas jurídicas y naturales.

Explicó que acorde con lo indicado en el Informe Final de visita, el CONSORCIO no se encontraba dando cumplimiento a lo indicado



por el Ministerio en oficio de 30 de septiembre de 2009 *"en cuanto no ha adoptado los mecanismos necesarios para ubicar a los beneficiarios que no se han presentado a reclamar sus pagos"*; que en respuesta al informe aclaró que el 21 de abril de 2010 había puesto en conocimiento del Ministerio lo relativo a la reactivación de acreedores en el mes de noviembre de 2009; que en comunicación de 27 de julio de 2010 presentó a Supersalud un resumen de las reuniones de seguimiento que se adelantaron con la firma interventora del contrato de encargo fiduciario, con el ánimo de establecer contacto con dichos beneficiarios, se le informó de las actuaciones que al respecto adelantaba el Ministerio y se le comunicó que se identificaron 194 direcciones en la base de datos de aportantes y procedió a enviar comunicaciones para que diligenciaran los formularios.

Que contrario a lo señalado en el Auto de Apertura de la investigación administrativa e incluso en la presentación de los descargos ya había informado los resultados, pero que,



circunstancia diferente es que la gestión depende de la respuesta de los acreedores; no obstante lo explicado, la entidad demandada consideró que tales actividades no habían sido incluidas en el Plan de Mejoramiento, pese a los reportes que le enviaba acerca de las dificultades que se presentaban en relación con el pago de reclamaciones y de las actuaciones que realizó desde el inicio del contrato de encargo fiduciario.

Que como aconteció con el hallazgo anterior, en el Auto de Apertura de la Investigación se incluyó otro hallazgo diferente al contenido en el Informe Final de visita, ya que se sustentó en una observación de la firma interventora que le solicitó al CONSORCIO garantizar la efectividad del proceso.

Concluyó que, aunque el hallazgo no lo ameritaba, formuló un Plan de Mejoramiento que sería ejecutado hasta la finalización de la vigencia del Contrato de Encargo Fiduciario.



c) Depuración de bases de datos de recobros con valores inconsistentes.

Manifestó que en el Informe Final de visita, la Supersalud adujo que no era claro *"por qué en la base de datos se registran valores negativos y ceros con estado aprobados, si no corresponde al pago, el estado debería ser negado, mas no aprobado con valor cero"*.

Que el 29 de septiembre de 2010, explicó que el fenómeno obedecía a (1) la imposibilidad de modificar la información contenida en la base de datos de los recobros, y (2) la existencia de valores negativos en las bases presentadas, durante el trámite de recobros, por las EPS; que los recobros por valor aprobado cero responden a la aplicación de las glosas de reliquidación que son diferentes al rechazo y cuyo descuento conlleva a obtener un valor aprobado cero, sin que se trate de una glosa de descuento, como se aseguró en el Auto de Apertura de la Investigación.



Que los recobros con valor negativo se dan porque son las mismas EPS quienes los presentan por lo que formalmente eran así clasificados.

Expuso que frente a los datos de los recobros registrados en la base de datos, debe tenerse presente que son suministrados por las entidades, es decir, con la información que remiten las EPS-EOC y el CONSORCIO no está facultado para modificarlo; que adelantó jornadas de capacitación con los funcionarios de las EPS y atendió inquietudes por teléfono, correo electrónico y personales sobre el particular.

Que pese a todas las explicaciones esgrimidas a lo largo de la actuación administrativa, la Supersalud sin analizarlas solo insistió en la inviabilidad de valores negativos en los paquetes de los recobros para pago y señaló que no se superó el hallazgo, sin, además, tener en cuenta que contaba con acceso a la base de



datos de aplicativos de FOSYGA mediante los dos equipos instalados en sus oficinas, entre los cuales se encuentra el de medicamentos.

Que en todo caso y aunque el hallazgo no lo ameritaba, con el escrito de descargos formuló un Plan de Mejoramiento que sería ejecutado hasta la finalización de la vigencia del contrato de encargo fiduciario.

d). Cifras pendientes de aclaración y ajuste en los estados financieros.

*Anotó que en el Informe Final de visita se dijo "las cifras pendientes de depuración que con corte a 31 de diciembre de 2009 se encuentran pendientes de depuración deben ser aclaradas y realizar los ajustes necesarios a más tardar el 30 de agosto de 2010".*



Que en la comunicación de 29 de diciembre de 2010, el CONSORCIO le precisó al ente de control, que permanentemente venía adelantando las gestiones relativas a la revisión y depuración de las partidas concernientes a los registros de los estados financieros, a través de labores de revisión, verificación y ajustes atinentes a las bases de datos de terceros, e información contable de los mismos.

En el Auto de Apertura se indicó que el CONSORCIO no había superado el hallazgo, con base en los informes de interventoría que datan de 2009 a 2011.

Consideró que se debe observar que los anexos de la comunicación de 1o. de abril de 2011, dan cuenta de que la depuración de partidas inherentes a los saldos de contratos incluidos en los estados financieros del FOSYGA se encuentran condicionados a las gestiones que adelante el Ministerio, quien como único titular de los recursos es el facultado para suscribir los contratos con cargo a los



recursos de dicha cuenta y por tanto el único habilitado para solicitar la legalización de saldos y anticipos.

Que el CONSORCIO recibía información de las multas impuestas por Supersalud e identificaba el recaudo de las mismas, pero no tiene la facultad legal ni contractual de depurar los saldos, mediante el castigo de las cifras de deudores plasmadas en los estados financieros; en cuanto a los embargos solo le quedaba la opción de dar cumplimiento a las órdenes judiciales y para la época del escrito de descargos ya había efectuado los ajustes pertinentes en los estados financieros respecto de los registros relativos a los recobros con vigencia 2007.

Informa sobre otras actividades realizadas y finalmente señala que aunque el hallazgo no lo ameritaba, con el escrito de descargos de la imputación administrativa, se formuló un Plan de Mejoramiento que sería ejecutado hasta la finalización de la vigencia del contrato de encargo fiduciario, sobre lo cual la Supersalud no dio respuesta.



De todo lo anterior la parte actora concluye que de los asuntos detectados en la visita, es evidente que varios de ellos o eran (1) discusiones sobre el alcance de determinadas obligaciones contractuales que tenía el CONSORCIO con la interventoría y el Ministerio o, (2) no dependían de decisiones que pudiera seguir por su propia voluntad sino del Ministerio o, (3) no exigían que el CONSORCIO emprendiera acciones nuevas dirigidas a superarlos contenidas en los Planes de Mejoramiento, sino que únicamente requerían la simple verificación de algunos hechos y la realización del algunas tareas menores, para dar claridad real a la situación de cada hallazgo.

Argumentó que por lo anterior, constituye un evento de falsa motivación aducir que el CONSORCIO hizo caso omiso de las preocupaciones expresadas por el ente de control durante las visitas de 2010, comoquiera que fundadamente y de buena fe, no era menester incluir todas y cada una de las actividades que podía



acometer dentro de un marco de Planes de Mejoramiento, simplemente para cumplir un requisito meramente formal exigido por la Supersalud.

Que, además, las observaciones establecidas por la demandada no provinieron de fallas atribuibles al CONSORCIO porque varias de ellas no se afincan en hechos reales sino en posturas subjetivas o muchas fueron corregidas y otras corresponden a acciones que debía adoptar el Ministerio.

Indicó que para la época de la Apertura de la Investigación y de la presentación de los descargos, el Ministerio no había emitido su concepto sobre el Plan de Mejoramiento propuesto y, sin embargo, en las Resoluciones acusadas se consideró que *"no se puede dar por cumplida la presentación de un Plan de Mejoramiento si no cuenta con el visto bueno de la Superintendencia y el Ministerio de la Protección Social"*.



Insistió en que se le está castigando por labores que no ejecutaron oportunamente ni el Ministerio ni la Superintendencia; anotó que el Ministerio solo dio su visto bueno el 22 de julio de 2011, que era el último día que tenía para presentar descargos, por lo que se violó el derecho de defensa; que entonces el origen de la investigación residió en el hecho absurdo de que el CONSORCIO era responsable de que las entidades estatales no se manifestaran frente al Plan de Mejoramiento, pese a que dichas entidades lo tuvieran en su poder por más de un año.

