

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB-SECCIÓN “A”

Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

EXPEDIENTE: 25000-23-24-000-2017-00885-00
DEMANDANTES: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTRO
DEMANDADOS: NACIÓN – MINISTERIO DE SAUD,
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y
OTROS

**MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E
INTERESES COLECTIVOS**

Asunto – Fallo de primera instancia

Corresponde a la Sala decidir el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos presentada por Jorge Enrique Robledo y José Roberto Acosta, contra la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud y la Agente Liquidadora de SALUDCOOP EPS en Liquidación, y estando vinculados al proceso la Superintendencia de Industria y Comercio, CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., PRESTNEWCO S.A.S., PRESTMED S.A.S., LAZARD COLOMBIA S.A.S., POSSE HERRERA & RUÍZ, PRICEWATERHOUSECOOPERS SERVICIOS LEGALES Y TRIBUTARIOS, PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA, PRICEWATERHOUSECOOPERS INFORMATION SERVICE LTDA., Y PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA., MEDIMAS E.P.S. S.A.S., Empresa Estudios e Inversiones Médicas – ESIMED S.A.

Concurren al proceso como coadyuvantes los señores William Arturo Vizcano Tovar, José Villamil (en representación de la Fundación de Usuarios del Sistema de Seguridad Social Colombiano – Tito Julio Chavarro en Liquidación -FUSISSCO – Veeduría Nacional de Salud) y Aníbal Rodríguez Guerrero.

Por otra parte, comparecen a la actuación en su calidad de autoridades en defensa de la protección de los derechos e intereses colectivos, la Procuraduría General de la Nación a través de su agencia especial y la Contraloría General de la República.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

En la demanda interpuesta por los actores populares en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, se promovieron las siguientes:

1.1. PRETENSIONES:

“PRIMERA: Que se protejan los derechos colectivos al acceso al servicio público de salud en condiciones de eficiencia y oportunidad, a los derechos de los usuarios del servicio de salud, al patrimonio público y a la moralidad administrativa que se encuentran actualmente amenazados y muy próximos a ser vulnerados si se perfecciona la venta de CAFESALUD en las condiciones actuales, sin realizar los ajustes necesarios para evitar la vulneración efectivas de los intereses colectivos referidos.

SEGUNDO: Que se ampare el derecho colectivo a la libre competencia económica, el cual fue vulnerado tras adelantar el proceso de enajenación con un Oferente Único Integral, y sin autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de integración empresarial.

TERCERO: Que como consecuencia de las pretensiones anteriores, se suspenda el procedimiento administrativo de enajenación de CAFESALUD, el cual no se ha perfeccionado (por cuanto hace falta que se surta la fase de cierre), hasta tanto se ajuste el procedimiento

de tal forma que se garanticen los derechos colectivos afectados cuya protección se demanda.

CUARTA: Que se ordene al MINISTERIO DE SALUD, en coordinación con la Superintendencia Nacional de Salud, adelantar las acciones necesarias para ajustar el procedimiento administrativo de enajenación, de tal manera que cesen las violaciones y amenazas a los derechos colectivos, y solo pueda reanudarse el proceso una vez se garanticen la participación de múltiples oferentes, que permita seleccionar al más adecuado atendiendo criterios de objetividad, idoneidad y experiencia.

QUINTA: Adoptar las demás medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.

1.2. HECHOS.

Señalaron los demandantes los hechos que se mencionan:

Mediante la Resolución No. 296 de 2010, la Superintendencia Nacional de Salud le ordenó a la EPS SALUDCOOP lo siguiente: i) restituirle al sistema de salud la liquidez utilizada por la EPS en la adquisición de activos y otras operaciones durante 2004-2008, la suma de \$318.250 millones; ii) atender con recursos diferentes a las contribuciones parafiscales los pagos que por amortizaciones, intereses y otros implique el pago del endeudamiento que por \$308.958 millones obtuvo la EPS; iii) abstenerse en lo sucesivo de consumir la liquidez generada por cualquier operación contable con los ingresos definidos como parafiscales; y iv) desmontar las operaciones de préstamos, donación, leasing e inversión que estuvieran financiadas con ingresos parafiscales.

La Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución No. 46111 de 2011 sancionó a 15 EPS y al gremio de las EPS del régimen contributivo por conformar un cartel para falsear la información del mercado para la salud y por inflar la Unidad de Pago por Capitación – UPC para así mismo aumentar sus ingresos. Entre las EPS sancionadas se encontraba SALUDCOOP EPS.

Mediante Resolución No. 00801 del mes de mayo de 2011, la Superintendencia Nacional de Salud intervino a SALUDCOOP EPS con el objeto de lograr el salvamento de la empresa y garantizar la adecuada prestación del servicio de

salud, intervención que sería por dos meses prorrogables. Mediante la Resolución No. 1644 de julio de 2011, la Superintendencia de Salud prorrogó por doce meses la toma de posición y la intervención forzosa administrativa.

En fallo de responsabilidad fiscal No. 1890 de 2013, la Contraloría General de la República determinó el desacato de SALUDCOOP por \$1.4 billones al sistema de salud. De la misma manera, la Procuraduría General de la Nación en el año 2014 halló disciplinariamente responsable a Carlos Palacino, gerente de SALUDCOOP EPS, y lo inhabilitó para ocupar cargos públicos, encontrándolo responsable del manejo indebido de los recursos del sistema de seguridad social en salud.

El 25 de noviembre de 2015, el Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud ordenaron la liquidación de SALUDCOOP EPS, decidiendo que los 4,6 millones de usuarios de la EPS pasen a la EPS CAFESALUD S.A. y que los contratos de SALUDCOOP con las IPS también se trasladen a CAFESALUD.

El 18 de noviembre de 2015 el Ministerio de Salud y el representante legal de CAFESALUD EPS S.A. firmaron un convenio de desempeño para fijar las condiciones de operación de la EPS, para que pudiera recibir \$200.000 millones de inversión de Bonos Opcionalmente Convertibles en Acciones – BOCAS, los cuales tienen un plazo de pago de 10 años.

El 30 de diciembre de 2016 el Agente Liquidador de SALUDCOOP EPS en liquidación, publicó el reglamento de la venta de CAFESALUD EPS S.A. Entre el 13 de enero de 2017 y el 11 de abril de 2017 se desarrolló el proceso de revisión del cuarto de datos de CAFESALUD EPS, la presentación de ofertas, la evaluación de las ofertas y firma de los contratos de compraventa. Los interesados fueron las EPS SANITAS y el consorcio PRESTASALUD. El 9 de mayo los dos interesados presentaron las propuestas económicas por CAFESALUD.

El Procurador General de la Nación remitió una carta a la Agente Especial Liquidadora de SALUDCOOP EPS en liquidación donde señala que de acuerdo con las condiciones de las ofertas y de la venta de CAFESALUD, solo exista un único oferente integral, lo que significa que no se materializará una puja económica que favorezca financieramente los recursos del proceso de liquidación de SALUDCOOP y consecuentemente los del sistema de salud. También señala los riesgos sobre la integración vertical y sus efectos sobre el sistema de salud y los riesgos que significará la consolidación dominante en el mercado en cabeza del proponente único.

El 24 de mayo de 2017 el consorcio PRESTASALUD como oferente único integral resultó adjudicatario de la venta de CAFESALUD EPS y ESIMED, en medio de un proceso totalmente irregular, donde la información que se le dio al público solo fue la que le interesó presentar al gobierno, a pesar de que en la transacción está implicado el interés público, no solo por estar relacionado con los recursos públicos del sistema de salud, sino porque el Ministerio de Salud tiene invertidos \$200.000 millones de los BOCAS, cuyo origen es el FOSYGA en CAFESALUD.

El 6 de julio de 2017 la Procuraduría General de la Nación emitió un nuevo pronunciamiento manifestando que el Reglamento de Venta que fijó la liquidación de SALUDCOOP expresamente consagra que se venden activos, pasivos y contratos de CAFESALUD así como las acciones de ESIMED. Así mismo la Procuraduría aclaró que los particulares que presten servicios de salud y administren recursos públicos (y con mayor razón quienes como el consorcio asumen el aseguramiento en salud de la población), son objeto de control y vigilancia por parte de la entidad.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.3.1. La participación de un oferente único integral en la subasta pública de CAFESALUD afecta el derecho colectivo a la libre competencia económica

El proceso de enajenación solo cuenta con un oferente único integral que pretende adquirir el objeto ofrecido en el proceso de enajenación, compuesto por las acciones de una NewCo que administre el régimen contributivo, las acciones de una NewCo que administre el régimen subsidiado y el 100% de las acciones de ESIMED. En la fase actual solo se cuenta con una única propuesta que pretende adquirir la totalidad de los activos de SALUDCOOP en liquidación objeto del proceso de venta, lo que conlleva a que exista un único proponente integral.

El mecanismo de subasta pública para definir al adjudicatario de un contrato de venta de la principal EPS del país, tiene como propósito maximizar las utilidades al momento de la venta, y permitir que sea la puja real entre proponentes la que defina el mayor valor de venta, además que existan diferentes oferentes que permitan un margen de elección por parte de las autoridades encargadas de la venta, a partir de la cual se logre escoger el oferente que luego de la puja ofrezca una mayor oferta, y que a su vez garantice el acceso efectivo al servicio de salud en condiciones de calidad, eficiencia y oportunidad.

La libre competencia económica no es ajena a los procesos de contratación del Estado, y por tanto, tal derecho colectivo debe asegurarse en el marco de tales procedimientos administrativos. La regla de asignar la venta de CAFESALUD a pesar de que solo participó un oferente único integral, no cuenta con un soporte jurídico, al contrario, va en contravía de los objetivos perseguidos por el mecanismo de subasta que consiste en optimizar los recursos obtenidos por la venta, en especial si con dichos recursos se pretenden pagar las millonarias acreencias insolutas a los acreedores de SALUDCOOP.

La libre concurrencia y la pluralidad de oferentes no solo debe asegurarse en las etapas de convocatoria, sino que debe garantizarse a lo largo de todo el proceso, tal y como lo ha afirmado el H. Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil.

1.3.2. Incumplimiento de las exigencias legales en materia de protección a la competencia

El proceso de liquidación de SALUDCOOP que pasa por la venta de activos tan importantes como CAFESALUD, que es la EPS más grande del país, conduce a integraciones empresariales, que deben contar con la autorización prevista en la Ley 1340 de 2009 por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sin duda, las IPS que conforman el consorcio PRESTASALUD pertenecen a la misma cadena de valor de CAFESALUD, pues ambas se desenvuelven en el sector de la salud, razón por la cual la compra de CAFESALUD por parte de PRESTASALUD configura una integración empresarial que debe ser analizada por la autoridad de competencia, para efectos de evitar monopolio o concentración irregular de mercado. En este caso la integración empresarial derivada de la venta de CAFESALUD a PRESTASALUD no fue autorizada por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

1.3.3. Violación al derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y violación a los derechos colectivos de los consumidores y usuarios

La vulneración a tales derechos colectivos se sustenta en lo siguiente:

a) Falta de experiencia relacionada de PRESTASALUD

La experiencia que deben acreditar los oferentes no puede ser general, por el contrario tiene que estar relacionada con el objeto de la enajenación, que para el presente caso se trata de experiencia en aseguramiento que es la actividad principal de una EPS como CAFESALUD. El proponente que ha presentado la única oferta integral es un consorcio que está conformado en su gran mayoría por Instituciones Prestadoras de Salud y otro tipo de entidades, pero carece de entes que directamente cuenten con experiencia en materia de aseguramiento en salud. El consorcio adjudicatario de CAFESALUD no constituyó una nueva persona jurídica, razón por la cual sustenta su propuesta a partir de la experiencia, condiciones y requisitos de cada uno de sus integrantes, y tanto la contratación pública como la privada, en la mayoría de los casos exige que cada

uno de los integrantes del consorcio cumplan con la idoneidad debida para acceder a la contratación, lo cual se fundamenta principalmente en la experiencia específica que se debe acreditar, lo que se extraña en el proceso actual de venta de CAFESALUD EPS y ESIMED S.A.

No es equiparable la experiencia en la prestación del servicio de salud a la experiencia en materia de aseguramiento en salud, siendo esta última necesaria para este proceso de venta en curso. La comprobada falta de experiencia, afecta seriamente los atributos que debe cumplir la prestación del servicio de aseguramiento en salud, el cual se debe brindar en condiciones de calidad, oportunidad, eficiencia, continuidad, accesibilidad, los cuales se derivan principalmente de la experiencia del oferente en materia de aseguramiento, pues a partir de su conocimiento técnico de su experticia y práctica en los asuntos concretos de aseguramiento, se puede garantizar de manera subjetiva la prestación eficiente y oportuna del servicio de salud.

b) Integración vertical

La utilización de las IPS de propiedad de la EPS para suministrar los servicios de salud, ha demostrado en la práctica fallas significativas, al punto de generar concentración en la contratación de las IPS propias, en menoscabo de la contratación de las demás IPS, produciendo congestión, desbordando la capacidad de atención e impidiendo el acceso efectivo al servicio de salud, colmando centros hospitalarios mientras otros permanecen vacíos, lo que sin duda deriva en serias afectaciones a la calidad del servicio.

El monopolio y el abuso de la posición dominante dentro del sistema de salud, se agrava y profundiza con la adjudicación de la EPS más grande del país a un consorcio compuesto por IPS, situación que inexorablemente conduce a la integración vertical que tiene la potencialidad de superar los límites permitidos por la ley, lo que produce por efecto lesionar de manera directa la calidad y el acceso efectivo a la prestación del servicio en condiciones de eficiencia y oportunidad.

c) Imposibilidad de ser prestador y asegurador al mismo tiempo

El consorcio PRESTASALUD, creado para participar en el proceso de venta, presenta varias irregularidades, al punto de que no se creó una persona jurídica nueva independientemente de sus miembros, lo que significa que solo se creó una ficción que le permite al consorcio contratar y actuar, pero subsiste la realidad jurídica de que todos y cada uno de sus integrantes tienen personería jurídica diferente, con su propio objeto, negocios y contratos, entre otros.

La nueva EPS adjudicataria de CAFESALUD va a jugar un doble rol, pues las IPS que lo integran van a fungir tanto como prestadores y aseguradores del servicio de salud, fenómeno que ha sido restringido por el legislador y la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, pues afecta el modelo de prestación del servicio de salud.

d) Garantía en la calidad de la de la prestación del servicio de salud

El aseguramiento de más de 5.7 millones de usuarios queda en manos de un consorcio que no cumple con los requisitos de experiencia, idoneidad y objetividad, lo que constituye una seria amenaza para que el servicio de salud pueda prestarse en las condiciones previstas por la ley, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y la reglamentación que gobierne la materia, para garantizar la accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia y continuidad en la prestación del servicio de salud.

1.3.4. El proceso de enajenación de CAFESALUD viola el derecho colectivo al patrimonio público

La venta de CAFESALUD, el activo más importante del grupo SALUDCOOP, tiene por objeto la realización de los activos de dicha empresa que se encuentran en liquidación para efectos de honrar sus compromisos con los acreedores, que se encuentran clasificados y ordenados de acuerdo a la prelación de acreencias fijada por la ley, orden de imperativo cumplimiento, que

debe respetarse so pena de violar la ley y lesionar los derechos de los acreedores que participan en el proceso de liquidación.

En este caso no puede aplicarse la compensación como una forma de pago de PRESTASALUD por la compra de CAFESALUD, pues de esta manera se estaría burlando el orden legal de prelación de créditos, ya que antes de pagar a trabajadores, IPS públicas y el sistema de salud, se pagaría primero a unos acreedores con derechos más precarios y ubicados en una posición posterior, como son los agremiados en PRESTASALUD a los que se les adjudicó la compañía, quienes pagarían dicha compra con el dinero que les adeudan.

Si bien la compensación es una de las formas de extinguir las deudas y obligaciones, tal figura se encuentra proscrita cuando puede afectar la prelación de acreencias, de conformidad con el numeral 2º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma aplicable en los procesos liquidatorios que se adelantan fruto de la intervención o toma de posesión que se haga respecto de una compañía, como sucede con SALUDCOOP.

Por otra parte, al acudir a la subasta pública se buscaba obtener la venta de CAFESALUD a un valor superior derivado de la competencia real y efectiva de los diferentes oferentes, sin embargo, al existir un oferente único el valor de adjudicación no se optimizó producto de la ausencia de competencia, lo que impidió en la práctica obtener un mayor valor que permitiera honrar en mejor porcentaje las millonarias deudas insólitas de la empresa en liquidación, afectación que tiene importantes impactos en el patrimonio público, lo cual es responsabilidad del Ministerio de Salud y de la Superintendencia Nacional de Salud, en el entendido que debían desplegar todas las acciones pertinentes para garantizar la mayor concurrencia, y no lo hizo, a pesar de tener las facultades para ello.

Así mismo, el hecho que nunca se hubiera dado a conocer el precio mínimo de venta, ya da serias muestras de la falta de transparencia del proceso, aspecto que se torna más grave si se tiene en cuenta que según fuentes periodísticas el precio mínimo fue de \$700.000 millones de pesos, una fracción que no se

adecua a los inmensos pasivos de la compañía que suman 2,9 billones de pesos.

1.3.5. El proceso de enajenación de CAFESALUD viola el derecho colectivo a la moralidad administrativa

Durante el proceso de enajenación de CAFESALUD se puede advertir varias actuaciones contrarias a la diligencia y cuidado de un buen funcionario público, así como también la probidad y la transparencia que deben predicarse de la actividad pública. Las autoridades encargadas de la venta de CAFESALUD ocultaron en todo momento quienes eran los oferentes e interesados en el proceso, a pesar de múltiples solicitudes para ello.

La Procuraduría General de la Nación advirtió antes de que se concretara la adjudicación, hizo serias observaciones y cuestionamientos del proceso, dada la falta de pluralidad de oferentes y la falta de experiencia del único que presentó propuesta integral, entre otras.

- SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

Junto con el escrito de demanda, el actor popular propuso como medida cautelar ordenar la suspensión del proceso de enajenación de CAFESALUD hasta tanto se decidiera de fondo la presente acción.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN

En el proceso adelantado de venta de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD E.P.S. S.A.S. y de las acciones de ESIMED S.A., SALUDCOOP en Liquidación recibió veintidós solicitudes de acreditación remitidas por 9 interesados diferentes, todos los cuales fueron declarados por SALUDCOOP como interesados acreditados, tales fueron: a) Inverisones Clinitas S.A.S.; b)

Consortio Hospitales y Clínicas Prestadoras de Salud de Colombia (Consortio PRESTASALUD); c) Salud Total EPS; d) Caja de Compensación Familiar – COMPENSAR; e) Ribiera Salud S.A.; f) Grupo Bupa Sanitas S.L.; g) Centene Corporation; h) Caja de Compensación Familiar – Cafam; e i) United Health Group Incorporated.

Finalizado el proceso de acreditación, Saludcoop en Liquidación dio a todos los interesados acreditados acceso a un cuarto de datos virtual, el cual estaba compuesto por información disponible financiera, jurídica y contable de Cafesalud (en relación con su operación del régimen contributivo y régimen subsidiado) e igual tipo de información en el caso de Esimed. El proceso de debida diligencia igualmente implicaba que los Interesados Acreditados hicieran preguntas y solicitudes de complementación de información, a las cuales Saludcoop en Liquidación dio respuesta. Adicionalmente, todos los Interesados Acreditados fueron invitados a presentaciones de gerencia en las cuales los representantes legales de Cafesalud y Esimed hicieron presentaciones sobre las compañías y la estructura propuesta para la transacción, con la asistencia del Consorcio PRESTASALUD, Salud Total EPS, Caja de Compensación Familiar Compensar, y Ribera Salud S.A. (en nombre propio y en representación de Centene Corporation).

Una vez finalizó el proceso de debida diligencia los Interesados Acreditados podrían presentar las Ofertas que consideraran pertinentes, y para las cuales se hubieren acreditado. Para este momento, algunos de los Interesados Acreditados decidieron no continuar en el Proceso de Venta, por diversas razones, entre ellas el tamaño del activo, la situación financiera del mismo y la incertidumbre sobre el marco regulatorio del sector, entre otros.

Otros Interesados Acreditados, decidieron unirse entre ellos, para presentar una mejor Oferta, como es el caso de Ribera Salud y su accionista Centene Corporation, que manifestaron haber firmado una carta de intención para entrar a hacer parte del Consorcio Prestasalud.

Si bien se presentaron sólo dos ofertas (una de las cuales era una oferta integral), el Proceso de Venta se adelantó en condiciones de libre concurrencia y publicidad, con el objetivo de que se recibieran varias ofertas que cumplieran con las condiciones de experiencia técnica requeridos para la administración del activo y que maximizaran los recursos obtenidos por la venta de estos activos. Es importante entender que en todo caso, no fueron las condiciones del proceso las que limitaron el número de oferentes finales, sino la naturaleza misma del activo (tamaño, situación financiera y perfil de riesgo). De hecho, la “tensión competitiva” generada durante el proceso fue tal, que llevó a que la oferta ganadora estuviera materialmente por encima del monto mínimo de valor que SALUDCOOP en Liquidación había establecido para los activos.

El proceso de venta se llevó a cabo cumpliendo con la normativa aplicable para la venta de esta clase de bienes, y la información del proceso siempre estuvo publicada en la página de internet “www.saludcoop.coop”. En relación la reserva respecto del avalúo del activo, el precio de venta para todos los activos en un proceso de liquidación corresponde al valor de avalúo determinado por una entidad evaluadora o un valor superior a este, y en cumplimiento de este principio se buscó y se consiguió maximizar el precio de venta del activo, al no hacer pública su valoración o precio mínimo.

Los accionantes ponen en cabeza del gobierno un proceso de venta que fue adelantado por parte de la Agente Especial Liquidadora de Saludcoop EPS OC, proceso que tampoco se encuentra regulado por normas de derecho público como erradamente lo quieren hacer ver los accionantes. Igualmente faltan a la verdad los accionantes cuando dan a entender que el Ministerio de Salud y Protección Social tiene una inversión en la empresa Cafesalud EPS S.A., cuando realmente lo que existe es un préstamo que a la fecha se encuentra 100% garantizado su pago con el dinero objeto de la venta.

El proceso de venta de los activos, pasivos y contratos de Cafesalud E.P.S. S.A. y de las acciones de Estudios e Inversiones Medicas S.A. Esimed S.A., se regula por las normas de derecho privado, pues no se trata de un proceso de contratación que involucre una entidad estatal, (por lo que no le resultan

aplicables las reglas de contratación estatal) ni se trata de enajenación de la participación accionaria estatal (por lo que no resulta aplicable la Ley 226 de 1995); el proceso, que realmente consiste en la enajenación de ciertos activos de una entidad privada, se adelantó de manera pública, sin que sea equivalente a una subasta pública, realizando las labores de mercadeo requeridas para promover la participación de diferentes jugadores y garantizando siempre la libre concurrencia de los oferentes.

SALUDCOOP en Liquidación cuenta con un estudio técnico de valoración realizado por la Banca de Inversión Lazard Colombia SAS, utilizado para sustentar la definición del precio mínimo de los activos en el Proceso de Venta. El valor obtenido por los activos durante el Proceso de Venta supera en más del doble el precio mínimo establecido. Dicho resultado tan favorable es el resultado de haber manejado un proceso serio, transparente, con pluralidad de interesados, donde se preservó la confidencialidad de la información y donde como consecuencia se mantuvo la tensión competitiva que al final llevó al uno de los interesados a presentar una oferta muy atractiva en términos económicos.

Así mismo se cuenta con el pronunciamiento expreso de la SIC sobre la inexistencia de vulneración alguna a las normas de libre competencia; y por la otra con la inexistencia de una vulneración al derecho alegado por el precio obtenido, ya que el mismo supera el mucho el precio que arrojó la valoración de dicho activo.

Al elaborar el reglamento de venta, el cual fijó los parámetros sobre los cuales se debería acreditar la experiencia en Gestión de Salud en los términos de la ley 1122 de 2007, no se consideró inconveniente que los diferentes actores del sistema pudieran unir esfuerzos para manejar el riesgo de la población y garantizar el acceso a la prestación de los servicios de salud, mediante lo conformación de una nueva sociedad que podría estar integrada por prestadores de servicios.

Con base en lo anterior se definió que la acreditación de la experiencia podría computarse en cualquiera de los campos previamente enunciados, como son: seguridad social en salud o aseguramiento en salud, gestión de riesgo en salud, cubrimiento de la carga financiera de la enfermedad, operación de redes de prestadores de servicios de salud, prestación de servicios de salud, o administración de planes de beneficios ("Gestión en Salud").

De conformidad con lo establecido en el Reglamento de venta de los activos y pasivos de Cafesalud E.P.S. S.A. y de las acciones de estudios e inversiones Medicas S.A. Esimed S.A., para presentar una oferta en los términos del reglamento, los interesados en dicho proceso debían acreditar su experiencia técnica en gestión de salud tal y como quedó establecido en el numeral 6.6 de El Reglamento.

De conformidad con lo anterior, lo que se hizo por parte de SALUDCOOP al momento de elaborar y aprobar el Reglamento de venta de los activos y pasivos de Cafesalud E.P.S. S.A. y de las acciones de estudios e Inversiones Medicas S.A. Esimed S.A., fue exigir la experiencia en gestión en salud, según la normativa que regula la materia.

El Reglamento de Venta exigía dentro de los criterios para evaluar las ofertas presentadas para aquellos interesados en adquirir las acciones de las denominadas NewCos o sociedades futuras la presentación de un "Modelo de Atención en Salud", el cual fue ampliamente descrito en su anexo 7 el cual requería que debía abordar cuando menos los siguientes elementos: i) caracterización de riesgos y problemas de salud, ii) disponibilidad y suficiencia de servicios, iii) continuidad en procesos diagnósticos, iv) continuidad en el manejo de los problemas de salud, v) atención diferencial, vi) autocuidado de la salud, vii) determinantes de la salud, viii) resultados de salud, ix) mantenimiento de la salud, x) salud en territorios

Adicional al modelo de atención en Salud requerido, se exigió igualmente que fuera presentado un Modelo de Gestión, el cual buscaba que se garantizaran las condiciones para la implementación del modelo en Salud propuesto, el cual

debería contener al menos los siguientes elementos: i) sistema de información, ii) atención a usuarios, y iii) gobierno corporativo.

Por último se exigió igualmente que tanto el modelo de atención como el modelo de gestión deben evidenciar claramente las estrategias dirigidas a lograr resultados satisfactorios relacionados con los indicadores establecidos para el seguimiento de EPS en la Resolución 256 de 2016, la cual aplica para todas las EPS del país.

Dentro del reglamento se estableció que el modelo de atención en salud sería calificado por una comisión de expertos, como efectivamente aconteció, y a dicho modelo de atención se le calificaría sobre un puntaje de 400 puntos. En todo caso cualquier propuesta presentada cuyo modelo de atención en salud no superara un mínimo de 200 puntos sería descalificada del proceso, esto sin importar el valor de la oferta económica presentada. Lo anterior reafirma que no solo se exigía una experiencia mínima en salud por parte de los oferentes, sino que se exigió, un modelo de atención en salud que garantiza que el nuevo asegurador cumpla con los estándares de calidad exigidos por las normas colombianas.

De acuerdo con las normas que regulan el sector salud, la reorganización institucional de Cafesalud, que es el procedimiento a través del cual se estructura la venta de su operación, está sujeta a la autorización previa de la Superintendencia de Salud, que por ley, ejerce inspección y vigilancia sobre las entidades promotoras de salud, por lo que corresponderá a dicha entidad, en ejercicio de sus competencias, ejercer un estricto control de legalidad, y validar que la operación cumpla con la normativa vigente, lo que implica además verificar la idoneidad y competencia de los adjudicatarios.

Por tanto, y como ha quedado evidenciado y se encuentra soportado con hechos ciertos y verificables, no solo se exigió la acreditación de una experiencia en salud a todas entidades interesadas en participar en el proceso de venta, sino que se les exigió como requisito indispensable presentar un modelo de atención en salud que garantizara unos estándares de calidad que

repercuten en el objetivo primordial de este proceso. Garantizar la prestación del servicio y la calidad del mismo a los afiliados y usuarios de la EPS.

No se puede olvidar que, como lo señala el Reglamento de Venta (en particular los numerales 2.8, 3.41 y 3.42), la reorganización institucional de Cafesalud implica el traspaso a Newco de la totalidad de los empleados de Cafesalud, lo que garantiza la continuidad del negocio de la compañía, y evita que la transacción genere traumatismos de tipo operativos.

El Consorcio Prestasalud no va a ocupar al mismo tiempo la calidad de asegurador y prestador de servicios de salud, y tampoco existe el riesgo de que el asegurador vaya a trasladar completamente al prestador sus responsabilidades en materia de gestión del riesgo. Así, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Venta, y como consecuencia del proceso de reorganización institucional de Cafesalud (regulado en el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016 - modificado por el Decreto 2117 de 2016 y 718 de 2017), se constituirá una NewCo o sociedad futura que recibirá los activos, pasivos, contratos, habilitación, empleados y afiliados de Cafesalud relacionados exclusivamente con la operación del régimen contributivo y subsidiado, y serán estas las acciones que se vendan al Consorcio Prestasalud. La NewCo, será la encargada de las actividades de aseguramiento en salud, y no los miembros del Consorcio Prestasalud directamente.

El Consorcio Prestasalud, a su turno, constituirá dos personas jurídicas nuevas e independientes, una de las cuales adquirirá las acciones de la NewCo (y de esta manera la operación de Cafesalud), mientras que la otra adquirirá las acciones de Esimed, por lo que serán estas nuevas sociedades, y no los miembros del consorcio, las que sean titulares de las acciones de la nueva entidad y de Esimed, respectivamente.

La transacción se ha estructurado como la venta de una sociedad futura o NewCo, que se constituirá más adelante en el proceso, la cual recibirá los activos, pasivos y contratos de Cafesalud, de manera que los recursos producto de la venta, ingresan al patrimonio de Cafesalud, y no directamente al

patrimonio de Saludcoop. Solo en la medida en que se pague todo el pasivo de Cafesalud, el remanente será distribuido a sus accionistas, uno de los cuales es Saludcoop en Liquidación, para la atención de sus propias acreencias.

Así mismo debe advertirse que durante el proceso de debida diligencia adelantado por el asesor externo se analizaron distintas estructuras de venta, teniendo siempre como principales objetivos asegurar la continuidad en la prestación del servicio y maximizar el precio de los activos, tales estructuras fueron evaluadas también frente al potencial interés del mercado y su factibilidad de implementación. Tras dicho análisis se concluyó que la estructura adoptada, consistente en el traspaso de ciertos activos, pasivos y contratos a una sociedad nueva, a la cual se traspasa la habilitación de Cafesalud para operar el régimen contributivo y el régimen subsidiado, era la que mejor garantizaba el cumplimiento de los objetivos propuestos y maximizaba el número de jugadores interesados en el proceso. Así mismo, al maximizar el precio de los activos se garantizaba que con el precio recibido, se pudiera atender la mayor cantidad posible del pasivo de Cafesalud, asegurando de esta manera la supervivencia de la red de clínicas y hospitales que depende en gran medida de asegurar un flujo de recursos con el cual se garantice el pago de sus acreencias.

Teniendo en cuenta que Cafesalud, en su calidad de vendedora de NewCo y receptora del precio de venta, no está en situación de liquidación, no le resulta aplicable la prohibición contenida en el artículo 301 numeral 2 del EOSF, que al ser una prohibición expresa debe ser interpretada de manera restrictiva.

En el proceso de venta se ha permitido que frente a quienes sean acreedores de Cafesalud se reconozca como parte del precio de compra la posibilidad de condonar obligaciones a Cafesalud, o capitalizar dichas obligaciones en Newco, siempre y cuando por cada peso de obligación capitalizada o condonada, pague por lo menos, un peso en recursos en efectivo, para la atención de la totalidad de las obligaciones pendientes de Cafesalud. De esta manera se asegura la atención del pasivo de la gran mayoría de los acreedores de la Cafesalud. Vale tener en cuenta que los activos capitalizables o condonables son únicamente

los que tenga el respectivo acreedor con Cafesalud, y no pueden ni serán capitalizados o condonados dentro del proceso de venta referido, acreencias de los miembros del Consorcio o terceros con Saludcoop en Liquidación, por lo que no existe vulneración alguna a la prelación legal de créditos dentro de la liquidación de SALUDCOOP.

En el contexto de esta estructura de pago, se ha presentado una oferta económica por COP\$1.45 billones, cifra con la cual se espera atender la mayor parte del pasivo de Cafesalud, tras lo cual, el remanente (de haberlo), será distribuido a sus accionistas, incluido Saludcoop en Liquidación, para el pago de sus propias deudas. En cualquier caso, es las acreencias a ser capitalizadas o condonadas en virtud de la operación se estiman en máximo COP\$600 mil millones, con lo cual los recursos para cubrir las acreencias restantes de la compañía ascienden a por lo menos COP\$600 mil millones, cifra que resulta muy superior a la oferta económica presentada por el segundo proponente Clinitas S.A.S. (de la organización Sanitas) para el régimen contributivo, que fue de solo COP\$270 mil millones, y que es superior a la suma de los precios mínimos definidos para las NewCos del Régimen Contributivo y Subsidiado.

La oferta económica y técnica presentada por el Consorcio de Prestadores de Servicios de Salud ("Consorcio Prestasalud"), cumple con la totalidad de los requisitos económicos y técnicos previstos en el Reglamento de Venta, y en efecto favorece las finanzas y estabilidad financiera del sistema de salud (puesto que los recursos recibidos serán destinados al pago de los prestadores de servicios de salud que son acreedores de Cafesalud), y podrá, de existir un remanente, favorecer a los acreedores de la liquidación de Saludcoop en Liquidación.

En relación con la decisión de no hacer público, ni siquiera a los interesados acreditados, el valor mínimo de venta de los activos que serían objeto de transacción, buscaba, tal y como efectivamente se logró, la maximización del precio a obtener dentro del proceso. Cabe aclarar que de igual forma no existe norma o regulación alguna que obligue a que se divulgue el precio mínimo de venta de un activo privado dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, por lo

que mal puede predicarse, como lo hacen los accionantes, que se haya vulnerado norma alguna sobre la materia. El precio de venta para todos los activos en un proceso de liquidación corresponde al valor de avalúo determinado por una entidad evaluadora o un valor superior a este, y en cumplimiento de este principio se buscó y se consiguió maximizar el precio de venta del activo, al no hacer pública su valoración o precio mínimo.

El apoderado de la entidad demandada solicita que se de aplicación a lo dispuesto en el último inciso del artículo 38 de la Ley 472 de 1998, y se condene en costas a los demandantes por la evidente temeridad demostrada en el proceso.

2.2. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Mediante la Resolución 2414 del 24 de noviembre de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, y la intervención forzosa administrativa para liquidar SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN (en adelante, SALUDCOOP). Con el fin de adelantar las labores de liquidación de SALUDCOOP, la Superintendencia Nacional de Salud inició la enajenación efectiva de los activos en los términos señalados en las leyes colombianas.

SALUDCOOP es titular de veintitrés millones ochocientas cincuenta y cinco mil veintiún (23.855.021) acciones ordinarias de CAFESALUD, que corresponden al 86.87% de su capital. Por su parte, CAFESALUD fue constituida mediante Escritura Pública No. 4.459, con fecha 18 de septiembre de 1991 en la Notaría 37 de Bogotá, como una entidad promotora de servicios de salud. En este sentido, CAFESALUD tiene por objeto principal la afiliación y registro de los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud y el recaudo de sus cotizaciones por delegación del Fondo de solidaridad y Garantía y a su turno organizar y garantizar directa e indirectamente la prestación del Plan obligatorio a los afiliados y sus familias.

CAFESALUD es titular del 94.68% del capital suscrito de ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. (en adelante, ESIMED), razón por la cual ESIMED hace parte del proceso de liquidación y venta de SALUDCOOP.

El proceso de venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED se rige por el reglamento de acreditación y venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED, que de conformidad con el numeral 6.8.1, previo a la presentación de la oferta, los interesados en participar en el proceso de venta debían contar con la autorización o notificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece que las empresas intervinientes en una integración empresarial estarán obligadas a informar a la SIC sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse, cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada, siempre que se cumplan los supuestos mencionados en la Resolución 10930 de 2015. Las empresas que pretendan llevar a cabo un proceso de concentración empresarial, en cualquiera de sus modalidades, y cuya situación se enmarque en los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 deberán informar previamente la operación a la SIC.

En este caso se cumple con el supuesto subjetivo, cuando las empresas intervinientes se dediquen a la misma actividad económica (integración horizontal) o participen en la misma cadena de valor (integración vertical). CAFESALUD participa en las actividades de aseguramiento en salud, mientras que ESIMED participa en actividades relacionadas con la prestación de servicios de salud. En este sentido, cualquier sociedad que se dedique a la misma actividad económica o participe en la misma cadena cumple con el supuesto subjetivo (Art. 2.1.1. de la Resolución 10930 de 2015).

Así, en concordancia con el artículo 1 del Decreto 2209 del 30 de diciembre de 2016, que fijó el salario mínimo legal mensual a partir del 1 de enero de 2017 en setecientos treinta y siete mil setecientos diecisiete pesos M/Cte (\$737.717), el valor de ingresos operacionales o activos totales a partir del cual se cumple el supuesto objetivo, corresponde a cuarenta y cuatro mil doscientos sesenta y

tres millones veinte mil pesos M/Cte (\$44.263.020.000), valores aplicables al presente estudio, teniendo en cuenta que las empresas interesadas en la compra de CAFESALUD disponían de un plazo entre el 27 de enero de 2017 y el 17 de mayo del mismo año para el cumplimiento de este trámite.

Como quiera que SALUDCOOP en Liquidación es controlante de CAFESALUD y ESIMED se toman como referencia los estados financieros de la controlante, que cuenta con activos por valor total de \$1.990.434.576.000 para el año 2016, por lo que con fundamento en el valor de los activos, cualquier empresa que esté interesada en la compra de activos de CAFESALUD y de acciones de ESIMED cumple con el supuesto objetivo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

En ese orden se configuraban todos los requisitos para que se informara el interés de compra ante esta Superintendencia de manera previa a la formalización del proceso de venta y suscripción del contrato de compraventa.

Las empresas interesadas en el proceso de compraventa informaron a la SIC su intención de adquirir CAFESALUD y ESIMED. Por otra parte PRESTASALUD procedió con el trámite de información según lo explicado y la SIC emitió las comunicaciones de acuse de recibo.

En el caso de CAFESALUD hubo veintitrés (23) potenciales interesados, de los cuales nueve (9) interesados fueron acreditados; posteriormente seis (6) agentes asistieron a las presentaciones de gerencia, y hubo dos (2) propuestas, una de las cuales fue integral, lo cual a todas luces evidencia que sí se permitió la participación plural durante el proceso de enajenación.

No existe una norma especial en materia del servicio de salud que demande la existencia de varios proponentes durante todo el proceso de enajenación, y no hay evidencia que permita concluir que el retiro de varios de los agentes Interesados haya sido consecuencia del actuar del Estado o de la existencia de cláusulas o condiciones que buscaran limitar el acceso al proceso de forma irregular o Injustificada.

El resultado de la operación de enajenación sugiere que estuvo expuesto a una efectiva presión competitiva que fue de tal magnitud, que la oferta con la cual se adjudicó CAFESALUD al Consorcio PRESTASALUD fue de \$1,45 billones, mientras que el valor mínimo definido previamente había sido de \$0,75 billones, es decir, que la oferta que resultó ganadora ofertó casi el doble (cerca del 100% más) del valor mínimo establecido.

En razón de lo expuesto solicita respetuosamente que se denieguen las pretensiones de la acción popular.

2.3. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

La entidad demandada por intermedio de su apoderada manifestó:

- La Superintendencia Nacional de Salud mediante la Resolución No. 2414 del 24 de noviembre de 2015, ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, y la intervención forzosa administrativa para liquidar de Saludcoop Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo, en procura de proteger los derechos de los usuarios y garantizar la continuidad en la prestación del servicio, en condiciones de calidad y oportunidad.

Posteriormente, y en respuesta a la solicitud de Plan Especial de Asignación de Afiliados presentada por el Agente Especial Liquidador de SALUDCOOP EPS OC con fundamento en el artículo 3 A del Decreto 3045 de 2013 adicionado por el Decreto 2089 de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud expide la Resolución No. 2422 del 25 de noviembre de 2016, con la cual se aprobó el Plan especial de asignación de afiliados presentado por SALUDCOOP Entidad Promotora de Salud O.C. en liquidación, y en consecuencia el total de su población afiliada es asignada a CAFESALUD EPS.

Es importante destacar que el principal objetivo era garantizar la continuidad del servicio de salud y propender por la menor afectación en la prestación de los servicios de la población afiliada a Saludcoop O.C. EPS.

- El proceso de venta de CAFESALUD EPS está definido como un procedimiento particular y especial, teniendo en cuenta las características propias del sector y los activos objeto de enajenación, el cual no puede equipararse a un proceso de subasta pública como lo quieren hacer ver los demandantes.

A través del "*Reglamento de Acreditación y Venta de los Activos, Pasivos y Contratos de CAFESALUD EPS S.A. y de las Acciones de Estudios e Inversiones Medicas S.A. - Esimed S.A*" publicado el 30 de diciembre de 2016, se diseñó un proceso regulado por las normas de derecho privado y liderado por la Agente Especial Liquidadora de Saludcoop EPS.

El proceso de venta de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS, constituye una facultad atribuida en la ley al agente liquidador, por lo que SALUDCOOP EPS OC en liquidación es el principal accionista de CAFESALUD EPS y le corresponde a la Agente Liquidadora de SALUDCOOP EPS adelantar el referido proceso de enajenación.

- El proceso de reorganización que presente CAFESALUD, en el cual debe incluirse la enajenación de la nueva entidad debe ser objeto de aprobación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, quien vigilará que los derechos de los usuarios no se vean afectados por esta operación, antes por el contrario que sea aplicado el modelo de salud ofertado por el proponente para mejorar el acceso, oportunidad y calidad a los servicios de salud.

El perfeccionamiento de la operación celebrada entre CAFESALUD y el Consorcio en relación con la venta de la nueva entidad no supone el traslado inmediato de los usuarios y la cesión de la habilitación a la nueva entidad, por cuanto el proceso debe cumplir con la aprobación previa de la Superintendencia.

De acuerdo a lo establecido en el "*Reglamento de Acreditación y Venta de los Activos, Pasivos y Contratos de Cafesalud EPS S.A. y de las Acciones de*

Estudios e Inversiones Medicas S.A. -Esimed S.A" publicado el 30 de diciembre de 2016, la autorización de competencia era un requisito indispensable para poder presentar una oferta, requisito que fue satisfecho de conformidad con lo expuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio al descorrer el traslado sobre la medida cautelar de urgencia.

El requisito establecido en el artículo 9 de la Ley 1341 de 2009 fue satisfecho a cabalidad, lo que desvirtúa cualquier fundamento de la vulneración alegada, así como el total desconocimiento por parte de los actores populares de las normas relacionadas con protección a la competencia.

- De acuerdo a la respuesta del 30 de mayo de 2017 dada por la Agente Liquidadora de Saludcoop en Liquidación al documento de observaciones del Ministerio Público al elaborar el reglamento de venta Reglamento de venta de los activos y pasivos de Cafesalud E.P.S. S.A. y de las acciones de estudios e Inversiones Medicas S.A. Esimed S.A, se fijaron los parámetros sobre los cuales se debería acreditar la experiencia en Gestión de Salud en los términos de la ley 1122 de 2007, frente a lo cual no se consideró inconveniente que los diferentes actores del sistema pudieran unir esfuerzos para manejar el riesgo de la población y garantizar el acceso a la prestación de los servicios de salud, mediante la conformación de una nueva sociedad que podría estar Integrada por prestadores de servicios.

Con base en lo anterior se definió que la acreditación de la experiencia podría computarse en cualquiera de los campos previamente enunciados, como son: seguridad social en salud o aseguramiento en salud, gestión de riesgo en salud, cubrimiento de la carga financiera de la enfermedad, operación de redes de prestadores de servicios de salud, prestación de servicios de salud, o administración de planes de beneficios ("Gestión en Salud").

De conformidad con el reglamento de venta, cada interesado debía acreditar en debida forma dicho requisito, existiendo una exigencia en ese sentido que no podía ser desconocida ni por los interesados, ni por la Agente Liquidadora de SALUDCOOP.

- El perfeccionamiento de la operación celebrada entre CAFESALUD y el consorcio con relación con la venta de la Newco, no supone el traslado inmediato de los usuarios a la nueva entidad, por cuanto el proceso implica adelantar las gestiones de un proceso de reorganización Institucional, regulado por el Decreto 780 de 2016, modificado por el Decreto No. 2117 de 2016 y las Circulares 005 y 006 de 2017.

Independientemente de quienes integren la nueva persona jurídica que asumirá el aseguramiento de los afiliados actuales de CAFESALUD EPS S.A, corresponderá a la Superintendencia Nacional de Salud avalar el proceso de reorganización en el cual deberá evidenciarse la idoneidad de la entidad resultante de dicho proceso, en cuanto a, entre otros aspectos, su capacidad para administrar el aseguramiento según los estándares legales y reglamentarios vigentes. Así, no solo se exige una experiencia mínima en salud por parte de los oferentes, sino que dentro de los requisitos Indispensables se encuentra un modelo de atención en salud que garantiza que el nuevo asegurador cumpla con los estándares de calidad exigidos por la normativa vigente.

- Si bien es cierto el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, establece una restricción que indica que la EPS no podrán contratar con sus propias IPS más del 30% del gasto en salud, también lo es, que la normativa descrita es una regulación del gasto de las EPS, pero en ningún momento se constituye en una prohibición absoluta de la integración vertical.

Dado que esta restricción aplica a todas las EPSs, independientemente de su participación de mercado, la norma tiene una naturaleza de control del gasto, al buscar garantizar la viabilidad de IPSs independientes, y no de norma de competencia en sentido estricto, ya que no controla niveles de concentración de mercado o determinada forma de integración.

- De acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Venta, y como consecuencia del proceso de reorganización institucional de CAFESALUD

(regulado en el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016 - modificado por el Decreto 2117 de 2016 y 718 de 2017), se constituirá una NewCo o sociedad futura que recibirá los activos, pasivos, contratos, habilitación, empleados y afiliados de CAFESALUD relacionados exclusivamente con la operación del régimen contributivo y subsidiado, y serán estas las acciones que se vendan al Consorcio PRESTASALUD. La NewCo, será la encargada de las actividades de aseguramiento en salud, y no los miembros del Consorcio Prestasalud directamente.

Por tanto es posible afirmar que el Consorcio Prestasalud, a su turno, constituirá una persona jurídica nueva e independiente, que adquirirá las acciones de la NewCo, por lo que será esta nueva sociedad, y no los miembros del consorcio, la que sea titular de las acciones de la nueva entidad. Los miembros del Consorcio PRESTASALUD, como instituciones prestadoras de servicios de salud, no asumen de manera directa, ni permanente, ni temporalmente las obligaciones adquiridas respecto a servicios habilitados, ni el cobro de administración de los subcontratos, siempre que estas actividades las adelantará la NewCo. Lo anterior resulta en un esquema de control y equilibrio entre el asegurador y prestador.

- CAFESALUD, en su calidad de vendedora de NewCo y receptora del precio de venta, no está en situación de liquidación, por lo tanto, no le resulta aplicable la prohibición contenida en el artículo 301 numeral 2 del EOSF, que al ser una prohibición expresa debe ser Interpretada de manera restrictiva.

- No es cierto que la subasta, haya sido el mecanismo escogido para llevar a cabo el proceso de venta mencionado. El mismo se estructuró como un proceso especial, teniendo en cuenta las características propias del sector y los activos objeto de la enajenación; sin que el mismo pueda equipararse a una "subasta", como erradamente sostienen los accionantes, dicha afirmación constituye un total desconocimiento del "*Reglamento De Acreditación Y Venta De Los Activos, Pasivos Y Contratos De Cafesalud Eps S.A. Y De Las Acciones De Estudios E Inversiones Medicas S.A. - Esimed S.A*", que en ningún momento contempla ese mecanismo.

2.4. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – AGENCIA ESPECIAL

La Procuradora Judicial 1 Laboral I en su calidad de Agente Especial de la Procuraduría General de la Nación manifestó lo siguiente:

- Con posterioridad a la presentación de la Acción Popular sub júdice se han suscitado nuevos hechos importantes de tener en cuenta para la presente intervención de la Procuraduría General de la Nación, a saber:

i) El 23 de junio de 2017 se firmó el contrato de compraventa de acciones entre el vendedor Cafesalud EPS S.A. y el comprador el Consorcio Prestasalud integrado por: i) Miocardio S.A.S., ii) Medicalfly S.A.S., iii) Organización Clínica General del Norte S.A., iv) Corporación Nuestra IPS, v) Procardio Servicios Médicos integrales LTDA., vi) Medplus Medicina Prepagada S.A., vii) Fundación Esensa, vi ti) Fundación Saint, ix) Centro Nacional de Oncología S.A., x) Cooperativa Multiactiva para los Profesionales del Sector Salud, xi) Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José, xii) Hospital Infantil Universitario de San José. La suscripción del contrato de compraventa de acciones perfeccionó la venta de Cafesalud EPS y Esimed S.A.

ii) El Consorcio PRESTASALUD constituyó una nueva empresa, MEDIMÁS EPS S.A.S. el día 14 de julio de 2017, para que se encargara de la operación de Cafesalud EPS.

- Uno de los aspectos más importantes del proceso de venta es que el precio convenido sea realmente pagado y suponga una inyección de recursos al Sistema de Salud que contribuya a su estabilización, y que asimismo signifique un flujo de recursos para la EPS vendida, con el fin de que la misma pueda pagar sus deudas legítimas especialmente aquellas que tienen que ver con pasivos laborales, con prestadores de servicios de salud y con el FOSYGA. Según la estructuración del negocio de venta, el dinero producto de esta enajenación de acciones de Cafesalud EPS y de ESIMED S.A., a partir de unas estipulaciones porcentuales y temporales que rigen el proceso de pago, debe

ingresar a CAFESALUD para que el mismo sea destinado al pago de sus obligaciones.

La posibilidad de pagar parte del precio de la compra del objeto en venta con deudas directas de CAFESALUD con los compradores afecta la recepción esperada y necesaria de flujos de liquidez, importante entre otras cosas, para oxigenar el Sistema de Salud y cancelar las deudas que se tienen con los demás acreedores.

Asimismo, en el reglamento y posterior contrato de compraventa de CAFESALUD, se concedieron unas facilidades para el pago del precio de compra. Se cuenta con un plazo de cinco años para pagar de manera íntegra el precio pactado, lo que significa que el alivio financiero para el Sistema se va a dilatar y a diluir en el tiempo, pero lo que más preocupa es que acreedores legítimos tengan que esperar todo ese tiempo para el pago de su acreencia, lo cual puede significar su inviabilidad jurídica y financiera y como consecuencia su desaparición del mercado.

Muchos de los acreedores son Empresas Sociales del Estado -ESE-, que dependen del pago de la deuda que tiene CAFESALUD a la fecha para poder superar sus dificultades económicas y asimismo mantenerse en el mercado. Así, genera especial preocupación que la quiebra de algunas de estas entidades conlleve a la ausencia de un prestador idóneo o la inexistencia del prestador de servicios de salud en algunas regiones del país, afectando el derecho fundamental a la salud de algunas poblaciones.

La falta de recursos líquidos y oportunos puede comprometer la prestación y calidad del servicio de salud de los afiliados en directa proporción de lo que se deja de percibir, por lo que es importante que la nueva empresa demuestre tener el músculo financiero suficiente para operar la aseguradora en salud más grande del país, para actualizar y ajustar su red de prestadores de manera que se garantice la capacidad instalada necesaria, el verdadero acceso, la calidad y la oportunidad de los servicios de salud. Igualmente reviste especial importancia que se acredite la capacidad financiera suficiente para pagar el

precio convenido y se insiste en la conveniencia de ajustar y reducir el plazo previsto para el pago íntegro.

- Tanto el reglamento de venta como el contrato de compraventa de acciones, contemplan la posibilidad de reconocer como parte del pago del precio de compra, capitalizar o condonar obligaciones de Cafesalud EPS frente a sus compradores, y esto se permite hasta en un 50%. Independientemente si se trata de compensación, capitalización o compensación, cualquiera de estas figuras conlleva a que el precio a pagar por la compraventa de acciones de CAFESALUD EPS y de ESIMED S.A. se pague en un 50% con deudas que tiene CAFESALUD EPS con los compradores de la misma, y un 50% que se pagaría efectivamente en un término de 5 años. De tal manera que solamente el 50% del valor pactado por la venta sea el que ingrese efectivamente al Sistema de Salud y a CAFESALUD EPS para el pago de las demás deudas que tiene actualmente dicha entidad, y que a la fecha no se tiene actualizado el monto total, pero se estima que: esté alrededor de unos 2.2. billones de pesos.

- A partir de un requerimiento efectuado por la Procuraduría General de la Nación, el Contador Público de CAFESALUD ha certificado que a 30 de junio de 2017, los saldos en las cuentas por pagar de las entidades compradoras de CAFESALUD EPS ascienden a un valor total correspondiente a \$112.838.665.183 pesos, incluidos valores de glosas, lo que claramente indica que las acreencias de los compradores frente a la EPS son insuficientes, para con ellas, cubrir el 50% del valor de la venta a través de la figura de la compensación, capitalización o condonación de obligaciones.

- En caso de que se lleve a cabo el pago de parte del precio convenido reconociendo las deudas que CAFESALUD tiene con sus compradores, este pago parcial solo debe darse sobre as deudas reales, depuradas y existentes hasta el 31 de julio de 2017, lo cual supone que el saldo restante deberá pagarse real y efectivamente. Sería inadmisibles que los compradores de Cafesalud EPS adelanten prácticas de compra de cartera o semejantes frente a otros acreedores de CAFESALUD, con el fin de sumar las acreencias a tener en

cuenta como parte del pago del precio convenido, para así alcanzar el 50%, y solo pagar efectivamente el 50% restante.

- Es claro que si MEDIMÁS EPS S.A.S contrata con sus propietarios prestadores, concurre en la misma persona o personas la calidad de asegurador y prestador, y en este sentido debe respetarse el porcentaje máximo de contratación dado para la red propia en el caso de la integración vertical. La EPS debe contar con la capacidad instalada suficiente para atender a sus afiliados y sus familias, que tenga una red idónea y con presencia nacional de manera que se garantice el verdadero acceso, la calidad, la oportunidad y la suficiencia de la atención en salud de los casi 6 millones de afiliados que tiene en todo el país.

2.5. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Contraloría General de la Nación en su calidad de autoridad encargada para la protección de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, manifestó:

- Se refirió a los hechos relativos a la protección del patrimonio público en el fallo No. 1890 de 2013 y sus actos confirmatorios, en los que se ordenó a los responsables fiscales identificados, entre ellos SALUDCOOP E.P.S. OC, resarcir de forma solidaria al patrimonio público la suma de un billón cuatrocientos veintiún mil ciento setenta y cuatro millones doscientos noventa y ocho mil cinco pesos con cuarenta centavos (\$1.421.171.298.105,40).

Mediante la Resolución N°. 2414 del 24 de noviembre de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar la EPS SALUDCOOP OC por un término de dos (2) años.

A través del oficio 2015ER0121853 del 30 de noviembre de 2015, el agente especial liquidador de SALUDCOOP EPS OC (hoy en liquidación), comunicó a la Contraloría General de la República la Resolución N° 2414 del 24 de

noviembre de 2015, al tiempo que notificó la orden de i) dar aplicación a las medidas preventivas obligatorias previstas en el artículo tercero de la Resolución N°. 2414 del 24 de Noviembre de 2015 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, en el artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), y en los artículos 9.1.1.1.1. y 9.1.1.1.2 del Decreto 2555 de 15 de julio de 2010; y, ii) hacerse parte dentro del proceso liquidatorio como acreedor de la intervenida.

- La Agente Liquidadora de Saludcoop EPS OC, procedió de manera unilateral y en ejercicio de sus competencias, a ordenar a las oficinas de registro de instrumentos públicos, cámaras de comercio, etc., el levantamiento inmediato de los embargos previamente registrados a favor de la Contraloría General De La República, y que hacían parte del cuaderno de medidas cautelares del proceso de cobro coactivo fiscal J-1549 abierto por la Dirección de Jurisdicción Coactiva de la CGR, con base en el título ejecutivo conformado por el fallo fiscal y sus recursos. Fruto de esta determinación fueron desembargados cerca de ciento veinte (120) bienes inmuebles de propiedad de SALUDCOOP EPS OC junto con su establecimiento de comercio y las cuotas o partes de interés y/o participación de cerca de cuarenta y un (41) sociedades que conformaban el Grupo empresarial SALUDCOOP EPS OC, destacándose la participación accionaria mayoritaria de la compañía en Cafesalud.

- El 18 de enero de 2016, bajo radicado 32250, la Contraloría General de la República se hizo parte como acreedor en el proceso liquidatorio de Saludcoop EPS OC, presentando para tal efecto el título ejecutivo contenido en el fallo con responsabilidad fiscal proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal IP 010 de 2011, cuyo monto asciende a \$1.421.174.298.105,40 más intereses de mora. Se solicitó como pretensión principal la exclusión de la masa liquidatoria del valor del crédito fiscal y en consecuencia tendría que ser considerado dentro de la "no masa". De forma subsidiaria, se expuso que en todo caso y como mínimo, la acreencia fiscal se tornaba en crédito privilegiado en los términos del artículo 2493 Código Civil y por tanto, por disposición del numeral 1 del artículo 293 del Estatuto Orgánico de Sistema Financiero (EOSF) debía ser preferido y considerado de primera clase frente a los demás.

- El 3 de febrero de 2016, el agente liquidador de la época, profirió la Resolución 0010, por medio de la cual resolvió que la acreencia presentada por la CGR bajo el radicado N°. 32250 no hacía parte de la "no masa", por lo tanto ésta debía ser graduada y calificada como un crédito a ser satisfecho con la masa liquidatoria, decisión contra la cual la CGR interpuso recurso de reposición, sin respuesta por parte del Agente Liquidador de SALUDCOOP.

- El 18 de marzo de 2016 el Agente Especial Liquidador de SALUDCOOP EPS OC corrió traslado de las Resoluciones 00178 del 29 de febrero de 2016 y 1080 del 11 de marzo de 2016, por los cuales graduó y calificó las acreencias oportunamente presentadas, determinando que la acreencia 32250 presentada por la CGR era un crédito quirografario de quinta clase y no gozaba del privilegio reclamado.

- El 10 de agosto de 2016, la agente especial liquidadora de Saludcoop EPS OC, expidió la Resolución N° 1935 *"Por medio de la cual se revocan los actos administrativos a través de los cuales se realizó la calificación y graduación de las reclamaciones presentadas oportunamente. Resolución 00010 del 29 de febrero de 2016, 00178 del 29 de febrero de 2016. 00179 del 7 de marzo del 2016 y 180 del 11 de marzo de 2016"*, decisión contra la cual la CGR interpuso recurso de reposición, el cual fue negado.

- En lo que incumbe a la acreencia No. 32250 presentada oportunamente por la Contraloría General de la República, la Agente Liquidadora de SALUDCOOP resolvió no acceder a la pretensión principal de excluir de la Masa de Liquidación la suma de \$1.421.174.298.105,40 más intereses de mora, y desestimó la pretensión subsidiaria de reconocer a la CGR como acreedor de primera categoría de crédito a favor del fisco, por la suma de \$1.421.174.298.105,40 más intereses de mora.

Resulta imposible aceptar que la acreencia bajo radicado N° 32250 solamente sea reflejo de una actuación administrativa, habida cuenta que el fallo con responsabilidad fiscal, en realidad ordena la devolución al Sistema General de

Seguridad Social en Salud a través del administrador FOSYGA, de unos recursos parafiscales que habiendo sido administrados por Saludcoop EPS OC (hoy en liquidación) en su papel de aseguradora del SGSSS, fueron desviados por dicha entidad durante el periodo comprendido entre 1998 y 2010, recursos que deben retornar al sistema.

- En lo que respecta a la venta de CAFESALUD EPS S.A. y a lo que considera la inminencia de las pérdidas de los recursos pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), advierte que los recursos obtenidos por el producto de la venta de CAFESALUD EPS, no serán destinados principalmente a satisfacer las acreencias de SALUDCOOP, sino a pagar los pasivos de CAFESALUD, lo que evidencia el incumplimiento de los deberes señalados por el numeral 9º del artículo 295 del Decreto No. 663 de 1993.

- Solicita que se ordene a la agente especial liquidadora de SALUDCOOP EPS OC en liquidación, de garantizar que como parte del producto de la venta de CAFESALUD EPS y ESIMED, sea satisfecho el pago del crédito fiscal con destino al SGSSS, en cumplimiento del previo cubrimiento de los recursos adeudados al FOSYGA en los términos del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016; y/o garantizar el reconocimiento del crédito fiscal como excluido de la masa liquidatoria, proveyendo el mecanismo para su satisfacción efectiva dentro del proceso de venta de CAFESALUD EPS y ESIMED.

2.6. MEDIMAS EPS S.A.S.

Por intermedio de su apoderado, la entidad vinculada al proceso se pronunció sobre la demanda en los siguientes términos:

- MEDIMAS EPS SAS, es una persona jurídica diferente a CAFESALUD EPS S.A., al punto que corresponde a distintas matriculas mercantiles, distintos NIT, distintos representantes legales y diferentes accionistas.

- Mediante Resolución No 2426 del 19 de julio de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud aprobó el Plan de Reorganización Institucional presentado

por CAFESALUD EPS S.A., consistente en la creación de una nueva entidad (MEDIMÁS EPS NIT 901.097.473-5). Las condiciones para la reorganización institucional de CAFESALUD EPS SA, que comportó la creación y venta de las acciones de una EPS nueva, obedece a unas estipulaciones establecidas en el Reglamento de Acreditación y Venta de los Activos, Pasivos y Contratos de Cafesalud EPS S.A.S., emitido por la liquidadora de Saludcoop EPS OC en liquidación, dentro del contexto de una realización de activos de SALUDCOOP, mediante la venta del 100% de acciones de CAFESALUD en una sociedad futura (Newco).

- El proceso de venta de las acciones de CAFESALUD en una futura EPS, fue adjudicado el día 24 de mayo de 2017 al Consorcio PRESTASALUD, el cual está conformado por un grupo destacado de prestadores de salud, entre ellas: Miocardio S.A.S, Medicalfly S.A.S, Organización Clínica General del Norte S.A., Corporación Nuestra IPS, Procardio Servicios Médicos Integrales Ltda.; MedPlus Medicina Prepagada S.A., Fundación Esensa, Fundación Saint, Centro Nacional de Oncología S.A., Cooperativa Multiactiva para los Profesionales del Sector Salud, Sociedad de Cirugía de Bogotá, Hospital de San José y el Hospital Infantil Universitario de San José.

En desarrollo de la mencionada adjudicación, el día 23 de junio de 2017, se suscribió el contrato de venta de acciones respecto de la futura EPS (MEDIMÁS), el cual fue suscrito por CAFESALUD como vendedora, y la sociedad PrestNewCo S.A.S. como compradora, esta última albergando a los consorciados. La venta efectiva de las acciones de CAFESALUD en MEDIMÁS EPS SAS, se perfeccionó el día 26 de julio de 2017 de acuerdo a los libros de accionistas.

La función de aseguramiento en salud por parte de Cafesalud EPS, fue hasta el día 31 de julio de 2017 y por su parte, la función de aseguramiento en salud por parte MEDIMÁS EPS SAS comenzó el día 1 de agosto de 2017.

Con el perfeccionamiento de la venta de acciones sobre MEDIMÁS EPS SAS y el inicio de la asunción de labores de aseguramiento por parte MEDIMÁS, dejó

de existir el capital social de CAFESALUD o del grupo SALUDCOOP en MEDIMÁS, por lo que a partir del 1º de agosto de 2017 comenzó la operación de una nueva entidad, con capital y accionistas diferentes de CAFESALUD, dejando atrás todo lo relacionado con el Grupo SALUDCOOP.

- Alega que los actores no han presentado a MEDIMÁS EPS S.A.S, reclamación alguna que agote el requisito de procedibilidad, el cual, es un instrumento que le permite acceder a la administración de justicia, y también una garantía del debido proceso para MEDIMÁS EPS, para defenderse aún antes de la presentación de una acción. A la fecha de contestación de la presente acción, no se ha recibido por parte de los actores, escrito o solicitud alguna que constituya la reclamación sobre los hechos objeto de la demanda y de cara a las pretensiones presentadas.

Al no habersele reclamado previamente a MEDIMÁS, debe ser declarada la excepción de inexistencia del derecho de acción frente a MEDIMÁS por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, y por consiguiente, negársele todas las pretensiones de la demanda.

- Los actores populares no son miembros de la colectividad presuntamente afectada con el procedimiento mercantil implementado por SALUDCOOP, esto, al no ser Gestores de Salud, aseguradoras o IPS o ESE y, por lo tanto, no tienen legitimación por activa para iniciar esta acción popular.

- Los actores populares no pueden desconocer que la adjudicación efectuada el día 24 de mayo de 2017, consolidó una situación de carácter particular, en la cual se generaron derechos y obligaciones para el consorcio PRESTASALUD, representado hoy en día por la sociedad PRESTNEWCO S.A.S, accionista de MEDIMÁS EPS S.A.S.

- Evidenciada la existencia de la relación contractual, derivada del cumplimiento de los requisitos exigidos en el Reglamento de Venta y por la oferta y aceptación presentada, no pueden los actores pretender, que se ajusten los términos de un reglamento vía acción judicial, por cuanto el proceso de selección terminó con

la adjudicación y desde ese momento existe un derecho adquirido y se desconocería flagrantemente normas que regulan la formación de las obligaciones, ya que estas, solamente pueden nacer del concurso real de las personas involucrada en un negocio y no por la intervención judicial solicitada por los actores.

Por ende, resulta improcedente acceder a las pretensiones de reajustar los términos de un proceso de venta privado, por cuanto el contrato quedó perfeccionado el día 24 de mayo con la adjudicación, fecha para lo cual terminó el proceso de selección de contratista.

- Los miembros del consorcio PRESTASALUD, como particulares interesados en la celebración de un contrato privado, atendieron todos y cada uno de los requisitos previstos en el Reglamento de acreditación y venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS S.A. y de las acciones de CAFESALUD en Estudios e Inversiones Médicas ESIMED S.A., como se deduce de la documentación presentada con la oferta y de la adjudicación efectuada por parte de SALUDCOOP OC en liquidación. Por tal razón, el consorcio estuvo al tanto de cada una de las adendas que se presentaron dentro del proceso, participando activamente en la fase de acreditación, regulada en el numeral 6º del reglamento, a su vez también efectuó su debida diligencia al estudiar el cuarto de datos, el cual contenía la información general de CAFESALUD EPS, en consonancia con el artículo 8.2 del reglamento, se procedió a la entrega de las ofertas con el lleno de los requisitos, a lo que se consideró como una oferta válida. A su vez, la oferta del consorcio en lo referente al numeral 9,2 del reglamento, fue evaluada y calificada en los términos del reglamento, y finalmente, el consorcio ha cumplido con todos y cada uno de los presupuestos planteados durante el proceso de venta.

El consorcio PRESTASALUD, hoy constituido como la sociedad PRESTNEWCO S.A.S., único accionista de MEDIMÁS EPS S.A.S., y la EPS, han actuado de buena fe de acuerdo al reglamento de venta.

- En el reglamento de venta nunca se mencionó que existiera limitación alguna en caso de presentarse un oferente único para uno de los activos, para dos de ellos o integralmente para los tres. Los presupuestos del reglamento estuvieron orientados a permitir la concurrencia de múltiples actores interesados en presentar ofertas sobre cada uno de los componentes de la venta, asunto que se materializó con el fraccionamiento del objeto de la venta y con la reglamentación sobre la acreditación de experiencia en gestión de salud.

- Se equivocan los actores al tratar de señalar que la oferta única integral presentada por PRESTASALUD, pudo haber afectado la maximización de los recursos que esta le generaba a CAFESALUD, ya que con creces la oferta fue ostensiblemente superior al precio base oculto de setecientos cincuenta mil millones de pesos, frente a 1.45 billones de pesos.

- El consorcio PRESTASALUD acogió en lo referente a la experiencia de acreditación de gestión en salud, todas las exigencias legales y del reglamento de venta, lo cual al final deparó en que se cumplió el lleno de requisitos reglamentarios, que devienen de las normas pertinentes en materia de salud. No es dable que se afirme que el consorcio no cuenta con experiencia en gestión de salud, ya que está demostrado que al habersele adjudicado la venta de las acciones de CAFESALUD en MEDIMÁS y las acciones de ESIMED, cumplió con todas y cada una de las exigencias previstas en el mencionado reglamento.

- En el caso de MEDIMÁS, una vez entró en operación el 1º de agosto de 2017, le fueron cedidos aproximadamente cuatro mil doscientos seis (4206) funcionarios a nivel nacional, con la suficiente experiencia en los temas de aseguramiento en salud, en calidad, jurídico, auditorias, control interno, contable, administrativo, financiero, operativo y en el tema de recursos humanos entre otros, distribuidos en los diferentes niveles de competencias laborales.

Por otra parte, uno de los requisitos a evaluar lo constituyó el modelo de atención en salud, el cual cumplió como tal para ser valorado en el proceso de venta y también en el trámite de aprobación del Plan de Reorganización

Institucional de CAFESALUD, como se desprende de la presunción de legalidad de la Resolución No 2426 del 19 de julio de 2017 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

- Para el 1º de agosto de 2017, día en que la EPS MEDIMÁS da inicio a sus operaciones, los prestadores de salud consorciados no son su accionista y por ende, no se puede predicar que se esté en el evento que el asegurador y prestador sea uno mismo. Debe tenerse claridad con que la famosa imposibilidad de ser asegurador y prestador al mismo tiempo, se encuentra fuera de contexto, por la potísima razón que la sociedad PRESTNEWCO S.A.S., no es una IPS y por ende, no tiene por objeto la prestación de servicios asistenciales.

- No se entiende como se pretende dar un tratamiento privilegiado a las acreencias de las Empresas Sociales del Estado (ESE) frente a CAFESALUD, cuando CAFESALUD aún existe. La mencionada EPS no se encuentra en liquidación y es a esa entidad a la que naturalmente le corresponde hacer los pagos de los servicios que recibió, en efecto, en consonancia con el Reglamento de Venta, los pagos que realice PRESTNEWCO, están dirigidos a CAFESALUD quien dentro de su órbita de gestión atenderá sus acreencias.

- El reconocimiento de las compensaciones como medio de pago dentro del contrato de compraventa, es un claro reconocimiento a los consorciados, que como Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, invirtieron su capital de trabajo para la prestación de servicios contratados por CAFESALUD, con lo cual se permitió poder consolidar la única oferta integral para la adquisición de los activos objeto de venta, aspecto con el cual se pudo dar continuidad a la prestación de servicios asistenciales, por lo que, este mecanismo fue útil para el sistema de salud, además que se encuentra amparado en los términos del Código Civil. El proceso de venta no se refiere al patrimonio público, lo que implica la inexistencia de la vulneración alegada por los actores populares.

- El proceso de venta de unas acciones en una EPS nueva y de las acciones de ESIMED, por parte de CAFESALUD como particular, así hubiera estructurado

el proceso un agente liquidador de una EPS particular (SALUDCOOP), esto no muta la órbita de la moral cuestionada, la cual está atada a la naturaleza de los bienes objeto de venta y a su régimen jurídico aplicable. Al ser las acciones privadas y el dinero con el que se paga la venta privado, no es exigible una moralidad administrativa, por estar en la órbita de la moralidad privada, que gobierna los actos entre particulares.

- Desde el primer momento existió publicidad del procedimiento y convocatoria de interesados, así como también pluralidad de interesados acreditados dentro del expediente, se permitió el acceso a la información del Data Room (cuarto de datos), se permitió requerir y acceder a más información, las reglas de las etapas y oportunidades para los interesados fueron claras se permitieron hacer observaciones para modificar el reglamento, se determinó un precio oculto derivado de un estudio de mercado que previamente efectuó SALUDCOOP a través de una Banca de Inversión, se realizó el trámite ante la Superintendencia de Industria y Comercio relacionado con el ejercicio de la libre competencia, se cumplieron unos requisitos de acreditación de experiencia en gestión de salud, requisitos de acreditación de capacidad financiera y las ofertas fueron presentadas en debida forma y fueron calificadas y evaluadas conforme a lo previsto en el reglamento de venta.

Todo quedó condicionado a la aprobación del Plan de Reorganización Institucional de CAFESALUD consistente en la creación de una entidad nueva, el cual fue presentado entre CAFESALUD y MEDIMÁS a la Superintendencia Nacional de Salud, quien emitió la Resolución No 2426 del 19 de julio de 2017, por medio de la cual se aprobó el mencionado plan.

2.7. CAFESALUD EPS S.A.

La entidad por intermedio de su apoderada se pronunció en los siguientes términos:

- SALUDCOOP EPS en Liquidación recibió veintidós solicitudes de acreditación, remitidas por 9 interesados diferentes, todos los cuales fueron declarados por

como "interesados acreditados". Finalizado el proceso de acreditación, SALUDCOOP dio a todos los interesados acreditados acceso a un cuarto de datos virtual, el cual estaba compuesto por información disponible financiera, jurídica y contable de CAFESALUD.

Durante el proceso de venta, CAFESALUD EPS S.A., no tuvo participación alguna, el papel de la EPS se limitó únicamente a prestar apoyo logístico para la puesta en conocimiento de la información de la entidad a los interesados.