**7. Falsa motivación y desconocimiento de norma superior, respecto de la causal de agravación de la sanción aplicada.**

Que, como ya lo dijo, la Supersalud no explicó el porqué de la cuantía de la sanción monetaria y sí mencionó una causal de agravación prevista en el literal g) del artículo 11 de la Resolución 1212 de 2007 *"renuencia o desacato a cumplir con las órdenes impartidas por la Superintendencia Nacional de Salud"*.



Considera que el CONSORCIO sí había presentado a la Supersalud y al Ministerio un Plan de Mejoramiento para el hallazgo atinente al término para aprobar o negar reclamaciones ECAT y que otra situación es que en concepto de Supersalud no tenía condiciones para ser aprobado o que el Ministerio hubiera tardado tanto tiempo en emitir su concepto.

#### **I.4- CONTESTACION DE LA DEMANDA.**

**La Superintendencia Nacional de Salud**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones tanto principales como subsidiarias, aduciendo, al efecto, lo siguiente:

Que la parte actora considera que cumplió con todos los requerimientos de la Superintendencia Nacional de Salud y rechaza toda argumentación contenida en los actos demandados, con opiniones sin soporte jurídico ni fáctico.



Consideró que ninguno de los cargos que llevaron a la imposición de la sanción, es desvirtuado y es evidente el incumplimiento de las normas que deben aplicarse en aquellos casos en que se manejan recursos públicos que pertenecen al Sistema General de Salud.

Solicitó que se tengan en cuenta las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas en los actos administrativos atacados, porque se encuentran ajustadas a la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, el Decreto Ley 1282 de 2002, la Ley 1122 de 2007, el Decreto 1018 de 2007 (vigente para la época) hoy sustituido por el Decreto 2462 de 2013, y demás normas concordantes.

Propuso las siguientes excepciones:

**Primera:** Inepta demanda por incumplimiento de los requisitos legales. Reposa en el expediente una certificación expedida el 14 de enero de 2014, en la cual la Procuraduría Judicial indica que la



fecha de presentación de la solicitud de conciliación prejudicial fue el 15 de octubre de 2013 y la demanda se presentó el 18 de octubre del mismo año; consta en el expediente que al momento de presentación de la demanda no se había realizado audiencia de conciliación y, además, la parte actora confiesa en la reforma a la demanda que presentó el 15 de enero de 2014 *"30. Los días 26 de noviembre de 2013 y 14 de enero de 2014, se celebró audiencia de conciliación prejudicial, sin alcanzar acuerdo alguno.*

Que lo anterior demuestra la flagrante violación no solo de la Ley 640 de 2001 sino también del artículo 161 del C.P.A.C.A., normas de orden público que reglamentan la exigencia de la diligencia de conciliación prejudicial, lo cual no es optativo; que esta última disposición es muy clara y no dice que basta la presentación de la solicitud de conciliación para cumplir el requisito de procedibilidad, tampoco dice que el incumplimiento se puede subsanar en cualquier tiempo, pues se exige el trámite, es decir, el acta de audiencia de conciliación, situación que no se da en este caso.



**Segunda:** Inexistencia de causal de nulidad y, en consecuencia, ausencia de título jurídico que fundamente el restablecimiento del derecho.

Explicó que no existe ninguna causal de nulidad que sea predicable de los actos acusados, toda vez que se encuentra establecida la competencia del funcionario que los expidió, su expedición ha sido regular, con observancia de las normas superiores en las que se funda, el reconocimiento del derecho de audiencia y defensa, con motivación verídica y acertada, que no permite la configuración de defectos en la motivación ni desviación de poder.

Estimó que los cargos presentados por la parte actora se refieren fundamentalmente a la legalidad de los actos demandados, por supuesta violación a normas superiores y al debido proceso.



Adujo que la Resolución núm. 003088 de 3 de noviembre de 2011, trae en su parte considerativa un extenso análisis de las diferentes comunicaciones, escritos, documentos, etc, recibidos por el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 al pronunciarse sobre los requerimientos de la SUPERSALUD, entre ellos, que el CONSORCIO *“decidió en su oportunidad, no elaborar un Plan de Mejoramiento, por el simple prurito de cumplir formalmente con las instrucciones de ese despacho”*, lo cual es una demostración clara de su negativa a cumplir la ley así como de aceptar la facultad y obligación de la Superintendencia Nacional de Salud en la inspección, vigilancia y control del Sistema General de Salud.

Que de la lectura de la mencionada Resolución, se puede concluir sin lugar a equívocos, que la demandante no dio cumplimiento a los requerimientos y que no es cierto que se haya violado el debido proceso, como tampoco que los hallazgos expuestos en el Informe Final de visita sean diferentes a los enunciados en el Auto de Apertura de Investigación, toda vez que obedecen al análisis y



evaluación de lo expresado por el CONSORCIO que, en su criterio, consideraba que estaban superados, lo cual no era cierto, pues no contenía todos los requerimientos.

Expuso que la Resolución núm. 000817 de 14 de mayo de 2013 que dio respuesta al recurso de apelación, explicó que el CONSORCIO presentó el Plan de Mejoramiento el 29 de septiembre de 2010, el cual fue objeto de observaciones toda vez que no presentó acciones de mejora respecto de los hallazgos relacionados con i) control de los aportes que deben realizar las Cajas de Compensación a la Subcuenta de Solidaridad; ii) la restitución de valores pagados erradamente por brigadas de salud; y iii) la depuración de la base de datos de estados financieros.

Que por lo anterior, la Superintendencia Delegada requirió al CONSORCIO para que presentara un Plan de Mejoramiento que incluyera la totalidad de los puntos relacionados en el Informe Final y le reiteró que para su ejecución era necesaria la aprobación por parte de aquélla.



Que la Resolución antes mencionada, explicó que los hallazgos que se encontraron en el Informe Final de visita son los mismos y guardan plena identidad con los que sirvieron de fundamento para formular los cargos en el Auto de Apertura de la Investigación y con lo decidido en el proceso, con lo cual se garantizó el derecho de defensa y los principios de tipicidad y legalidad que se alegan desconocidos para la parte actora.

Sostuvo que no se violó el debido proceso, tanto así que la parte actora en su demanda especialmente en los hechos cuenta su actuar procesal en la investigación administrativa transcribiendo diversos apartes de sus escritos y además, los actos administrativos hablan por sí solos, en el sentido de que se practicaron todas y cada una de las pruebas requeridas y se dejó constancia de que si bien el CONSORCIO presentó el 22 de julio de 2011 un nuevo Plan de Mejoramiento en el que incluyó todas las acciones correctivas respecto de los cinco hallazgos, resulto extemporáneo, toda vez



que desde el Informe Final de visita de 20 de agosto de 2010 fue requerido un Plan de Mejoramiento, cuya omisión dio lugar a que se ordenara el inicio de la investigación; que el Plan de Mejoramiento en la forma indicada por la Superintendencia fue presentado posteriormente.

Aclaró en el mismo acto que la sanción impuesta no es consecuencia de la buena o mala fe, sino del incumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia Nacional de Salud; que explicó que en relación con la dosificación de la sanción, el acto demandado señaló que se tenía en cuenta la gravedad del hecho, por ser causante del quebrantamiento del orden público, para prevenir nuevos hechos que puedan perturbar en mayor medida el bien jurídico protegido cual es el derecho a la seguridad social en salud y el restablecimiento del equilibrio perdido con su actuar.

## **II.- AUDIENCIA INICIAL.**



El 8 de septiembre de 2014 se realizó la audiencia inicial de conformidad con lo previsto en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, a la cual asistieron los apoderados de la parte demandante y demandada.

El Magistrado sustanciador en aplicación del artículo 180 del C.P.A.C.A. desarrolló las siguientes fases: saneamiento – no hubo observaciones; la parte demandante argumentó que no procede la excepción propuesta por la Superintendencia Nacional de Salud, porque el artículo 163 del Código General del Proceso dispone: *"Cuando se solicite conciliación extrajudicial, el peticionario deberá entregar copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como la audiencia de conciliación correspondiente. No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la*



*jurisdicción en la que se adelanten como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública” y, en este caso la demanda inicial fue presentada por FIDUPREVISORA S.A., FIDUAGRARIA S.A. y FIDUCOLDEX S.A., todas ellas sociedades de economía mixta del orden nacional y, por ende, entidades públicas, razón por la cual les resulta aplicable la excepción mencionada y, en lo que se refiere a las sociedades Fiduciaria Bancolombia S.A., Fiduciaria Davivienda S.A., Fiduciaria Bogotá S.A., Fiduciaria de Occidente S.A., y Fiduciaria Popular S.A., si bien son sociedades de carácter privado, lo cierto es que se constituyeron como parte dentro del proceso con la reforma a la demanda y con posterioridad a la celebración de la audiencia de conciliación extrajudicial de que trata el numeral 1º del artículo 161 del C.P.A.C.A.; anota que no existió ánimo conciliatorio.*

El litigio se fijó teniendo en cuenta que en algunos aspectos las partes están de acuerdo y que se encuentran en desacuerdo en lo



relacionado con el alcance del Informe Final de la visita realizada, la subsanación de los hallazgos obtenidos en la diligencia, el contenido del requerimiento realizado por el Ministerio de Salud relacionado con el Plan de Mejoramiento en materia de ECAT a cargo de la parte actora, la respuesta del Consorcio a la anterior solicitud, la inclusión de elementos fácticos nuevos no contemplados en el Informe Final de la visita adelantada por la Superintendencia y el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial contemplado en la Ley 640 de 2001.

Que entonces el problema jurídico se contrae a determinar si con la expedición de las Resoluciones acusadas a través de las cuales se impuso una sanción y se resolvieron los recursos de reposición y apelación, en el sentido de confirmar la decisión inicial, se vulneraron normas de rango superior, se desconoció el derecho de audiencia, se incurrió en falsa motivación, se actuó sin tener competencia, se sancionaron conductas no tipificadas en las normas aplicables, se censuraron conductas diferentes a las



inicialmente imputadas, se limitó el ejercicio del derecho de contradicción al justificar falsamente los cargos imputados, se sancionó por hechos posteriores a los registrados en el Informe Final de visita que sirvió de base para la sanción, la sanción fue desproporcionada, se aplicaron indebidamente las causales de atenuación y agravación y, además, si existen las causales de nulidad alegadas en la demanda y el título jurídico que fundamentó el restablecimiento del derecho alegado por la parte actora. Las partes manifestaron estar de acuerdo con lo anterior.

Acto seguido el Magistrado ponente decretó como pruebas los documentos aportados en la demanda y su reforma, en la contestación de la demanda dentro de los cuales obran los antecedentes administrativos de los actos demandados y otras que cita el Acta; se decretó la prueba testimonial solicitada por la parte actora y se citó para audiencia de pruebas la cual se celebró el 4 de febrero de 2015.



Preguntadas, las partes responden que no tienen nada que agregar, corregir o enmendar a la diligencia; finalmente, se dio por terminada la audiencia, previa lectura y aprobación integral del acta, por todos los que en ella intervinieron.

### **III. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", mediante la sentencia apelada denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Señaló que la parte actora después de exponer varias apreciaciones sobre el régimen de las sanciones institucionales y los principios de legalidad y tipicidad, estimó que la Superintendencia Nacional de Salud no satisfizo los presupuestos jurídicos para que la decisión goce de legalidad y legitimidad, porque no argumentó ni probó suficientemente que la conducta imputada en el único cargo del



Auto de 1° de junio de 2011, como fue la no presentación del Plan de Mejoramiento, se encontraba comprendida en los artículos 1° y 5° del Decreto 1281 de 2002 y en el numeral 2° y el parágrafo del artículo 7° del Decreto 1283 de 1996.

Observó que la demanda tiene siete cargos diferentes, pero la mayoría están sustentados en cargos similares y reiterativos sobre la conducta irregular que se le imputó a la entidad demandada y la violación del derecho de contradicción, por lo cual los agrupa en tres, así:

**PRIMER CARGO:** Violación de norma superior, desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, falsa motivación y falta de competencia de la entidad demandada para imponer la sanción, porque la conducta no está tipificada como infracción legal, fue basada en conductas distintas a las imputadas y hubo limitaciones al derecho de contradicción; los hallazgos descritos en el Auto de Apertura son distintos a los contenidos en el Informe Final de visita;



la sanción fue impuesta por hechos posteriores a dicho Informe y se otorgó mérito a documentos que no pudo controvertir.

Trajo a colación Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y conceptos de la Doctrina relacionados con los principios de legalidad y tipicidad y estimó, que de conformidad con lo expuesto, las conductas descriptivas de falta administrativa no tienen que ser descritas con la misma rigurosidad y precisión que normalmente exige el derecho penal, por cuanto en algunas ocasiones sus elementos no están previstos en el mismo instrumento normativo sino que es necesario acudir al contenido de otras disposiciones para especificar la conducta o la sanción aplicable.

Que el Informe Final de visita cuyo texto fue puesto en conocimiento del CONSORCIO el 20 de agosto de 2010 señaló diferentes inconsistencias en los procesos adelantados por FIDUFOSYGA en aspectos como el control de las Cajas de



Compensación respecto de los aportes a la subcuenta de solidaridad, la restitución de los valores pagados erradamente a las brigadas de salud, el término para decidir las reclamaciones de la subcuenta correspondiente a los eventos catastróficos y accidentes de tránsito ECAT, la depuración de los acreedores del mismo sistema, la depuración de la base de datos de los recobros con valores inconsistentes y el ajuste de los estados financieros.

Señaló que el Informe concluyó que era necesaria la elaboración y entrega de un Plan de Mejoramiento dirigido a la verificación del cumplimiento de cada uno de tales hallazgos, cuya ejecución estaba sujeta al visto bueno de la Superintendencia; ante la falta de presentación de dicho plan, mediante Auto núm. 00220 de 1o. de junio de 2011 la entidad dispuso la Apertura de Investigación administrativa en la cual reiteró los seis hallazgos hechos en la visita y expuestos en el Informe Final, así como las normas infringidas y formuló pliego de cargos por posible incumplimiento de los artículos 1º y 5º del Decreto 1281 de 2002 y 7º, numeral 2º y



parágrafo del Decreto 1283 de 1996, por no haber presentado el Plan de Mejoramiento.

Expresó que no encuentra que la sanción impuesta a los actores esté basada en hechos diferentes de aquellos que fueron imputados al CONSORCIO; que en cuanto a los seis hallazgos expuestos por el organismo en el Informe Final, existe adecuada correspondencia con las conductas irregulares descritas en el Auto de Apertura para sustentar el cargo formulado al Consorcio FIDUFOSYGA.

Que la parte demandada explicó las razones por las cuales en su criterio, el CONSORCIO no superó los hallazgos hechos desde la visita y dispuso la formulación del cargo por no haber presentado el Plan de Mejoramiento y estimó, que el hecho de que la Superintendencia haya precisado los alcances de las inconsistencias y ampliado los argumentos que sustentan el informe de visita no implica que la situación irregular haya sido modificada con la apertura de investigación y formulación de cargos y que la



ampliación de los hechos obedece, entre otras razones, al análisis de los argumentos y pruebas contenidas en el memorial a través del cual FIDUFOSYGA respondió al traslado del Informe Final de la visita.

Destacó que incluso en el supuesto caso de que la demandada hubiese incluido posibles nuevos hallazgos al decidir la actuación, ello debió haber sido advertido por la parte demandante al interponer los recursos; que la presunta alusión a nuevos hallazgos de inconsistencias fue enunciada extemporáneamente por FIDUFOSYGA 2005 en el memorial que adicionó el recurso de apelación que fue presentado extemporáneamente.

Que de la lectura de las disposiciones que la Supersalud trajo a colación, a saber: los artículos 1° y 5° del Decreto 1281 de 2002 y 7° y párrafo del Decreto 1283 de 1996, si bien se observa que ninguna hace referencia específica a la obligación del administrador de elaborar y presentar el Plan de Mejoramiento exigido al



CONSORCIO, sin embargo, dicho Plan fue ordenado por la Supersalud como mecanismo para solucionar la situación que podía generar la serie de inconsistencias detectadas durante la visita y su principal objetivo era corregir la gestión confiada en los seis aspectos puntuales que estaban afectados en el manejo de los recursos de salud y la obligación impuesta por la entidad demandada se realizó en ejercicio de sus facultades de inspección, vigilancia y control y en virtud del contrato celebrado por el CONSORCIO con el Ministerio de la Protección Social.

Que entonces se advierte que la infracción imputada al CONSORCIO y que motivó la imposición de la sanción no puede calificarse de inexistente por el simple hecho de que no se disponga taxativamente dicha obligación.