- CAFESALUD EPS S.A., carece de legitimación en la causa por pasiva por cuanto durante el proceso de venta, la EPS no tuvo participación alguna, el papel de la misma se limitó únicamente a prestar apoyo logístico para la puesta en conocimiento de la información de la entidad a los interesados. El proceso de venta fue adelantado en su totalidad por la Agente Liquidadora de SALUDCOOP EPS OC en Liquidación, toda vez que esa entidad posee la mayoría accionaria de la compañía, y como SALUDCOOP EPS se encuentra en liquidación, es apenas lógico que se tengan que enajenar los activos de la misma,

Por otra parte, la falta de legitimación se sustenta en el perfeccionamiento del proceso de venta y la entrada en operación de MEDIMÁS EPS S.A.S., entidad beneficiaria del plan de reorganización institucional aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud mediante la resolución 2426 del 19 de julio de 2017.

CAFESALUD EPS S.A., ya no cuenta con la no cuenta con la habilitación para prestar el servicio de salud, lo que significa que no tiene la capacidad de tomar medidas para la protección de los derechos de los afiliados.

2.8. PRESTNEWCO S.A.S.

El apoderado de la sociedad demandada se pronunció así:

- Tal y como se puede constatar en el Adendo sexto al Reglamento de Acreditación y Venta de los Activos y Pasivos de Cafesalud E.P.S. S.A. y de las Acciones de Estudios e Inversiones Medicas S.A. ESIMED S.A., el cronograma de actividades establecía que la apertura del cuarto de datos, la presentación y evaluación de las ofertas, así como la suscripción del contrato, se surtiría en el periodo comprendido entre el 17 de enero y el 7 de junio de 2017.

- SALUDCOOP EPS en liquidación recibió veintidós (22) solicitudes de acreditación remitidas por nueve interesados distintos, los cuales fueron denominados por la misma entidad en liquidación como "Interesados Acreditados", tal y como se puede constatar en la prueba documental aportada al expediente en la contestación de parte presentada por la EPS.

- PRESTNEWCO S.A.S. en su calidad de particular no tenía la posición de garante de la protección de los derechos colectivos invocados y que erradamente afirman los accionantes se vieron conculcados con el proceso de enajenación. Así, no se acudió al proceso de enajenación en cumplimiento de funciones administrativas, y no se tenía la posibilidad de afectar el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

De otro lado, se trata de un negocio jurídico de derecho privado y no de un proceso de contratación estatal, ni de la enajenación de un bien público, motivo por el cual no hubo afectación al patrimonio público.

- Respecto a los derechos colectivos de los usuarios y al acceso a los Servicios Públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, vale la pena poner de presente que en desarrollo del proceso de enajenación la sociedad cumplió con lo requerido en el Reglamento del proceso en cuanto a los requisitos encaminados a garantizar los derechos de los usuarios y la prestación eficiente y oportuna del servicio de salud.

Como resultado de la adjudicación se constituyó una persona jurídica de derecho privado independiente a PRESTNEWCO S.A.S., cuya denominación es MEDIMÁS EPS S.A.S, quien tiene a cargo de manera autónoma las

obligaciones propias que le imponen las normas del sistema de salud; y que como se verificará en líneas posteriores, ha venido cumpliendo con mejoras sustanciales con respecto a CAFESALUD EPS, tal y como lo prueban los indicadores de gestión, con la prestación del servicio y la garantía de los derechos de los usuarios, hecho que adicionalmente, está siendo verificado por la Superintendencia Nacional de Salud, autoridad administrativa competente en la materia.

- La litis del presente proceso y el problema jurídico que se debe resolver corresponde a establecer si hubo o no afectación a los derechos colectivos invocados por los accionantes por cuenta del proceso de enajenación. Los actores populares en su escrito de demanda no propusieron al despacho analizar si hoy y luego del proceso de enajenación MEDIMÁS EPS se encuentra o no prestando correctamente el servicio de salud.

- No existe vulneración al derecho colectivo a la libre competencia económica pues el proceso de enajenación se hizo con plena sujeción a las normas que garantizan tal derecho colectivo, como lo certificó la Superintendencia de Industria y Comercio, que certificó el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009.

Ni el Ministerio de Salud y Protección Social, ni la Superintendencia Nacional de Salud, estructuraron ni dirigieron el proceso de enajenación. Así mismo, el mecanismo empleado para la venta de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS y acciones de ESIMED S.A, no corresponde al de una "subasta pública", como falsamente lo afirman los actores populares, y las normas aplicables que rigen el proceso de enajenación referido, no son las del Estatuto General de Contratación Estatal de la Administración Pública sino las del Derecho Privado.

- Desde el proceso de reorganización Institucional que debía adelantar CAFESALUD EPS S.A. para la constitución de la "Newco", hoy Medimás, ya se debía cumplir con un conjunto de requisitos que están directamente encaminados a proteger los derechos de los usuarios de salud y garantizar la

continuidad de la prestación del servicio público. En el trámite la Superintendencia Nacional de Salud verificó tanto el cumplimiento de los requisitos como la idoneidad de los nuevos accionistas.

- El Reglamento de venta integró desde sus exigencias un grupo de requisitos exclusivamente orientados a verificar la experiencia y la capacidad técnica del oferente seleccionado para prestar adecuadamente el servicio público de salud y garantizar los derechos de los usuarios, de conformidad con las normas sobre la materia, requisitos a los que se les dio estricto cumplimiento durante el proceso, y que acreditó el adjudicatario para que su oferta hubiera sido considerada y aceptada.

- Dentro del proceso operó la figura de la sustitución de empleador, protegiendo con ello la fuente de empleo y derechos de los 4.075 trabajadores que tenía a su cargo CAFESALUD, y se aseguró la continuidad en la operación de la actividad del aseguramiento, en la medida en que la compañía sigue funcionando con el mismo personal.

- El Reglamento exigió como requisito fundamental para la presentación de una oferta, anexar un modelo de atención en salud y un modelo de gestión, ampliamente descritos en el Anexo 7 del mismo. Los elementos mínimos que debía contener tanto el Modelo de Atención en Salud como el Modelo de Gestión, debían evidenciar con claridad las estrategias dirigidas a lograr resultados satisfactorios basados en los indicadores de seguimiento a las EPS contenidos en la Resolución No. 256 de 2016, expedida por el Ministerio de Salud. Es de resaltar que el reglamento exigió que estos modelos serían calificados por una comisión de expertos, como efectivamente aconteció dando lugar a la aprobación de la oferta del Consorcio PRESTASALUD.

- PRESTNEWCO S.A.S. es una persona jurídica Independiente de MEDIMÁS EPS S.A.S, entidad que ejerce las actividades de aseguramiento en salud, y esta a su vez es independiente de la red de IPSs cuya propiedad esté en cabeza de los accionistas de Prestnewco S.A.S. En ese orden MEDIMÁS EPS S.A.S no ocupa simultáneamente las calidades de asegurador y prestador de servicios

de salud, por lo que no existe ni existirá el riesgo de que el asegurador vaya a trasladar completamente al prestador sus responsabilidades sobre gestión del riesgo.

La EPS, en el evento de llegar a contar con su propia red de IPSs y de querer contratar con la misma actuará en estricto cumplimiento de lo previsto en la normativa aplicable sobre el control del gasto, específicamente el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

- Los accionantes malintencionadamente ocultan que CAFESALUD EPS, contrario a SALUDCOOP EPS en liquidación, no se encuentra en causal de liquidación y por tal motivo, no le son aplicables las reglas relativas a la prelación de créditos, por lo que no le es aplicable la prohibición contenida en el artículo 301, numeral 2º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Por demás, al ser una prohibición expresa, ésta debe Interpretarse de forma restrictiva.

- El valor de COP 1,45 billones de pesos, que se obtuvo por el proceso de enajenación adelantado, constituye una cifra de capital Importancia para garantizar en su gran mayoría el pago de los pasivos a cargo de Cafesalud. Por el contrario, de no haberse logrado dicho valor u obtenido uno inferior, sin duda se vería seriamente comprometido la capacidad de pago de Cafesalud EPS respecto del Sistema de Salud y sus demás acreedores, hecho que si constituiría una grave afectación al patrimonio público.

- En aras de dilucidar que el proceso de enajenación en modo alguno vulneró el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, comprender que: i) no se trató de una actuación en ejercicio de funciones administrativas, ii) el proceso no se rigió ni debió regirse por normas de Contratación Estatal, iii) no existe vulneración del patrimonio público debido a que Cafesalud EPS S.A., es una persona jurídica de derecho privado y con el producto de la operación pretende honrar sus obligaciones crediticias con el Sistema de Salud y sus demás acreedores, iv) el proceso de enajenación tuvo una sujeción estricta a las normas a éste aplicables, a saber, las propios del derecho privado respetando en todas sus fases, el ordenamiento jurídico colombiano.

- La presente acción fue interpuesta por los actores populares con absoluto desconocimiento de la realidad y el desarrollo del proceso de enajenación. De manera temeraria la acción se funda en un documento de observaciones e inquietudes formuladas por la Procuraduría General de la Nación, que no es el resultado de un proceso de investigación en ejercicio de sus funciones, sino en un escrito que se limitaba a dirigir una serie de inquietudes a los participantes del proceso, las cuales fueron resueltas de fondo y de manera oportuna.

- Solicita que se condene en costas a los demandantes por la evidente temeridad y mala fe demostrada en el proceso.

2.9. POSSE HERRERA & RUIZ S.A.

La sociedad vinculada al proceso contestó la demanda argumentando:

- POSSE HERRERA & RUIZ S.A. (PHR) no realizó la valoración de CAFESALUD Y ESIMED, y carece de todo interés en la relación jurídica sustancial que se debate en este proceso, siendo evidente que las razones de su vinculación son inexistentes.

- La participación de PHR en el proceso de venta de los activos de Cafesalud y de las acciones de Esimed, se limitó a la prestación de dichos servicios jurídicos a MBA LAZARD COLOMBIA S.A.S ("Lazard"), consistentes principalmente en las siguientes actividades: i) proceso de debida diligencia de las contingencias legales y preparación de un reporte de debida diligencia legal; ii) elaboración de borradores y discusión jurídica del reglamento de venta del proceso, en el entendido de que la decisión final sobre el reglamento de venta del proceso y de las adendas publicadas fue siempre de Saludcoop en Liquidación y de Cafesalud; iii) estructuración jurídica de los contratos de venta y demás contratos a través de los cuales se estructuraría la transacción; iv) acompañamiento en las actividades legales de cierre de la operación; y v) acompañamiento en las actividades legales de post-cierre.

- PHR no determinó el precio mínimo ni ningún otro precio para la venta de los activos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED, ni estableció, analizó o de cualquier otra forma determinó los criterios para fijarlo. Tampoco adoptó la decisión de vender dichos activos y acciones de una u otra forma, ni tomó ninguna otra decisión relativa a la ejecución del proceso, pues su papel fue siempre y se limitó a ser el asesor legal de LAZARD. Tales determinaciones estuvieron siempre en cabeza de SALUDCOOP y de CAFESALUD.

Por otra parte, las autorizaciones exigidas por las normas aplicables para la reorganización institucional de CAFESALUD y el cambio en la composición accionaria de ESIMED fueron adoptadas por la Superintendencia Nacional de Salud, entidad competente para ello.

- En el contrato de 27 de mayo de 2016, celebrado entre LAZARD y SALUDCOOP y que sirvió de base al Tribunal para vincular a PHR al proceso, se determinó el alcance del mismo en dos fases, según consta en la Cláusula Segunda de éste. La primera fase, tuvo por objeto elaborar el diagnóstico legal, fiscal, contable y financiero, valoración de los activos y el diseño de estructura de transacción para la venta de los activos definidos en el párrafo segundo de esta cláusula, y la segunda, consistía en implementar y promocionar la estrategia aprobada de transacción y venta de los activos. En el contrato, PHR fue asesor jurídico de Lazard y no de Saludcoop ni de persona distinta.

- El precio mínimo del proceso de venta de los activos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED fue decidido en una reunión privada, cuyos únicos asistentes fueron la liquidación de SALUDCOOP y el representante legal de CAFESALUD, sin ninguna participación por parte de LAZARD ni de sus asesores, según consta en el acta de fijación del precio mínimo.

- La venta de los activos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED ya se encuentra perfeccionada, razón por la que las pretensiones de la demanda, dirigidas a suspender y ajustar dicho procedimiento de enajenación, carecen de objeto, son jurídicamente inviables y por tanto deberán rechazarse. Las únicas pretensiones vigentes se encuentran relacionadas con la supuesta violación del

derecho colectivo a la libre competencia económica y a la adecuada y efectiva prestación del servicio de salud.

- PHR no es una Entidad Promotora de Salud, ni una Institución Prestadora de Salud, ni presta servicios de aseguramiento en salud o servicios médicos. De igual manera, la sociedad tampoco es la autoridad administrativa encargada de definir temas de competencia empresarial, lo que le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio.

La sociedad demandada no ha amenazado o violado ninguno de los derechos colectivos objeto del proceso, ya que solo se limitó a prestar una asesoría jurídica.

2.10. LAZARD COLOMBIA S.A.S.

La sociedad vinculada al proceso contestó la demanda argumentando:

- SALUDCOOP contrató a LAZARD como asesor financiero para el proceso de venta. La participación de LAZARD se dividió en dos fases así: i) se llevó a cabo un diagnóstico legal, fiscal, contable y financiero, la valoración de los activos y se sugirieron diseños para la estructura de la transacción, cuya aprobación recaía única y exclusivamente sobre SALUDCOOP, para lo cual, Lazard subcontrató a su vez y se apoyó en la firma legal POSSE HERRERA RUIZ y en la firma contable PRICEWATERHOUSECOOPERS (el equipo asesor); y ii) Lazard y Posse Herrera Ruiz acompañaron la implementación de la estrategia de transacción y venta de los activos.

El rol de LAZARD en el proceso de venta quedó circunscrito y delimitado bajo los estrictos y precisos términos del contrato de prestación de servicios celebrado el 27 de mayo de 2016 entre SALUDCOOP y LAZARD.

- La sociedad ejecutó una importante labor de mercadeo del proceso de venta, con el fin de asegurar la concurrencia de múltiples interesados al proceso. Así, con base en su análisis del mercado, LAZARD sugirió a SALUDCOOP

diferentes compañías que podrían participar en el proceso, y SALUDCOOP aprobaba o no invitarlas al proceso. Una vez se recibía la aprobación de SALUDCOOP, LAZARD las invitaba al proceso y gestionaba su participación de acuerdo a las reglas establecidas.

- El proceso de venta de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED estuvo estrictamente vigilado por diferentes autoridades administrativas dentro del ámbito de sus respectivas competencias, como fue el Ministerio Nacional de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras.

- LAZARD nunca participó en la toma de decisiones sobre la operación de venta de los activos y pasivos de CAFESALUD ni las acciones de ESIMED, siendo que la participación de LAZARD se limitó a la asesoría financiera y como asesor, sus recomendaciones no eran vinculantes. En este sentido, el Contrato es muy claro en establecer que SALUDCOOP se reservaba la aprobación de las metodologías o parámetros puestos a su consideración. De manera que la toma y ejecución de decisiones sobre la operación siempre fue competencia exclusiva de SALUDCOOP, el Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud.

- LAZARD presentó el "*Informe de Valoración*" en 2017, que contenía una valoración de los activos y pasivos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED, con diferentes escenarios y rangos de valor para cada uno de ellos. El informe se presentó para que SALUDCOOP tuviera un marco de referencia para establecer el precio mínimo de venta, sin embargo, como lo dispone el Contrato, era potestativo de SALUDCOOP optar por una u otra posibilidad respecto del previo de venta planteada en el informe.

- El 16 de mayo de 2017, la Agente Especial Liquidadora de SALUDCOOP y el representante legal de CAFESALUD se reunieron (sin presencia de LAZARD) para determinar el precio mínimo de: i) el Régimen Contributivo, ii) el Régimen Subsidiado; y iii) las Acciones de Esimed. El precio mínimo establecido para cada uno de los escenarios debía permanecer en reserva y secreto hasta el

momento de la adjudicación, por lo que el documento con dichas cifras fue guardado en un sobre sellado, que se entregó para su conservación y custodia a la compañía Manejo Técnico de Información, miembro del Grupo Thomas Greg & Sons.

Así las cosas, LAZARD no participó en la decisión sobre el precio mínimo de venta de Cafesalud y de las acciones de ESIMED, así como tampoco fijó dicho precio mínimo. De hecho LAZARD sólo conoció el precio mínimo fijado por la Agente Especial Liquidadora de SALUDCOOP y el representante legal de CAFESALUD, el día de adjudicación de la oferta, momento en el cual se reveló el precio mínimo al público en general.

- Ante la manifiesta falta de legitimación en la causa por pasiva de LAZARD, se solicita denegar todas las pretensiones de la demanda en contra de la compañía.

- El proceso de venta de CAFESALUD fue un proceso de venta de activos privados que se llevó a cabo luego de una convocatoria pública, pero regido por el derecho privado. Las normas sobre contratación pública no eran aplicables y no había ningún requisito legal de organizar la venta como una subasta.

- LAZARD realizó una labor importante para contribuir a que se garantizara la concurrencia de interesados al proceso de venta. La sociedad sugirió a SALUDCOOP compañías a ser contactadas, y cuando SALUDCOOP así lo instruyó hizo acercamientos previos con esas compañías para informar sobre el proceso y sondear el interés de las mismas, y atendió las solicitudes de los interesados para garantizar, dentro de lo que le era posible bajo el estricto marco de su actividad

Atendiendo a lo dispuesto en el Contrato, todos los interesados tuvieron un acceso equitativo a la información y esa información fuera suficiente para que los interesados tomaran decisiones informadas.

En el proceso participaron 9 potenciales interesados, que presentaron 22 acreditaciones así: (i) Inversiones Clínicas S.A.S., (ii) Consorcio Hospitales y Clínicas Prestadoras de Salud de Colombia (Consorcio Prestasalud);, Salud Total E.P.S., Caja de Compensación Familiar Compensar, Ribera Salud S.A., Grupo Bupa Sanitas S.L., Centene Corporation, Caja de Compensación Familiar - Cafam; y United Health Group Incorporated. Sin embargo, ante las características particulares de los activos objeto de venta, 7 de ellos decidieron retirarse y no ofertar, y 2 oferentes efectivamente se presentaron, lo cual evidencia que se garantizó la libre competencia. Dada la complejidad del activo que estaba en venta, entre otras, por su cuantía y tamaño y por la crisis financiera y operativa en que se encontraba, así como por las vicisitudes que la prestación masiva del servicio de salud naturalmente implica y por la incertidumbre regulatoria en el sector, el número de participantes en el proceso se puede considerar más que suficiente y acorde para garantizar la libre competencia económica.

- La Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de autoridad nacional de protección de libre competencia económica, tuvo un rol fundamental en el proceso de venta. El adjudicatario debía obtener, como condición precedente a la suscripción del contrato de compraventa, la autorización de dicha autoridad para realizar la integración.

- Los recursos que se obtuvieron por la venta de CAFESALUD serán destinados al pago de las diferentes acreencias, en el orden de privilegio que establece la Ley. Así mismo, bajo el proceso de venta, los acreedores de CAFESALUD que quisieran que se les reconociera como parte del precio de compra la posibilidad de condonar a CAFESALUD obligaciones o de capitalizarlas, debían en cualquier caso pagar por lo menos un peso en efectivo, por cada peso condonado o capitalizado. La posibilidad de condonar parte del pasivo fue un incentivo que ayudó a incrementar el valor en efectivo disponible para saldar deudas de CAFESALUD al tener un efecto doble, ya que redujo la totalidad de las acreencias de los miembros del consorcio y dejó dinero en efectivo (caja).

- Al momento en que se rindió el Informe de Valoración, CAFESALUD era un activo en una profunda crisis operativa y financiera (distress operativo y financiero), y tenía un flujo de caja negativo que la forzaba a apalancarse con sus proveedores, lo cual tenía a su vez un "efecto bola de nieve" que incrementaba sus pasivos, al no poder cumplir tampoco con esas obligaciones. En términos financieros, la valoración presente de CAFESALUD al momento del Informe de Valoración era mínima, y en realidad su valoración económica correspondió a la gestión de transformación que pudiese hacer un tercero en el futuro, es decir, al potencial que tenía el activo para recuperarse. El informe no establece un precio, ni siquiera lo sugiere, por el contrario, determina unos rangos dentro de los cuales podría fijarse el precio mínimo de los activos en venta, de forma que SALUDCOOP los pudiera tomar como parámetros o referencia, si así lo quería.

El proceso de venta fue totalmente exitoso, al punto que el precio de venta fue de \$1.45 billones, más del doble de los \$700.000 millones que SALUDCOOP estableció como precio mínimo. Así las cosas, los recursos que SALUDCOOP habría de obtener con la transacción no se vieron menoscabados, sino todo lo contrario, se obtuvo una cifra muy superior al precio mínimo de venta fijado, logrando con ello la venta exitosa de CAFESALUD. Además, no debe perderse de vista que los demandantes tampoco presentaron el más mínimo asomo de prueba que desvirtúe se habría podido obtener un precio mayor a los \$1.45 billones finalmente obtenidos.

- Luego del perfeccionamiento de la venta de Cafesalud, se constituyó MEDIMÁS (la Newco, sociedad que recibió los activos, pasivos, contratos, habilitación, empleados y afiliados de Cafesalud), y fueron las acciones de MEDIMÁS las que se vendieron al Consorcio PRESTASALUD. En ese orden, es MEDIMÁS la encargada de prestar el servicio de salud, y no los miembros del Consorcio PRESTASALUD. De igual forma, el consorcio no adquirió directamente la titularidad sobre las acciones de MEDIMÁS, sino que lo hizo a través de una sociedad constituida para ese efecto.

Lo anterior es perfectamente acorde con las normas que regulan el servicio de salud en Colombia, las cuales no prohíben sino que restringen la integración vertical a la que se refiere el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

- LAZARD no ejerce ningún tipo de función administrativa, ni lo hizo en el marco del proceso de venta de CAFESALUD. El rol de la sociedad se limitó al de un asesor-privado-financiero, en una compraventa de un bien privado, entre particulares.

Por otra parte la sociedad vinculada al proceso no ha quebrantado el ordenamiento jurídico, ya que en su rol como asesor financiero se limitó a ejecutar las actividades para las cuales fue contratada, sin tomar ninguna decisión ejecutiva, que, se insiste, eran del resorte de SALUDCOOP. En cualquier caso, la estructuración de la transacción, en cuyo diseño participó LAZARD, se ciñó estrictamente a la ley y tuvo el acompañamiento celoso de las autoridades administrativas competentes para garantizar los derechos colectivos a la salud y a la libre competencia, entre otros.

La sociedad no actuó dolosa ni culposamente, por el contrario, actuó de buena fe en todo momento.

- Después de la materialización de la venta de CAFESALUD, las pretensiones primera, segunda, tercera y cuarta carecen de objeto, por cuanto el hecho que las sustentaba desapareció, y en consecuencia la finalidad original perseguida con la acción popular se frustró, luego se configura un hecho superado.

- En este caso debe ser declarado un agotamiento de jurisdicción, ya que en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección A, cursa la acción popular bajo radicado No. 2016-1314 tiene como objeto la protección de los derechos colectivos de los antiguos usuarios de CAFESALUD, hoy MEDIMÁS, afectados por la alegada mala prestación de los servicios de salud, precisamente, la misma protección y finalidad que tiene la presente acción popular.

Es evidente la relación entre las dos acciones populares, ya que la Superintendencia de Salud y el Ministerio de Salud figuran en ambas acciones como principales responsables de la vulneración de los derechos colectivos. Así mismo, el señor Aníbal Rodríguez es parte activa en ambas acciones, en una en calidad de demandante y en la otra como coadyuvante. Además, una vez perfeccionada la venta de CAFESALUD, el propósito y fin último de las dos acciones es la garantía de la prestación del servicio de salud a los usuarios de lo que hoy es MEDIMÁS.

- LAZARD no solo carece de legitimación en la causa por pasiva, sino que está en verdadera imposibilidad de cumplir cualquier fallo que se profiera en el proceso, especialmente teniendo en cuenta el hecho de la perfección de venta de CAFESALUD. Las pretensiones competen a diversas autoridades administrativas en el ámbito de inspección, vigilancia y control de la protección a la libre competencia y la prestación del servicio público de salud.

La sociedad demandada es una entidad privada sin ningún tipo de poder coercitivo que no podría ordenar la suspensión del proceso de enajenación de CAFESALUD ni su reajuste. No se le puede exigir que teniendo en cuenta su esfera de acción, adopte medida alguna encaminada a cumplir las órdenes que eventualmente dicte el Tribunal para la protección de los derechos colectivos en este caso.

2.11. PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA.

El apoderado de la sociedad vinculada al proceso se manifestó en los siguientes términos:

- En el mes de mayo de 2016 la sociedad MBA LAZARD COLOMBIA S.A.S. solicitó a PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. una propuesta de due diligence financiero - contable, tributario, laboral y tecnológico de 9 compañías: Cafesalud EPS S.A, Cruz Blanca EPS S.A., Sociedad Clínica Pamplona, Clínica Santa Cruz de Loma S.A. Clínica Santa

Isabel Ltda. Clínica los Andes S.A. Clínica Martha S.A., Estudio e inversiones médicas S.A.- ESIMED y Laboratorios Bioimagen Ltda.

MBA LAZARD informó al momento de solicitar la propuesta que había sido contactado SALUDCOOP EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN, para que fueran la banca de inversión que asesoraría el proceso de diagnóstico, valoración y diseño de la transacción, promoción y venta de los activos de SALUDCOOP en las sociedades antes mencionadas.

El día 15 de septiembre de 2016, PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. presentó la propuesta para la prestación de los servicios que habían sido solicitados por MBA LAZARD. La cual fue expresamente aceptada por MBA LAZARD.

PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. prestó el servicio de due diligence directamente a MBA LAZARD, a sabiendas de que el destinatario final era SALUDCOOP, en ningún momento existió relación contractual por los hechos objeto de este proceso entre SALUDCOOP y la sociedad demandada.

Una vez entregado su informe, PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA no tuvo ninguna participación en el proceso de venta de los activos de SALUDCOOP.

- Propone como pretensión la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto que la participación de PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. en el informe de valoración estuvo limitada a la elaboración del "due diligence contable-financiero, laboral y tecnológico de determinados activos de SaludCoop". Este due diligence establece de forma razonable la situación de los activos para permitir a la banca de inversión, en este caso MBA LAZARD, ajustar su proceso de valoración y precio de venta.

Dentro del expediente no se ha puesto en duda el trabajo de due diligence realizado por PricewaterhouseCoopers Asesores Gerenciales Ltda., lo que se está cuestionando son otros aspectos del proceso de venta, tales como el

número de proponentes, la falta de autorización por parte de las autoridades en materia de competencia, la vulneración del acceso a la salud, así como otros aspectos que no están relacionados con el precio al cual se valoraron los activos.

La compañía, entregó su informe directamente a MBA LAZARD, a partir de lo cual no tuvo participación, ni en el proceso de valoración ni en el proceso de venta. Por esto no tiene conocimiento de los hechos que han sido presentados por los accionantes como presuntamente violatorios de los derechos colectivos.

- Dentro de la demanda no se encuentra ningún hecho que permita inferir que otros interesados en el proceso tuvieron barreras para presentar sus propuestas. En el expediente los demás vinculados han mostrado que buscaron la participación de otros oferentes y que diseñaron un proceso que buscaba pluralidad de ofertas.

2.12. PRICEWATERHOUSECOOPERS SERVICIOS LEGALES Y TRIBUTARIOS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS INFORMATION SERVICES LTDA., PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA.

El apoderado de las sociedades vinculadas al proceso manifiesta lo siguiente:

- Afirma que entre tales sociedades y PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA., quien aceptó hacer la compañía que prestó el servicio objeto de esta acción popular, no existe ninguna relación de subordinación, control, o similares, ya que se trata de personas jurídicas diferentes que solamente comparten un nombre similar. No existe ninguna figura jurídica que permita responsabilizar a una sociedad por las acciones de una homónima.

- La sociedad PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. aceptó haber participado en la elaboración del estudio "proyecto omega-informe de valoración". Sin indicar la participación de ninguna otra sociedad con la palabra "PricewaterhouseCoopers" en su razón social.

- En la Carta de presentación de la propuesta de due diligence financiero-contable, tributario, laboral y tecnológico de 9 compañías objetivo", remitida a MBA LAZARD COLOMBIA SA.S. y por la cual se presentó la propuesta de servicios que posteriormente sería incluida en el "proyecto omega-informe de valoración", se observa en el membrete la denominación de la sociedad PRICEWATERHOUSECOOPERS AG Ltda.

2.13. PRESTMED S.A.S.

El apoderado de la vinculada al proceso manifestó:

- Mediante la Resolución 1946 del 30 de diciembre de 2016, la Agente Especial Liquidadora de Saludcoop EPS OC en liquidación aprobó el "Reglamento de acreditación y venta de los activos y pasivos de Cafesalud E.P.S. S.A. y de las acciones de Estudios e Inversiones Médicas S.A. ESIMED S.A.", el cual fue modificado y adicionado mediante seis adendas. El proceso fue estructurado y aprobado por SALUDCOOP EPS OC en liquidación, con el apoyo de la firma de abogados Posse Herrera Ruiz S.A. y la banca de inversión Lazard Colombia S.A.S.

El referido proceso preveía que para la venta de los activos y pasivos de CAFESALUD EPS, se constituiría una nueva sociedad, denominada dentro de los documentos que forman parte del Reglamento como NewCo, la cual debería ser vendida a los adjudicatarios del proceso, para que posterior a ello, la sociedad adquiriera los activos y pasivos de CAFESALUD EPS S.A. mediante un contrato de cesión de activo intangible. Éste último fue definido dentro del contrato como "el activo identificable, de carácter no monetario y sin presencia física, sobre el cual se espera la obtención de beneficios económicos futuros, asociados a los Permisos de CAFESALUD, los Afiliados de CAFESALUD, y la extensión de su participación en el mercado de aseguramiento en salud".

Dentro del proceso se llevó a cabo la venta de las acciones de ESIMED S.A. que se encontraban en cabeza de CAFESALUD EPS S.A. y que corresponden

al 94,68% del capital suscrito de dicha sociedad, para lo cual se celebrarían tres contratos principales a saber: a) contrato de compraventa de acciones de la NewCo (23 de junio de 2017); Contrato de Cesión del Activo Intangible (agosto 1 de 2017); y c) Contrato de venta de acciones de ESIMED S.A. (23 de junio de 2017).

El proceso incluyó la conformación de un cuarto de datos y el acceso al mismo por parte de los interesados acreditados para que éstos obtuvieran la información necesaria de CAFESALUD, la NewCo y ESIMED S.A. para la elaboración de ofertas vinculantes. Así mismo, el proceso fue conocido por la Superintendencia Nacional de Salud, quien tuvo acceso a sus documentos y los evaluó en virtud de la reorganización institucional, la cual dio lugar a la habilitación de MEDIMÁS como EPS en virtud de la Resolución No. 2426 de 2017.

Con el ánimo de participar en el proceso se conformó el Consorcio PRESTASALUD, el cual cumplió con los requisitos de acreditación estipulados por SALUDCOOP en Liquidación en el reglamento de venta, entre los cuales se encontraba la acreditación de capacidad financiera mínima, experiencia mínima en gestión de salud entendida como *“seguridad social en salud o aseguramiento en salud, gestión de riesgo en salud, cubrimiento de la carga financiera de la enfermedad, operación de redes de prestadores de servicios de salud, prestación de servicios de salud, o administración de planes de beneficios”*, así como la obtención de una autorización de competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio que corresponde al cumplimiento de lo establecido en el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009; requisito con el cual se garantizó que con el proceso de enajenación no se afectara la libre competencia económica.

- PRESTMED es una persona jurídica de derecho privado y sus accionistas, agrupados en el Consorcio PRESTASALUD, son también particulares, que dentro del proceso de enajenación acudieron y presentaron oferta dentro del marco de la buena fe y lealtad que rige las actuaciones entre particulares y con la seguridad jurídica de que un proceso reglado como el que se llevó a cabo, se

desarrolló con estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico colombiano y con base en las normas de derecho privado que le son aplicables.

- Los interesados acreditados entre los que se encuentra el consorcio PRESTASALUD, cumplieron el requisito de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio, y esta, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia (art. 9º, Ley 1340 de 2009), a su vez, verificó la no afectación del mercado relevante ni de la libre competencia económica. Por lo que queda demostrado con total certeza la no vulneración del derecho e interés colectivo invocado.

- Ni el Ministerio de Salud y Protección Social, ni la Superintendencia Nacional de Salud estructuraron o dirigieron el proceso de enajenación, y el mecanismo de venta no corresponde al de una “subasta pública” como falsamente lo afirman los actores populares, así como tampoco las normas aplicables al proceso corresponden al Estatuto General de Contratación Estatal de la Administración Pública, sino las de derecho privado.

- En los demás aspectos la sociedad vinculada al proceso reitera los argumentos expuestos por PRESTNEWCO S.A.S.

3. INTERVENCIÓN DE LOS COADYUVANTES

3.1. WILLIAM ARTURO VIZCAINO TOVAR

Afirma que la señora Ángela María Echeverry en calidad de Agente Liquidadora de SALUDCOOP (designada por la Superintendencia Nacional de Salud de conformidad con lo reglado en el Decretos 780, artículo 2.1.3.9. modificado por el Decreto 2117 de 2016) adelanta el proceso de reorganización institucional de CAFESALUD EPS, consistente en ceder sus afiliados, activos, pasivos, habilitación o autorización para operar y los contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios a una nueva Entidad Promotora de Salud.

La Contraloría General de la República en el informe fiscal 128 que fue hecho público en el mes de febrero de 2016, advirtió que las deudas de CAFESALUD con la red de clínicas y hospitales ascendían a \$1,1 billones de pesos a diciembre de 2015, suma que con las pérdidas de la empresa puede ascender a \$1,5 billones de pesos. Si CAFESALUD o quien compre la EPS no paga la deuda con la red de prestación de servicios de salud, la atención médica para los 5 millones de afiliados va a colapsar.

En el reglamento de venta de CAFESALUD se incluyó que los compradores debían indicar el volumen del pasivo que asumirían con un plazo máximo de pago de 60 meses.

El proceso de venta que se inició en el mes de enero de 2017, sin embargo el 4 de mayo de 2017 el Ministerio de Salud expidió el Decreto 718 que alteró las condiciones de venta en los Decretos 780 y 2117 de 2016, de forma que ya no se trata de un proceso de restructuración, porque CAFESALUD ya no va a ser parte de la EPS que se vaya a crear, sino que solo recibe el pago por sus activos, que no son otros que los 5 millones de usuarios de CAFESALUD.

El único activo contable que tiene CAFESALUD son las acciones de la empresa ESIMED, por las cuales el consorcio comprador ofrece pagar la suma de \$250.000 millones, lo que indica que PRESTASALUD va a pagar un billón doscientos mil millones de pesos (\$1.200.000.000.000) por los cinco millones de usuarios afiliados a la EPS.

En el reglamento de venta de CAFESALUD se exigió a los compradores que contaran con un modelo de atención, que no es más que un documento teórico en el cual se diseña un sistema de atención en salud, sin embargo, se ignoró deliberadamente lo expuesto por la H. Corte Constitucional en auto 205 de 2016, en el que al analizar la caótica situación del traslado de usuarios de SALUDCOOP a CAFESALUD, alertó sobre la necesidad de contar de manera previa con profesionales e instituciones suficientes para garantizar la atención de los afiliados. Sin embargo, en la transacción efectuada no se exigieron instituciones y profesionales para atender a los afiliados, configurando un

enorme riesgo para el goce efectivo de los derechos fundamentales a la salud y vida de los afiliados que son objeto pasivo de la transacción económica.

Según las Resoluciones No. 2379 de 2015 y 2812 de 2016 de la Superintendencia Nacional de Salud, CAFESALUD no cuenta con red suficiente de atención para sus afiliados, pues su capacidad de afiliación en el régimen contributivo es de 2,1 millones de usuarios, pero tiene 4,2 millones de afiliados a los que no puede garantizar el derecho colectivo al acceso al servicio público de la salud.

Por su parte, existe una falencia en la negociación, relacionada con que los pasivos de CAFESALUD no son solo de naturaleza económica, sino que además la EPS tiene una enorme acreencia con sus usuarios por servicios de salud no prestados, lo cual puede corresponder a varios millones de atención en salud pendientes.

3.2. FUNDACIÓN DE USUARIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO "FUSISSCO"- VEEDURÍA NACIONAL DE SALUD

Por intermedio de su representante legal, FUSISSCO intervino en el proceso manifestando lo siguiente:

- Las sociedades que conforman el consorcio que resultó adjudicatario de las acciones de Cafesalud, Prestasalud, no tiene la capacidad técnica, ni la red hospitalaria, ni mucho menos los contratos o vínculos con las IPS que deben prestar la atención en salud a los afiliados de Cafesalud, luego entregarles la EPS más grande del país atenta contra la prestación oportuna y eficiente en la prestación del servicio.

La red actual con la que Cafesalud presta sus servicios, es una red a la que se le adeuda inmensas cantidades de dinero, acreencias que no están aseguradas de ninguna manera en el proceso de enajenación, y no prestará los servicios a PRESTASALUD, pues si no les pagan sus acreencias no celebrarán nuevos

contratos, tal y como se puede advertir de las pruebas que acompañan el presente escrito.

En efecto, CAFESALUD ha incumplido numerosas veces los contratos a las IPS que hacen parte de su red, y nada dentro del proceso garantiza que se vayan a efectuar esos pagos insolutos, motivo por el cual la red de IPS no ha celebrado nuevos contratos con PRESTASALUD, lo que permite concluir que en varios lugares del país, como por ejemplo en el Valle del Cauca, las IPS no han suscrito nuevos contratos y por consiguiente no prestaran los servicios hasta que se les cumpla lo debido, lo que permite concluir que PRESTASALUD no tendrá como proveer el servicio en varias regiones del país, generando un incumplimiento en la prestación esencial del servicio de salud.

Lo anterior, se encuentra agravado por el hecho de que los recursos que fueron pactados como precio de venta son insuficientes para cubrir las acreencias de CAFESALUD, y sobre todo por el hecho de que PRESTASALUD no cuenta con el músculo financiero necesario para suplir las necesidades de caja que requiere la EPS más grande del país, para poder celebrar los contratos, y con mayor razón si se tiene en cuenta que la mayor parte de la inversión por parte de PRESTASALUD provendrá de la UPC que les gire el FOSYGA.

La falta de experiencia de Prestasalud, así como su falta de músculo financiero, demuestran la imposibilidad material de que se cumplan con las características requeridas para la prestación del servicio de salud, como son que el mismo se debe suministrar en condiciones de eficiencia y oportunidad. La forma de garantizar el cumplimiento de tales características en el aseguramiento en salud, se deriva principalmente de la experiencia del oferente en materia de aseguramiento, pues a partir de su conocimiento técnico, de su experticia, y su práctica en los asuntos concretos de aseguramiento, es que se puede garantizar de manera objetiva la prestación eficiente y oportuna del servicio de salud.

La forma como se realizó la venta, conduce a una mayor concentración en el mercado de la prestación del servicio de salud, lo que se verá direccionado desde la administración de la EPS CAFESALUD, que en adelante tendrá

mayores incentivos para privilegiar la contratación con las IPS que hacen parte del grupo de Prestasalud, pues es claro que por más que se encuentren organizadas ambas funciones con personerías jurídicas diferentes, Prestasalud, ahora a cargo de la CAFESALUD, y su red de IPS será el grupo económico que controle a la EPS más grande del país, luego la división de personería jurídicas no es más que una simple formalidad irrelevante, pues lo que subyace es el control que ejercerá un grupo empresarial de IPS sobre la EPS más importante del país.

- El pago de los BOCAS emitidos por parte del Ministro de Salud, cubiertos con los recursos del Fosyga por más de 200.000 millones de pesos, no se han asegurado, ni garantizado dentro del proceso de enajenación de las acciones de CAFESALUD. Ese dinero público fue sustraído del Fondo de Solidaridad y Garantías que contiene los recursos para asegurar la prestación del servicio de salud, y fue consignado a CAFESALUD, entidad pública, para que superara su crisis, quedando una inmensa deuda sin saldar, y sobre cuyo pago no está garantizado dentro del proceso de enajenación, pues no se establece la forma como se pagará tal monto de dinero, ni la forma en la que el Estado puede hacer valer esa acreencia.

3.3. ANIBAL RODRÍGUEZ GUERRERO

En su calidad de coadyuvante, consideró:

- Según el informe fiscal No. 125 de 2016, hecho público en febrero de 2017 por la Contraloría General de la república, CAFESALUD EPS al 31 de diciembre de 2015, en la cuenta 29 de los estados financieros correspondiente a la reserva técnica, registraba un saldo de seiscientos sesenta y tres mil trescientos sesenta y tres millones de pesos (\$663.363). En el hallazgo 5º del informe, la CGR hizo evidente que en los procesos de traslado masivo de usuarios entre EPS debe precederse al traslado de la reserva técnica, de manera que la EPS que recibe los afiliados disponga de los recursos con las cuales cubrir los costos de los servicios que fueron autorizados por la EPS anterior, pero que van a ser prestados por la nueva entidad.

- En la venta de CAFESALUD EPS, deliberadamente se ignoró la existencia de cerca de dos (2) millones de autorizaciones de servicios de salud emitidas por CAFESALUD, cuyo costo debía reflejarse en la "reserva técnica" que por mandato del Decreto 2702 de 2014 debía constituir dicha entidad.

En la transacción de venta de los usuarios de CAFESALUD EPS, ni la representante legal de SALUDCOOP EPS en liquidación como vendedora, ni tampoco los compradores agrupados en el consorcio PRESTASALUD, acordaron el traslado de los cuantiosos recursos de la reserva técnica que CAFESALUD debió constituir según lo mandado en el Decreto 2702 de 2012, y que debían pasarse según lo advertido por la Contraloría General en el informe fiscal 125 de 2016.

La Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución No. 2426 de 2017 aprobó la transacción de venta de usuarios de CAFESALUD a MEDIMAS, sin exigir que en dicho proceso la EPS CAFESALUD entregara a la EPS MEDIMAS las sumas correspondientes a la "reserva técnica" que CAFESALUD debía tener para garantizar el pago de los servicios de salud autorizados y que aún no habían sido prestados a los usuarios.

- El consorcio PRESTASALUD dueño de la EPS MEDIMAS está integrado por doce (12) instituciones de prestación de servicios de salud, las cuales a su vez han celebrado contratos de prestación de servicios de salud con MEDIMAS EPS, por lo que solicita que se prevengan los sobrecostos derivados de favorecimientos en las tarifas y plazos de pagos por parte de MEDIMAS para con sus IPS dueñas.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

4.1. Previo reparto, en auto del 9 de junio de 2017 se admitió la demanda propuesta por los actores populares en contra de la Nación – Ministerio de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud y la Agente Especial

Liquidadora de SALUDCOOP EPS – en Liquidación y se ordenó vincular al proceso a la Superintendencia de Industria y Comercio.

4.2. En auto del 22 de junio de 2017 se reconoció como coadyuvante al señor William Arturo Vizcaino Tovar.

4.3. Mediante auto del 24 de julio de 2017 se ordenó la vinculación a la actuación a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, con el fin de intervenir en el proceso en los términos del inciso 6º del artículo 21 de la Ley 472 de 1998.

4.4. En auto del 18 de agosto de 2017 se vinculó al proceso a MEDIMAS EPS S.A.S. como parte demandada.

4.5. En providencia del 12 de octubre de 2017 se tuvo como coadyuvante a la Fundación de Usuarios del Sistema de Seguridad Social Colombiano Tito Julio Chavarro – En Liquidación. Así mismo se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia especial de pacto de cumplimiento a la que se refiere el artículo 27 de la Ley 472 de 1998 para el día 9 de noviembre de 2017.

4.6. En la fecha señalada se llevó a cabo la audiencia de pacto de cumplimiento, con la comparecencia de las partes y vinculados al proceso, en la diligencia se incorporaron las pruebas aportadas por los intervinientes y se decretaron otras solicitadas por las partes, así como también pruebas de oficio.

4.7. En auto del 15 de noviembre de 2017 aclarado en auto del 6 de febrero de 2018, se ordenó la vinculación de CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., LAZARD COLOMBIAS.A.S., PRESTNEWCO S.A.S., POSSE HERRERA RUÍZ y PRICEWATERHOUSECOOPERS SERVICIOS LEGALES Y TRIBUTARIOS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA, PRICEWATERHOUSECOOPERS INFORMATION SERVICES LTDA., y PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA.

4.8. En dos autos fechados del 6 de febrero de 2018, se tomaron las siguientes determinaciones: a) no reponer el auto del 15 de noviembre de 2017 respecto de los recursos de reposición interpuestos por LAZARD COLOMBIA S.A.S. y POSSE HERRERA & RUIZ S.A.S.; y b) no reponer el auto del 9 de junio de 2017.

4.9. En auto del 16 de abril de 2018 se decidió no reponer los autos del 15 de noviembre de 2017 y 6 de febrero de 2018, respecto del recurso de reposición interpuesto por las sociedades PRICEWATERHOUSECOOPERS SERVICIOS LEGALES Y TRIBUTARIOS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA, PRICEWATERHOUSECOOPERS INFORMATION SERVICES LTDA., y PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA.

4.10. Dada la vinculación al proceso de las sociedades referidas en el auto del 15 de noviembre de 2017 aclarado en auto del 6 de febrero de 2018, en providencia del 7 de mayo de 2018 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de pacto de cumplimiento para el 7 de mayo de 2017.

4.11. En auto del 8 de mayo de 2018 se abrió incidente de desacato en contra de los Secretarios de Salud de los Departamentos de Arauca, Bolívar, Caquetá, Cesar, Chocó, Guanía, La Guajira, Magdalena, Meta y Tolima por el incumplimiento de la orden dada en audiencia del 9 de noviembre de 2017 y en los autos del 6 de febrero y 16 de abril de 2018.

4.12. El 8 de junio de 2018 se llevó a cabo la audiencia de pacto de cumplimiento. En la diligencia se incorporaron las pruebas decretadas en audiencia del 9 de noviembre de 2017.

4.13. En auto del 13 de junio de 2018 se vinculó al proceso a la sociedad Estudios e Inversiones Médicas S.A. – ESIMED S.A.

4.14. En providencia del 13 de agosto de 2018 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de pacto de cumplimiento para el 3 de septiembre de 2018.

En la fecha señalada se practicó la diligencia sin que se haya logrado formula alguna de pacto de cumplimiento. Así mismo, se continuó con la etapa probatoria incorporando al proceso las pruebas previamente decretadas.

4.15. En auto del 6 de septiembre de 2018 se ordenó vincular a la sociedad PRESTMED S.A.S.

4.16. El 4 de octubre de 2018 la Sala de la Sección Primera – Subsección A de esta Corporación solicitó reportes al Ministro de Salud y Protección Social, al Superintendente Social, a la Agente Liquidadora de SALUDCOOP EPS en Liquidación y al Presidente de MEDIMAS EPS, respecto de la supuesta resolución de los contratos de compraventa de acciones del 23 de junio de 2017 y Cesión de Activos del 1º de agosto de 2017, y convocó a las partes a audiencia informativa para el 10 de octubre de 2018.

4.17. En la fecha señalada se llevó a cabo la audiencia informativa presidida por los Magistrados que integran la Sección Primera – Subsección A de esta Colegiatura, y con la comparecencia de las partes e intervinientes del proceso.

4.18. El 29 de octubre de 2018 se llevó a cabo audiencia de pacto de cumplimiento, sin ánimo conciliatorio por parte de PRESTMED S.A.S., dando continuidad a la etapa probatoria, incorporando pruebas decretadas y practicando los testimonios decretados en el decurso de la actuación.

4.19. En audiencias del 19 y 26 de noviembre de 2018, se dio continuidad a la etapa probatoria, con la incorporación de las pruebas y la práctica de los testimonios decretados en el proceso.

4.20. En audiencia del 3 de diciembre de 2018 el apoderado de PRESTNEWCO S.A.S. prescindió del testimonio del señor Mauricio Molina.

4.21. En auto del 6 de diciembre de 2018 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

4.22. Actuación procesal respecto de las medidas cautelares propuestas en la actuación

En el decurso de la presente acción constitucional tuvieron trámite un total de siete (7) medidas cautelares así:

a) Junto con el escrito de demanda, los actores populares solicitaron medida cautelar de urgencia, siendo decretada el 9 de junio de 2017. Posteriormente, en auto del 22 de junio de 2017 y previo traslado a las partes del proceso, se resolvió de fondo la medida cautelar, decidiendo su levantamiento.

b) En solicitud con radicado del 9 de noviembre de 2018, el coadyuvante William Arturo Vizcaino Tovar solicitó medida cautelar de urgencia en el proceso. El Despacho ponente mediante auto del 16 de noviembre de 2018 decidió dar el trámite regular a la medida propuesta, y en consecuencia corrió traslado a las partes de la misma. En providencia del 12 de diciembre de 2018, el Despacho resolvió negar la solicitud de medida cautelar propuesta.

c) En escrito con radicado del 8 de octubre de 2018, el apoderado de MEDIMAS EPS S.A.S. solicitó la adopción de medidas cautelares en el proceso, a la cual el Despacho Ponente corrió traslado a las partes en auto del 16 de octubre de 2018, y en providencia del 18 de diciembre de 2018 decidió negar la solicitud.

d) El 27 de agosto de 2018 el coadyuvante Aníbal Rodríguez Guerrero solicitó medidas cautelares de urgencia, siendo resueltas por el Despacho Ponente mediante auto del 29 de agosto de 2018, en el sentido de rechazar de plano la solicitud, y ordenar abrir incidente de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 80 del CGP en contra del coadyuvante por los presuntos

perjuicios que sus actuaciones procesales haya causado a otras partes o a los terceros intervinientes.

e) En escrito del 25 de mayo de 2016 el actor popular José Roberto Acosta Ramos solicitó la adopción de medidas cautelares de urgencia. En la misma fecha, el Despacho decidió dar el trámite ordinario a la solicitud de cautela y por ende corrió traslado de la misma a las partes. En radicado del 13 de junio de 2018 el actor popular solicitó adición a la medida cautelar propuesta, a la cual en auto del 13 de julio de 2018 se corrió traslado.

En auto del 13 de agosto de 2018 se decidió negar la medida cautelar propuesta, decisión contra la cual el actor popular y el coadyuvante Aníbal Rodríguez Guerrero interpusieron recurso de reposición, siendo resuelto en providencia del 25 de enero de 2019, en el sentido de confirmar la decisión recurrida.

f) En el marco de la audiencia explicativa del 26 de septiembre de 2017 llevada a cabo por los magistrados que componen la Sección Primera, Subsección A de esta Corporación y en conjunto con el proceso con el radicado No. 25000-23-41-000-2016-01314-00 (M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano), la Sala ordenó a MEDIMAS EPS S.A.S. y a la Superintendencia Nacional de Salud la presentación de informes periódicos los días 6, 13, 20 y 27 de octubre del mismo año, sobre aspectos como la consolidación de la red de atención pública, la red de atención pública, y el cumplimiento de las autorizaciones, incapacidades y tutelas aprobadas por CAFESALUD EPS.

Así mismo, en auto del 26 de octubre de 2017 la Sala decretó medida cautelar de oficio, consistente en ordenar a la Superintendencia Nacional de Salud iniciar de inmediato una vigilancia rigurosa de los recursos que MEDIMAS EPS S.A.S. reciba por concepto de la UPC, y de rendir un informe a esta Corporación, con copia a la Contraloría General de la República, con las actividades realizadas en el marco de tal actuación.

g) En auto del 23 de enero de 2019 se accedió a la solicitud de medida cautelar de urgencia formulada por los actores populares en escrito del 15 de enero de 2019 y por la Procuraduría General de la Nación en radicado del 17 de enero de la presente anualidad, y en consecuencia, se ordenó a SALUDCOOP EPS en liquidación y a CAFESALUD EPS S.A. suspender de inmediato la negociación y suscripción del contrato por el cual tales sociedades pretendían materializar la compraventa por parte de DYNAMIC BUSINESS & MEDICAL SOLUTIONS INC – DBMS INC, de los activos de MEDIMAS EPS y ESIMED S.A. hasta tanto se dictara sentencia. Por otra parte, se ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud abstenerse de autorizar la cesión de las acciones por parte de los accionistas de MEDIMAS EPS S.A.S. y ESIMED S.A. a DYNAMIC BUSINESS & MEDICAL SOLUTIONS INC o a cualquier otra persona natural o jurídica.

En auto del 12 de febrero de 2019 se adicionó la medida cautelar de urgencia, en el sentido de ordenar a PRESTNEWCO S.A.S. y a PRESTMED S.A.S. abstenerse de negociar o suscribir contrato alguno con DBMS INC o con cualquier otra sociedad.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes presentaron sus alegatos en los siguientes términos:

5.1. MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL:

- Conforme obra en el expediente y quedó probado con las declaraciones de los testigos, al proceso de enajenación que hoy nos ocupa se presentaron 23 potenciales interesados, entre los cuales había estratégicos locales, estratégicos internacionales, fondos de capital privado y bancas de inversión, entre otros. De estos 23 interesados se acreditaron 9 locales (Compensar, Sanitas, Salud Total, Cafam y Prestasalud) e internacionales (Bupa, United Health Group, Centene y Rivera Salud) quienes tuvieron acceso al cuarto de datos virtual para hacer la respectiva valoración. Finalmente, sólo 2 interesados presentaron ofertas vinculantes, es decir, Sanitas y Prestasalud.

El número limitado de oferentes no obedeció a condiciones impuestas durante el proceso de venta sino que, por el contrario, los interesados acreditados decidieron no continuar en el mismo por la naturaleza y riesgo del activo y, consecuentemente, se abstuvieron de presentar ofertas. Precisamente esta decisión sobre la libertad de ofrecer también hace parte de la libre competencia económica. Así las cosas, resulta claro que el derecho a la libre competencia económica no resultó vulnerado o amenazado durante el proceso de venta de CAFESALUD y, por el contrario, se brindaron todas las garantías necesarias para que los interesados pudiesen haber concurrido al mismo.

- Conforme lo previsto en la Ley 1340 de 2009 la autoridad nacional encargada de la protección de la Libre Competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio quien manifestó en la contestación de demanda que los dos interesados (Sanitas y Prestasalud) cumplieron con la obligación de informar sobre la operación de integración proyectada, además de haber sido un requisito exigido en el Reglamento de venta.

- La acusación temeraria que los actores populares hacen en su escrito de demanda, en el sentido de indicar que el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud seleccionaron el mecanismo de subasta pública para adjudicar el comprador de Cafesalud resulta totalmente alejada de la verdad, puesto que basta con acudir a las pruebas documentales y testimoniales para determinar que el acompañamiento que brindó en su momento la cartera ministerial se enmarcó en sus funciones como ente regulador del sector, pero quien estuvo bajo la dirección del proceso de venta y decidió el mecanismo o alternativa para ejecutar la misma, fue SALUDCOOP en Liquidación.

- Durante el curso del proceso quedó plenamente demostrado que la situación jurídica, operativa y financiera de CAFESALUD hacía totalmente inviable la continuación en su actividad de aseguramiento, de tal suerte, el proceso de enajenación de activos escogido por SALUDCOOP en Liquidación fue la

mejor alternativa para garantizar la continuidad en la prestación de servicios de salud a los afiliados a la EPS CAFESALUD, tal y como se señaló en los testimonios de Oscar Tutasaura y Natalia Ramírez.

- La condición de oferente único fue producto de la naturaleza del activo y no de las condiciones del proceso de venta, por lo que no es dable la afirmación de la parte actora en el sentido que se pudo haber maximizado los recursos toda vez que la otra oferta presentada fue por 270 mil millones de pesos y sólo para el régimen contributivo.

- El proceso de venta se estructuró bajo una norma que existía con antelación al mismo y que requería la validación y aprobación de la Superintendencia Nacional de Salud, lo cual se cumplió en el presente caso mediante la Resolución No. 2426 de 2017.

5.2. SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN: reiteró los argumentos dados en la contestación de la demanda.

5.3. PRICEWATHERHOUSECOOPERS LTDA., PRICEWATHERHOUSECOOPERS SERVICIOS LEGALES Y TRIBUTARIOS LTDA., PRICEWATHERHOUSECOOPERS INFORMATION SERVICES LTDA., PRICEWATHERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA., Y PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA:

El apoderado de las sociedades vinculadas al proceso, además de referirse a los argumentos señalados en la contestación de la demanda, agregó que en los testimonios de la ingeniera Natalia Ramírez Carrizosa (gerente de MBA LAZARD COLOMBIA S.A.S. y el Ingeniero Luis Eduardo Londoño Solano (gerente de PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA.), se encuentra demostrado que PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. prestó el servicio de *due diligence* financiero-contable, tributario, laboral y tecnológico de nueve compañías objetivo, servicio contratado por la empresa MBA LAZARD COLOMBIA S.A.S.

El alcance del trabajo se limitó a establecer una valoración razonable de los activos que serían objeto de enajenación, y posteriormente PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. terminó su participación, y SALUDCOOP E.P.S. S.A. EN LIQUIDACIÓN continuó con el proceso de venta de sus activos, siendo tal sociedad la encargada de determinar los criterios de calificación y evaluación.

De los testimonios se encuentra probado también que las sociedades PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS SERVICIOS LEGALES Y TRIBUTARIOS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS INFORMATION SERVICES LTDA. y PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA no participaron de ninguno de los hechos objeto del presente proceso.

5.4. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:

No solo resultaron ciertos los motivos de preocupación expuestos por la CGR en lo que tiene que ver con el proceso de estructuración del negocio de enajenación de los activos de CAFESALUD y ESIMED, sino que se pudo establecer que la sociedad formada para operar el negocio del aseguramiento en salud respecto de los usuarios de la EPS (los propios y los trasladados de SALUDCOOP), carece de la experiencia y de la palanca financiera para asumir dicha labor. En efecto, la verdadera naturaleza del negocio jurídico celebrado no fue la expuesta por la agente especial liquidadora de Saludcoop EPS OC en liquidación acerca de la venta de Cafesalud EPS como su principal activo estratégico para pagar las deudas de aquel organismo cooperativo en liquidación, sin contar a Esimed, sino que en realidad se trató de la entrega de la operación de aseguramiento de los usuarios afiliados en los regímenes contributivo y subsidiado, tratados bajo el eufemismo de "activo intangible".

Surgen múltiples dudas respecto del papel que ejecutó no solo la agente, sino las firmas "Lazard Colombia S.A.S", "Posse Herrera & Ruiz", y "PWC" como

estructuradoras del proceso de venta, así como del señor Augusto Acosta como asesor, sin que de las pruebas documentales y testimoniales pueda darse cuenta que todas las decisiones tomadas en el proceso de enajenación estuvieran en cabeza exclusiva de la Agente Liquidadora.

Contrario a ello, resulta claro que tanto LAZARD como POSSE HERRERA & RUIZ tuvieron un papel determinante no solo en la estructuración del negocio, sino en la concreción del mismo, tal como se desprende por ejemplo: i) de la intervención del abogado Tutasaura como apoderado especial de CAFESALUD en la constitución de Medimás; ii) de la nula valoración del pasivo de la empresa, siendo evidente que jamás hubo una recomendación acerca de la suerte que correría éste, muy a pesar de que todos los declarantes al unísono, fueron contundentes en afirmar la grave situación financiera de CAFESALUD; y iii) de la no estimación del riesgo derivado del conocimiento superficial de la fuente de los recursos con que serían honradas las obligaciones por el comprador.

- No hay determinación en el tiempo del momento en que un proceso que inició como de estructuración de la venta de los activos de propiedad de SALUDCOOP EPS OC en liquidación, mutó a "venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS S.A. y de las acciones de estudios e inversiones medicas s.a. - Esimed S.A."; para finalmente quedar convertido en un contrato de cesión de activo intangible, en donde el pasivo quedó finalmente a cargo de Saludcoop como propietaria de Cafesalud.

- De la lectura de las reglas relativas a los procesos de reorganización institucional de que trata el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 1º del Decreto 718 de 2017, ambos proferidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, de ninguna forma podían quedar excluidos los pasivos de la entidad que cede a sus afiliados.

- Nunca se dio una explicación acerca del destino final de los recursos correspondientes a la reserva técnica tanto de SALUDCOOP como de

CAFESALUD, siendo imposible aceptar que la misma estuviera provisionada solamente en libros.

- No existe claridad acerca del proceso de compensación de acreencias que resultarán imputables al precio de la venta, lo que se aprecia es una elusión del régimen de calificación de créditos previsto por el legislador, agravada por el deficiente manejo de la información financiera y contable tanto por SALUDCOOP como por CAFESALUD.

- Ni la liquidación de SALUDCOOP, ni la dirección de CAFESALUD, ni las empresas que prepararon el "Análisis Financiero y de Valoración" que antecedió la estructuración del negocio, tuvieron en cuenta la documentación de público conocimiento generada por las autoridades de control, tales como las resoluciones de la Superintendencia Nacional de Salud (SNS), los informes de auditoría de la CGR, y los documentos cruzados entre la agente especial liquidadora de SALUCOOP y la Procuraduría General de La Nación.

- Tal como lo pudo establecer la Procuraduría General de La Nación (PGN), el "Consortio Prestasalud" en realidad nunca acreditó la experiencia en gestión del riesgo salud (aseguramiento) exigida por el reglamento de venta (cláusula 6.6.1.), puesto que no solo no se respetó el 50% de participación accionaria que debía mantener el Centro Nacional de Oncología, sino que dicha entidad que acreditó la experiencia en gestión salud, nunca tuvo dicha participación, lo cual supone que no se cumplió con esta obligación después de formalizado el proceso de venta y que aplicaría para la PRESTNEWCO.

- La multiplicidad de circunstancias evidenciadas conduce indefectiblemente a que en este caso, los afiliados al SGSSS a cargo de CAFESALUD fueron transferidos a la EPS creada y los pasivos de la EPS cedente quedaron a su cargo. En consecuencia, los recursos del negocio finalmente celebrado, si es que se pagan, de ninguna manera serán destinados a honrar las acreencias a cargo de SALUDCOOP, eso sin contar lo ocurrido con los dineros correspondientes a la reserva técnica, que nunca aparecieron.

- Solicita que en la sentencia se garantice que como parte del producto de la venta de Cafesalud EPS y ESIMED, sea satisfecho el pago del crédito fiscal por 1,4 billones de pesos con destino al SGSSS, en cumplimiento del previo cubrimiento de los recursos adeudados al FOSYGA en los términos del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016; y/o que por lo menos garantice el reconocimiento del crédito fiscal como excluido de la masa liquidatoria, proveyendo el mecanismo para su satisfacción efectiva dentro del proceso de venta de Cafesalud EPS y ESIMED.

5.5. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD:

- El proceso de reorganización de CAFESALUD EPS y cesión de activos, pasivos y contratos se constituyó bajo la premisa de ser una alternativa para resolver no solo la problemática del aseguramiento y, con ella, el acceso a la prestación de servicios de salud de los afiliados de CAFESALUD, sino de contar con recursos adicionales destinados al pago de las acreencias a la red de prestadores. El proceso, una vez concertado entre las partes involucradas fue objeto de aprobación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, materializado no solo en la expedición de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017, sino en las acciones desplegadas por la Superintendencia Nacional de Salud con anterioridad y posteridad a la misma. Acciones, que se continúan adelantando al actual prestador del servicio de salud producto de dicha reorganización, esto es MEDIMAS EPS.

- En el testimonio de Oscar Tutasaura Castellanos, en calidad de abogado de la firma de inversión LAZARD COLOMBIA S.A.S., destacándose en su relato aspectos como: i) la preclasificación, en el que participaron 23 interesados; ii) la debida diligencia; iii) el hecho que una vez finalizado el proceso anterior, los interesados el 17 de mayo de 2017 presentaron sus ofertas, y posteriormente se procedió a estudiar las ofertas que aportaron dos interesados (Sanitas y Prestasalud), ofertas a las que se les daba un puntaje, en el que se evaluaron criterios del modelo de atención en salud el cual debía describir la forma de cumplir el objeto social, y la oferta económica que se podía presentar para adquirir las acciones, o haciendo un pago por un pasivo

en un plazo de 5 años, siempre y cuando cada año se pagara hasta el 20%;
iv) en audiencia pública del 24 de mayo de 2017, se informó a los interesados que el Consorcio PRESTASALUD era el que había obtenido mayor puntaje.

Así mismo el testimonio indicó que en la estructuración del proceso se incluyó que los oferentes debían acreditar mediante prueba documental que la Superintendencia de Industria y Comercio había autorizado previamente la compra de los activos por parte del oferente, y la forma como se definió el requisito es que debida presentar la autorización expresa o acuse de recibo en los casos que la ley lo señale, so pena de rechazarse la oferta.

- En el testimonio de Natalia Ramírez Carrisoza, se narró la ejecución del contrato que tenía por objeto ejecutar el diagnóstico, valoración, diseño de la estructura de la transacción, promoción y venta de activos prioritarios definidos, desarrollado en varias fases, dejando claro que se estudiaron varios escenarios de valoración de activos estratégicos de SALUDCOOP, y que al final fue SALUDCOOP EPS en Liquidación quien adoptó la alternativa de la venta de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y las acciones de ESIMED, previo un análisis de comportamiento histórico, la situación actual de CAFESALUD, los escenarios de proyección y el análisis de las empresa comparables del sector.

- De las pruebas del proceso se extrae que la Superintendencia Nacional de Salud, no ha vulnerado los derechos colectivos que aducen los actores, ya que a contrario a lo manifestado, sus actuaciones han propendido por la estabilidad del SGSSS y protección de los derechos de los usuarios.

5.6. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – AGENCIA ESPECIAL

- Respecto del proceso de venta de CAFESALUD persisten varias preocupaciones como son: i) el pago del precio de venta en un plazo de 5 años, lo que demora la inyección de recursos al Sistema de Salud, y retrasa considerablemente la constitución del capital o patrimonio necesario para el pago de las deudas que tiene CAFESALUD, afectando acreedores legítimos

dentro de los cuales se encuentran otros actores importantes del Sistema; ii) la falta de planeación en el proceso de empalme y la falta de experiencia del comprador en aseguramiento, ya que ninguno de los compradores cuenta con experiencia específica en aseguramiento, la cual dista de la experiencia en prestación de servicios; iii) el negocio permite que para el pago del precio de venta el comprador compense, capitalice activos o confunda obligaciones hasta en un monto de 600 mil millones de pesos, lo que supone que no todo el valor del precio de venta, ingresa al Sistema de Salud como una inyección de recursos, figura que además privilegia los créditos de los compradores frente las demás acreencias legítimas.

La Procuraduría General de la Nación verificó mediante certificación expedida por CAFESALUD, que las acreencias de los compradores de esta EPS a fecha de 30 de junio de 2017, ascendían a un total de 112 mil millones aproximadamente, suma que no alcanzaría el valor total que se permite compensar o capitalizar respecto del valor de la venta, 600 mil millones, razón por la cual preocupa que se adelanten prácticas de compra de cartera o semejantes, no afines ni permitidas para el objeto social de una EPS, con lo cual también se podría afectar la inyección de recursos al Sistema de Salud y los créditos de otros acreedores legítimos.

CAFESALUD fue vendida con problemas sustanciales como la insuficiencia de la red de prestadores de servicios de salud en todos los niveles de atención que tenía contratada, la falta de oportunidad en el suministro de medicamentos, y el incremento en las PQRS, aspectos que no fueron observados en el proceso de venta para ser objeto de un plan de mejoramiento a partir de la gestión del nuevo operador.

- La implementación del modelo de atención integral basado en la gestión del riesgo propuesta en el proceso de reorganización institucional no se estaba cumpliendo, lo cual afecta la prestación del servicio de salud, los derechos fundamentales de los afiliados, no se está garantizando la continuidad del servicio, ni la superación de las dificultades y problemáticas con las que venían los afiliados a esta EPS. La falta de red fue verificada por el Ministerio

Público en 27 Departamentos del país, y aunque se muestren cartas de intención, avances mínimos en el proceso de contratación de la red y en distintas instancias se den plazos para el cumplimiento de las obligaciones que tiene MEDIMÁS como EPS, incluyendo la Superintendencia Nacional de Salud, la afectación a los derechos fundamentales continúa y en muchos casos recayendo en población vulnerable.

- Desde que MEDIMAS EPS S.A.S. inició sus operaciones, la Procuraduría ha encontrado como hallazgos los siguientes: i) falta de red de prestadores de servicios de salud contratada, ya que al inicio de su operación el día 1º de agosto de 2017, MEDIMAS no tenía contratos de red de servicios médicos; ii) 34 días después de su entrada en operación, la Procuraduría verificó esta situación en 27 Departamentos del país, lo cual consta en las certificaciones remitidas por las secretarías de salud respectivas; iii) para el 19 de septiembre, 49 días después del inicio de operaciones, la Procuraduría a través de visitas adelantadas por los Procuradores Regionales a las Secretarías departamentales de salud, verificó que la falta de red contratada se mantiene, y que sigue siendo crítica por lo menos en 16 departamentos, cifra que puede variar, una vez culmine esta actuación de vigilancia a las Secretarías Departamentales de Salud; iv) del reporte solicitado a la Superintendencia Nacional de Salud, se encontraron con corte al 4 de septiembre de 2017, 10.095 quejas y 5.848 solicitudes de información, las cuales sumadas a las denuncias y quejas formuladas directamente ante la Procuraduría General de la Nación.

- MEDIMÁS no ha cumplido con los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización de funcionamiento o habilitación o ha dejado de cumplirlos, y no posee las condiciones para cumplir adecuadamente sus obligaciones como EPS. Así lo corrobora la Resolución No. 008166 del 4 de julio de 2018, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, al afirmar que la empresa está incumpliendo las condiciones de habilitación establecidas en el capítulo 3 del Título 2 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2017, sustituido por el Decreto 682 de 2018 y Reglamentado en la Resolución 2515 de 2018. Así mismo, creó la Instancia de Seguimiento a los

Indicadores de la Operación de MEDIMÁS, encargada de coordinar las acciones de seguimiento y verificación a la situación administrativa, financiera y contable de la EPS, contando con la participación de los organismos de control.

- MEDIMÁS ha afectado masiva y reiteradamente, a pesar del poco tiempo de haber entrado en operación, los derechos fundamentales de muchos de sus afiliados y en varias ocasiones se ha agravado más su situación respecto de cómo venían con CAFESALUD.

- Los hallazgos, la situación actual de MEDIMÁS y la afectación a los derechos a sus afiliados, hacen incurrir a esta EPS de manera concurrente en la intervención prevista en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, se puede ejercer en cualquier tiempo. No hay que esperar tiempos prolongados en el cumplimiento de las normas y obligaciones que le atañen como EPS o de afectación al derecho fundamental a la salud para poder adoptar la medida de intervención forzosa administrativa para administrar a MEDIMÁS.

- La sociedad PRESTNEWCO S.A.S. desde su fecha de constitución, no ostenta las calidades y condiciones de tipo técnico, financiero, jurídico y de experiencia equivalentes a las acreditadas por el CONSORCIO PRESTASALUD, sujeto de derechos y obligaciones que la oportunidad correspondiente acreditó poseer para ser declarado Interesado Acreditado habilitado para presentar oferta, y resultar adjudicatario del proceso de venta de Cafesalud EPS S.A.

- MEDIMÁS S.A.S. EPS, no cumple con indicadores de permanencia tales como condiciones financieras y de solvencia, de igual forma presenta dificultades en la gestión del riesgo en salud de la población afiliada por deficiencias en el proceso de caracterización de la población, indicadores de impacto en salud y la deficiente red de prestadores de servicios de salud, para la demanda de la población, lo que repercute en el aumento de PQRS

por la insatisfacción en la garantía del aseguramiento, generando con ello acciones de tutela y desacatos por la deficiente prestación de los servicios incluidos en el Plan de Beneficios de Salud y las tecnologías no incluidas en dicho plan.

- A 31 de octubre de 2018, los Estados financieros de la EPS presentan Activos totales por \$1.949.243 millones de pesos, pasivos totales por \$2.127.314 millones de pesos y patrimonio negativo por -\$178.071 millones de pesos. Es importante señalar que la pérdida de la entidad no ha sido enervada, pese al proceso de capitalización que por valor de \$515.591 millones de pesos, aprobado mediante Asamblea extraordinaria de accionistas de MEDIMAS EPS llevada a cabo el día 28 de junio de 2018.

En su Estado de resultados, presenta a este mismo corte, Ingresos totales por \$3.533.723 millones de pesos, costos por prestación de servicios por \$3.968.427 millones de pesos y gastos totales por \$281.443 millones de pesos, y la pérdida acumulada durante al corte de octubre de 2018 alcanza la suma de \$716.147 millones de pesos.

Desde el inicio de la operación de Medimás EPS SAS el 1º de agosto de 2017 hasta el 31 de octubre de 2018, la entidad ha realizado pagos a través del método de Giro Directo Régimen Subsidiado por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES por la suma de \$695.794 millones de pesos. Se evidencia concentración en algunos beneficiarios, 42.43% equivalente a la suma de \$295.234 Millones de pesos, representados solo en 16 prestadores de servicios, correspondiente al 2,1% del total de la red de servicios, de un total de 742 proveedores objeto de giro directo.