Consideró que la sanción impuesta por el hecho de no haber presentado el Plan de Mejoramiento es la consecuencia directa de las diferentes inconsistencias descritas en el Acta Final de visita que



no fueron desvirtuadas por el consorcio al contestar el informe y al rendir los descargos, por lo que no puede concluirse que la Superintendencia haya sancionado una conducta diferente de la que imputó, pues la ausencia del Plan de Mejoramiento significó que las inconsistencias no fueran subsanadas como parte del manejo eficiente y oportuno de los recursos de la salud.

Que en el expediente consta que el consorcio tuvo la oportunidad de controvertir las inconsistencias al recibir la copia del Informe Final de visita, al presentar los descargos y al interponer los recursos de reposición y apelación contra la Resolución que impuso la sanción.

Concluyó que, en consecuencia, el cargo no prospera.

**SEGUNDO CARGO:** Violación del debido proceso, expedición irregular de los actos, falta de motivación y violación del principio



de proporcionalidad de la sanción y de la causal atenuante de responsabilidad.

Advirtió que en el proceso no existe prueba que permita establecer que la Superintendencia le haya negado a la parte actora el acceso al expediente que contenía la actuación y, por el contrario, está demostrado que el Informe Preliminar de Visita, el Informe Final, el Auto de Apertura de la Investigación y Formulación de Cargos fueron puestos en conocimiento del CONSORCIO, lo cual garantizó su derecho de defensa y el debido proceso; que las diferentes pruebas fueron incorporadas al expediente y a partir de ese momento quedaron a disposición del interesado para que pudiera controvertirlas en las siguientes etapas de la actuación.

Consideró que al margen de que la respuesta del Ministerio de la Protección Social haya llegado el día que vencía el plazo para la radicación de los descargos, la prueba solicitada mediante el oficio de 4 de enero de 2011 no tiene el carácter de trascendental y



definitivo que le atribuyó la parte actora en la demanda, pues la información reportada por el Director de Financiamiento de la Cartera de Protección Social, al responder dicho oficio, estaba relacionada con una certificación sobre la única inconsistencia que el CONSORCIO admitió desde las etapas iniciales de la actuación e incluso atendió parcialmente en las tres versiones del Programa de Mejoramiento que extemporáneamente presentó ante la Superintendencia de Salud, como era el aspecto correspondiente al término para resolver las reclamaciones de ECAT.

Advirtió que no es cierto que la entidad haya omitido la motivación requerida para la tasación de la multa impuesta como sanción, porque si bien las consideraciones hechas para sustentar el valor de la multa no fueron extensas ni detalladas, puede observarse que la entidad incluyó un acápite específico sobre los criterios para la dosificación de la sanción y, no existía la posibilidad de aplicar alguna circunstancia atenuante de responsabilidad, pues está claro que el Consorcio FIDUFOSYGA no presentó completo ni



oportunamente el Plan de Mejoramiento exigido por el organismo de control.

Que entonces, este cargo tampoco prospera.

**TERCER CARGO:** Violación de norma superior y desconocimiento del derecho de audiencia y defensa por cuanto solo se presentó Plan de Mejoramiento respecto del único hallazgo que lo ameritaba y adicionalmente la entidad contaba con la información del FOSYGA.

Reiteró que en el Informe Final de visita, la demandada ordenó al CONSORCIO la presentación del Plan de Mejoramiento respecto de seis inconsistencias detectadas durante la inspección, que por lo tanto la radicación de un plan sobre una sola de las seis inconsistencias no puede acreditar el cumplimiento de la orden impartida por la entidad, pues es claro que la subsanación de las distintas anomalías exigía acciones concretas frente a todas las irregularidades que afectaban la administración de los recursos.



Precisó que el hecho de que la Superintendencia contara con toda la información del manejo del Fondo de Solidaridad y Garantía, no descarta el ejercicio de la función de inspección y control sobre las diferentes actividades del administrador de los recursos destinados a salud y, en este caso, la actuación demostró que había información inconsistente y que muchas gestiones fueron llevadas a cabo después de la iniciación de la investigación, como por ejemplo los requerimientos a las Cajas de Compensación dentro del proceso de control de sus aportes a la subcuenta de solidaridad.

Que, por lo anterior, este último cargo tampoco prospera.

#### **IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.**

La parte demandante solicita la revocatoria del fallo; que se acceda a las pretensiones de nulidad de la demanda y se proceda al restablecimiento del derecho.



La actora formula sus motivos de inconformidad refiriéndose textualmente a los siete cargos que presentó en la demanda, sobre los cuales, frente a la sentencia apelada observó:

1. Manifiesta su inconformidad porque el Tribunal estima que *“los autos de apertura de investigación y el que contiene el pliego de cargos, constituyen dos pronunciamientos de la Administración completamente autónomos”* y que por ello la demandada podía imponer sanción por la *“no adopción del plan de mejoramiento”*.

Que la Resolución núm. 1212 de 2007, expedida por la Supersalud, le asignaba en su artículo 40 las sanciones administrativas institucionales que, en su momento, podía imponer la entidad accionada, y disponía que estarían sujetas a las sanciones previstas en el artículo 211 del Estatuto Orgánico del Estatuto Financiero.

2. Señala que contrario a lo expresado por el Tribunal, existe grave incongruencia, debido a que la conducta desplegada, no fue



adecuada desde el inicio del trámite, para que el administrado encuentre la posibilidad real y jurídica de ejercer en forma coherente el ejercicio de sus prerrogativas, porque el debido proceso no entra a operar una vez expedido el acto definitivo; que entonces demostró inequívocamente la expedición irregular de los actos acusados y su falsa motivación por la falta de claridad en la imputación de los cargos, limitándose la entidad a afirmar que siempre observó las garantías del debido proceso.

3. Que el Tribunal se apartó del sentido genuino de las disposiciones normativas de los artículos 1º y 5º del Decreto 1281 de 2002 y numeral 2 y párrafo del artículo 7º del Decreto 1283 de 1996, y optó por efectuar una interpretación amplia que es ilegítima, puesto que propicia la imposición de sanciones en el marco de una responsabilidad objetiva sin posibilidad de que el administrado conozca de antemano en el procedimiento sancionatorio las razones por las cuales se le endilga la sanción, máxime si se tiene en cuenta que el mismo Tribunal admitió que las



disposiciones citadas no hacen referencia a la obligación de presentar un Plan de Mejoramiento.

4. Que pese a las irregularidades que se presentaron con los hallazgos, a tal punto que dentro del mismo acto administrativo sancionatorio se incluyeron nuevas acusaciones y pruebas, muchas de ellas posteriores a los hechos examinados por la entidad demandada el 20 de agosto de 2010, sin tener en cuenta que el Informe Final de visita marcaba la pauta para el devenir defensivo y probatorio, la sentencia de primera instancia, nada dijo sobre el particular, ni profundizó sobre las irregularidades señaladas.

#### **V. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, en la oportunidad procesal de alegatos de conclusión, guardó silencio.



## **VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

Una vez examinada la sustentación que plantea la parte recurrente en su apelación, la Sala estima que su inconformidad contra lo expresado por el Tribunal se centra en los siguientes aspectos:

. La no presentación del Plan de Mejoramiento que fue la conducta sancionada no se encuentra tipificada como infracción legal; los actos estuvieron falsamente motivados porque la sanción final reside en la no formulación del Plan de Mejoramiento para corregir los hallazgos determinados en la visita y no por éstos.

. Los hallazgos que se encontraron en el Informe Final de visita no son los mismos que se presentaron en el Auto de Apertura ni por los cuales se le sancionó.

. Por lo anterior, en la expedición de los actos acusados no se respetó el debido proceso ni los principios de defensa y



contradicción, porque además no tuvo oportunidad de conocer las pruebas.

. La sanción impuesta por la Administración, como lo expresó en la demanda, no fue proporcional y no se explicó la razón de su cuantía.

Ahora bien, a efectos de analizar las inconformidades reseñadas se hace necesario revisar los actos acusados y sus antecedentes, así:

**1-**. Mediante los Autos núms. 008894, 008911 y 8923 de 2010, la Superintendente Delegada ordenó realizar visita al Consorcio FIDUFOSYGA 2005.

**2-**. El Informe Final de visita fue remitido el 20 de agosto de 2010 con oficio NURC 2-2010-08481<sup>5</sup>, mediante el cual se solicitó al Consorcio dar respuesta a lo solicitado y remitir Plan de

---

<sup>5</sup> Folios 1040 y 1041 del Cuaderno anexo núm. 2.