- Al cierre del mes de octubre, la entidad presenta pasivos totales por \$2.127.314 millones de pesos, representado principalmente por las cuentas por pagar al costo y provisiones que conforman la reserva técnica por valor de \$1.322.584 millones de pesos equivalentes al 62.2% del total del pasivo. Otro rubro con participación importante es el correspondiente al saldo

pendiente de pago por la compra del activo intangible por valor de \$670.534 millones de pesos, equivalente al 32% del valor del pasivo.

Al corte del mes de octubre de 2018, MEDIMAS EPS S.A.S. registra patrimonio negativo en la suma de \$178.071 millones de pesos. El patrimonio está conformado por capital suscrito y pagado por valor de \$534.262 millones de pesos, reserva legal por \$3.814 millones de pesos y pérdida acumulada del periodo por \$716.147 millones de pesos.

El patrimonio de la EPS se ha venido degradando en forma ostensible. El patrimonio negativo se origina en el monto de la pérdida acumulada en lo corrido del presente ejercicio por valor de \$716.147 millones de pesos, pese a la capitalización efectuada por valor de \$515.591 millones de pesos.

- Para octubre de 2018 la EPS MEDIMÁS tenía 2.743.631 afiliados en el régimen Contributivo y 1.486.315 en el régimen subsidiado para un total de 4.229.946 afiliados activos incluyendo movilidad ascendente y descendente para una disminución de población del 16% desde el inicio de operación con una pérdida 780.966 usuarios.

- La Procuraduría General de la Nación, a través de un estudio realizado a nivel regional encontró que a la fecha, son 34 las sedes ESIMED que están inactivas, de las cuales 19 están cerradas totalmente o tienen algunos servicios cerrados.

- Los informes presentados por la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, los actores populares, las entidades accionadas, el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud y los hallazgos presentados por el Contralor Especial de MEDIMÁS S.A.S. EPS, dan cuenta no solo de las dificultades que actualmente sufren un número considerable de afiliados a MEDIMAS para obtener un servicio de salud con calidad y oportunidad, sino que confirman que MEDIMÁS no ha cumplido con sus obligaciones como EPS.

5.7. MEDIMAS E.P.S. S.A.S.:

Además de referirse a los argumentos de la contestación de la demanda, agrega que de los testimonios de Oscar Tutasaura, Natalia Ramírez y Augusto Acosta se extrae que el proceso de venta se realizó con apego a una serie de estudios propios del sistema realizadas por el señor Acosta, y con el apoyo jurídico de la firma POSSH HERRERA & RUIZ, la cual luego de un análisis de orden jurídico del entorno en el cual se desarrollaría la venta, concluyó que la opción de la venta de activos pasivos y contratos de CAFESALUD, era la mejor opción a fin de mantener intactos una serie de intereses relacionados no sólo con la entidad, sino con el sistema de seguridad social en salud y con los usuarios.

En el impulso y las decisiones finales relacionadas con el proceso de venta, si bien se tuvieron en cuenta las manifestaciones, inquietudes y observaciones presentadas por el Ministerio de Salud y/o por la Superintendencia Nacional de Salud, las decisiones finales fueron adoptadas por la Agente liquidadora de SALUDCOOP, quien dentro de sus potestades y competencias, debía definir el rumbo a seguir en relación con la venta de tal activo.

- En función de lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la primera audiencia de pacto de cumplimiento, los diferentes entes territoriales remitieron una serie de informaciones relacionadas con la red a nivel nacional, las cuales no sólo obran dentro del plenario, sino que evidencian en conjunto, que las personas jurídicas que conforman el consorcio que a su vez tiene la propiedad de MEDIMAS EPS, no constituyen ni siquiera el 2% de la contratación total de todos los prestadores de salud que conforman la red de la EPS.

- Tanto lo indicado por SALUDCOOP en liquidación como por uno de los testigos citados al estrado, de ninguna forma se podría aducir la existencia de alguna confusión entre el asegurador y el prestador, pues el proceso de

venta fue diseñado de forma tal, que permitiera que la entidad adjudicataria de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD, no se hiciera directamente con la propiedad de las acciones de la EPS, sino que se establecieron vehículos y mecanismos que permitían definir claramente la división entre el asegurador y sus dueños, como en efecto sucedió en el momento de consumarse el proceso de venta y continúa hasta la fecha.

- Sobre el uso y distribución prioritaria que tendrían los recursos producto de la venta y que se aplicarían con cargo al pago de los BOCAS, el testimonio del señor Tutasaura, es bastante ilustrativo para demostrar la inexistencia de la ilegalidad presuntamente denunciada por los actores populares. El cargo presentado por los demandantes parte de un supuesto erróneo, al considerar que los recursos propios de la venta de CAFESALUD ingresarían al patrimonio de SALUDCOOP, cuando la realidad es que estos recursos ingresaron a la caja de CAFESALUD, entidad que no se encuentra en proceso de liquidación.

5.8. CAFESALUD EPS S.A.

- De los testimonios de los señores Oscar Tutasaura, Natalia Ramírez Carrizosa y Augusto Acosta, se colige que la venta de activos, pasivos, bienes tangibles e intangibles de CAFESALUD, se originó por el proceso de liquidación de SALUDCOOP EPS, accionista mayoritaria de CAFESALUD.

- Para la fecha de vinculación de CAFESALUD EPS S.A. a la actuación, se demostró que el proceso de venta de activos, pasivos, bienes tangibles e intangibles de la EPS ya había finalizado en su totalidad, dando como resultado la suscripción de los contratos especificados e incorporados al proceso.

- El proceso de venta de activos, pasivos, bienes tangibles e intangibles, tal y como lo manifestó el señor Augusto Acosta, permitió el pago completo y en un término no mayor a un año de los Bonos Opcionales Convertibles en Acciones – BOCAS favor del Ministerio de Salud.

5.9. LAZARD COLOMBIA S.A.S.

- Además de reiterar los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, el apoderado de la sociedad vinculada manifestó que el actor popular José Roberto Acosta en el interrogatorio de parte rendido en el proceso confesó que sus alegaciones son producto de enlucubraciones y conclusiones personales a partir de información dispersa de los medios de comunicación.

- Los actores populares y coadyuvantes no lograron demostrar sus argumentos, la procedencia de la acción y la supuesta vulneración de los derechos colectivos alegados. Los memoriales y argumentos aportados al Despacho se basan en conclusiones y afirmaciones personales, fundamentadas en noticias e informes de los medios de comunicación.

5.10. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

El caso del “Tercer Canal”, utilizado por los actores populares como precedente jurisprudencial, a efectos de argumentar que en la venta de CAFESALUD la existencia de un único oferente integral era violatorio de la libre competencia económica, no es aplicable, en la medida que los fundamentos fácticos y jurídicos difieren completamente. Así, el régimen jurídico aplicable al caso del Tercer Canal es el correspondiente al artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, el cual exige la existencia de pluralidad de oferentes durante todo el proceso contractual, y en el caso de CAFESALUD no existe una norma especial en materia del servicio de salud que demande la existencia de varios proponentes durante todo el proceso de enajenación.

- En este caso se evidencia que en el proceso de enajenación se permitió la participación plural de los oferentes, y no hay evidencia que permita concluir que el retiro de varios de los agentes interesados haya sido consecuencia del actuar del Estado o de la existencia de cláusulas o condiciones que buscaran limitar el acceso al proceso de forma irregular o injustificada.

5.11. POSSE HERRERA & RUIZ: reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

5.12. ESIMED S.A.

Además de referirse nuevamente a las consideraciones dadas en la contestación de la demanda, agregó que de acuerdo a lo evidenciado con el testimonio de Natalia Ramírez Carrizosa, representante legal de LAZARD, los Bonos Opcionalmente Convertibles en Acciones (BOCAS), se trataron de títulos de deuda de CAFESALUD con el Sistema General de Salud. Lo que se demostró suficientemente a lo largo del proceso es que de hecho el proceso de venta ha permitido a CAFESALUD sufragar sus obligaciones y honrado sus deudas. De hecho, el proceso de enajenación estructurado por CAFESALUD previó que los primeros pagos del contrato de cesión del activo intangible fueran destinados directamente al ADRES con cargo a dichos BOCAS.

5.13. PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S.:

- La Superintendencia Nacional de Salud ha demostrado a lo largo del proceso que ha venido adoptando todas las acciones y medidas que se encuentran previstas en el ordenamiento jurídico colombiano con miras a velar por una correcta, eficiente y completa prestación del servicio de salud. Por otra parte, la Superintendencia en el informe del 9 de octubre de 2018 deja en claro que el Sistema General de Salud en Colombia adolece de importantes dificultades y problemas sistémicos que hacen que cualquier medida deba tomarse con miras a no generar afectaciones a los usuarios y mitigar los riesgos sistémicos.

En ese orden, cualquier medida encaminada a dejar sin efectos el proceso de enajenación sería en extremo lesivo para los usuarios de la salud, y generaría un grave riesgo de afectación de todo el sistema, más aún cuando la Superintendencia ha advertido que en varios departamentos y municipios

del país no existe suficiente presencia de otras aseguradoras que pueda recibir la población de usuarios.

- En los demás aspectos, reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

5.14. ACTORES POPULARES:

- Limitar el alcance del presente proceso popular a la "venta de Cafesalud", comporta que la acción popular se contrae a un ilegal hecho pretérito respecto del cual, ante la consumación de la ilegal transacción, la sentencia queda cercenada para tomar medidas efectivas de protección, impidiendo que el fallo contenga medidas frente a los gravísimos efectos producidos por la turbia e Ineficaz negociación, de cara a los derechos de los usuarios, el patrimonio público y la moralidad administrativa, documentados ampliamente por el Contralor designado por la Supersalud en reciente Informe NURC 1-2018-141802 del 4 de septiembre de 2018.

- En el aludido informe, se evidencia que la EPS MEDIMÁS, beneficiaria de la venta de los afiliados de CAFESALUD, no cumple con ninguna de las normas del sistema de salud, violentando así, de manera directa: i) los recursos públicos del sistema de salud (patrimonio público-moralidad administrativa) y, ii) el derecho al acceso al servicio público de salud, además de otros derechos colectivos, razón por la que el aludido funcionario pide a la Supersalud la adopción de medidas de protección frente a estos graves hechos.

Debe llamarse la atención sobre la connivencia de la Superintendencia Nacional de Salud ante la persistencia de los graves hechos descritos, pues de forma inmoral, ilegal y violatoria de derechos fundamentales y colectivos protegidos por el ordenamiento constitucional y amparados por tratados internacionales, ignora la petición del Contralor por ella designado, omitiendo adoptar medidas eficaces para prevenir la pérdida de recursos públicos y

garantizar el acceso al servicio público esencial de la salud a más de 4 millones de colombianos.

- De conformidad con la información suministrada por la Fiscal 34 Delegada ante el Tribunal – Dirección Especializada contra la Corrupción – Coordinadora Grupo de Trabajo para la investigación de Delitos que afectan el SGSSS, la Sra. Carrascal Cantillo expidió directamente las Resoluciones No. 2812 del 15 de septiembre de 2016 y 2779 de 2015, por las cuales la Supersalud definió en 3,3 millones de personas la capacidad máxima de afiliación de Cafesalud hoy cedida a Medimás EPS, y además rindió concepto favorable para la expedición de la Resolución No. 2426 de 2017 por la cual se aprobó la reorganización de Cafesalud y el traslado de 5 millones afiliados a Medimás EPS en exceso de su capacidad máxima aprobada.

En representación de la Superintendencia Nacional de Salud, la Sra. Eva Carrascal Cantillo, participó en las audiencias conjuntas del presente proceso popular y del de radicación 2016 - 0131400, proceso este último en cuyos folios 282 a 304 (cuaderno 1) obra un documento en que se alertó a la Sala sobre las posibles conductas de fraude procesal por parte de la aludida exfuncionaria.

- Que la EPS MEDIMÁS no cuente con los recursos necesarios para mitigar las obligaciones a cargo de los prestadores de Servicios de Salud, es una prueba irrefutable de la actuación indebida, carente de debida diligencia, e irresponsable, es decir, contraria a la moralidad administrativa, tanto de las entidades públicas que adelantaron el procedimiento, como de los particulares que asesoraron el proceso de enajenación.

- El proceso de enajenación y el esquema del negocio implementado y diseñado tanto por las entidades públicas involucradas como por los particulares vinculados, es el que ha permitido el uso abusivo e ilegal de los recursos del sistema de salud, que extraen recursos vía pago de anticipos sin legalizar, a través de las IPS vinculadas al consorcio que administra la EPS, lo que deja en evidencia la concreción de los riesgos y las alertas generadas

por la Procuraduría General de la Nación y por los suscritos accionantes relacionados en el escrito de la acción popular, sobre los efectos nocivos de una integración vertical, ya no de arriba para abajo (EPS-IPS) sino de abajo para arriba (IPS-EPS), que permitiera que las IPS que se hicieron al control de la EPS MEDIMAS, tuvieran tratamientos favorables, pagos con sobrecostos, pagos de anticipos sin legalizar, mecanismo a través del cual se apropiarían de manera ilegal recursos de la UPC a través de sus IPS.

- MEDIMÁS EPS y las entidades que la componen, utilizan los recursos de la Unidad de Pago por Capitación -UPC- para financiar la compra de los cinco (5) millones de afiliados que les vendió CAFESALUD por medio del contrato de compraventa obrante en el cuaderno reservado No 2, y en el cual, el pago del precio se financia ilegalmente con recursos de la Unidad de Pago por Capitación, dado que el deudor MEDIMÁS es una empresa que solo dispone de los ingresos por UPC que recibe del ADRES para su operación como EPS.

Sin otra fuente de ingresos, ni demostración de existencia de capital, ni músculo financiero, era absolutamente previsible que esto ocurriera, luego la responsabilidad de la concreción de este riesgo corresponde a quienes estructuraron la operación, tanto las entidades públicas como los particulares que diseñaron el proceso.

- La irregular transacción explicada en audiencia del 29 de octubre de 2018 por el testigo Oscar Tutasaura miembro de la accionada Posse Herrera Ruiz, resulta preciso llamar la atención del Tribunal respecto a la maniobra de las instituciones integrantes del consorcio PRESTASALUD, quienes inicialmente se asociaron para proponerle a CAFESALUD la compra de sus 5 millones de afiliados y de la IPS ESIMED, transacción que una vez fue aceptada comportó, la creación de las empresas PRESTNEWCO y PRESTMED por medio de la cual los mismos socios, compran de forma separada a los 5 millones de afiliados y a la IPS Esimed.

- En el mes de octubre de 2018, en un hecho notorio que generó la realización de una audiencia el 10 de octubre, la Procuraduría General de la Nación y

SALUDCOOP EPS en liquidación, hicieron públicos en los medios de comunicación el incumplimiento en los pagos por parte de MEDIMÁS, hecho que conduce a la resolución del contrato de venta y que pone en gravísimo riesgo el derecho colectivo al acceso al servicio público de la salud para millones de colombianos.

De otro lado, debe llamarse la atención del Tribunal sobre una falta a la verdad en que incurrió la Sra. Natalia Ramírez Carrizosa, representante legal de la accionada LAZARD COLOMBIA SAS, quien en la audiencia del 19 de noviembre, para excusar el uso de recursos de la UPC para que MEDIMÁS pague el precio de la transacción con CAFESALUD, manifestó que dicha EPS (MEDIMÁS) tenía ingresos por otros conceptos tales como planes complementarios de salud, aserto que es contrario a la verdad pues la Superintendencia Nacional de Salud no ha expedido habilitación a MEDIMÁS EPS para que comercialice planes de salud voluntarios.

- Es importante destacar que por resoluciones 2779 de 2015 y 2812 de 2016 de la Supersalud, cedidas a MEDIMÁS por resolución 2426 de 2017, se estableció que dicha entidad tiene capacidad de afiliar a 3,3 millones de personas, pero inició operaciones en agosto de 2017 con 5 millones de afiliados, número que se han reducido, a diciembre de 2018, a 4,2 millones, lo que indica que MEDIMÁS ha recibido y aun recibe, Unidades de Pago por Capitalización en exceso de su capacidad autorizada por más un (1) millón de personas, lo que a razón de \$66.000 pesos que corresponden a la UPC mensual, podría indicar un desfaldo descomunal cercano a \$1 billón de pesos entre agosto de 2017 y noviembre de 2018.

- Las recurrentes inasistencias del testigo Mauricio Molina, vicepresidente de MEDIMÁS y el posterior desistimiento de dicho testimonio que debía llevarse a cabo en la audiencia del 3 de diciembre de 2018, hecho que impidió mostrar al Tribunal que las quejas que los usuarios de MEDIMÁS EPS presentan a la Superintendencia de Salud, aumentaron un 68% para el régimen contributivo y un 52% para el subsidiado entre los meses de septiembre y octubre de

2018, como resultado de que la red de atención no garantiza la calidad ni la oportunidad del servicio de salud.

- Las IPS que se hicieron al control de la EPS Medimos, han direccionado los recursos del sistema de salud principalmente a sus IPS vinculadas, privilegiando sus pagos, autorizando anticipos ilegales, realizando pagos con sobrecostos, desplazando a sus competidores, distorsionando la libre y leal competencia entre las IPS, con lo que se aumentan los costos de salud, se manejan de manera inadecuada los recursos de sistema de salud, y se obtienen ventajas competitivas, mediante conductas anticompetitivas, lo que significa una vulneración a la libre competencia económica.

- Las empresas compradoras de MEDIMAS incurrieron en las siguientes irregularidades: i) diluyeron la responsabilidad en la transacción, pues el proponente Inicial (PRESTASALUD) es diferente de los reales compradores, dado que PRESTMED compró a ESIMED, y MEDIMÁS de propiedad de PRESTNEWCO compró los afiliados de CAFESALUD; ii) eludieron los requisitos de la transacción pues la experiencia en servicios de salud y la solvencia financiera exigidas no fueron cumplidas por las sociedades PRESTNEWCO, PRESTMED y MEDIMÁS EPS; iii) usaron a la sociedad MEDIMÁS EPS para comprometer recursos de la Unidad de Pago por Capitación para el pago de la transacción de compra de 5 millones de personas.; iv) utilizaron a la empresa ESIMED, como medio para entregarle a las empresas dueñas de PRESTNEWCO y PRESTMED, los recursos de la Unidad de Pago por Capitación que Medimás le transfiere; v) utilizaron a la empresa MEDIMÁS para violar las normas de Integración vertical y favorecer a las instituciones que indirectamente son sus dueñas; vi) utilizaron la transacción para compensar las obligaciones que CAFESALUD tenía con las empresas sodas de PRESTNEWCO y PRESTMED, en detrimento de otros acreedores excluidos de la negociación; vii) cosificaron a 5 millones de personas conviniéndolas en un bien mueble llamado "activo intangible", del que esperan obtener los recursos con los que pagar la transacción.

- En la venta de activos de CAFESALUD, que era el activo más importante del grupo SALUDCOOP dentro de su proceso de liquidación, se buscaban recursos para honrar sus compromisos con los acreedores, los cuales se clasificaron y ordenaron de acuerdo a la prelación de acreencias fijada por la ley, orden de Imperativo cumplimiento, que debe respetarse so pena de ser declarada ilegal, y lesionar los derechos de los acreedores que participan en el proceso de liquidación.

No puede aplicarse la compensación como una forma de pago de PRESTASALUD por la compra de CAFESALUD, pues de esta manera se estaría burlando el orden legal de prelación de créditos, pues antes de pagar a trabajadores, IPS públicas y el Sistema de Salud, se pagaría primero a unos acreedores con derechos más precarios y ubicados en una posición posterior, como son los agremiados en el consorcio PRESTASALUD a los que se les adjudicó CAFESALUD, y quienes una vez MEDIMÁS firmara el contrato de compraventa pagarían parte importante de dicha adquisición con el dinero que les adeudan, y la otra con el dinero de la salud de sus afiliados.

- En junio de 2018, la Procuraduría General de la Nación impuso sanción disciplinaria al señor Norman Julio Muñoz Muñoz, entonces Superintendente Nacional de Salud, por el hecho de haber permitido el inicio de operación de la EPS MEDIMÁS sin contar con red de atención medica suficiente.

- De lo dicho por los testigos Oscar Tutasaura miembro de la firma POSSE HERRERA RUIZ y Natalia Ramírez Carrizosa, representante legal de la accionada LAZARD COLOMBIA S.A.S., se colige que el Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud tuvieron una activa participación en el diseño y la materialización de un negocio en el que se violó la ley en beneficio de un grupo de empresas particulares, se esquilma el patrimonio público, y se vulneró el acceso al servicio público de la salud a millones de personas.

- La Superintendencia de Salud, por cerca de año y medio, ha omitido ordenar a MEDIMÁS EPS y a sus propietarios, la suspensión inmediata de las

conductas de afectación de derechos colectivos, guardando silencio pese a conocer a de la situación.

- Mediante la Resolución No. 442429 del 8 de octubre de 2018, la Delegatura para la Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades, resolvió someter a control a la Sociedad PRESTNEWCO S.A.S., ante la clara existencia de una situación crítica de orden contable, financiero, administrativo y jurídico que pone en riesgo el cumplimiento de sus obligaciones adquiridas al momento de recibir el "activo intangible". De la misma manera, en Resolución No. 442394 de la misma fecha, resolvió someter a control a la sociedad PRESTMED S.A.S.

- Según se registra en la página web de la Superintendencia de Salud, las quejas en MEDIMÁS EPS aumentaron un 68% para el régimen contributivo y un 52% para el subsidiado entre los meses de septiembre y octubre de 2018, lo que indica que la aducida contratación de la red de atención médica no garantizar por si sola el acceso al servicio público esencial de la salud en condiciones de calidad y oportunidad.

A lo anterior se suma el caótico estado de cartera de MEDIMÁS con las clínicas y hospitales, del que da cuenta el contralor designado por la Superintendencia de Salud quien advierte de la existencia de pasivos con prestadores de salud por la suma de \$1,2 billones, obligaciones que develan un descomunal desvío de recursos públicos de la salud, pues el ADRES ha entregado a MEDIMÁS los recursos para la prestación de servicios de salud, pero estos no han llegado a las instituciones de prestación de servicios de salud, lo que comporta un alto riesgo de afectación del acceso al servicio público de salud por suspensiones de servicios que se deriven del no pago de las facturas por servicios médicos que MEDIMÁS adeuda.

Debe llamarse la atención sobre la subestimación de la reserva técnica de MEDIMAS, dado que conforme lo mandado en el Decreto No. 780 de 2016, la EPS debería contar con recursos provisionados para el pago de prestadores de servicios de salud por la suma de \$1 billón, pero registra

inversiones solo por la suma de \$41.000 millones lo que indica no solo que no cuenta con reservas para pago de cuentas médicas, sino que ha desviado los recursos públicos que ha recibido para cubrir los costos de prestación del servicio de salud.

6. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: La Agente del Ministerio Público designada ante esta Corporación conceptuó en los siguientes términos:

- A partir del 1 de agosto de 2017 la responsabilidad de la prestación del servicio de salud para los afiliados de CAFESALUD, quedó a cargo única y exclusivamente de MEDIMAS EPS. Tan solo a poco meses, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución 0005121 del 13 de octubre de 2017, ordenó a MEDIMAS EPS S.A.S. CONTRIBUTIVO la cesación inmediata de las acciones desplegadas para dilatar o negar la oportuna, integra y continúa prestación de servicios de salud a los usuarios. Dicha medida no tuvo efecto alguno sobre MEDIMÁS EPS S.A.S., resultando claro el incremento en número de quejas relacionadas con la no garantía de prestación de servicios de salud a sus afiliados. Seis días después de la adopción de la medida arriba señalada, la Superintendencia Nacional de Salud impuso medida preventiva de Vigilancia Especial a MEDIMAS EPS S.A.S., por un término de seis (6) meses.

- La situación que dio origen a la medida preventiva no sólo continuó sino que empeoró, tal y como se observa en el informe dado por la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos, presentada al Comité de Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud en sesión del 18 de abril de 2018, que evidencia la difícil situación financiera por la que atraviesa MEDIMAS EPS, lo cual afecta directamente la oportuna prestación del servicio de salud a sus afiliados; así como también el informe de la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional de la misma fecha, en el que se evidencia la mala administración del patrimonio público que ha llevado a cabo MEDIMAS EPS e igualmente expone la baja gestión frente a la prestación de todos los servicios en salud que está obligada a prestar a los usuarios.

Con sustento en los anteriores conceptos, la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución No. 04770 del 19 de abril de 2018 decidió prorrogar el término de la medida preventiva de vigilancia especial por el término de un año, imponiéndole una serie de deberes que han sido incumplidos, tal y como se evidencia en el informe de auditoría de cumplimiento “Recursos Públicos Administrados Entidad Promotora de Salud MEDIMAS EPS S.A.S. del 1º de agosto al 31 de diciembre de 2017”, No. CGR-CDSS del 18 de mayo de 2018, adelantado por la Contraloría General de la República.

Por otra parte, en el Diagnóstico Preliminar de MEDIMAS EPS, elaborado por el Contralor con Funciones de Salvaguarda de la Medida de Vigilancia Especial, con corte a mayo de 2018, se resaltan algunos aspectos como el patrimonio de MEDIMAS, como factor de afectación a la eficiente prestación del servicio de salud, la población afiliada y las reservas técnicas.

- Mediante la Resolución No. 10002 del 28 de septiembre de 2018, la Superintendencia Nacional de Salud limitó la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y aceptar traslados a MEDIMAS EPS S.A.S., con sustento en la recomendación que le hizo el Comité de Medidas Especiales de tal autoridad.

El 4 de julio de 2018 la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No. 008166-2018 dispuso la adopción de medidas prioritarias a MEDIMAS EPS S.A.S., y en su artículo 3º ordenó la creación de una instancia de seguimiento a los indicadores de la operación de MEDIMAS EPS como un organismo colegiado de carácter transitorio, encargado de coordinar las acciones de seguimiento y verificación de la situación administrativa, financiera y contable de la EPS contando con la participación de los organismos que cumplen una función fiscalizadora y de control y los usuarios del Sistema y reglamento su funcionamiento.

Una de las condiciones que motivaron esta decisión, es que MEDIMAS EPS S.A.S. está incumpliendo las condiciones de habilitación establecidas en el Capítulo 3 del Título 2 de la Parte 5º del Libro 2º del Decreto 780 de 2017, sustituido por el Decreto 682 de 2018 y reglamentado en la Resolución No. 2515

de 2018. El incumplimiento sistemático de la EPS ha generado un grave riesgo para la prestación del servicio público esencial de salud y para la preservación de las condiciones de salud y la vida digna de sus afiliados.

Es evidente que el proceso de venta, particularmente el cierre del proceso, el perfeccionamiento de la venta de las acciones y del activo intangible de CAFESALUD, que terminó con la creación de MEDIMAS EPS S.A.S. como promotora del servicio de salud, son conductas que de manera concurrente han vulnerado el derecho colectivo al acceso al servicio público de salud en condiciones de eficiencia y oportunidad, pues esta empresa no cumple con las condiciones de Capacidad Científica, Capacidad Técnico Administrativa y Capacidad Tecnológica para prestar la atención en salud a sus afiliados con calidad, cuando y donde lo requieran.

- No cabe duda que los recursos que llegan de las distintas fuentes a las EPS, son recursos parafiscales y por ende de naturaleza pública, objeto de control y vigilancia por las distintas entidades del Estado que tienen esa función. Así, el proceso de venta de las acciones y del activo intangible de CAFESALUD, como el perfeccionamiento de la venta a través de los distintos contratos y la prestación del servicio de salud a cargo de MEDIMAS EPS no es un asunto de índole privado, pues involucra recursos públicos, derechos e intereses colectivos, y las decisiones en cabeza del Estado con participación de agentes privados.

- En el anexo 5 del Reglamento de Acreditación y Venta de los Activos, Pasivos y Contratos de Cafesalud EPS S.A. expedido por la Agente Liquidadora de Saludcoop EPS OC en Liquidación, la transacción consistía en la venta de una sociedad futura NewCo (MEDIMÁS), la cual recibiría los activos intangibles, algunos pasivos (los condonables y/o asumidos), y los contratos de Cafesalud. Así mismo, que frente a quienes sean acreedores de CAFESALUD se reconozca como parte del precio de compra la posibilidad de condonar obligaciones a Cafesalud, o capitalizar dichas obligaciones en la NewCo, siempre y cuando por cada peso de obligación capitalizada o condonada, pague

por lo menos, un peso en recurso efectivo, para la atención de la totalidad de las obligaciones pendientes de Cafesalud.

La venta fue adjudicada al Consorcio PRESTASALUD, el cual estaba conformado por: Procardio, Medicalfly, Miocardio, Corporación Nuestra IPS, Cooperativa Multiactiva de Profesionales de la Salud, Organización Clínica General del Norte, Medplus, Hospital Universitario Infantil de San José, Hospital de San José y Sociedad de Cirugía de Bogotá; todas estas IPS acreedoras de Cafesalud EPS S.A.

Cafesalud EPS S.A. persona jurídica que permanece, continuó a cargo de aquellos pasivos que no fueron condonables y/o asumidos por el comprador, tales como las acreencias de la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-(\$10.231.659.567,08) los cuales son recursos públicos y que hasta este momento no obra en el expediente prueba alguna que demuestre que ya se cancelaron.

Según el contrato de cesión del activo intangible en el numeral 2.2. sobre forma de pago, estableció una suma que no podrá ser inferior al 50% del precio de cesión según el cronograma de pagos, indicando que los dos primeros pagos del precio de cesión, previa deducción del 5% de cada pago destinado al Agente Fiduciario, serán pagados directamente al FOSYGA o quien haga sus veces, y atendiendo de forma exclusiva la obligación de pagar los bonos (BOCAS) suscritos por el Ministerio de Hacienda.

Sobre las garantías de cumplimiento por parte del comprador, la señora Natalia Ramírez Carrizosa, Managing Director de Lazard, dijo en su testimonio que se habían considerado por parte de la consultoría como garantías del cumplimiento de pago: prenda sobre PrestNewco, los socios de PrestNewco como garantes y un pagaré, y además la obligación de mejores esfuerzos por parte del comprador a obtener una línea de crédito de cualquier entidad financiera.

En el contrato de Compraventa de Acciones se consideraron en la sección 6.5.-g, sobre el pago del precio de la cesión del activo intangible, como garantías las

siguientes: a) una prenda sin tenencia sobre las acciones de la compañía por el comprador en favor del vendedor, y un pagaré en blanco con carta de instrucciones otorgado por el comprador en favor del vendedor; b) la garantía de los socios de PRESTASALUD, mismos accionistas de PRESTNEWCO accionista mayoritario de MEDIMÁS, pero con la anotación que suscriben el contrato con el único propósito de contraer y garantizar de manera solidaria las obligaciones propias adquiridas bajo el Reglamento de Venta, así como de manera subsidiaria las obligaciones del cesionario bajo el contrato hasta el veinte por ciento 20% del Precio de Cesión del Activo Intangible; y c) en la sesión 6.6. obtención de financiación para el pago del precio del activo intangible, sin indicar que se trata de una obligación, se consignó que el comprador se compromete a causar que la Compañía, esto es MEDIMÁS, haga sus mejores esfuerzos para gestionar y obtener una línea de crédito por un valor equivalente al 100% del precio de cesión.

En el Contrato de Cesión del Activo Intangible se consignó únicamente la garantía de los accionistas de PRESTASALUD y PRESTNEWCO, con igual anotación de que suscriben el contrato con el único propósito de contraer y garantizar de manera solidaria las obligaciones propias adquiridas bajo el Reglamento de Venta, así como de manera subsidiaria las obligaciones del cesionario bajo el contrato hasta el veinte por ciento 20% del precio de cesión del activo intangible, y en la sección “2.3. Garante”, se dispuso que cada garante asume de forma solidaria, pero subsidiaria a las obligaciones del cesionario, las obligaciones del pago que tiene el cesionario por la cesión del activo intangible, hasta COP 236.265.823.600. En el artículo “3. OBLIGACIONES Y ACUERDOS”, en la sesión “3.2. Obtención de financiación para el pago del precio del activo intangible”, sin indicar que se trata de una obligación, se consignó que el cesionario se compromete a hacer sus mejores esfuerzos para gestionar y obtener una línea de crédito por un valor equivalente al 100% del precio de cesión.

En ese orden, el precio de la venta del activo intangible se fijó en un billón ciento ochenta y un mil trescientos veintinueve millones ciento dieciocho mil pesos (COP 1.181.329.118.000), y cada garante solo se comprometió a asumir de

forma solidaria, pero subsidiaria las obligaciones de pago del cesionario, del precio de cesión del activo intangible hasta COP 236.265.823.600. Siendo está la única garantía cierta del cumplimiento del pago consignada en el contrato de cesión, porque la obtención de financiación para el pago del precio del activo intangible se acordó como un mero compromiso de mejores esfuerzos para obtener el crédito por parte del cesionario.

Lo anterior pone en riesgo los recursos de la salud, y las deudas con los demás acreedores a cargo de CAFESALUD, entre ellos la deuda con ADRES, máxime cuando resultó demostrado, conforme al oficio GCI-1457-2017, suscrito por el Gerente de Contabilidad e Impuestos de CAFESALUD EPS S.A., que los socios de PRESTASALUD, a excepción del Centro Nacional de Oncología, la fundación Esensa y la Fundación Saint, son los mismos accionistas de PRESTNEWCO siendo el socio mayoritario de MEDIMÁS EPS, el cesionario del activo intangible. Es decir, que a pesar de aparecer como personas jurídicas distintas, el cesionario y como tal obligado a pagar el precio del negocio, es el mismo garante; en suma, los compradores y los garantes del cumplimiento del pago son las mismas personas.

La falta de fuentes de recursos claros y precisos y de garantías de cumplimiento de pago es evidente, lo que se comprueba con los hechos posteriores al perfeccionamiento de la negociación. Es así como, CAFESALUD EPS S.A. a través de oficio PCF-309-2018 de fecha 4 de septiembre de 2018 notificó el incumplimiento del Contrato de Compraventa de Acciones y Contrato de Cesión de Activo Intangible, suscritos entre CAFESALUD EPS S.A. y PRESTNEWCO y CAFESALUD y MEDIMÁS EPS, respectivamente, indicando que el incumplimiento se debe a que no ha recibido ningún pago de los establecidos en el cronograma de pago, y que la deuda asciende a la suma de \$13.109.259.308 más los intereses de mora a favor de CAFESALUD, misma suma que había sido reportada en la comunicación de incumplimiento del 2 de agosto de la misma anualidad.

Por su parte, SALUDCOOP OC en Liquidación a través de oficio SCOOP-0031594 del 02 de octubre de 2018 informó a la Procuraduría General de la

Nación que tomó la decisión de hacer efectivas las cláusulas que permiten la resolución de los contratos de compraventa de las acciones y de los intangibles de CAFESALUD EPS S.A., dado el incumplimiento sistemático y progresivo de las obligaciones que PRESTNEWCO y sus garantes adquirieron; incumplimiento no solo en materia dineraria, sino también en la ejecución y aplicación efectiva de un modelo de atención integral en salud, es decir la falta de idoneidad en la prestación de un servicio de salud.

Así, las fuentes de los recursos y las garantías concebidas en realidad no apalancan ni dan seguridad en el cumplimiento del pago del precio del intangible de CAFESALUD EPS S.A., y que lo único cierto y definido son los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que están en riesgo de ser utilizados con otros fines, desnaturalizando la destinación específica que constitucionalmente les corresponde.

- Con relación a la reserva técnica según el diagnóstico presentado por el consultor Lazard, CAFESALUD tenía unos pasivos totales de COP 2.9 Bill, con un 82% correspondiente a Reserva Técnica. De ahí que, en los Contratos de Cesión de Activo Intangible, y de Cesión de Acciones de CAFESALUD EPS S.A. no haya estipulación alguna en el sentido de trasladar a MEDIMÁS EPS la reserva técnica con que CAFESALUD EPS debía contar de conformidad con lo establecido en el Decreto 2702 de 2014, provisión que es considerada como la fuente de financiación de los servicios de salud por siniestralidad.

Ahora, en lo que corresponde a MEDIMÁS tampoco está asegurada la provisión de esa reserva técnica. Al respecto, es preciso indicar que el Decreto 780 del 06 de mayo de 2016, en su artículo 2.1.13.9, en cuanto a los procesos de reorganización institucional indicó que en los procesos de fusión, escisión, creación de nuevas entidades u otras formas de reorganización institucional, las EPS participantes podrán ceder sus afiliados a la Entidad Promotora de Salud resultante del proceso de reorganización institucional, el cual debería ser presentado ante la Superintendencia Nacional de Salud para su aprobación siempre y cuando cumpliera los siguientes requisitos: i) que la entidad o las entidades que ceden sus afiliados tengan una participación mayoritaria en la

entidad resultante de la reorganización; y ii) que la entidad que cede sus afiliados realice simultáneamente la cesión de sus activos, pasivos, habilitación o autorización para operar y los contratos, asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios, a la Entidad Promotora de Salud resultante de la reorganización.

El Decreto 2117 del 22 de diciembre de 2016 en su artículo 1º modificó el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016, y el Decreto 718 del 4 de mayo de 2017 adicionó dos párrafos al artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016, el cual fue modificado por el Decreto 2117 de 2016.

El Decreto 718 de 2017 fue expedido con anterioridad a la creación de MEDIMÁS EPS. En tal sentido, dicha EPS fue cobijada con las dos modificaciones, es decir que CAFESALUD EPS no requerirá cumplir con el requisito de participación en el capital de la entidad resultante del proceso de reorganización (MEDIMÁS), y que adicionalmente MEDIMÁS podía presentar propuesta para el cumplimiento de las condiciones financieras y de solvencia durante un plazo de cumplimiento de hasta 10 años contados a partir de la aprobación del plan de ajuste que realice la Superintendencia Nacional de Salud.

Conforme al testimonio del señor Augusto Acosta Torres, asesor de la Empresa LAZARD, el Decreto 718 de 2017 fue estudiado y proyectado durante el segundo semestre del año 2016, en el cual él participó, así como otros actores del sector salud, mismo período, en el que según su dicho, prestó la asesoría a la mencionada banca de inversiones, encargada de estructurar el proceso de venta de las acciones y activos de CAFESALUD.

Llama la atención la cercanía entre la expedición de uno y otro decreto, concomitante con la intención y puesta en marcha de las acciones tendientes a la realización de los activos de SALUDCOOP, y particularmente entre el diseño del proceso de venta a cargo de LAZARD y la elaboración del Decreto 718 del 4 de mayo de 2017, fecha para la cual ya había iniciado el proceso de venta, pero anterior a la creación de MEDIMÁS EPS. Así, con las modificaciones,

MEDIMAS encontró el respaldo jurídico que le permitió desprenderse de la participación accionaria de CAFESALUD EPS, y contar con el término de 10 años, desde el 1º de agosto de 2017 para el cumplimiento de las condiciones financieras y de solvencia durante un plazo de cumplimiento de hasta 10 años.

Debe preguntarse entonces en la actualidad cuales peculios respaldan la reserva técnica que la EPS debe constituir para la cobertura de los siniestros que deben ser cubiertos a través de ella, si cuenta con diez años para conformarla y no recibió ningún capital de CAFESALUD por este concepto.

Con la venta de los activos intangibles de CAFESALUD EPS S.A., la condonación de acreencias con las IPS que conforman PRESTNEWCO, la falta de garantías para el pago de acreencias por parte de CAFESALUD EPS S.A. concretamente a ADRES, y el incumplimiento de MEDIMÁS, se evidencia claramente que el patrimonio público no fue resguardado, pues está en alto riesgo el pago de deudas y la destinación de los recursos parafiscales recaudados por MEDIMÁS, que genera a su vez falencia en calidad y oportunidad en la prestación del servicio de salud.

- El reglamento de acreditación y venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS S.A. estableció en el punto 6.6 la acreditación de la experiencia en gestión en salud de los interesados, indicando que estos debían acreditar su experiencia técnica en gestión en salud y que para el caso de los Consorcios, al menos uno de los integrantes del Consorcio debería cumplir con la experiencia requerida y dicho integrante debía participar con por lo menos el cincuenta por ciento (50%) del Consorcio.

Se observa que el Consorcio PRESTASALUD (PRESTNEWCO) en la OFERTA presentada acreditó la experiencia en gestión en salud a través del Centro Nacional de Oncología quien tenía una participación del 50% dentro del Consorcio; no obstante, en el informe de fecha 11 de diciembre de 2017 suscrito por la Procuraduría Delegada para la Salud, la Protección Social y el Trabajo Decente, se dice que al momento de perfeccionarse el contrato se realizó una modificación a la composición accionaria de PRESTNEWCO en donde el

accionista Centro Nacional de Oncología fue excluido por mandato de la Asamblea de Accionistas, lo cual se evidencia en el Acta No. 5 de la asamblea extraordinaria de accionistas de MEDIMÁS EPS S.A.S. adelantada el día 09 de agosto de 2017.

Conforme con lo anterior, es evidente que se incumplió lo establecido en el punto 6.6 del reglamento de acreditación y venta de los activos, pasivos y contratos de Cafesalud EPS S.A, ya que no se mantuvo el 50% de participación accionaria que estaba en cabeza del Centro Nacional de Oncología, entidad que acreditaba la experiencia en gestión en Salud, de manera que solamente se cumplió con la acreditación de la experiencia en aseguramiento en el momento de la oferta pero no después de formalizada la venta, es decir para operar el negocio como EPS, como tampoco la tiene MEDIMÁS EPS en tanto.

La sociedad PRESTNEWCO y la EPS MEDIMÁS incumplieron con el proceso de venta y las obligaciones derivadas del mismo, ya que en la actualidad operan sin la experiencia que se requiere (Gestión en Salud), la cual acreditó al momento de ofertar ante SALUDCOOP OC en Liquidación, lo que le permitió la adjudicación del contrato.

Es palmaria la vulneración efectiva del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, toda vez que se defraudó la finalidad de las normas que establecieron como requisito la experiencia en Gestión en Salud, así como la regulación sobre prelación de pagos, además del peligro en que quedó la destinación de los recursos parafiscales que recauda MEDIMÁS EPS, los que por mandato constitucional son de manera exclusiva para garantizar la prestación del Servicio Público de Salud. Esta situación no responde al interés de la colectividad y específicamente al desarrollo de los fines que se buscan con la normas, llevando de manera concomitante a que como quedó expuesto los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que son de naturaleza pública, hoy se encuentren en riesgo máximo.

- La sociedad MBA LAZARD COLOMBIA S.AS hizo entrega del Análisis de CAFESALUD EPS, que contiene el informe de Análisis Financiero y de

Valoración, indicando que durante la ejecución de la Asesoría, el Equipo Consultor ha realizado actividades como sesiones de discusión con equipos de trabajo de la Liquidación de SALUDCOOP, la Superintendencia de Salud y el Ministerio de Salud para aclarar y definir temas claves del Proceso de Venta.

Así las cosas, es claro que el Ministerio de Salud y Protección Social es responsable en la vulneración de los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos, a su prestación eficiente y oportuna, al patrimonio público y la moralidad administrativa; toda vez que como representante del Estado, en la reorganización y enajenación de los activos intangibles de CAFESALUD EPS S.A. omitió su deber de garantizar eficientemente derecho a la salud conllevando ello a no adoptar las medidas necesarias para evitar la afectación en comento.

- La Superintendencia Nacional de Salud es responsable por la vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados en el escrito de demanda, toda vez que en la reorganización y enajenación de los activos intangibles de Cafesalud EPS S.A. omitió su deber de vigilancia e inspección conllevando ello a no adoptar las medidas necesarias para evitar la afectación en comento.

SALUDCOOP OC EN LIQUIDACIÓN en su condición de accionista mayoritario de CAFESALUD EPS S.A y CAFESALUD EPS S.A. son directamente responsables en la vulneración de los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos, a su prestación eficiente y oportuna, al patrimonio público y la moralidad administrativa. la sociedad MBA LAZARD COLOMBIA S.AS hizo entrega del Análisis de CAFESALUD EPS, que contiene el informe de Análisis Financiero y de Valoración, indicando que la información de valoración contenida en este informe fue presentada para efectos de que SALUDCOOP EPS en Liquidación y CAFESALUD EPS pudieran definir los precios mínimos que fueron mantenidos en reserva durante el proceso de venta.

Además, aprobaron en Asamblea General de Accionistas la reorganización de CAFESALUD EPS S.A., la enajenación de las acciones y la cesión del activo intangible de dicha EPS, en donde con la falencias anotadas en el proceso de

venta, perfeccionamiento de ésta y en la prestación del servicio por parte de MEDIMÁS EPS, se afectó gravemente, como quedó demostrado, la prestación eficiente y oportuna del servicio de salud y no se garantizó el derecho a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

- PRESTNEWCO S.A.S. es directamente responsable en la vulneración de los derechos e intereses colectivos, ya que como accionista de la EPS, no dispuso de una organización administrativa y financiera que permitiera acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones; lo que se evidenció, en el incumplimiento del reglamento de acreditación y venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS S.A, al no mantener el 50% de participación accionaria de la entidad que acreditaba la experiencia de Gestión en Salud. Es así como la sociedad PRESTNEWCO accionista de MEDIMÁS, ni esta mantuvieron las condiciones que el consorcio Prestasalud ofertó y en la actualidad la EPS opera sin la experiencia que se requiere (Gestión en Salud) afectando gravemente la moralidad administrativa y la prestación del servicio.

- Contrario a lo que manifiesta LAZARD COLOMBIA en sus intervenciones dentro del proceso, queda claro que su asesoría fue determinante al momento de la construcción de todo este andamiaje empresarial que terminó afectando gravemente el derecho colectivo a la prestación del servicio de salud de los afiliados de SALUDCOOP EPS, hoy MEDIMÁS EPS, así como está demostrada la mala administración de los recursos públicos por parte de dicha EPS.

- Ya demostrada la responsabilidad de MEDIMÁS EPS frente al incumplimiento de su obligación de prestar los servicios de salud de forma efectiva y oportuna, vale agregar que dicha EPS es igualmente responsable por la mala administración de recursos esto según lo demostrado en el más reciente diagnóstico adelantado a la entidad por parte del Contralor con Funciones de Salvaguarda de la Medida de Vigilancia Especial, con corte a mayo de 2018 que resalta que MEDIMÁS EPS presenta en sus estados financieros, activos totales por un valor de \$1.915.102936.526, pasivos totales por valor de \$2.354.345.020.006 y patrimonio negativo por valor de \$439.242.083.48 en su

estado de resultados presenta a este mismo corte ingresos totales por valor de \$ 1.853.128.399.398; costos por prestación de servicios por \$2.206.848.798.582 y una pérdida acumulada a Mayo 31 de 2018 en la suma de \$496.057.032.496.

- No existe en el expediente prueba de la vulneración de los derechos e intereses colectivos por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Por el contrario, se encuentra demostrado que previo a la presentación de la oferta, la interesada PRESTASALUD, entre otras, presentó la notificación de su interés de compra de las acciones en comento, ante lo cual la Superintendencia de Industria y Comercio emitió las comunicaciones de acuse y recibo en los términos señalados, dando cumplimiento de esta forma a lo contemplado en el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009.

- Por lo anterior, la Agente del Ministerio Público solicita que se amparen los derechos e intereses colectivos a la prestación eficiente y oportuna del servicio de salud, la defensa al patrimonio público y la moralidad administrativa, y en consecuencia, que se ordene:

“1. Declarar responsables a SaludCoop OC en liquidación y cafesalud EPS S.A., Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, a Lazard de Colombia, a Posse Herrera & Ruíz, Pricewaterhousecooper, Prestnewco S.A.S y a Medimás EPS, por la vulneración de los derechos colectivos del acceso al servicio público de salud en condiciones de eficiencia y oportunidad, a los derechos de los usuarios del servicio de salud, al patrimonio público y a la moralidad administrativa, por la vulneración de los derechos colectivos del acceso al servicio público de salud en condiciones de eficiencia y oportunidad, a los derechos de los usuarios del servicio de salud, al patrimonio público y a la moralidad administrativa.

2. Ordenar la suspensión de los efectos del contrato de compraventa acciones de Cafesalud y Esimed, suscritos el 23 de junio de 2017, así como sus adiciones y modificaciones; del contrato de cesión del activo intangible de Cafesalud suscrito el 1 de agosto de 2017 así como sus adiciones y modificaciones; y de los demás contratos que se deriven con ocasión de los anteriores, mientras se decida por el Tribunal de Arbitramento la terminación de los contratos.

3. Ordenar a la Agente Liquidadora de Saludcoop convocar al Tribunal de Arbitramento para que dirima la controversia sobre el incumplimiento por parte de los compradores de las acciones y del cesionario del activo intangible y decida sobre su terminación.

4. Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud y a Medimás se tomen las acciones y trámites y se pongan en marcha los mecanismos necesarios para que los afiliados de Medimás EPS, en el término de 30 días o en el que Tribunal considere pertinente, contado a partir de la notificación de la sentencia, se trasladen a las EPS de su elección, previa valoración de la capacidad operativa y financiera de éstas que permita garantizar la efectiva prestación del servicio de salud a los afiliados”.

7. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL PROCESO

En el decurso del proceso se recolectaron como pruebas las siguientes:

7.1. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES E INTERVINIENTES DEL PROCESO:

7.1.1. ACTORES POPULARES:

- i) Observaciones y consideraciones de la Procuraduría General de la Nación sobre el proceso de venta de CAFESALUD EPS S.A. y de Estudios e Inversiones Médicas S.A. – ESIMED, proferido el 23 de mayo de 2017 (folios 27 a 38).
- ii) Boletines Nos. 392, 435, 616 y 727 de la Procuraduría General de la Nación (folios 39 a 41 y 50).
- iii) Comunicado de prensa No. 22 de la Contraloría General de la República (folios 42 a 48).
- iv) Documento llamado “los elefantes de Cafesalud-Saludcoop” del señor Senador Jorge Enrique Robledo (folios 51 rev. y 52).
- v) Documento llamado “Ribera Salud desvía beneficios millonarios de hospitales públicos a espaldas de la Administración”, tomado de El Español folios 52 a 54.

7.1.2. SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN¹:

i) Reglamento de acreditación y venta de los activos y pasivos de CAFESALUD E.P.S. S.A. y de las acciones de Estudios e Inversiones Médicas S.A. ESIMED S.A., junto con sus 6 adendos, anexos y las resoluciones que aprobaron cada uno de ellos.

ii) Cuatro respuestas dadas a los interesados acreditados dentro del proceso de venta de CAFESALUD E.P.S.

iii) Oficio de respuesta al memorial del 23 de mayo de 2017, radicado el 30 de mayo de 2017 en la Procuraduría General de la Nación.

iv) Oficio del 25 de mayo de 2017, suscrito por el señor Luís Adolfo Diazgranados, Procurador Delegado, donde solicita una información relacionada con el proceso de venta.

v) Oficio de fecha 25 de mayo de 2017, mediante el cual se hizo entrega de todos los documentos solicitados por parte del Procurador Delegado, señor Luís Adolfo Diazgranados.

vi) Informe de valoración de las empresas CAFESALUD y ESIMED, preparado por la firma LAZARD COLOMBIA S.A.S., Posse Herera Ruiz y Pricewaterhousescoopers.

vii) Copia de la oferta presentada por parte del consorcio PRESTASALUD.

viii) Copia de la oferta presentada por parte de CLINITAS S.A.S. (Organización Sanitas).

ix) Certificación publicación Reglamento expedida por el jefe de tecnología de SALUDCOOP.

¹ Las pruebas aportadas por SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN se encuentran contenidas en CD obrante a folio 146 del expediente.

x) Certificación de usuarios y fecha de acceso al cuarto de datos expedida por parte del jefe de tecnología de SALUDCOOP.

7.1.3. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO:

i) Comunicación del 1º de marzo de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio dirigida a la Caja de Compensación Familiar – COMPENSAR, dentro de la actuación con radicado No. 17-39309, por medio de la cual se acusó de recibo la notificación de la integración horizontal entre COMPENSAR y las sociedades CAFESALUD y ESIMED (Expediente. folio 156).

ii) Comunicación del 1º de marzo de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio dirigida a la ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL S.A.S., dentro de la actuación con radicado No. 17-44936, por medio de la cual se acusó de recibo la notificación de la integración horizontal entre la ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL S.A.S. y las sociedades CAFESALUD y ESIMED (Expediente. folio 157).

iii) Comunicación del 4 de abril de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio dirigida al CONSORCIO DE HOSPITALES Y CLÍNICAS PRESTADORAS DE SALUD EN COLOMBIA (PRESTASALUD), por medio de la cual se acusó de recibo la notificación de la integración horizontal entre el CONSORCIO DE HOSPITALES Y CLÍNICAS PRESTADORAS DE SALUD EN COLOMBIA (PRESTASALUD) y las sociedades CAFESALUD y ESIMED (Expediente. folio 158).

iv) Comunicación del 27 de abril de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio dirigida a RIBERA SALUD GRUPO S.A., dentro de la actuación con radicado No. 17-39309 y por medio de la cual se acusó de recibo la notificación de la integración horizontal entre RIBERA SALUD GRUPO S.A. y las sociedades CAFESALUD y ESIMED (folio 155).

7.1.4. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD: solicitó que se tuvieran en cuenta las pruebas aportadas en el trámite de las medidas cautelares.

7.1.5. Ministerio de Salud y de la Protección Social: No aportó ni solicitó la práctica de pruebas.

7.1.6. FUNDACIÓN DE USUARIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO “FUSISSCO” – VEEDURÍA NACIONAL DE SALUD - COADYUVANTE:

i) Comunicación a la Comisión Séptima del Senado de la República, con radicado del 14 de septiembre de 2016, en la que la coadyuvante solicita ejercer control político respecto de la situación de los afiliados a las EPS CAFESALUD, NUEVA EPS y CAPITAL SALUD (folios 218 y 219).

ii) Escrito con radicación del 16 de marzo de 2016, dirigido por la coadyuvante a la Comisión Séptima del Senado de la República en la que solicita el análisis del funcionamiento de la Superintendencia Nacional de Salud (folio 220).

iii) Escrito con radicado del 13 de mayo de 2017, dirigido por el coadyuvante a la Comisión Séptima del Senado de la República, en la que solicita llevar a cabo control político a los señores Ministro de la Salud, Superintendente Nacional de Salud e interventores de CAFESALUD EPS y SALUDCOOP EPS en Liquidación, con los procedimientos efectuados a la fecha y a los que se tengan proyectados por parte de las entidades para el servicio de los usuarios (folios 221).

iv) Escrito con radicado del 31 de agosto de 2016 en la Comisión Séptima del Senado de la República, con el fin de aclarar algunos puntos que no se refirieron en el debate de la plenaria del Senado, y que afectan el diario vivir de los afiliados de CAFESALUD EPS (folio 222).

v) Oficio con radicado del 25 de mayo de 2017 en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, en la que solicita que se haga lectura en la próxima sesión de la comisión, del documento que adjunta que se entregó al señor Presidente de la República, para exigir explicación por parte del ejecutivo de las determinaciones efectuadas en la negociación de CAFESALUD y liquidación de SALUDCOOP (folios 223 y 224).

vi) Historias clínicas de pacientes, peticiones dirigidas y escritos de tutela en contra de CAFESALUD EPS y al Centro Nacional de Oncología S.A. (folios 225 a 244).

vii) Denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación por el presunto incumplimiento al contrato suscrito entre CAFESALUD y el Centro Nacional de Oncología, que tiene el 50% del Consorcio PRESTASALUD, y copia del aludido contrato (folios 245 a 256).

viii) Documentos radicados por la Veeduría Nacional de Salud FUSISSCO ante la Presidencia de la República, dando cuenta de la presunta falta de atención en salud de CAFESALUD, aparentemente con programaciones de cirugías que no se tiene el conocimiento de cómo se van a llevar a cabo por parte de PRESTASALUD al no tener una red propia para prestar estos servicios (folios 257 a 267).

ix) Respuestas dadas a las peticiones de la coadyuvante, por parte de la Presidencia de la República y del Ministerio de Salud y de la Protección Social (folios 268 a 280).

x) Denuncia penal contra el Ministro de salud por los "BOCAS", y dinero público que presuntamente se permitió fuera trasladado del FOSYGA a CAFESALUD, y del cual no existe garantía alguna para su recuperación (folios 281 a 286).

xi) Oficio No. 2017EE0076649 suscrito por el Director de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, y dirigida al

Superintendente Nacional de Salud y a la Agente Especial Liquidadora de SALUDCOOP, por el cual solicita el cumplimiento del inciso 1º del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, y la devolución de las medidas cautelares vinculadas al Proceso de Jurisdicción Coactiva J-1549, que fueron canceladas como resultado de la toma de posesión ordenada por la Resolución No. 002414 del 14 de noviembre de 2015, emitida por la Superintendencia Nacional de Salud (folios 287 a 297).

7.1.7. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN:

i) Copia de la certificación suscrita por el contador público de CAFESALUD EPS sobre los saldos en cuentas por pagar de los prestadores de salud que son parte de la sociedad accionaria de Prestnewco (folio 328).

ii) Copia del certificado de Existencia y Representación legal de MEDIMAS E.P.S. S.A.S. (folios 329 a 333)

iii) Copia del contrato de compraventa de acciones de CAFESALUD EPS y ESIMED S.A. del 23 de junio de 2017 (folios 334 a 351).

7.1.8. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Documentos allegados con la contestación de la demanda en medio magnético².

i) Copia del Fallo con responsabilidad fiscal N°. 001890 del 13 de noviembre de 2013, corregido por el Auto N°. 002066 del 11 de diciembre de 2013, y confirmado en sede de reposición y apelación por el Auto N°. 000405 del 3 de febrero de 2014 y el Fallo N°. 0011 del 11 de febrero de 2014, en su orden.

ii) Listado de bienes embargados a SALUDCOOP EPS OC dentro del trámite fiscal, antes de la toma de posesión para liquidar ordenada por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución N°. 2414 del 24 de noviembre de 2015.

² EXPEDIENTE. CD obrante a folio 382.

iii) Informe de auditoría de noviembre de 2016, "Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo SALUDCOOP EPS OC- en Liquidación. Vigencia 2015.

iv) Copia de la Resolución N°. 2414 del 24 de noviembre de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar la EPS SALUDCOOP OC por un término de dos (2) años.

v) Copia del oficio 2015ER0121853 del 30 de noviembre de 2015, por el cual el agente especial liquidador de SALUDCOOP EPS OC (hoy en liquidación), comunicó a la CGR la Resolución N°. 2414 del 24 de noviembre de 2015.

vi) Copia del formato de presentación de la acreencia No. 32250 del 18 de enero de 2016.

vii) Copia de la resolución No. 00010 del 3 de febrero de 2016, por medio de la cual el agente liquidador de SALUDCOOP, resolvió que la acreencia presentada por la CGR bajo el radicado N°. 32250 no hacía parte de la "no masa".

viii) Copia del recurso de reposición interpuesto el 18 de febrero de 2016 por la CGR contra la Resolución N°. 0010 del 3 de febrero de 2016.

ix) Copia de las Resoluciones 00178 del 29 de febrero de 2016 y 00180 del 11 de marzo de 2016, por las cuales graduó y calificó las acreencias oportunamente presentadas.

x) Copia del recurso de reposición contra el acto de graduación y calificación de créditos de 4 de abril de 2016 contra la Resolución N°. 00178 del 29 de febrero de 201642, corregida por la Resolución N°. 00180 del 11 de marzo de 201643.

xi) Copia de la Resolución N°. 1935 del 10 de agosto de 2016, “Por medio de la cual se revocan los actos administrativos a través de los cuales se realizó la calificación y graduación de las reclamaciones presentadas oportunamente, Resolución 00010 del 29 de febrero de 2016, 00178 del 29 de febrero de 2016, 00179 del 7 de marzo del 2016 y 180 del 11 de marzo de 2016.

xii) Copia del recurso de reposición del 29 de agosto de 2016, interpuesto por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA contra la Resolución N°. 1935 del 10 de agosto de 2016.

xiii) Copia de la Resolución N°. 1939 del 16 de noviembre de 2016 “Por medio de la cual se resuelven unos recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 1935 del 10 de agosto de 2016”.

xiv) Copia del oficio 2016ER0125100 del 12 de diciembre de 2016, por el cual la agente especial liquidadora de Saludcoop EPS OC, invitó al abogado designado por la Entidad para que presentará la acreencia que fue radicada bajo N°.32250, a formar parte de la junta asesora de que trata el artículo 9.1.3.9.1. del Decreto 2555 de 2010.

xv) Copia del oficio 2016EE016166 del 22 de diciembre de 2016, por el cual la Directora de la Oficina Jurídica de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, aceptó en nombre de la Entidad, la invitación para formar parte de la junta asesora de la EPS en liquidación

xvi) Copia de la Resolución N°. 1960 del 6 de marzo de 2017 “Por medio de la cual se resuelven objeciones a los créditos objetados oportunamente y se califican y gradúan las acreencias.

xvii) Copia del recurso de reposición del 25 de abril de 2017, interpuesto por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA contra la señalada Resolución 1960.

xviii) Copia de la Resolución N°. 1974 del 14 de julio de 2017, “por medio de la cual la agente especial liquidadora resuelve los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 1960 del 6 de marzo de 2017.

xix) Copia de la Resolución N°. 1975 del 24 de julio de 2017 “por medio de cual previo a resolver unos recursos de reposición presentados en contra de la Resolución 1960 del 3 (sic) de marzo de 2017 se resuelve decretar pruebas de oficio”.

xx) Copia del acta de notificación personal del 25 de julio de 2017, de la resolución No. 1975 del 24 de julio de 2017.

xxi) Copia del oficio SCOOP-0029414 del 30 de mayo de 2017, radicado en la Contraloría General de la república bajo No. 2017ER0055704 del 5 de junio de 2017.

xxii) Documento: “Saludcoop EPS OC En Liquidación. Estructura de venta. Julio de 2017, Saludcoop EPS/Posse Herrera Ruiz”.

xxiii) Copia del oficio No. 00208 del 23 de mayo de 2017, dirigido por el Procurador General de La Nación a la agente especial liquidadora, formulados observaciones y críticas al proceso de venta de CAFESALUD EPS S.A. y ESIMED.

xxiv) Copia impresa de las notas y artículos de prensa disponibles en los siguientes links de internet: a) <http://www.cmi.com.co/uno-dos-tres/el-consorcio-prestasalud-aclara-que-no-es-cierto-que-haya-comprado-cafesalud/419251/>; b) <http://www.rcnradio.com/nacional/prestasalud-aclara-compra-cafesalud-tuvo-acompanamiento-organos-control/>; c) <http://www.semana.com/nacion/articulo/cafesalud-fue-comprado-por-prestasalud/526286>

xxv) Copia del escrito de la acción de tutela ejercida en contra de Saludcoop EPS OC en liquidación, y auto admisorio de la acción que cursa ante el Juzgado 42 Civil Municipal de Bogotá, bajo radicado No. 2017-00936.

7.1.9. MEDIMAS E.P.S. S.A.S.:

i) Certificado de existencia y representación legal de MEDIMAS E.P.S. (folios 417 a 422)

ii) Certificado de existencia y representación legal de CAFESALUD EPS (folios 423 a 443)

iii) Certificado de existencia y representación legal de PRESTNEWCO (folios 444 a 446).

iv) Certificación del Área de Talento Humano de MEDIMAS EPS., acerca de la sustitución del empleador respecto de 4206 trabajadores pertenecientes a CAFESALUD EPS que pasaron a MEDIMAS EPS (folio 447).

v) Certificación de la Dirección de operaciones de MEDIMAS EPS donde se señala el 1º de agosto de 2017 como fecha en la cual se iniciaron las actividades como aseguradora con ocasión de la cesión de afiliados de CAFESALUD (folios 448 a 450).

vi) Contrato de Compraventa de acciones entre CAFESALUD EPS y PRESTNEWCO S.A.S. del 23 de junio de 2017 (Cuaderno No. 2 del Expediente).

vii) Copia del libro de registro de acciones de MEDIMAS EPS (Obrante en cuaderno reservado).

7.1.10. WILLIAM ARTURO VIZCAINO TOVAR – COADYUVANTE:

i) Copia de las peticiones elevadas por el señor Héctor Alirio Toloza Martínez, solicitando al Superintendente Nacional de Salud, al Ministro de Salud y de la Protección Social y al Fiscal General de la Nación, la suspensión de la venta de activos de SALUDCOOP (folios 198 a 205).

7.1.11. ANIBAL RODRÍGUEZ GUERRERO – COADYUVANTE: Sin pruebas que incorporar al proceso a excepción de las aportadas en el marco de las medidas cautelares surtidas en la actuación.

7.1.12. CAFESALUD EPS S.A.S.: No aportó ni solicitó la práctica de pruebas.

7.1.13. PRESTNERWCO S.A.S.: No aportó pruebas al proceso.

7.1.14. POSSE HERRERA & RUÍZ: No aportó pruebas al proceso.

7.1.15. LAZARD COLOMBIA S.A.S.:

i) Copia del contrato de asesoramiento celebrado entre SALUDCOOP y LAZARD del 27 de mayo de 2016 (1176 a 1184).

ii) Copia de la comunicación del 23 de mayo de 2017 enviada por LAZARD a SALUDCOOP, junto con el reporte sobre ofertas económicas recibidas (1185 a 1187).

iii) Informe de “Análisis de Cafesalud EPS” de julio de 2017, preparado por LAZARD (1188 a 1204).

iv) Archivo en formato Excel del 3 de febrero de 2017, denominado “Contact Log”, que contiene un directorio de diferentes entidades y personas que fueron propuestas por LAZARD a SALUDCOOP para que fuesen contactadas para sugerir su participación en el proceso (CD obrante a folio 1175).

7.1.16. PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA.: No aportó pruebas al proceso.

7.1.17. PRICEWATERHOUSECOOPERS SERVICIOS LEGALES Y TRIBUTARIOS, PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS INFORMATION SERVICE LTDA., Y PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA.:

i) Copia simple de la Carta de presentación de la propuesta de *due diligence* financiero contable, tributario, laboral y tecnológico de 9 compañías objetivo, presentada por PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. (folios 1369 y 1370).

7.1.18. ESIMED S.A.: No aportó ni solicitó la práctica de pruebas al proceso.

7.1.19. PRESTMED S.A.S.: No aportó pruebas al proceso.

7.2. PRUEBAS APORTADAS EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

7.2.1. En las audiencias de pacto de cumplimiento surtidas en el proceso, la Magistrada Ponente tuvo como pruebas las aportadas por los intervinientes en el marco de las medidas cautelares surtidas en la actuación.

7.2.2. Se tuvo como prueba también las observaciones y documentos remitidos por el señor Aníbal Rodríguez Guerrero con ocasión de los informes remitidos por MEDIMAS EPS y la Superintendencia Nacional de Salud, en cumplimiento del auto del 2 de octubre de 2017.

7.3. PRUEBAS DECRETADAS QUE SE INCORPORARON:

Se incorporaron al proceso las pruebas que fueron decretadas por el Despacho Ponente a solicitud de los intervinientes, y de oficio, así:

7.3.1. Pruebas incorporadas en la audiencia del 8 de junio de 2018:

i) Memoria USB aportada por el coadyuvante José Villamil en su calidad de representante de la Fundación de Usuarios del Sistema de Seguridad Social

Colombiano “FUSISSCO” – Veeduría Nacional de Salud (obra a folio 635 del Expediente), contentiva de una serie de archivos en formato PDF, en atención a la solicitud efectuada por el Despacho en audiencia del 9 de noviembre de 2017, solicitando aportar nuevamente tales documentos remitidos en el escrito de coadyuvancia, a los cuales el Despacho no había podido tener acceso.

ii) Respuesta al Oficio No. XA 17-1652 del 15 de diciembre de 2017, por el cual la Superintendencia de Sociedades informa el estado de la demanda presentada por el Centro Nacional de Oncología S.A., Fundación Esensa y Fundación Saint, remitiendo copia del cuaderno principal y del cuaderno de medidas cautelares que se tramita en tal proceso (folio 802, y dos cuadernos anexos denominados “Respuesta Supersociedades Oficio CA17-1652”)

iii) Radicado del 19 de diciembre de 2017, por el cual el apoderado de MEDIMAS E.P.S. S.A.S., remite copia de las actas de reunión de los miembros de la Junta Directiva y de la Asamblea de Accionistas de MEDIMAS E.P.S. llevadas a cabo desde su constitución como sociedad hasta la fecha, el informe del revisor fiscal de la sociedad en el que se certifique la información contable y financiera de la empresa desde la constitución hasta el mes de octubre de 2017, y el acta de constitución o denominados Estatutos de la sociedad (folios 818 a 820 y documentos que obran en cuaderno reservado).

iv) Oficio No. SCOOP-0029811 del 19 de diciembre de 2017, por el cual la Agente Especial Liquidadora de – SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, emite pronunciamiento respecto de: a) la resolución por la cual se reconocieron los oferentes válidos o acreditados dentro del proceso de enajenación de CAFESALUD; b) la decisión mediante la cual SALUDCOOP adoptó el precio base o mínimo de enajenación de CAFESALUD; y c) la decisión mediante la cual se adjudicó la venta de CAFESALUD al consorcio PRESTASALUD. Se incorporan también los documentos que se adjuntan en CD (folios 821 a 825).

v) Respuesta a oficios Nos. CA 17- 1649 Y 1650 dado por la Superintendencia Nacional de Salud, con radicación del 19 de diciembre de 2017, por los cuales:

a) Aporta copia de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017 por la cual se aprobó el Plan de Reorganización Institucional presentado por CAFESALUD EPS .S.A., consistente en la creación de MEDIMAS EPS S.A.S. (folios 827 a 833).

b) Aporta copia de los conceptos técnicos emitidos por la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos y por la Superintendencia Delegada para la Supervisión institucional sobre cada una de las etapas en las que fue presentado el Plan de Reorganización Institucional (CD – Cuaderno reservado).

c) Manifiesta que conforme a lo manifestado por la Dirección de Inspección y Vigilancia para Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional, mediante memorando NURC 3-2017-019972 del 13 de diciembre de 2017, no se ha llevado a cabo estudio alguno a fin de verificar la capacidad técnica, administrativa y financiera de las EPS que operan en el territorio nacional para afiliarse a las personas que a la fecha son usuarios de MEDIMAS EPS.

vi) Oficio No. CF-GJ-001-2018 del 11 de enero de 2018 por el cual el Gerente de Defensa Judicial de CAFESALUD EPS S.A. aporta al proceso comunicación interna GAF 120-2017, donde se aclara la totalidad de las deudas actualizadas y deudas con los diferentes compradores al mes de julio de 2017 (folios 838 a 842).

vii) Certificación emitida por el Vicepresidente de Operaciones de MEDIMAS EPS S.A.S. acreditando el número de afiliados en todo el territorio nacional con los que cuenta la EPS (folio 1062)

viii) Certificación emitida por la Gerente de Red de MEDIMAS E.P.S. S.A.S., por el cual acredita la suficiencia de la red de prestadores en función de los niveles de atención y de las características epidemiológicas, demográficas y ubicación geográfica, de acuerdo al informe de suficiencia de red MEDIMAS 2017 distribuidas por regionales (1063 a 1068).

ix) Las respuestas dadas por los secretarios de salud de los Departamentos que componen el territorio nacional, informando la red de prestadores públicos y privados con los que cuenta MEDIMAS EPS en sus respectivos entes territoriales, así:

ENTE TERRITORIAL	FOLIOS DEL EXPEDIENTE
VICHADA	745-754
META	757-771 (C. inc. 69 Y 70)
BOGOTÁ D.C.	777-783 (794-797)
NORTE DE SANTANDER	786-788 (799-801)
CUNDINAMARCA	789-792 (802-806
VAUPES	813
VALLE DEL CAUCA	815-817
HUILA	835-837
CAUCA	1054-0158
BOYACÁ	1059-1060
SUCRE	1069 a 1073
CASANARE	1078-1081
CÓRDOBA	1098-1100; 1102 a 1104
NARIÑO	1088-1089, cd 1395
ANTIOQUIA	1090-1096
ATLÁNTICO	1234-1239
RISARALDA	1336-1339
CALDAS	1341-1346, 1359-1363
GUAVIARE	1347- 1355
MAGDALENA	1356-1358, 1491 y 1492, 1496 y 1497
SAN ANDRES, PROV. Y STA. CATALINA	1379
PUTUMAYO	1380, 1384
AMAZONAS	1391
QUINDIO	1396 a 1404
SANTANDER	1405 a 1448
TOLIMA	1453 a 1458; (C.Incidente. 73 a 100)
ARAUCA	1494 y 1495
GUAINIA	1499 a 1501
LA GUAJIRA	C. inc - 101 a 109
CAQUETA	C. inc -110 Y 111
CESAR	C. inc -114 Y 115

BOLIVAR	C. inc -116 A 119
---------	-------------------

7.3.2. Pruebas incorporadas en la audiencia del 3 de septiembre de 2018:

i) Oficios con radicados del 20 de junio de 2018 y del 21 de junio de 2018 de la Secretaría de la Sección, y suscritos por el abogado de la Oficina Asesora Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, por los cuales se certifica lo concerniente a las deudas de CAFESALUD EPS, junto con su debido soporte documental en 2 CD que aporta anexos a los oficios (folios 1642 a 1645 y 1684 a 1688 del expediente).

ii) Certificación con radicado del 19 de febrero de 2017, por el cual se la Agente Liquidadora de SALUDCOOP contesta los requerimientos efectuados respecto del valor real y efectivo a pagar por la compra de las acciones de SALUDCOOP en CAFESALUD EPS, el plazo y monto de las cuotas o pagos parciales para tal fin, y el valor total de las acreencias de los compradores a compensar, capitalizar o condonar respecto del precio de venta.

iii) Oficio No. XA-18-0571 con radicado del 25 de junio de 2018, suscrito por el Defensor Delegado para el Derecho a la Salud y a la Seguridad Social de la Defensoría del Pueblo (CD obrante a folio 1781 y documento en formato físico a folio 1782), por el cual resuelve los requerimientos de la prueba decretada, consistentes en: i) el número de quejas y solicitudes que los usuarios del servicio de salud y afiliados de MEDIMAS E.P.S. le han efectuado a la Defensoría para su intervención; ii) lo que le consta sobre el estado actual de la prestación del servicio de salud por parte de MEDIMAS E.P.S. y su cobertura en el territorio nacional; y iii) si las solicitudes que la Defensoría del Pueblo ha elevado ante MEDIMAS E.P.S. y la Superintendencia Nacional de Salud han sido efectivamente atendidas.

iv) Respuesta a Oficio No. XA 18-0582 con radicación del 27 de junio de 2018, suscrito por el apoderado especial de PRESTNEWCO S.A.S. (folios 1783 – a

1786), por el cual remite las copias de las escrituras públicas de constitución, estatutos, documentos privados de constitución y certificados de existencia y representación de las sociedades que integraron el consorcio PRESTASALUD.