Mejoramiento de cada uno de los hallazgos que presentaron debilidades en los procesos.

En dicho Informe Final de Visita<sup>6</sup> la entidad hace observaciones o hallazgos y los explica en los siguientes términos:

i) Subcuenta de Solidaridad: El CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 no dio respuesta frente a la observación de no existir un control efectivo sobre la totalidad de las Cajas de Compensación que deben realizar la consignación de aportes parafiscales al FOSYGA, porque no presentó el inventario general de las que deben realizarlo.

ii) Subcuenta de ECAT<sup>7</sup>: Las reclamaciones pagadas a algunas IPS no eran objeto de cobertura por parte de dicha subcuenta, toda vez que los servicios de salud prestados no están considerados dentro

---

<sup>6</sup> Folios 1042 a 1094 *ídem*.

<sup>7</sup> Subcuenta para eventos catastróficos y accidentes de tránsito.



de las brigadas de salud; observa la entidad que no se han realizado las devoluciones.

iii) Subcuenta de ECAT: Observa la Superintendencia que el Consorcio no desvirtuó que no está dando cumplimiento a lo establecido en el numeral 6 del contrato de Encargo Fiduciario, toda vez que no está objetando o pagando las reclamaciones presentadas antes del tiempo estipulado; según se evidencia en la prueba tomada se demora hasta 162 días en glosar las cuentas.

iv) Subcuenta de ECAT: El consorcio no está dando cumplimiento a lo ordenado por el Ministerio de la Protección Social en cuanto no ha adoptado los mecanismos necesarios para ubicar a los beneficiarios que no se han presentado a reclamar sus pagos.

v) Medicamentos NO POS y fallos de tutela: observa que de la información de paquetes pagados del año 2009 se obtuvieron 18 registros de recobros con estado aprobado con valor negativo o cero, por lo que se debe aclarar y realizar una depuración a la base



de datos completa para identificar inconsistencias y subsanarles; aclarar inconsistencias en tipos y números de identificación de unos cobros y de cifras pendientes.

vi) Partidas pendientes de legalizar por conciliaciones bancarias y gestiones pendientes para llevar a cabo la depuración.

Por lo anteriormente expuesto, la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud, en el Informe Final de visita, impuso al Consorcio:

*"... dar respuesta a lo solicitado y **remitir PLAN DE MEJORAMIENTO para verificar el cumplimiento de cada uno de los hallazgos** que no se aclararon o en los cuales se presentaron debilidades en los procesos como lo son: **Control de Cajas de Compensación que deben realizar los aportes a la Subcuenta de Solidaridad, Restitución de valores pagados erradamente por brigadas de salud, término para aprobar o negar reclamaciones ECAT, depuración de acreedores varios de ECAT personas jurídicas y naturales, Depuración de base de datos de cobros con valores inconsistentes y cifras pendientes de aclaración y ajuste de los estados financieros** (Resalta y subraya fuera de texto), lo cual debe contener:*

*CLASE DE OBSERVACIÓN: Se determina si la observación o hallazgo establecido por la Superintendencia Nacional de Salud, es de naturaleza: Administrativa, Contable, Presupuestal o Contractual.*



*DESCRIPCIÓN OBSERVACIÓN FORMULADA POR LA SUPERINTENDENCIA ... .*

*ACCIONES DE MEJORAMIENTO: son las medidas correctivas que adopta la entidad para que las deficiencias detectadas se subsanen y mejoren.*

*RESPONSABLE DEL MEJORAMIENTO: ... .*

*TIEMPO PROGRAMADO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACCIONES DE MEJORAMIENTO: A partir de la fecha de suscripción del Plan, se definirá cuánto tiempo necesita la entidad para desarrollar las acciones de mejoramiento.*

*MECANISMOS DE SEGUIMIENTO INTERNO: ... .*

*RESPONSABLES DEL SEGUIMIENTO POR PARTE DE LA ENTIDAD: ... .*

*INDICADOR DE ACCIONES DE CUMPLIMIENTO:*

*OBSERVACIONES: ... .*

*Para la ejecución del Plan, es indispensable el visto bueno por parte de esta Superintendencia, por lo tanto con el fin de atender este requerimiento se le **concede un plazo de veinte (20) días contados a partir de la fecha de recibo del informe.** (Resalta la Sala)*

*Así mismo, una vez aprobado el Plan, la entidad debe enviar a este organismo de control con una periodicidad mensual, un informe que contenga el avance en el cumplimiento del citado Plan, con el propósito de adelantar el seguimiento respectivo”.*



**3-** La Superintendente Delegada expidió el Auto de Apertura de Investigación núm. 00220 de 1o. de junio de 2011<sup>8</sup>, es decir, casi 10 meses después del plazo concedido al CONSORCIO para la presentación del Plan de Mejoramiento sobre cada hallazgo explicado en el Informe Final.

Mediante este Auto, se abrió investigación y se formuló el siguiente cargo:

“CARGO UNICO: EL CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, presuntamente incumplió lo establecido en los artículos 1 y 5 del Decreto 1281 de 2002 y el numeral 2° y párrafo del artículo 7° del Decreto 1283 de 1996, toda vez que presuntamente incumplió las órdenes impartidas por la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para el Sector Salud, **al no presentar el Plan de Mejoramiento frente a los cinco (5) hallazgos establecidos en el informe final remitido el 20 de agosto de 2010**, con NURC 2-2010-084881, para superar las inconsistencias encontradas en la visita y **reiterado mediante oficio NURC 2-2011-016628 del 25 de marzo de 2011**.

La no presentación del Plan de mejoramiento por parte del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, afecta el desarrollo e implementación de los establecido en los Decretos 1283 de 1996, en cuanto al manejo y administración de la SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD y 3990 de 2007, respecto al manejo y administración de la SUBCUENTA DE ECAT, obstaculizando de esta forma las

---

<sup>8</sup> Folios 113 a 123 del cuaderno núm. 1.



funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de salud.” (Negrilla y Subraya fuera de texto)

El Auto transcrito ordenó la práctica de unas pruebas.

No observa la Sala que el Auto de Apertura de Investigación que se notificó por comunicación a cada una de las Fiduciarias<sup>9</sup>, contenga hechos o hallazgos diferentes a los que informó al CONSORCIO en el Informe Final de Visita, como lo afirma la actora, para argumentar la violación del debido proceso y del derecho de contradicción.

Precisamente, este acto presenta un cuadro comparativo entre lo expresado sobre cada hallazgo en el Informe Final de visita y lo expuesto en el Auto de Apertura siendo éste último un poco más explicativo, circunstancia que, contrario a lo expresado por la parte actora, no altera los hechos presuntamente irregulares, por la circunstancia de que el Auto de Apertura sea más concreto, por

---

<sup>9</sup> Folios 133 a 140 del cuaderno núm. 1.



ejemplo, para el primer hallazgo "*Control de las Cajas de Compensación que debe realizar los aportes a la Subcuenta de Solidaridad*", el Informe Final de visita, en resumen señala que no existe control efectivo sobre la totalidad de las Cajas que deben hacer aportes parafiscales al FOSYGA, porque no hay un inventario final y el Auto de apertura señala que le corresponde al CONSORCIO verificar el recaudo efectivo de cada una de las fuentes de financiación de la Subcuenta de Solidaridad, incluidas las Cajas de Compensación Familiar y agrega que está pendiente por parte del CONSORCIO la revisión y validación de la información reportada por las Cajas de Compensación Familiar de Chocó y Comfacor de Córdoba para la autorización del pago a las Cajas de Compensación Familiar por resultados deficitarios.

Como bien lo explicó el a quo, lo que se observa de la lectura de los actos, es que existe una adecuada correspondencia entre el Informe Final de visita y el Auto de Apertura de Investigación; el hecho de que este último acto hubiera ampliado los argumentos del



Informe Final y precisado las inconsistencias no implica que los procesos que se encontraron deficientes y los hallazgos se hubieran cambiado.

Lo cierto es que no se presentó el Plan de Mejoramiento solicitado en el Informe Final de Visita y el Auto de Apertura de Investigación hizo más específico el hallazgo; a juicio de la Sala éste acto dio más elementos de juicio a tener en cuenta en el Plan de Mejoramiento que el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 debía presentar, siempre teniendo el proceso y el hallazgo encontrado en la visita final, mas no sobre otros nuevos que no se consideraron como deficientes.

En respuesta al Auto de Apertura el apoderado del CONSORCIO, mediante comunicación de 22 de julio de 2011<sup>10</sup>, expone, entre otras, que lo relacionado con las brigadas de salud es un asunto de la relación contractual con el Ministerio de la Protección Social, que presentó el Plan de Mejoramiento “exclusivamente” para el hallazgo

---

<sup>10</sup> Folios 152 a 181 *idem*.



relacionado con el término para aprobar o negar reclamaciones ECAT y que los demás hallazgos estaban superados; que la Superintendencia le exigió el 4 de enero de 2011 presentar un Plan de Mejoramiento que relacionara todos los asuntos indicados en el Informe Final de Visita incluyendo lo relacionado con las reclamaciones ECAT; que el 19 de enero siguiente le reiteró a la Superintendencia que lo concerniente con Brigadas de Salud era un asunto contractual con el Ministerio, que los otros hallazgos ya habían sido superados con argumentos y las pruebas que lo sustentan y que presentó un nuevo Plan de Mejoramiento sobre las reclamaciones ECAT; que las normas invocadas como violadas no tienen relación con el Plan de Mejoramiento.

De lo anterior, se deduce con claridad que el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 fue renuente a presentar los Planes de Mejoramiento solicitados, con los cuales la Superintendencia Nacional de Salud pretendía mejorar los procesos y evitar falencias



futuras, además el Plan que presentó relacionado con las reclamaciones ECAT no fue aprobado por la entidad.

#### **4.- Los actos acusados:**

- **Resolución núm. 003088 de 3 de noviembre de 2011, "Por medio del cual se resuelve una actuación administrativa al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005"**, expedida por la Superintendente Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud.

En resumen, en lo pertinente, este acto, una vez expone los antecedentes que dieron lugar al Auto de Apertura, considera:

El Auto de apertura tiene como hecho la no presentación del Plan de Mejoramiento frente a los cinco hallazgos que el CONSORCIO consideró superados el cual se debe presentar en el contexto del hallazgo y si se consideraban superados se debió acreditar y soportar para terminar el proceso; que si bien el CONSORCIO



presentó una propuesta de Plan de Mejoramiento, no contiene los requerimientos exigidos ni las acciones a seguir para mejorar los hallazgos de la visita.

Las pruebas se decretaron de oficio en el Auto de Apertura y fueron conocidas en el acto de notificación por comunicación y el expediente estuvo a disposición del CONSORCIO durante 30 días hábiles y un día antes del término para presentación de descargos se presentó el Gerente del CONSORCIO a conocer el expediente, luego no puede decirse que no se le permitió controvertir las pruebas.

Las normas mencionadas como violadas, contrario a lo expresado por el CONSORCIO, sí tienen relación con los Planes de Mejoramiento solicitados, pues la entidad buscaba implementar acciones de mejora y se incumplieron las instrucciones de la Superintendencia, que como organismo de control tiene funciones de inspección, vigilancia y control; que el Plan presentado nunca



fue aprobado por la Superintendencia porque no incluyó las acciones correctivas, sino que el CONSORCIO consideró que ya estaban superados, incumpliendo sus instrucciones y que, solo con la presentación de los descargos **se anexó un Plan de Mejoramiento que en la realidad no se podía hacer efectivo toda vez que el plazo de ejecución del contrato de Encargo Fiduciario 242 de 2005 con el Ministerio de la Protección Social terminó el 30 de septiembre de 2011** y en ese momento se encontraba en etapa de liquidación.

En resumen, este Acto sancionatorio expresó con fundamento en los hallazgos señalados en el Informe Final de Visita, en la interventoría del contrato y el Ministerio de la Protección Social que: no se tiene certeza sobre los valores a recaudar y se evidenciaron cuentas por pagar al FOSYGA por parte de las Cajas de Compensación, que son recursos que corresponden a la Subcuenta de Solidaridad y al Sistema General de Seguridad Social en Salud; la exigencia de la Superintendencia frente a la depuración



de Acreedores varios de ECAT ha demostrado pocos logros según lo afirma el Ministerio de Protección Social y frente a los hallazgos; no hay resultados de procesos o procedimientos adelantados a fin de corregir o depurar posibles inconsistencias en la información contenida en la Base de Datos administrada por el CONSORCIO; el hallazgo sobre cifras pendientes de aclaración y ajuste de los Estados Financieros no se ha superado.

Aclara que si bien **las acciones pudieron ser realizadas con el concurso de otras entidades, ello pudo incluirse en el Plan de Mejoramiento** y simplemente el CONSORCIO resolvió no presentarlo, pese a que se le requirió en dos oportunidades

**El Plan de Mejoramiento que presentó el CONSORCIO para aprobar o negar reclamaciones ECAT, no garantiza superar el hallazgo** y, de otra parte, el Ministerio de la Protección Social dio concepto no favorable; la propuesta que presentó con los descargos



es imposible de cumplir porque la ejecución del contrato venció el 30 de septiembre de 2011.

Respecto a la restitución de recursos por concepto de brigadas de salud, el tema debe ser aclarado con el Ministerio de la Protección Social por tratarse de un asunto de la órbita contractual y **se solicitó un informe que nunca se recibió.**

Finalmente en este acto argumenta la Superintendencia que la presentación del Plan de Mejoramiento con el oficio de descargos, no puede verse como la acción para atenuar la conducta, pues lo que se buscaba era implementar y realizar las acciones de mejora en los procesos que evidenciaron dificultades y debilidades en el trámite administrativo y de la información relativa al manejo de los recursos del FOSYGA antes de la finalización del Contrato 242 de 2005, por lo que se violaron las normas señaladas, pues la no presentación de los Planes de Mejoramiento afectó el desarrollo e implementación en cuanto al manejo y administración de las



subcuentas de FOSYGA, obstaculizando las funciones de inspección, control y vigilancia de la entidad.

En cuanto a los criterios para la dosificación de la sanción, el acto sancionatorio, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Resolución núm. 1212 de 2007, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, sostuvo:

#### **“CRITERIOS PARA LA DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN.**

Dentro de los criterios de evaluación de la docimetría de la sanción que se impone, **se tendrá en cuenta la gravedad del hecho, por ser causante del quebrantamiento del orden público, pues la sanción no es un fin en sí misma, sino un medio utilizado por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD para prevenir nuevos hechos que puedan perturbar en mayor medida el bien jurídico protegido cual es el derecho a la Seguridad Social en Salud**, y el restablecimiento del equilibrio perdido con su actuar al no presentar los descargos al Auto en mención. (Resalta la Sala fuera de texto)

Por esa razón, debe considerarse la clasificación de las faltas y graduación de las sanciones aplicables, donde se fija la clase y magnitud de éstas **con arreglo a criterios de agravación o atenuación**, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe de acuerdo acerca del perjuicio o daño que ocasione la conducta del implicado, al Sistema General de Seguridad Social en Salud por violación a la normatividad vigente, o a esta Superintendencia por incumplimiento a las instrucciones u órdenes impartidas. (Resalta la Sala fuera de texto)



Por lo anterior y según lo dispuesto en el artículo 11 de la resolución 1212 de 2007, expedida por esta Superintendencia, se tendrán en cuenta para graduar la sanción los siguientes criterios:

a. La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la Superintendencia Nacional de Salud;

... .

**g. La renuencia o desacato a cumplir con las órdenes impartidas por la Superintendencia nacional de Salud;**  
(Resaltó el acto acusado)

... .

i. El reconocimiento o aceptación expresas que haga el investigado sobre la comisión de la infracción antes de la imposición de la sanción a que hubiere lugar y voluntad de enmendarla.

Una vez analizados los hechos y pruebas, así como la aplicación de los criterios para la dosificación, la Superintendencia Delegada encuentra que en la conducta desplegada por el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, hubo **renuencia o desacato a cumplir con las órdenes impartidas por la Superintendencia Nacional de Salud**, a presentar propuesta de Plan de Mejoramiento insistiendo que solo aplicaba acciones de mejora para un hallazgo y los demás los consideraba superados, por lo que la no puesta en marcha de las acciones correctivas y de mejora afecta los procesos Consorcio FIDUFOSYGA 2005, Administrador de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, pero igualmente en el escrito de descargos observa la aceptación del Consorcio de no haber presentado acciones a los hallazgos y la voluntad de enmendarlos".  
(Resalta el acto acusado)

De manera que el acto acusado observó, tanto las circunstancias agravantes como atenuantes; dentro de las agravantes tuvo en cuenta el bien jurídico protegido – recursos del Sistema General de



Seguridad Social en Salud, la renuencia o desacato a cumplir con las órdenes impartidas por la entidad a presentar propuesta de Plan de Mejoramiento insistiendo en que solo aplicaba acciones de mejora para un hallazgo y los demás los consideraba superados, pero igualmente tuvo en cuenta la atenuante la aceptación del CONSORCIO de no haber presentado acciones a los hallazgos y la voluntad de enmendarlos.