En el oficio manifiesta que la Fundación Esensa, la Fundación Saint y el Centro Nacional de Oncología hacían parte del consorcio Prestasalud y constituyeron PRESTNEWCO S.A.S., pero sin embargo, por decisiones societarias tales miembros fueron expulsados de la misma, por lo que no se cuenta con las escrituras públicas o actos de constitución de tales sociedades. Sobre este aspecto el Despacho se pronunciará más adelante.

v) Informe de Auditoría de la Contraloría General de la República CAFESALUD – EPS S.A. VIGENCIA 2015, prueba trasladada del proceso No. 2016-01314 M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano (folios 1788 a 1792).

vi) Informe de auditoría de cumplimiento “Recursos Públicos Administrados Entidad Promotora de Salud MEDIMAS E.P.S. – S.A.S. del 1º de agosto al 31 de diciembre de 2017”, de la Contraloría General de la República (folios 1690 a 1772), aportado por el apoderado de la entidad mediante oficio con radicado del 22 de junio de 2018 de la Secretaría de la Sección.

vii) En la diligencia se practicó el interrogatorio de parte de José Roberto Acosta Ramos, y se dio inicio al testimonio de Oscar Tutasaura el cual fue suspendido.

7.3.3. Pruebas incorporadas la audiencia del 29 de octubre de 2018:

i) Oficio No. 2018IE0065260 suscrito por el Contralor Delegado para el Sector Social de la Contraloría General de la República, aportado por el apoderado de la entidad mediante radicado del 4 de septiembre de 2018 (folios 1985 a 2006), y por el cual se da cuenta de la auditoría fiscal respecto de las tarifas a las que MEDIMAS ha celebrado contratos con distintas IPS.

ii) Oficio suscrito por la Directora de Contratación de MEDIMAS E.P.S. S.A.S., fechado del 10 de septiembre de 2018 y por el cual informa los contratos

vigentes con la Red de Prestación de Servicios de Salud del departamento de Chocó (folios 2039 y 2040).

iii) Oficio con radicado del 20 de septiembre de 2018, por el cual el apoderado de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, dando respuesta al requerimiento efectuado por esta Corporación, indicó lo concerniente a las sumas de dinero giradas a MEDIMAS E.P.S., de conformidad con la información suministrada por las Direcciones de Gestión de Recursos Financieros de Salud y por la Dirección de Otras Prestaciones de la entidad (folios 2053 a 2057).

iv) Respuesta a Oficio No. XA-18-0849 del 10 de septiembre de 2018, por el cual el Representante Legal del Centro Nacional de Oncología S.A. remitió al proceso copia de la escritura pública de constitución y el certificado de existencia y representación legal de tal sociedad (folios 2223 a 2255).

v) Oficio No. 626 del 12 de septiembre de 2018, por el cual el Secretario de Salud Departamental de Chocó informa lo concerniente a los prestadores del servicio con la que cuenta MEDIMAS EPS en ese ente territorial (folios 2042 a 2044).

vi) En la diligencia se reanudó y culminó el testimonio del señor Oscar Tutasaura.

7.3.4. Pruebas incorporadas la audiencia del 19 de noviembre de 2018:

i) Copia del “informe final actuación preventiva Fase II CAFESALUD – MEDIMAS” de la Procuraduría Delegada para la Salud, la Protección Social y el Trabajo Decente (folios 2393 a 2434 del Expediente), por el cual la Procuraduría General de la Nación le da alcance a los más de 3000 folios contentivos en 8 cuadernos aportados por la Procuraduría General de la Nación al proceso de la referencia.

- Con la presentación del aludido informe se entiende incorporada a la actuación los documentos aportados por la entidad el 15 de enero de 2018.

ii) Oficio con radicado del 9 de noviembre de 2018 en la Secretaría de la Sección por el cual el apoderado de PRESTNEWCO S.A.S. aporta con destino al proceso la copia de los contratos y modificaciones que se suscribieron bajo el proceso de enajenación de activos y pasivos de CAFESALUD EPS y acciones de ESIMED S.A. (Cuaderno reservado No. 2 en 382 folios).

iii) En la diligencia se practicó el testimonio de Natalia Ramírez Carrizosa.

7.3.5. Pruebas incorporadas la audiencia del 26 de noviembre de 2018:

i) Documento de CAFESALUD en radicado del 7 de noviembre de 2018 (folios 368 a 382 del Cuaderno reservado No. 2 del Expediente), por el cual aportó al proceso: i) copia de los contratos que MEDIMAS E.P.S. S.A.S. y ESIMED S.A. suscribieron con CAFESALUD S.A.S. en el marco de la operación respecto de la cual se enajenaron los activos, pasivos, contratos de esta última; ii) informe dando cuenta de uno de estos contratos; y iii) copia del acta de Asamblea de Accionistas No. 61 de sesión del 7 de junio de 2017, mediante el cual dicho órgano aprueba la venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y las Acciones de ESIMED S.A.

ii) Se incorporó al expediente como pruebas y para su valoración conjunta con el testimonio de la señora Natalia Ramírez Carrizosa (practicado en la audiencia del 19 de noviembre de 2018), el documento aportado por la testigo mediante radicado del 21 de noviembre de 2018 obrante a folios 2482 a 2504.

iii) Se incorporó al expediente como pruebas y para su valoración conjunta con el testimonio del señor Oscar Tutasaura Castellanos (practicado en la audiencia del 29 de octubre de 2018), el documento aportado por el testigo mediante radicado del 20 de noviembre de 2018 obrante a folios 2465 a 2480.

iv) En la diligencia se practicaron los testimonios de los señores Augusto Acosta y Eduardo Londoño Lozano.

- Documentos aportados con posterioridad al vencimiento del término para alegar de conclusión

Una vez vencido el término para alegar de conclusión, fueron aportados los siguientes documentos al proceso:

a) En radicado del 12 de febrero de 2019, el Presidente Nacional de la Confederación Nacional del Trabajo y el Presidente Nacional de la Asociación Nacional de Trabajadores de la Salud Humana y la Asistencia Social – UNITRACOOP, presentaron informe por el cual presentan un recuento histórico de lo que ha venido sucediendo con las empresas que constituyeron el Grupo SALUDCOOP y lo que ha sucedido con MEDIMAS E.P.S.

b) En escrito del 28 de febrero de 2019, la Agente Especial de la Procuraduría General de la Nación, Dra. Piedad Mejía Rodríguez, aportó al proceso copia del requerimiento del 27 de febrero de 2019 por medio del cual el Procurador Delegado, Coordinador Subgrupo Élite Disciplinario, Grupo Élite Anticorrupción, solicitó al Superintendente Nacional de Salud la adopción de medidas preventivas, IUS E-2019-041414 IUC D-2019-1240250 – caso MEDIMAS EPS S.A.S.

c) En escrito con radicación del 13 de marzo de 2019, la Agente Especial de la Procuraduría General de la Nación, Dra. Piedad Mejía Rodríguez, aportó al proceso copia del Radicado No. 2-2019-12787 del 14 de febrero de 2019, suscrito por el Superintendente Nacional de Salud, relacionado con el “Traslado de Antecedentes Administrativos MIOCARDIO S.A.S., Institución Prestadora de Servicios de Salud – IPS” a la Procuraduría General de la Nación, así como el Radicado No. 2019-01-041433 del 25 de febrero de 2019, suscrito por la Superintendente Delegada para la Inspección, Vigilancia y Control (E) de la Superintendencia de Sociedades.

d) Escrito del 26 de marzo de 2019 por el cual el coadyuvante Aníbal Rodríguez Guerrero, pone en conocimiento, hechos que a su criterio persisten en la vulneración de los derechos e intereses colectivos por parte de MEDIMAS EPS y la Superintendencia Nacional de Salud.

Las intervenciones antes aludidas y los documentos aportados no serán tenidos en cuenta para la decisión a adoptar en la presente sentencia, en razón a que son extemporáneos.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente la Sección Primera de esta Corporación para proferir sentencia de primera instancia en virtud de lo preceptuado en el numeral 16 del artículo 152 del C.P.A.C.A., y acogiendo lo decidido por la Sala Plena de la Corporación en providencia del 14 de septiembre de 2010.

2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Corresponde a la Sala determinar si las entidades demandadas están vulnerando los derechos colectivos a: i) libre competencia económica; ii) acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; iii) patrimonio público; iv) moralidad administrativa y v) los derechos de los consumidores y usuarios.

3. ANÁLISIS DE LA SALA

Procede la Sala a resolver el caso concreto planteado, y para ello se efectuarán las respectivas consideraciones en el siguiente orden:

i) Se analizará la naturaleza del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos.

ii) Se consignará el marco legal de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, esto es: a) la libre competencia económica; b) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; c) el derecho a la salud; d) la defensa del patrimonio público; e) la moralidad administrativa; y e) derechos de los consumidores y usuarios.

iii) En el análisis del caso concreto se establecerá la naturaleza y situación jurídica de SALUDCOOP EPS PC – en Liquidación, en particular, los motivos que llevaron a su liquidación forzosa, sus asociados y la participación accionaria de la EPS en otras compañías.

iv) Se hará referencia a la estructuración del proceso de venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS S.A. y de las acciones de ESIMED S.A., que comporta los siguientes elementos: a) el contrato de diagnóstico y de ejecución del proceso de venta de los activos de SALUDCOOP en CAFESALUD EPS y en ESIMED S.A.; b) el diagnóstico de CAFESALUD E.P.S. S.A.; c) la determinación de la alternativa de venta de los activos de CAFESALUD; d) las reuniones adelantadas entre el Ministerio de Salud y de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, SALUDCOOP EPS S.A. en Liquidación y LAZARD S.A.S. junto con su equipo asesor; e) el diseño de la transferencia de activos, pasivos, contratos, afiliados y habilitación de CAFESALUD a una nueva entidad; f) el Reglamento de Acreditación y Venta de los Activos y pasivos de CAFESALUD E.P.S. S.A.; y g) el marco legal que permitió la ejecución de la alternativa de venta de los activos de CAFESALUD

vi) La Sala hará referencia a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS y de las acciones de ESIMED S.A.

vii) Se indicará el proceso de selección llevado a cabo por SALUDCOOP EPS en Liquidación y la adjudicación al consorcio PRESTASALUD.

viii) se efectuará la explicación de la alternativa elegida por el CONSORCIO PRESTASALUD a efectos de la suscripción del contrato de compraventa de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED

ix) Se hará referencia a la NEWCO integral constituida por CAFESALUD EPS S.A.S. – MEDIMAS E.P.S. S.A.S.

x) Se analizarán los contratos suscritos con ocasión del proceso de enajenación de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD E.P.S. S.A. y de las acciones de ESIMED S.A., como son: a) el contrato de compraventa de acciones entre CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. y PRESTNEWCO S.A.S. y sus otrosíes; b) el contrato de cesión de activo intangible; c) el contrato de garantía mobiliaria sobre acciones; d) el contrato de compraventa de activos muebles; e) El contrato de compraventa de acciones entre CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. y PRESTMED S.A.S.; f) el contrato de garantía mobiliaria sobre acciones.

xi) Se consignará lo relacionado al Plan de Reorganización Institucional y la autorización por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

xii) Las anteriores consideraciones darán lugar a establecer la amenaza a los derechos e intereses colectivos, previa a la ejecución de los contratos suscritos, de conformidad con el siguiente contenido: a) la vulneración de derechos e intereses colectivos originada desde el Decreto 718 de 2017; b) la falta de exigibilidad de la experiencia en aseguramiento; c) la violación al límite de integración vertical; y d) la condonación del 50% del valor de la compraventa.

xiii) Se hará mención a la efectiva vulneración de los derechos e intereses colectivos, para lo cual: a) como cuestión previa, se decidirá lo relacionado a la carencia actual de objeto por hecho superado; b) se efectuará el análisis de las pruebas aportadas al proceso que acreditan las condiciones de la ejecución de los contratos suscritos entre CAFESALUD, PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S.

xiv) Se establecerá la responsabilidad de los demandados en la vulneración de los derechos e intereses colectivos.

xv) Se emitirá la decisión correspondiente respecto de los demás argumentos de la demanda, y se adoptarán otras determinaciones.

xvi) Se establecerán las órdenes de protección para salvaguardar los derechos e intereses colectivos que serán declarados como vulnerados.

En el orden presentado, la Sala emitirá las consideraciones que en derecho correspondan, así:

3.1. Naturaleza del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos

El artículo 88 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 472 de 1998, consagra la entonces denominada acción popular como un mecanismo para la protección de los derechos e intereses colectivos, que se ejerce por cualquier persona para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre aquellos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

La acción popular procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar esta clase de intereses o derechos que se encuentran definidos como colectivos en la Constitución Política, en las leyes ordinarias y en los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia; y pueden ser ejercidas por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

A raíz de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, la acción popular pasó a denominarse medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos (artículo 144), recogiendo la definición del artículo 88 de la Ley 472 de 1998, y precisando que cuando la vulneración de los derechos

e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulneradora sea un acto administrativo o un contrato, lo cual no faculta al Juez constitucional para anular el acto o el contrato, pero sí para adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos que se deriven los mismos.

3.2. Marco legal de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda

3.2.1. Libre competencia económica

Con relación al concepto de *“libre competencia”*, la H. Corte Constitucional preceptuó:

“Como se explica en las Sentencias C- 624 de 1998, C- 815 de 2001 y C- 228 de 2010 la libre competencia consiste en “la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes”, y en garantizar la “ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”³.

De igual forma, el H. Consejo de Estado consideró que este concepto refiere lo siguiente:

“(...) la Libre Competencia significa la libertad para participar en el mercado, en el cual tanto vendedores como compradores, utilizan como opción la de vender y comprar, sin estar aquellos ligados a convenios o pactos que perturben la competencia, eliminándola, y tornando su presencia en simulada competencia, o restringiéndola, dejando espacios reducidos para su ejercicio, al igual que la imposición de condiciones que no son fruto o consecuencia de las leyes del mercado; convenios, pactos o imposiciones que, de igual manera, atentan contra la libre elección del consumidor”⁴.

³ HENAO PÉREZ, Juan Carlos (M.P.) (Dr.), H. Corte Constitucional. Sentencia C-537/10. Referencia: expediente D-7942. Demandantes: Camilo Pabón Almanza y Andrea Mora Ramírez. Bogotá D.C., 30 de junio de 2010.

⁴ MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo (C.P.) (Dr.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación número: 25000-23-24-000-2000-00657-01(8101). Actor: Actor: Compañía colombiana de medidores Tavira S.A. Y Otro. Bogotá D.C., 9 de octubre de 2003.

Se colige de esta forma que las Altas Corporaciones coinciden en referir que la libre competencia consiste en la posibilidad de acceso de los participantes de un mercado, de concurrir al mismo bajo las reglas de la Ley del mercado, con el objeto de ofrecer bienes y servicios a los consumidores. Así mismo este concepto requiere que no haya barreras o prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de la actividad económica lícita, es decir, aquellos convenios o pactos que perturben la competencia, eliminándola o restringiéndola, reduciendo su ejercicio.

Entonces, la libre competencia se manifiesta en la relación entre los oferentes bajo las leyes del mercado, y en la protección de los mismos de aquellas prácticas que restrinjan el ejercicio de la actividad lícita o la concurrencia al mercado. Ahora, con relación a las prácticas restrictivas de la competencia, es pertinente citar la posición de la H. Corte Suprema de Justicia, que al respecto precisó:

*“(...) y por el otro, la de **las prácticas comerciales restrictivas**, cuyas normas persiguen impedir, conjurar, y eventualmente sancionar, los acuerdos o convenios de los empresarios, así como las prácticas unilaterales y las concentraciones de empresas que en el escenario del mercado se encaminen a limitar la competencia o a restringir la oferta de bienes y servicios, en perjuicio de los consumidores, de la eficiencia económica, así como de la libre participación de las empresas en el mercado”⁵.*

De la providencia citada se extrae que la normativa inherente a las prácticas comerciales restrictivas tienen por objeto, impedir y sancionar los acuerdos y convenios de los oferentes en el mercado que limiten la competencia o la oferta de bienes, obras y servicios en perjuicio de los consumidores. En este punto se debe distinguir entre lo que se considera como la conducta reprochable, y los efectos lesivos que dicha conducta genera, esto es, diferenciar entre el hecho de la ejecución de acuerdos para restringir el mercado, y el perjuicio que el mismo causa a los consumidores.

⁵ SOLARTE RODRIGUEZ, Arturo (M.P) (Dr.). H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Ref.: 11001-3103-014-1995-02015-01. Bogotá D.C., 13 de noviembre de 2013.

Ahora, la dimensión de protección de la libre competencia económica a través del ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, ha sido definida por el H. Consejo de Estado bajo los siguientes presupuestos:

“La libre competencia económica hace también parte de la lista enunciativa contenida en el artículo 88 constitucional, reiterada y complementada por el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 (literal i). Así mismo, el texto constitucional hace referencia a ella en el artículo 333, junto con la libertad económica, la libre iniciativa y la libertad de empresa.

La consagración constitucional de la libre competencia económica ha generado algunas dudas jurisprudenciales y doctrinarias en torno, así los derechos contemplados en el artículo 333 constituyen categorías independientes o si por el contrario la iniciativa privada, la libertad de empresa y la libre competencia económica son manifestaciones de un derecho más general, la libertad económica privada.

Esta última interpretación muy cercana a la tradición doctrinaria francesa, fue adoptada por la Corte Constitucional en el fallo C-616 de 2001. Bajo esta perspectiva mientras la libre iniciativa privada es el derecho a participar en el mercado; la libertad de empresa se manifiesta través de la libertad de constituirse y desarrollarse como tal; la libre competencia económica es la capacidad de desenvolverse en términos pacíficos en un mercado evitando alteraciones provenientes de conductas de los agentes económicos competidores.

Como se observa, todos estos derechos enmarcados en la categoría de la libertad económica privada por su origen histórico, así como por su clara connotación subjetiva hacen parte de la conocida como primera generación de derechos o derechos individuales, toda vez que se predicen del individuo (personas naturales o jurídicas) y su garantía se obtiene principalmente a través de la abstención de terceros a violarlos. Esta situación no debe inducir a pensar, según lo ha sostenido la Corte Constitucional, en la connotación fundamental de este derecho o en la posibilidad de protegerlo a través de la acción de tutela.

Cabe resaltar que, a más de los mecanismos legales instituidos para la garantía de este derecho, el instrumento constitucional procesal para su defensa resulta ser la acción popular (artículo 88 constitucional). Esta realidad no puede sin embargo inducir a una lectura equivocada sobre la naturaleza de los derechos o intereses protegidos a través de esta acción constitucional; son los colectivos aquellos derechos que se protegen mediante la acción popular y como consecuencia de ello no se puede concebir en esta sede a la libre competencia económica como un derecho de corte individual.

Como la naturaleza individual del derecho a la libre competencia económica se deriva de su configuración constitucional, debe entonces pensarse en que este detenta una dimensión individual no susceptible de protección a través de la acción de tutela, pero no por ello no protegida

(en términos legales) y; una dimensión colectiva cuya protección se defiende -entre otras- mediante la acción popular.

En otros términos, para que resulte procedente una acción popular por violación o puesta en peligro del derecho a la libre competencia económica, se hace necesario evidenciar la dimensión colectiva de este. Como consecuencia de ello no basta la demostración de la afectación que de este derecho le haga un agente económico a otro, sino que se hace necesario demostrar y evidenciar una afectación a una colectividad indeterminada o determinable.

Los derechos de los consumidores de las actividades económicas por una parte, y por la otra, el orden y corrección del mercado en sí mismo considerado, constituyen entonces los bienes jurídicos protegidos con el derecho colectivo a la libre competencia económica. Demostrar esta afectación, a través de acciones específicas de autoridades públicas o particulares, con la finalidad de obtener una garantía, implica entonces probar el detrimento que sufren los consumidores de una determinada actividad económica o la alteración o irrupción indebida a un mercado específico.

Esta orientación de la prueba para demostrar la efectiva afectación del derecho colectivo a la libre competencia económica, debe también estar fundada en los desarrollos normativos infra-constitucionales de estas materias; el Estatuto de protección al consumidor y normas afines y complementarias, así como aquellas normas sobre prácticas comerciales restrictivas, promoción de la competencia e inclusive competencia desleal, cuando quiera que las conductas en ellos tipificadas estén orientadas no a atender intereses individuales, sino a proteger el mercado así como a los consumidores, deben ser atendidas al momento de evaluar la afectación al derecho colectivo a la libre competencia económica”⁶.

En ese orden, el derecho a la libre competencia económica ostenta de una dimensión individual y otra colectiva, la segunda, susceptible de protección a través del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos. Así, para que sea procedente el aludido mecanismo constitucional más allá de la afectación del derecho por parte de un agente económico a otro, exige la demostración de una afectación a una colectividad indeterminada o determinable.

De tal manera que los derechos de los consumidores de las actividades económicas y el orden y corrección del mercado en sí mismo considerado,

⁶ HERNANDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo (C.P.) (Dr.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP).

son los bienes jurídicos protegidos con el derecho colectivo a la libre competencia económica.

3.2.2. Acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna – El derecho a la salud

Con relación al derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, el H. Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

“El artículo 2º de nuestra Constitución Política señala que uno de los fines esenciales del Estado es servir a la comunidad y promover la prosperidad general. Entre los instrumentos más eficaces con los que cuenta el Estado para dar cumplimiento a esos deberes sociales, se encuentra la debida prestación de los servicios públicos.

De igual forma, la Constitución en el título XII, capítulo 5º, denominado “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”, contempla lo relacionado con la prestación eficiente de los servicios públicos, dentro de los cuales están los llamados “Servicios domiciliarios”.

Por su parte, el artículo 365 superior establece, entre otros aspectos, que (i) la prestación de los servicios públicos es inherente a la finalidad social del Estado; (ii) la prestación eficiente de los servicios públicos, a todos los habitantes del territorio nacional, constituye un deber estatal; y (iii) la prestación de dichos servicios públicos estará sometida al régimen jurídico que fije la ley.

En este escenario, se tiene que, “[...] en cuanto a la prestación de los servicios públicos, no se está frente al desarrollo de una función administrativa en los términos del artículo 209 Constitucional, sino de una actividad económica intervenida por el Estado, cuya prestación debida se relaciona directamente con la consecución de sus fines (art. 2 C. N.) [...]”.

Respecto a este derecho, el Consejo de Estado ha señalado que:

“[...] El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción “francesa” de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación [...]”.

De acuerdo con las disposiciones anteriores, se destaca que los servicios públicos “son inherentes a la finalidad social del Estado”, pues contribuyen al bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población (arts. 2 y 366 ibídem.), y es por ello por lo que su prestación comporta la concreción material de la cláusula de Estado Social de Derecho (art. 1 ibídem); así lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Así las cosas, se concluye que, a través de la adecuada prestación de los servicios públicos, el Estado puede alcanzar las metas sociales propias del Estado Social de Derecho. No obstante, si mediante la prestación de los servicios públicos se afectan los derechos de las personas, como puede ser el caso de la salud, la salubridad pública y la dignidad humana, entonces quienes se consideren lesionados, podrán hacer uso de las acciones constitucionales y legales pertinentes para exigir el acatamiento de las responsabilidades que la Carta le ha asignado al Estado; dentro de esas acciones debe resaltarse la acción popular”⁷.

De conformidad con lo anterior se tiene que la prestación de los servicios públicos corresponde a una actividad económica intervenida por el Estado, cuya prestación debida se relaciona directamente con la consecución de los fines a los que se refiere el artículo 2º Constitucional, pues contribuyen al bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Así, conforme al artículo 365 de la Carta, es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que éstos puedan ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, siendo clara la norma en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente), al tiempo que permite la concurrencia de agentes públicos, privados o mixtos para su prestación.

Por otra parte, refiere la H. Colegiatura que si mediante la prestación de los servicios públicos se afectan los derechos de las personas, como puede ser el caso de la salud, la salubridad pública y la dignidad humana, quienes se consideren lesionados podrán hacer uso de las acciones constitucionales y legales pertinentes para exigir el acatamiento de las responsabilidades que

⁷ SERRATO VALDÉS, Roberto Augusto (C.P.) (Dr.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 31 de julio de 2018. Radicación número: 13001-23-33-000-2011-00117-01(AP).

la Carta le ha asignado al Estado, y dentro de tales acciones se resalta el medio de control de protección e los derechos e intereses colectivos.

Particularmente, la seguridad social y la salud constituyen un servicio público, en los términos de los artículos 48 y 49 de la Constitución, según los cuales:

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

*La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.
(...)*

ARTICULO 49. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

(...)"

3.2.3. Defensa del patrimonio público

En lo atinente al derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público, el H. Consejo de Estado ha considerado:

“Ahora bien, en lo que corresponde a la defensa del patrimonio público debe empezar por señalarse que la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que aquél se halla integrado por los bienes, derechos y obligaciones de los cuales el Estado es titular.

Así lo ha expresado esta Corporación:

“Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia, toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

La protección del patrimonio público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales”⁸.

Así, la defensa del patrimonio público integra todos los bienes, derechos y obligaciones de los cuales el Estado es titular, y que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva. Su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable conforme lo disponen las normas presupuestales.

Por otra parte, el estudio de la vulneración de este derecho colectivo, demanda un riguroso análisis probatorio en el que se infiera un efectivo detrimento al patrimonio público con ocasión de una acción, omisión o amenaza.

⁸ ANDRADE RINCÓN, Hernán (C.P.) (Dr.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 15 de marzo de 2017. Radicación número: 68001-23-31-000-2011-00148-01(AP).

3.2.4. Moralidad administrativa

El derecho colectivo a la moralidad administrativa, indicado como principio en el artículo 209 de la Carta, ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por parte de la H. Corte Constitucional en los siguientes términos:

“9.6 El derecho a la moralidad administrativa ha sido objeto de amplio desarrollo a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues si bien su textura es abierta, su alcance se ha venido decantado a partir de la definición de una serie de criterios que permiten su protección de manera objetiva, a partir de la aplicación a cada caso concreto de principios hermenéuticos y de sana crítica.

Así, el concepto de moralidad administrativa se vincula al ejercicio de la actividad administrativa bien a través de las autoridades instituidas para el efecto bien a través de particulares en ejercicio de funciones administrativas. Tales criterios se condensan en recientes pronunciamientos efectuados por la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, entre ellos, el siguiente:

*“(…) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre **está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa.***

***De tiempo atrás se exige, además de la ilegalidad, el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero,** que en palabras del Robert Alexy, en cita de Von Wright, se traduce en la aplicación de conceptos deontológicos y antropológicos, ya mencionados por la Sala en sentencia de 26 de enero de 2005.*

En consecuencia y tratándose de trasgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa, debidamente comprobado y alejado de los propósitos de esta función, e impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa.

(…)No obstante, también es claro que el derecho positivo puro no es la única referencia posible para analizar la moralidad administrativa. De

hecho, los principios del derecho y los valores jurídicos, integrantes del sistema jurídico, también son una fuente interpretativa de esta problemática, de tal manera que si se los amenaza o viola, en condiciones precisas y concretas, puede afectarse el derecho colectivo a la moralidad administrativa. No obstante, el análisis específico debe hacerse en cada caso, donde el juez determinara si la afectación a los mismos vulnera este derecho (...)'.

'(...) De tal suerte que el análisis del derecho a la moralidad administrativa, desde el ejercicio de la función pública, y bajo la perspectiva de los derechos colectivos y de la acción popular, como mecanismo de protección de éstos, requiere como un primer elemento, que la acción u omisión que se acusa de inmoral dentro del desempeño público o administrativo, necesita haber sido instituido, previamente, como deber en el derecho positivo, o en las reglas y los principios del derecho, y concurrir con el segundo elemento de desviación del interés general. (...)' (resaltado y subrayado fuera de texto)

(...)

9.9 De allí que cuando el juez popular limita su estudio a la pura y simple legalidad de un acto administrativo sin derivar de tal juicio una vulneración o amenaza debidamente probada a un derecho colectivo, extralimita su competencia funcional. Vale la pena mencionar que si bien la jurisprudencia impone el estudio de legalidad cuando se trata del derecho colectivo a la moralidad administrativa, también es cierto que dicho estudio per se no implica prueba de vulneración de este interés. De hecho, es posible encontrar un acto ilegal pero no por ello violatorio de la moralidad administrativa. Es por ello que el estudio de legalidad siempre debe ir acompañado de una prueba de desviación de poder en beneficio propio o de terceros y en detrimento del interés general o colectivo o de la constancia de una trasgresión grave de principios y valores constitucionales.

En ese orden, el simple estudio de legalidad del acto administrativo sin demostrar su impacto sobre el derecho colectivo, desnaturaliza la esencia de la acción popular y desconoce la existencia de otras acciones creadas por la ley con tal finalidad.

9.10 Así, el propósito que orienta la revisión de un acto administrativo que origina la afectación del derecho o interés colectivo no es la misma que se persigue a través de una acción administrativa. Mientras que en la primera se busca efectuar un análisis constitucional del interés afectado por medio de la constatación y demostración de la afectación del derecho colectivo, en la segunda, se efectúa un cotejo entre el acto administrativo y las normas que lo sustentan, pues el objeto de la acción de nulidad ó de nulidad y restablecimiento del derecho es la defensa del principio de legalidad.

En otras palabras, por vía de la acción administrativa se efectúa el control de legalidad del acto y, por lo tanto, puede producirse la nulidad de éste. A su turno, en la acción popular la jurisprudencia se ha inclinado por aseverar que no es posible decretar la nulidad del acto administrativo en la medida en que no se define la legalidad del mismo, pero si suspender

su ejecución o aplicación si de este se deriva la violación o amenaza directa de derechos e intereses colectivos. Si bien esta conclusión no ha sido pacífica en la jurisprudencia, lo cierto es que se ha llegado a aceptar la posibilidad de anular actos administrativos en acciones populares por vía de la aplicación directa del artículo 1742 del Código Civil, cuando el juez popular advierta una causal de nulidad absoluta en el acto, siempre y cuando, éste sea la causa de la amenaza o vulneración del derecho colectivo. Situación que no se advierte ni se prueba en el curso de la acción popular objeto de análisis en este proceso, lo que deja sin piso la anulación del aparte final del artículo 11, numeral 11 del Acuerdo 01 de 2006.

9.11 En esos términos, se concluye que el juicio de legalidad puro y simple de actos administrativos es de competencia exclusiva de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por la vía de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo con la competencia funcional señalada a cada una de las instancias según la naturaleza de la entidad pública que profiere los actos administrativos cuya nulidad se demanda. De esta manera las acciones que se dirigen contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional, corresponden por competencia funcional al Consejo de Estado y no al Juez Popular, que corresponde en la primera instancia a un Juez Civil (Juez Civil del Circuito) bien a un Juez Administrativo (Juez Administrativo) y, en segunda instancia, a los Tribunales Superiores – Sala Civil- o a los Tribunales Administrativos y sólo en caso de revisión eventual al Consejo de Estado” (...) ⁹ (subrayado y negrilla fuera del texto).

De igual manera el H. Consejo de Estado estableció los parámetros que el juez popular debe verificar con el fin de determinar si la moralidad administrativa puede resultar vulnerada con ocasión de la actuación por parte de la administración:

“(...) la moralidad administrativa ostenta naturaleza dual. En efecto, funge como principio de la función administrativa (Constitución Política, artículo 209 y ley 489 de 1998, artículo 3) y como derecho colectivo. En el primer caso, esto es como principio, orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular, y así lo ha reconocido esta corporación en fallos anteriores. Así las cosas, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos. En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación. Al entender de esta Sala dichos bienes jurídicos

⁹ HENAO PÉREZ, Juan Carlos (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia SU-913-09. Referencia: expedientes Acumulados T-2210489, T2223133, T2257329, T-2292644, T-2386105, T-2384537, T-2368681, T-2398211, T-397604.

comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación". Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que la moralidad administrativa no se predica únicamente del "fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad". En segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad. (...) Por último, la jurisprudencia ha reiterado que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con "el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero", noción que sin duda se acerca a la desviación de poder"¹⁰ (subrayado fuera del texto).

En virtud de lo anterior, el concepto de moralidad administrativa en punto a su tratamiento como derecho colectivo a proteger, es una norma de textura abierta, por lo que le corresponde al juez popular adelantar un razonamiento sobre sus elementos dentro de un juicio objetivo que el sistema jurídico le permite, basándose en principios, normas y valores que le subyacen, alejándose de las creencias subjetivas u opiniones de orden personal, y enmarcándolo en los deberes que el ejercicio de la función administrativa contiene. Juicio que como se ve no se limita al mero concepto de legalidad, por trascender otros principios y valores que exige el desempeño de la función pública, debiendo desentrañar, además del aspecto objetivo de la norma incumplida el ámbito subjetivo de la conducta que ha desplegado el servidor público, con miras a descubrir un propósito que se desvía del interés general, para favorecer o intentar favorecer intereses propios o de terceros.

3.2.5. Derechos de los consumidores y usuarios

¹⁰ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro (C.P.) (Dr.), H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección tercera, exp. AP 2002-2943, Bogotá D.C., 16 de mayo del 2007.

La Ley 472 de 1998 en su artículo 4º incluye como derecho e interés colectivo aquellas garantías en favor de los usuarios y consumidores de bienes y servicios, prerrogativa que ha sido definida por el H. Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“Aun cuando el artículo 88 de la Constitución no alude expresamente a los derechos de los consumidores como susceptibles de protección por vía de las acciones populares, en desarrollo de la habilitación al legislador para reconocer otros derechos de esta índole contenida en esta disposición, el literal n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 les otorga esta calidad. Se trata, con todo, de una decisión legal que tiene un firme sustento constitucional. El reconocimiento que hacen los artículos 78 y 369 de la Constitución de los consumidores y usuarios como un segmento específico de la población, al cual se reconoce un conjunto de derechos y en relación con el cual se encomienda al Estado y a los productores y distribuidores de bienes y servicios una serie de responsabilidades y deberes, envuelve una decisión del constituyente estructurante del orden constitucional económico, a la par que ofrece cobertura suficiente y explica esta determinación del legislador. Su finalidad, en últimas, es hacer de la acción popular un canal más para la protección de los intereses de un colectivo tan significativo dentro del funcionamiento del sistema económico social de mercado instaurado por la Constitución como los consumidores y usuarios, caracterizado por su vulnerabilidad y posición de desigualdad en las relaciones de consumo. De aquí que como ha sido señalado por la jurisprudencia de esta Sala de Decisión “**los instrumentos que el ordenamiento jurídico contempla para la protección de los derechos de los consumidores, pueden ser individuales o colectivos**”.*

(...)

En este orden de ideas, se tiene que el reconocimiento de este derecho colectivo busca establecer una suerte de contrapeso a la libertad de empresa proclamada por la Carta como uno de los pilares del sistema económico, en tanto que apunta a focalizar la atención de las autoridades no solo en la promoción de la libre competencia y el eficiente funcionamiento del mercado, sino también en este segmento de la población que por sus características (lega, y por lo tanto, desprovisto de información y conocimiento profundo del bien o servicio que se adquiere) y la posición que ocupa (carente de un poder de negociación significativo en el mercado) tiende a ser la parte débil de las transacciones que tienen lugar con productores, comercializadores y distribuidores de bienes y servicios. La proclamación del Estado social y democrático de Derecho resulta incompatible con una visión del sistema económico que centre la protección constitucional de las relaciones económicas solo en dirección de amparar la libertad de emprender, de contratar y la libre competencia. A causa de la desigualdad propia de las relaciones de consumo, la consideración de la comunidad de personas a quienes se dirige la actividad desarrollada por los sujetos que actúan en ejercicio de las libertades que proclama el artículo 333 de la Constitución y de sus particularidades resulta imperativa.