- **Resolución núm. 001105 de 7 de mayo de 2012**<sup>11</sup>, por medio del cual se confirma el acto anterior, en respuesta al recurso de reposición, expedida por la Superintendente Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud.

En este acto la Superintendencia presenta en un cuadro los hallazgos encontrados en el informe Final de Visita, los expuestos en el Auto de Apertura de Investigación y un análisis comparativo para demostrar que los procesos irregulares y los hallazgos son los

---

<sup>11</sup> Folios 21 a 41 del cuaderno núm. 1.



mismos que describió inicialmente y son los mismos por los cuales sanciona a la entidad.

Observa la Sala que este acto no presenta diferentes procesos a los que inicialmente se le encontraron hallazgos y sobre los cuales se solicitó un Plan de Mejoramiento.

- Resolución núm. 000817 de 14 de mayo de 2013, por medio de la cual se confirma el acto sancionatorio en respuesta al recurso de apelación, expedida por el Superintendente Nacional de Salud.

Considera este acto que no hará pronunciamiento sobre el escrito radicado por el CONSORCIO FIDUCIARIO el 13 de junio de 2012 por ser extemporáneo.

**Normas que la Superintendencia consideró violadas por parte del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 y que contienen los criterios para dosificación de la sanción:**



. **Decreto Ley 1281 de 19 de junio de 2002**, *“Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”*.

**“Artículo 1º. Eficiencia y oportunidad en el manejo de los recursos.** Para efectos del presente decreto, se entenderá por eficiencia, la mejor utilización social y económica de los recursos financieros disponibles para que los beneficios que se garantizan con los recursos del Sector Salud de que trata el presente decreto, se presten en forma adecuada y oportuna.

La oportunidad hace referencia a los términos dentro de los cuales cada una de las entidades, instituciones y personas, que intervienen en la generación, el recaudo, presupuestación, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos, deberán cumplir sus obligaciones, en forma tal que no se afecte el derecho de ninguno de los actores a recibir el pronto pago de los servicios a su cargo y fundamentalmente a que se garantice el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población del país.

... .

**Artículo 5º. Sistema Integral de Información del Sector Salud.** Quienes administren recursos del sector salud, y quienes manejen información sobre la población incluyendo los regímenes especiales o de excepción del Sistema General de Seguridad Social en Salud, harán parte del Sistema Integral de Información del Sector Salud para el control de la afiliación, del estado de salud de la población y de los recursos y responderán por su reporte oportuno,



confiable y efectivo de conformidad con las disposiciones legales y los requerimientos del Ministerio de Salud.

**Corresponde** al Ministerio de Salud definir las características del Sistema de Información necesarias para el adecuado control y gestión de los recursos del sector salud y **a la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con tales definiciones, impartir las instrucciones de carácter particular o general que resulten necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control.**

Cuando el incumplimiento de los deberes de información no imposibilite el giro o pago de los recursos, se debe garantizar su flujo para la financiación de la prestación efectiva de los servicios de salud. **En todo caso, procederá la imposición de las sanciones a que haya lugar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud** y las demás acciones de carácter administrativo, disciplinario o fiscal que correspondan". (Resalta la Sala en esta oportunidad).

. **Decreto 1283 de 23 de julio de 1996, "Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud".**

**"Artículo 7º.** Encargo fiduciario. En los contratos de encargo fiduciario que se celebren, se deberán incluir, adicional a las obligaciones propias requeridas para el manejo de cada una de las subcuentas y a las comunes a este tipo de negocio, entre otras las siguientes obligaciones a cargo de la entidad fiduciaria:

... .



2. Reportar cualquier anomalía o inconsistencia en el recaudo, a la Dirección General de Gestión Financiera del Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud.

... .

**Parágrafo.** El sistema de información es de propiedad exclusiva del Ministerio de Salud y estará, en cualquier momento, a disposición de la Superintendencia Nacional de Salud o de cualquier otro organismo de control y vigilancia que así lo requiera.

El Fosyga recopilará la información a que se refiere el presente decreto, con base en los datos que le suministren las entidades promotoras de salud y demás instituciones que hacen parte del sistema de salud, de conformidad con los requerimientos del Ministerio de Salud”.

**. Resolución núm. 1212 de 27 de julio de 2007,** *“Por medio de la cual se señalan los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias”.*

Artículo 11. *Criterios para graduar la sanción.* Conforme lo dispone el numeral 2 del artículo 45 de la Ley 795 de 2003<sup>12</sup>, las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo los siguientes criterios, en cuanto resulten aplicables:

---

<sup>12</sup> LEY 795 DE 14 de enero de 2003, *“Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”.*



- a) La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la Superintendencia Nacional de Salud;
- b) El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros, ...;
- c) La reincidencia en la comisión de la infracción;
- d) La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión de la Superintendencia Nacional de Salud;
- e) La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción, o cuando se utiliza persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos;
- f) El grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes;
- g) La renuencia o desacato a cumplir con las órdenes impartidas por la Superintendencia Nacional de Salud;
- h) El ejercicio de actividades o el desempeño de cargos sin que se hubieren posesionado ante la Superintendencia Nacional de Salud cuando la ley así lo exija;
- i) El reconocimiento o aceptación expresas que haga el investigado sobre la comisión de la infracción antes de la imposición de la sanción a que hubiere lugar”.

De lo que ha quedado reseñado la Sala colige lo siguiente:

Conforme lo precisó el a quo, las conductas constitutivas de falta administrativa, no siempre están previstas en el mismo instrumento



normativo sino que es necesario acudir a diferentes disposiciones, al igual que ocurre con las sanciones.

En este caso, la actuación de la Superintendencia se ciñó a las competencias dadas por Ley 1122 de 2007, por medio de la cual se creó el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en cuyo artículo 40, literal a), le otorgó funciones de inspección, vigilancia y control sobre el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-.

De conformidad con el artículo 35, literal c) de la mencionada Ley, la facultad de control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para **ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular** (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal, bien sea por acción u omisión.



Para comprender, con mayor precisión, el asunto de la legalidad y tipicidad de la potestad sancionatoria administrativa, la Sala prohíja la sentencia de 7 de mayo de 2014 proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación (Expediente núm. 2008-00199-01 (19795), Consejera ponente doctora Martha Teresa Briceño de Valencia), en la cual hace referencia a la Sentencia C-860 de 2006 de la Corte Constitucional, que aludió a la exequibilidad del numeral b) del artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

Lo anterior, porque el artículo 40 de la Resolución núm. 1212 de 2007 *“Por medio de la cual se señalan los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias”* para esos efectos, remite al artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> El Artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone:

1. Régimen general. Están sujetas a las sanciones previstas en el presente Estatuto, las instituciones sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria cuando:



En lo pertinente dice la mencionada sentencia:

“... En sentencia C-860 de 2006, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “*o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones*”, **contenida en literal b) del artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003 y cuyo contenido es similar al del literal c) ibídem**, norma ésta con base en la cual la demandada sancionó al Banco, como se precisó. (Resalta la Sala en esta oportunidad).

En dicho fallo, la Corte precisó que **la Superintendencia Financiera tiene potestad sancionatoria por el desconocimiento de actos administrativos expedidos con fundamento en las facultades de inspección, vigilancia y control que la ley otorga a dicha entidad.**

---

a) Incumplan los deberes o las obligaciones que la ley les impone;

b) Ejecuten o autoricen actos que resulten violatorios de la ley, de los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales, o de normas **o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones;**

**c) Incumplan las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus atribuciones, cuando dicho incumplimiento constituya infracción a la ley;**

Lo anterior sin perjuicio de las demás acciones o sanciones a que haya lugar.

(Resalta la sala en esta oportunidad)



Al respecto, la Corte sostuvo lo siguiente:

“[...]

[...] la Corte considera que la facultad de que dispone la mencionada autoridad administrativa para sancionar a las entidades vigiladas, así como a sus directivos, por violar las normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones, es decir, por desconocer los actos administrativos de contenido general o particular proferidos por ésta, que son simplemente normas mediante las cuales se precisan algunos aspectos técnicos de la norma de rango legal, no desconoce el sometimiento de los particulares a ley, el principio de legalidad, la separación de poderes, ni tampoco permite una usurpación de las competencias del Congreso o del Presidente de la República en materia sancionatoria. Otro tanto sucede con los requerimientos, órdenes o instrucciones que dirija el órgano de control a la entidad vigilada, por cuanto se trata simplemente de medios para lograr el cumplimiento de la ley.

En esa medida el enunciado normativo demandado contiene una referencia al texto legal, porque cuando hace referencia a las normas o instrucciones expedidas por la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones, delimita la naturaleza de las órdenes o instrucciones porque ésta deben tener soporte en las competencias de la Superintendencia, competencias que no sobra decirlo son de origen legal. Por lo tanto la supuesta violación del principio de separación de poderes no tiene lugar porque la Superintendencia no puede crear tipos autónomos, pues en definitiva el ejercicio de sus potestades sancionatorias tiene como referente último las competencias legalmente atribuidas por el Legislador a la entidad estatal.

Así las cosas, acordarle a la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia, facultad para imponer sanciones administrativas personales o institucionales a las entidades sometidas a su vigilancia, debido a la ejecución de actos contrarios a las instrucciones previamente dadas por aquélla, bien sea que éstas se encuentren en actos administrativos de contenido general o particular, no vulnera los principios de

tipicidad y legalidad, por cuanto, se insiste, los elementos esenciales de la conducta reprochable, el procedimiento a seguir para aplicarla, al igual que la sanción, figuran en el cuerpo de una norma de rango legal. De tal suerte que el instructivo, resolución o circular externa se limitan a precisar algún aspecto técnico de la ley, competencia que se justifica constitucionalmente por las particularidades que ofrece el sector económico sometido a control y vigilancia. Así mismo, la instrucción o requerimiento particulares no estructura nuevos tipos disciplinarios.  
[...]

La ambigüedad señalada en el anterior pronunciamiento [se refiere a la expresión "*de alguna ley o reglamento*" del artículo 211 anterior a la sustitución por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003] ha sido superada por la redacción introducida por la Ley 795 de 2003. En efecto, los enunciados normativos actualmente vigentes hacen específica referencia a las normas o instrucciones expedidas por la Superintendencia en el ejercicio de sus atribuciones legales. Es decir, la potestad sancionatoria no se ejerce por la violación de cualquier acto administrativo, sino por el desconocimiento de aquellos que tienen fundamento en las facultades de inspección, vigilancia y control que la ley otorga a la entidad administrativa. No sobra advertir por otra [parte] que la actuación de la Superintendencia, como en general la de toda la Administración, está sujeta al principio de legalidad, y por lo tanto la expedición de normas e instrucciones debe sujetarse a las competencias conferidas por la ley a esta entidad.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible la expresión "o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones", de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003." (Subrayó la Sala en esa oportunidad)

De acuerdo con el fallo anterior, es constitucional que la Superintendencia Financiera imponga sanciones a los bancos, por violación de las instrucciones y órdenes que emita en cumplimiento de la ley, esto es, en cumplimiento de sus funciones de supervisión, inspección, vigilancia y control. ...".



De conformidad con lo expresado y con lo expuesto por la Corte Constitucional y por esta Corporación, es constitucional que la Superintendencia Nacional de Salud imponga sanciones a sus vigilados, por violación de las instrucciones y órdenes que emita en cumplimiento de la ley, esto es, en cumplimiento de sus funciones de supervisión, inspección, vigilancia y control.

Es así como de conformidad con lo señalado por las disposiciones antes transcritas del Decreto Ley 1281 de 19 de junio de 2002, la Superintendencia Nacional de Salud en aras de garantizar la eficiencia del Sistema y la eficiencia y diligencia de quienes tienen a su cargo el manejo de sus recursos que son públicos, practicó unas visitas al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 sobre las cuales rindió un Informe Final, en el cual exigió que se le presentara un Plan de Mejoramiento sobre cada uno de los procesos enunciados por cuanto se encontraron unos hallazgos o irregularidades y le dio un plazo en el cual no se cumplió lo requerido, entre otras, porque el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 consideró que no era necesario



pues los hallazgos estaban superados; fue renuente a presentarlos después de tres requerimientos y cuando lo hizo fue extemporánea su presentación, pues la investigación ya estaba abierta por desacato a la orden impartida; además, el Contrato de Encargo Fiduciario estaba por finalizar.

Contrario a lo expresado por la parte actora, lo que se denota en este caso es que la obligación de presentar un Plan de Mejoramiento de los procesos con falencias, iba más allá de superar los hallazgos, pues se requería evitar que las falencias e irregularidades de los procesos, en aras de la eficiencia del sistema, continuaran ocurriendo a futuro y por ello desde el Informe Final de visita que conoció el CONSORCIO el 20 de agosto de 2010 se exigió que los Planes de Mejoramiento cumplieran con unos requisitos, verbigracia se fijaran todas las actividades a realizar dentro de cada proceso, tuvieran un responsable de su cumplimiento; y si bien algunas actividades requerían el concurso del Ministerio de salud, ello pudo incluirse en el Plan de Mejoramiento.



No se advierte que la Superintendencia hubiera tan siquiera dificultado el conocimiento o revisión de las pruebas, ni que no le hubiera permitido a la actora ejercer sus derechos de defensa y contradicción, pues lo que se observa de la respuesta a cada acto de trámite o definitivo que expidió aquélla, es que el CONSORCIO tuvo la oportunidad de controvertirlas, obtener respuesta de la entidad y finalmente interponer los recursos de la vía gubernativa, los cuales fueron resueltos.

No advierte la Sala tampoco que durante el proceso administrativo los hallazgos se hubieran superado; lo cierto es que la obligación exigida era que el CONSORCIO presentara Planes de Mejoramiento respecto de los procesos encontrados con falencias durante las visitas y ante su incumplimiento la entidad, de conformidad con las disposiciones transcritas, impuso una sanción.



Ahora bien, en cuanto a la dosificación de la sanción, que consistió en una multa por la suma de 625 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), se tiene lo siguiente:

La Resolución núm. 1212 de 27 de julio de 2007, en su artículo 11 señaló criterios para graduar la sanción, remite al numeral 2 del artículo 45 de la Ley 795 de 2003 y lo transcribe en iguales términos. La sanción impuesta es la señalada en el literal g): ***“La renuencia o desacato a cumplir con las órdenes impartidas por la Superintendencia Nacional de Salud”***, en este caso a presentar propuesta de Plan de Mejoramiento, considerando que la no puesta en marcha de las acciones correctivas y de mejora afecta los procesos del Consorcio FIDUFOSYGA 2005. La sanción se impuso para prevenir nuevos hechos que puedan perturbar el bien jurídico protegido, cual es el derecho a la Seguridad Social en Salud, por incumplimiento de las órdenes impartidas.



Ahora bien, las sanciones pecuniarias deben ser graduadas según la gravedad de la infracción y también, como instrumento concreto contiene un sustento preventivo de aquellos comportamientos que se muestran vulneradores o amenazadores del orden económico y social. En este caso, como lo consideró la Superintendencia Nacional de Salud, el bien jurídico protegido fue vulnerado por las irregularidades que detectó en algunos procesos, que exigían medidas que iban más allá de corregir los hallazgos encontrados en cada uno, como lo era presentar un Plan de Mejoramiento para cada proceso deficiente con el fin de prevenir que a futuro no se diera la misma situación.

Por lo anterior, la Sala encuentra que la sanción, que consistió en la suma de \$368'437.500.00 se ajusta a la magnitud o alcance de los hechos, más aún teniendo en cuenta que el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, está conformado por las ocho entidades que presentaron la demanda, las que son reconocidas en el mercado fiduciario.



Por las razones expuestas en este proveído, la Sala confirmará el fallo apelado, en cuanto negó las pretensiones de la demanda de declarar la nulidad de los actos que impusieron una sanción de multa, como en efecto lo hará en la parte motiva de esta providencia.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.**

**F A L L A:**

**CONFIRMASE** la sentencia de 5 de marzo de 2015, proferida por la Sección Primera, Subsección "B", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.



Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**COPIÉSE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 2 de junio de 2016.

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS** **MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**  
**Presidente**

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

**GUILLERMO VARGAS AYALA**