Dada su posición de inferioridad y necesidad de protección el artículo 78 Superior es explícito en señalar ámbitos que involucran a consumidores

y usuarios en los cuales el Estado debe centrar su atención. Es el caso de la regulación del control de calidad de bienes y servicios ofrecidos a la comunidad y de la información que se debe suministrar al público en su comercialización, así como del régimen de responsabilidad imputable a quienes atenten contra la salud, la seguridad o el adecuado abastecimiento de los consumidores y usuarios en la producción y comercialización de bienes y servicios. De aquí el carácter tuitivo del Derecho del Consumo y su preocupación por modular principios clásicos del Derecho Privado como la igualdad y la autonomía de la voluntad, que aun cuando aplicables, son permeados y atemperados por las normas constitucionales que sustentan esta materia.

La protección de los consumidores no es, pues, un asunto que constitucionalmente pueda resultar indiferente para las autoridades. En desarrollo de esta responsabilidad se han expedido normas como el Decreto 3466 de 1982 o, recientemente, la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), en virtud de las cuales se establece que los consumidores y usuarios tienen, entre otros, derecho a: (i) que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores; (ii) a obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación; o (iii) a recibir protección contra la publicidad engañosa. Igualmente, y en paralelo con este último derecho, **se ha establecido la prohibición de publicidad engañosa, entendida como “[a]quella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”;** y se ha impuesto una especial carga de advertencia en cabeza de los productores y distribuidores de bienes nocivos para la salud de las personas. **El desconocimiento de estas reglas y de todas aquellas estatuidas en aras de proteger a este grupo conlleva una afectación del derecho colectivo proclamado por el literal n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 susceptible de ser amparado en sede de acción popular**¹¹ (subrayado y negrilla fuera del texto).

De la jurisprudencia en cita se tiene que los derechos de los consumidores como derechos colectivos, tienen su regulación legal basada en la Ley 472 de 1998, sustentada en los artículos 78 y 369 de la Constitución Política que reconocen a los consumidores y usuarios como un segmento específico de la población que ostentan derechos y correlativamente deberes para los productores y distribuidores de bienes y servicios, por lo que la acción popular es como lo refiere el H. Consejo de Estado, “un canal más”, esto es, uno de varios instrumentos de los cuales el ordenamiento jurídico dispone para la protección

¹¹ VARGAS AYALA, Guillermo (M.P.) (Dr.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia del 15 de mayo de 2014. Radicación número: 25000 23 24 000 2010 00609 01(AP).

de las garantías de los consumidores, las cuales pueden ejercerse de manera individual o colectiva.

3.3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

- CUESTIÓN PREVIA – SOBRE LA FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Alega el apoderado de MEDIMAS EPS S.A.S. que los actores populares no presentaron a MEDIMAS EPS S.A.S, reclamación alguna que agote el requisito de procedibilidad, consistente en el envío del escrito o solicitud que constituya la reclamación sobre los hechos objeto de la demanda y sobre las pretensiones interpuestas.

A efectos de resolver la excepción propuesta, la Sala atenderá los siguientes aspectos:

a) El artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 prescribe:

“Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. Expresión subrayada declarada Exequible por los cargos analizados, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011

*Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. **Excepcionalmente, se***

podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda” (negrilla fuera del texto).

Como se puede observar, el requisito de procedibilidad consistente en solicitar a la autoridad o al particular que en ejercicio de funciones administrativas adopte las medidas para la protección del derecho e interés colectivo vulnerado, puede ser prescindido siempre que exista el inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, lo cual deberá sustentarse en la demanda.

En el caso concreto los actores populares sustentaron la ocurrencia de un perjuicio irremediable junto con su escrito de demanda, motivo por el cual el Despacho ponente en auto del 9 de junio de 2017 adoptó como medida cautelar de urgencia la suspensión del proceso de enajenación de CAFESALUD E.P.S. S.A.S.

De la misma manera, en auto de la misma fecha se admitió la demanda prescindiendo de tal requisito de procedibilidad, ante la inminencia de un perjuicio irremediable que fue advertido en los mismos términos de las consideraciones de la providencia por la cual se decretó la medida cautelar de urgencia.

Posteriormente, en auto del 22 de junio de 2017 el Despacho ponente levantó la medida cautelar decretada en auto del 9 de junio de la misma anualidad.

Lo anterior refleja que al momento de la presentación de la demanda, los actores populares sustentaron un perjuicio que daba lugar a la admisión del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos sin el agotamiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 144 del CPACA.

b) No debe ser exigible a los demandantes haber agotado el requisito previsto en el artículo 144 del CPACA respecto de MEDIMAS EPS S.A.S., compañía que ni siquiera existía al momento en que se presentó la demanda. Así mismo, debe tenerse en cuenta que la vinculación de la EPS se hizo con posterioridad por

parte del Despacho ponente, en atención de las facultades otorgadas en el inciso final del artículo 18 de la Ley 472 de 1998.

En razón de lo expuesto, la Sala negará la excepción propuesta por MEDIMAS EPS S.A.S.

- ANÁLISIS DE FONDO DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

Los hechos relevantes en el proceso, concernientes a la enajenación de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD E.P.S. S.A. y de las acciones de ESIMED S.A., se refieren a: a) el proceso de venta surtido por SALUDCOOP EPS S.A.; b) los contratos suscritos entre CAFESALUD EPS S.A., PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S.; c) el plan de reorganización institucional aprobado a CAFESALUD EPS S.A. por la Superintendencia Nacional de Salud; y d) los hechos acaecidos con posterioridad a la suscripción de los aludidos contratos. Tales aspectos se analizarán así:

3.3.1. LA NATURALEZA Y SITUACIÓN JURÍDICA DE SALUDCOOP EPS OC – EN LIQUIDACIÓN

A. LA NATURALEZA JURÍDICA DE SALUDCOOP EPC OC

La naturaleza jurídica de SALUDCOOP EPS OC, fue objeto de análisis por la esta Corporación en sentencia del 8 de marzo de 2018, considerando:

“4.1.5. Naturaleza jurídica de SALUDCOOP EPS OC (hoy en liquidación)

De conformidad con el Estatuto de SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD O.C., la cooperativa tiene como naturaleza jurídica la siguiente:

“ARTÍCULO 1º - NATURALEZA Y RAZÓN SOCIAL.

La entidad es una persona jurídica de derecho privado, empresa asociativa sin ánimo de lucro, organismo de segundo grado de carácter

económico, especializada en la afiliación y el registro de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y del recaudo de las cotizaciones, de responsabilidad limitada, regida por la Ley, los Principios Universales y la doctrina del cooperativismo y el presente estatuto y se denomina SALUDCOOP, ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, ORGANISMO COOPERATIVO, la cual podrá identificarse también con la sigla de SALUDCOOP”.

Así mismo, de conformidad con el mismo estatuto, el objeto social de la entidad es el siguiente:

“Artículo 4º OBJETIVO

SALUDCOOP tiene como objetivo del Acuerdo Cooperativo la afiliación y el registro de los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud y el recaudo de sus cotizaciones por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía.

*Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud a los afiliados, y girar al Fondo de Solidaridad y Garantía o percibir de éste, dentro de los términos previstos en las normas legales, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados, y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación, todo de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y en las demás normas legales que se adopten sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
(...)”.*

Dada entonces la calidad de SALUDCOOP como organismo de segundo grado, facultado en lo establecido en el artículo 14 de la Ley 454 de 1998 “por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones, se encuentra asociado con otras”, la empresa se encuentra asociada con otras organizaciones para el mejor cumplimiento de sus fines, aspecto que también está previsto en el artículo 6º del Estatuto de SALUDCOOP antes citado.

Por otra parte, en cuanto a su calidad de “cooperativa”, se rige por las disposiciones contenidas en la Ley 79 de 1998, norma que regula el marco jurídico del sector cooperativo, y en cuyo artículo 4º define tal institución como “la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.

La norma establece que la administración de las cooperativas estará a cargo de la asamblea general, el Consejo de Administración y el gerente, y particularmente, en cuanto al Consejo de Administración, éste se define

como el órgano permanente de administración subordinado a las directrices y políticas de la asamblea general.

II. SALUDCOOP tiene como objetivo del Acuerdo Cooperativo, la afiliación y el registro de los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud y el recaudo de sus cotizaciones por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, tal y como se desprende de los Estatutos de Saludcoop, y en ese sentido, tal finalidad prevé que la entidad tiene a su cargo la administración de los recursos del sistema de Seguridad Social, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, y los recursos que son de naturaleza parafiscal, tal y como lo ha definido la H. Corte Constitucional, así:

“6.1. Acorde con la exigencia constitucional que prohíbe destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social “para fines diferentes a ella”, la jurisprudencia constitucional viene sosteniendo en forma unívoca que los recursos del Sistema General de la Seguridad Social son rentas de naturaleza parafiscal.

(...)

6.3. En atención a las características citadas, no duda la Corte en calificar los recursos de la seguridad social como rentas parafiscales, pues en verdad éstos comportan contribuciones obligatorias de naturaleza pública, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que no ingresan al presupuesto nacional, que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población, y que deben ser utilizadas para financiar globalmente los servicios que se prestan y para ampliar su cobertura. De hecho, el Sistema de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 y en otras disposiciones complementarias, se ocupó de regular todos los elementos que definen una renta parafiscal, señalando quienes son los destinatarios de los servicios de la seguridad social, cuales sus beneficiarios, las prestaciones económicas, de salud y de servicios complementarios que se ofrecen, y principalmente, identificando la fuente de los recursos que se destinan para obtener las finalidades propuestas.

(...)

Como es sabido, los recursos parafiscales “son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa”, por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado.” (sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

(...)

Entonces, debe resaltarse que los recursos del sistema de seguridad social son recursos parafiscales que no pueden ser utilizados para propósitos diferentes al previsto en el sistema integral de seguridad social”¹².

¹² ESCOBAR GIL, Rodrigo (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia C-655/03. Referencia: expediente D-4433.

De tal manera que los aportes del Sistema General de Seguridad Social, al ser recursos parafiscales, son de naturaleza pública, siendo claro entonces que SALUDCOOP EPS en su calidad de integrante del Sistema, administra recursos públicos”¹³.

B. LOS MOTIVOS DE LA LIQUIDACIÓN FORZOSA DE SALUDCOOP EPS OC

En cuanto a la situación jurídica de SALUDCOOP, deben destacarse las medidas que la Superintendencia Nacional de Salud adoptó en contra de la EPS y que culminaron con la decisión de su administración forzosa para liquidarla. Tales medidas fueron descritas por la Superintendencia en la Resolución No. 002414 del 24 de noviembre de 2015 *“por medio de la cual se ordena la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO, con NIT. 800.250.119-1”¹⁴*, de conformidad con lo siguiente:

a) Mediante Resolución No. 296 de 2010, la Superintendencia ordenó a SALUDCOOP EPS OC, entre otras, restituir a la liquidez de la EPS los recursos utilizados en la adquisición de los activos y otras operaciones, y el cubrimiento de obligaciones por financiación externa, por un valor total superior a los seiscientos mil millones de pesos (\$600.000.000.000), en precios corrientes del año 2010.

b) Mediante Resolución No. 00801 del 11 de mayo de 2011, la Superintendencia ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, y la intervención forzosa administrativa para administrar a SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO por el término inicial de dos (2) meses prorrogables.

¹³ LOZZI MORENO, Claudia Elizabeth (M.P.) (Dra.). Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 8 de marzo de 2018. Expediente: No. 250002341000201401455-00.

¹⁴ EXPEDIENTE. CD obrante a folio 382. Archivo: “4. Resolución 002414 de 2015 liquidación Saludcoop”.

c) La toma de posesión inmediata de bienes y haberes y negocios, y la intervención forzosa administrativa para administrar a SALUDCOOP OC, fue prorrogada por: i. la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución No. 01644 del 12 de julio de 2011 y por el término de 12 meses; ii. La Superintendencia Nacional de Salud en Resolución No. 2099 del 9 de julio de 2012 y hasta el 12 de mayo de 2013; iii. El Gobierno Nacional mediante Resolución Ejecutiva 128 del 8 de mayo de 2013, hasta el 11 de mayo de 2014; iv. Por Resolución Ejecutiva 120 de 2014 y hasta el 11 de mayo de 2015; v. Mediante Resolución Ejecutiva No. 070 del 7 de mayo de 2015, y hasta el 11 de enero de 2016.

La Superintendencia Nacional de Salud en las consideraciones de la Resolución No. 002414 de 2015, advirtió que la Contraloría General de la República en proceso de responsabilidad fiscal IP 10 de 2011, en Fallo No. 1890 de 2013, confirmado por el Auto 019 de 2014, declaró la responsabilidad fiscal, y la obligación de resarcir el patrimonio público en cuantía indexada de \$1,4 billones a SALUDCOOP EPS OC y algunos de sus ex directivos y administrativos.

Agrega que la Procuraduría General de la Nación en proceso disciplinario adelantado contra Carlos Gustavo Palacino y otros sujetos disciplinables miembros del consejo de administración de SALUDCOOP EPS OC, radicado 161 – 5546 (IUS 2012-117526 del 4 de marzo de 2013, declaró disciplinariamente responsables a algunos de los sujetos investigados, y decidió imponer sanción de multa e inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado o contratar con el mismo; dado que incurrieron entre otras conductas en el manejo indebido de los recursos del sistema de seguridad social en salud.

En la Resolución No. 002414 de 2015 la Superintendencia Nacional de Salud advirtió que era notoria la crítica situación financiera de SALUDCOOP EPS P.C. a corte 30 de septiembre de 2015, en especial por la iliquidez presentada que se evidencia en el capital de trabajo negativo (\$-1.7 billones de pesos), el nivel de endeudamiento del 350.11% y un patrimonio negativo de \$-2.88

billones de pesos, situación que demuestra que la Cooperativa se encontraba financiada por terceros, y que la propiedad de los asociados estaba diluida, lo que le impedía garantizar la oferta de servicios y cumplir con sus obligaciones como asegurador.

Por lo tanto, concluyó la Superintendencia que dada la situación financiera y operativa de SALUDCOOP EPS OC, la misma no podía ser puesta en condiciones de ejercer su objeto social y por lo tanto, debía procederse a su liquidación.

Así, la Superintendencia en el referido acto administrativo ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COPERATIVO, por el término de dos (2) años, y se designó a un Agente Especial Liquidador Interventor para tales efectos.

C. LOS ASOCIADOS DE SALUDCOOP EPS OC y LA PARTICIPACIÓN ACCIONARIA DE LA EPS EN OTRAS COMPAÑÍAS

De conformidad con las notas a los estados financieros a 31 de diciembre de 2017, disponibles en la página Web de SALUDCOOP EPS OC – en Liquidación¹⁵, para ese corte, la EPS registra un total de 2.904 asociados, 2.882 personas naturales que poseen una participación total del 3.92%, 22 personas jurídicas con una participación del 11.14% y los aportes propios readquiridos por SALUDCOOP EPS OC, con una participación del 84.94% de la participación total, como se detalla a continuación:

NIT	NOMBRE	VALOR	PARTICIPACIÓN
800.250.119	Saludcoop EPS O.C. En Liquidación	56.191.578	84,94%
830.008.686	La Equidad Seguros De Vida	993.085	1,50%
804.013.978	Fundación Comultrasan	953.064	1,44%

¹⁵ SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN. Información financiera, estados financieros año 2017. Disponible en: http://www.saludcoop.coop/pagina_web/images/pdf_liquidacion/pdf_financiera/2017/4.-Notas-a-los-Estados-Financieros-Ao-2017.pdf>. Consultado el 3 de abril de 2019.

860.013.683	Cooperativa De Trabajadores De Avianca	942.945	1,43%
830.106.534	Salud En Línea Salud En Línea	806.972	1,22%
830.511.763	IAC Acción y Progreso	806.972	1,22%
830.115.393	Corporación Gimnasio Los Pinos	682.557	1,03%
830.033.907	Progressa	427.041	0,65%
860.038.374	Fundación Universitaria Juan N Corpas	202.852	0,31%
860.055.083	Fundación Clínica Juan. N. Corpas	202.852	0,31%
860.028.415	La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo	181.424	0,27%
860.526.418	Fundación Lab. Farmacóloga. Veget	176.520	0,27%
890.201.063	Cooperativa Multiactiva De Trabajadores De Santander	156.922	0,24%
800.099.420	Fundequidad	142.081	0,21%
890.901.176	Cooperativa Financiera Cotrafa	108.965	0,16%
860.014.040	Cooperativa De Los Profesionales Coasmedas	96.001	0,15%
890.505.856	Fondo Empleados Magisterio	80.508	0,12%
860.027.186	Cooperativa De Profesores De La Universidad Nacional De Colombia	74.020	0,11%
830.027.779	Unión De Profesionales Para La Cultura	72.056	0,11%
800.006.150	Empr Coopserv Salud Neiva Emcosalud	65.965	0,10%
860.007.647	Febor Entidad Cooperativa	65.631	0,10%
860.026.123	Cooperativa Nacional De Droguistas Detallistas Copidrogas	65.379	0,10%
860.522.164	Cooperativa De Producción Y Trabajo Vencedor	65.379	0,10%
	Personas Naturales	2.595.958	3,92%
Total Capital Social		66.156.726	100,00%

A su vez, en las referidas notas a los estados financieros se informa la participación que SALUDCOOP EPS OC tiene en diferentes empresas, así:

Tipo empresas	Empresa	Propietarios grupo	Participación
EPS	CAFESALUD EPS	Saludcoop EPS	86.87%
		Cruz Blanca EPS	13.13%
Total participación Grupo Saludcoop			100%
IPS		Saludcoop EPS	50.00%

	Clínicas Saludcoop CB IPS Ltda. En liquidación	Cruz Blanca EPS	50.00%
Total participación Grupo Saludcoop			100%
IPS	Centros Médicos Cruz Blanca IPS Ltda. En Liquidación	Saludcoop EPS	50.00%
		Cruz Blanca EPS	50.00%
Total participación Grupo Saludcoop			100%
IPS	Clínica Armenia Saludcoop Ltda. En Liquidación	Saludcoop EPS	69.00%
		Sociedad Clínica Pamplona	30.00%
		Cooperativa Epsifarma	0.33%
Total participación Grupo Saludcoop			100%
IPS	Sociedad Clínica Pamplona	Saludcoop EPS	95.11%
Total participación Grupo Saludcoop			95.11%
IPS	Clínica Santa Cruz de la Loma S.A.	Saludcoop EPS	83.57%
Total participación Grupo Saludcoop			83.57%
IPS	Saludcoop Clínica Santa Isabel Ltda.	Saludcoop EPS	80.35%
Total participación Grupo Saludcoop			80.35%
IPS	Saludcoop Clínica de los Andes S.A.	Saludcoop EPS	80.17%
Total participación Grupo Saludcoop			80.17%
IPS	Óptica Saludcoop S.A.	Saludcoop EPS	75.00%
Total participación Grupo Saludcoop			75.00%
IPS	Clínica Martha S.A.	Saludcoop EPS	55.42%
Total participación Grupo Saludcoop			55.42%
Comercial	Pharma 100 S.A. en Liquidación	Saludcoop EPS	59.66%
		Cafesalud EPS	20.28%
		Cruzblanca EPS	20.05%
Total participación Grupo Saludcoop			99.9%
Comercial	Biorescate Ltda.	Saludcoop EPS	99.50%
Total participación Grupo Saludcoop			99.50%
Comercial	Heon Health on Line S.A.	Saludcoop EPS	94.66%
		Cooperativa Epsifarma	4.17%
Total participación Grupo Saludcoop			99.83%
Comercial	Epsifarma S.A. en Liquidación	Saludcoop EPS	94.00%
		Cooperativa Epsifarma	1.50%
Total participación Grupo Saludcoop			95.50%
Comercial	Proyectos y Construcciones Arquitectónicas S.A.	Saludcoop EPS	94.00%
		Corporación IPS Saludcoop	1.50%
Total participación Grupo Saludcoop			95.50%
Comercial	Work & Fashion S.A.	Saludcoop EPS	94.91%
Total participación Grupo Saludcoop			94.91%
Comercial	Audieps Ltda. en Liquidación	Saludcoop EPS	93.75%

Total participación Grupo Saludcoop			93.75%
Comercial	Consultoría de Estrategias y Negocios S.A. en Liquidación	Saludcoop EPS	16.67%
		Cooperativa Epsifarma	8.33%
		Fundación Coop	66.67%
Total participación Grupo Saludcoop			91.67%
Comercial	Health Food S.A.	Saludcoop EPS	84.14%
		Corporación IPS Saludcoop	6.34%
Total participación Grupo Saludcoop			90.48%
Comercial	Impecable Lavandería hospitalaria Ltda.	Saludcoop EPS	72.01%
Total participación Grupo Saludcoop			72.01%
Comercial	Contact Service Ltda.	Saludcoop EPS	100%
Total participación Grupo Saludcoop			100%
Comercial	Procesos y Transacciones P y T Ltda. en Liquidación	Saludcoop EPS	50%
Total participación Grupo Saludcoop			50%
Cooperativo	Fundación Coop	Saludcoop EPS	100%
Total participación Grupo Saludcoop			100%
Cooperativo	IAC Jurisalud Consultores en Liquidación	Saludcoop EPS	100%
Total participación Grupo Saludcoop			100%
Cooperativo	IAC Educar Salud	Saludcoop EPS	95.15%
		Cooperativa Epsifarma	4.85%
Total participación Grupo Saludcoop			100%
Cooperativo	Salud en Línea	Saludcoop EPS	99.74%
Total participación Grupo Saludcoop			99.74%
Cooperativo	Cooperativa Epsifarma	Saludcoop EPS	0.00%
		Corporación IPS Saludcoop	10%
		Salud en Línea	10%
		IAC Jurisalud Consultores	10%
		IAC Educar Salud	10%
		IAC Gestión Administrativa	10%
Total participación Grupo Saludcoop			60%
Exterior (México)	Saludcoop México S.A. de C.V.	Saludcoop EPS	52.00%
		Cruz Blanca EPS	1.00%
		Heon Health on Line S.A.	47.00%
Total participación Grupo Saludcoop			100%
Exterior (Chile)	Inversiones Cartagena S.A. (Inactiva)	Saludcoop EPS	99.99%
Total participación Grupo Saludcoop			99.99%
Exterior (Chile)	Inversiones Solidaria S.A. (Inactiva)	Saludcoop EPS	99.99%
Total participación Grupo Saludcoop			99.99%

Exterior (Ecuador)	M.P. Cruz Blanca S.A.	Saludcoop EPS	99.99%
Total participación Grupo Saludcoop			99.99%

3.3.2. La estructuración del proceso de venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS S.A. y de las acciones de ESIMED S.A.

I. El contrato de diagnóstico y de ejecución del proceso de venta de los activos de SALUDCOOP en CAFESALUD EPS y en ESIMED S.A.

De las pruebas obrantes en el expediente, se observa lo siguiente:

- En las consideraciones del contrato suscrito el 27 de mayo de 2016 entre LAZARD COLOMBIA S.A.S. y el Agente Liquidador de SALUDCOOP EPS, se consignó el marco legal y la justificación que soporta tal negocio jurídico, siendo el siguiente:

i) El numeral 2º del artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prescribe:

“ARTICULO 293. NATURALEZA Y NORMAS APLICABLES DE LA LIQUIDACION FORZOSA ADMINISTRATIVA.

(...)

2. Normas aplicables. Los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria serán adelantados por los liquidadores y se registrarán en primer término por sus disposiciones especiales.

En las cuestiones procesales no previstas en tales normas que correspondan a actuaciones orientadas a la expedición de actos administrativos se aplicarán las disposiciones de la parte primera del Código Contencioso Administrativo y los principios de los procedimientos administrativos.

La realización de activos y de los demás actos de gestión se registrarán por las normas del derecho privado aplicables por la naturaleza del asunto”
(subrayado fuera del texto).

Por otra parte, el artículo 295 en su numeral 9º literal i, del mismo estatuto prevé:

ARTICULO 295. REGIMEN APLICABLE AL LIQUIDADOR Y AL CONTRALOR.

(...)

9. Facultades y deberes del liquidador. El liquidador designado por el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras tendrá la guarda y administración de los bienes que se encuentren en poder de la intervenida, de la masa de la liquidación o excluidos de ella y, además, los siguientes deberes y facultades:

(...)

i. Celebrar todos los actos y contratos requeridos para el debido desarrollo de la liquidación, incluidos los negocios o encargos fiduciarios que faciliten su adelantamiento, restituir bienes recibidos en prenda, cancelar hipotecas y representar a la entidad en las sociedades en que sea socia o accionista, así como transigir, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente, siempre que no se afecte la igualdad de los acreedores de acuerdo con la ley; (...)

En virtud de lo anterior, se observa que en el proceso de liquidación, al Agente Liquidador de la compañía le asiste la facultad de celebrar todos los actos y contratos requeridos para el debido desarrollo de liquidación, los cuales se regirán por el derecho privado.

ii) Así, en uso de tales facultades, el Agente Liquidador de SALUDCOOP EPS consideró que atendiendo las características de los activos indicados definidos por SALUDCOOP EPS en liquidación y para lograr su enajenación, era necesario adelantar actividades previas de alta especialización, no relacionadas con las actividades de la entidad o con su funcionamiento, por lo que era necesario recurrir a personas jurídicas especializadas que ofrecieran los conocimientos y experiencia específicos para la labor a desarrollar.

Por tanto, agrega el Agente Liquidador que se requería contratar una persona jurídica, consorcio, unión temporal, o cualquier otra modalidad propuesta conjunta plural, nacional o internacional que realice las actividades de diagnóstico, valoración y diseño de la estructura de transacción, promoción y venta de los activos estratégicos definidos por SALUDCOOP EPS en liquidación.

Afirma que ante la declaratoria de desierta del proceso de invitación abierta elaborado para tal propósito, SALUDCOOP en liquidación optó por la

contratación directa, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 8º del Manual de Contratación de SALUDCOOP en liquidación.

En consecuencia, el 20 de mayo de 2016 SALUDCOOP EPS en liquidación recibió propuesta de asesoría de parte de MBA LAZAR para la ejecución del contrato objeto del proceso de gestión contractual, la cual fue evaluada y aprobada por el Agente Especial Liquidador, siendo seleccionada para tal propósito.

- El negocio jurídico suscrito entre MBA LAZARD COLOMBIA S.A.S. (contratista) y el Agente Liquidador de SALUDCOOP EPS (contratante) que se analizará en detalle más adelante, corresponde a un contrato de prestación de servicios regulado por el derecho privado, en el cual el contratista se obliga a dar, hacer o no hacer una cosa en favor del contratante a cambio de una contraprestación por parte de este último.

En este caso, el servicio prestado corresponde a la asesoría por parte de MBA LAZARD COLOMBIA S.A.S. para el proceso de estructuración de la venta de los activos de SALUDCOOP en liquidación, específicamente los activos en CAFESALUD EPS S.A. y de este último en ESIMED S.A., así como también la participación del contratista en la ejecución de dicha estructura. Como contraprestación SALUDCOOP EPS en liquidación se obligó a cancelar los honorarios a MBA LAZARD COLOMBIA S.A.S. por el servicio realizado y al pago de una comisión de éxito en caso de que se haga efectiva la enajenación total o parcial de los activos.

- Así, el 27 de mayo de 2016, los representantes legales de MBA LAZARD COLOMBIA S.A.S. (Jaime Bermúdez Merizalde y Natalia Ramírez Carrizosa) en su calidad de contratista y el Agente Liquidador de SALUDCOOP EPS en liquidación en calidad de contratante, suscribieron un contrato¹⁶ que tenía por objeto el siguiente:

¹⁶ EXPEDIENTE. Cuaderno Principal – Continuación cuaderno principal desde folio 982. Folios 1776 a 1184; CD obrante a folio 1176. Archivo: “20160527 Contrato Saludcoop - Lazard firmado - venta de Cafesalud”.

“CLÁUSULA PRIMERA – OBJETO: El presente contrato tiene por objeto ejecutar el diagnóstico, valoración, diseño de la estructura de la transacción, promoción y venta de los activos definidos por SALUDCOOP EPS en liquidación, de acuerdo con la propuesta presentada por el CONTRATISTA, la cual hace parte del contrato. En la prestación de los Servicios objeto de este contrato, EL CONTRATISTA no asumirá obligación alguna de resultado y su responsabilidad se limita al desarrollo de las gestiones encomendadas por SALUDCOOP EPS en liquidación en virtud del presente contrato, poniendo a tal efecto su mayor diligencia y capacidad. En consecuencia, EL CONTRATISTA no garantiza ni asume responsabilidad alguna en relación con el éxito o fracaso de las pretensiones o intereses de SALUDCOOP EPS en liquidación o la efectiva conclusión de los servicios contratados, la Transacción, en su caso y/o sus términos y condiciones”.

En la cláusula segunda del aludido contrato se informa que el contrato se ejecutará en dos (2) fases, cada una de estas con dos (2) etapas, la primera fase es obligatoria y la segunda eventual, y la liquidación se realizará únicamente cuando SALUDCOOP EPS en liquidación apruebe la totalidad de los resultados de la primera fase y decida emprender la ejecución de la fase dos, y cuando el contratista participe en la misma.

Así, en la misma cláusula se dispuso que la primera fase correspondía a la elaboración de un diagnóstico legal, fiscal, contable, financiero, valoración de los activos y el diseño de estructura de la transacción para la venta de los activos estratégicos de SALUDCOOP en Liquidación, descritos en el Parágrafo 2 de la misma cláusula del contrato, como son los activos en las EPS CAFESALUD y CRUZBLANCA, las IPS Sociedad Clínica Pamplona, Clínica Santa Cruz de la Loma S.A., Clínica Santa Isabel LTDA., Clínica de Los Andes S.A., Clínica Martha S.A., Estudios e Inversiones Médicas S.A. – ESIMED, Laboratorio Bioimagen LTDA, y la compañía HeOn Health On Line S.A.

La segunda fase, acorde a la cláusula segunda del contrato, correspondía a la implementación y promoción de la estrategia aprobada de transacción y venta de los activos.

En el párrafo primero de la cláusula segunda se habilitó a MBA LAZARD COLOMBIA S.A.S. (el contratista) a subcontratar la ejecución de aquellas tareas que no corresponden al rubro de su actividad principal, eligiendo para tal fin a los profesionales competentes para ello, lo cual le será informado a SALUDCOOP EPS y cuya aceptación será tácita si pasados 5 días de la notificación de subcontratación, el contratista no recibe un rechazo formal por parte de SALUDCOOP EPS.

Lo anterior guarda concordancia con lo expuesto por la testigo Natalia Ramírez Carrizosa en la audiencia del 19 de noviembre de 2018¹⁷, quien además refiere:

“(...) el contrato tenía dos fases, una primera fase que era de diagnóstico, y una segunda fase que era de ejecución. La fase de diagnóstico incluía el diagnóstico interno en todos sus frentes, legal, tributario, tecnológico, contable financiero. La valoración de diferentes escenarios de proyección de los activos, y el diseño de la estructura de la transacción.

Al terminar esa fase había un momento de decisión donde SALUDCOOP en liquidación definía si quería continuar o no con el proceso, si se continuaba venía la ejecución de la segunda fase que era la preparación de proceso de venta, lo que incluía toda la preparación de los documentos de mercadeo, del cuarto de datos al que iban a acceder los potenciales interesados, el acompañamiento en la ejecución del proceso de venta en todas sus fases, desde la acreditación de los interesados, el proceso de debida diligencia, la evaluación de las ofertas y el cierre de la transacción y ese era básicamente el alcance del trabajo”¹⁸.

Por otra parte la testigo refirió a los integrantes del equipo profesional que posteriormente acompañarían la ejecución de las dos fases del contrato suscrito con SALUDCOOP, en los siguientes términos:

“Dentro de esto se conformó un equipo de asesores, LAZARD COLOMBIA trabajó con POSSE HERRERA & RUIZ y con PRICEWATERHOUSECOOPERS, cada uno en su especialidad, POSSE HERRERA se encargaba de toda la parte que tenía que ver con el diagnóstico legal y el diseño de la estructura de la transacción en sus elementos jurídicos. PRICEWATERHOUSE desarrolló el diagnóstico contable, tributario, laboral y tecnológico, y LAZARD participaba en todo el diagnóstico financiero, la ejecución de los escenarios de valoración y la coordinación general del proceso”¹⁹ (subrayado fuera del texto).

¹⁷ Ibíd. CD obrante a folio 2436. Archivo de video. Desde minuto 24:45.

¹⁸ Ibíd. 24:45 a 25:58.

¹⁹ Ibíd. 25:59 a 26:36.

Si bien el contrato de prestación de servicios suscrito entre MBA LAZARD COLOMBIA S.A.S. y el Agente Liquidador de SALUDCOOP EPS, es un contrato de derecho privado, debe advertirse que a tal acuerdo de voluntad le es aplicable en su totalidad la responsabilidad propia de la naturaleza de tal negocio jurídico, regulado en la legislación civil y comercial, y en tal medida, el contratista asume plenamente su responsabilidad, dada la especialidad por la que fue contratado, no solo en materia de asesoría para la estructuración de la venta de los activos de SALUDCOOP, sino en la participación activa en la ejecución del procedimiento que sería elegido para tal propósito.

Lo anterior no se encuentra limitado por la exclusión de responsabilidad prevista en la cláusula primera del contrato suscrito entre LAZARD COLOMBIA S.A.S. y SALUDCOOP EPS en liquidación, comoquiera que independientemente del éxito o fracaso de los intereses de SALUDCOOP o la efectiva conclusión del proceso de venta, subyace el deber en LAZARD de prestar su asesoría y su gestión en forma idónea, lo que necesariamente incluye entender el impacto de sus actuaciones en la sostenibilidad misma del sistema de seguridad social en salud, y en la salvaguarda de los derechos que le asisten a los usuarios del servicio.

Por tanto, LAZARD COLOMBIA S.A.S. es sujeto responsable de la vulneración de derechos e intereses colectivos que se hayan ocasionado en este caso como consecuencia de su gestión, aspecto que se analizará en detalle más adelante.

II. El diagnóstico de CAFESALUD E.P.S. S.A.:

Así, en ejecución del contrato del 27 de mayo de 2016, se desarrolló la primera fase del proceso, la cual inició con el diagnóstico interno, explicado por la testigo Natalia Ramírez Carrizosa así:

“En cuanto a la primera fase, la primera tarea que fue la tarea del diagnóstico interno, es importante anotar acá que realmente lo que encontramos en ese momento cuando hicimos el diagnóstico interno y me voy a referir a CAFESALUD, era una situación muy compleja de inviabilidad operativa y financiera por completo, la compañía venía, uno perdiendo afiliados, entonces en noviembre del 2015 cuando se trasladan los afiliados de SALUDCOOP a CAFESALUD el total de afiliados para el régimen contributivo y subsidiado llegaba a 6 millones de afiliados en el año 2016, un año después se había disminuido en cuantía de un millón, es decir, los afiliados ya no eran seis millones sino un millón para los dos regímenes. Las pérdidas acumuladas de CAFESALUD durante el año 2016 eran de 1.6 billones, de 1.3 billones de pesos perdón, el pasivo alcanzado una cantidad de 2.8 y la compañía tenía un patrimonio negativo de 2.3 billones. Que pasaba y cuál era la razón de fondo el costo médico de la compañía estaba desbordada. Las compañías de aseguramiento tienen una medida que es muy relevante que se llama la siniestralidad, la siniestralidad hace una medida de cuánto vale, digamos de cuál es el costo de atención médica por cada usuario, entonces una siniestralidad del 117% que era lo que tenía CAFESALUD a finales del 2016 significaba que de cada \$100 que recibía por UPS le estaba costando \$116 atender a sus pacientes, o sea el hueco financiero se hacía cada vez más grande porque no tenía los recursos para atender. Además de eso existían una serie contingencias jurídicas, tributarias, laborales, y una y un gran riesgo operacional porque los proveedores de las compañías, es decir, las instituciones prestadoras de salud cada vez restringían más la prestación de servicios a esta entidad por los problemas de pago que tenían. Las cuentas por pagar de CAFESALUD ya ascendía a muchísimos días, no recuerdo en este momento cuánto, pero muchísimos días de vencimiento, con lo cual las instituciones prestadoras de salud ya tampoco estaban dispuestas a prestar los servicios a ésta a esta entidad. Entonces ese fue digamos uno de los primeros hallazgos que se hicieron en esa fase de diagnóstico (...)”²⁰.

Nótese que según lo dicho por la testigo, la etapa de diagnóstico en la primera fase, consistió en la valoración de CAFESALUD EPS S.A., dando cuenta que la compañía se encontraba en una situación de inviabilidad operativa y financiera, así como también la disminución en el número de afiliados. La testigo advirtió que CAFESALUD tenía pérdidas acumuladas durante el año 2016 por 1.3 billones de pesos, un pasivo en cantidad de 2.8 billones de pesos y un patrimonio negativo de 2.3 billones de pesos. Por otra parte señaló que existían una serie de contingencias jurídicas, tributarias, laborales, y un gran riesgo operacional porque los proveedores de las compañías (las IPS) cada vez restringían más la prestación de servicios a la entidad por los problemas de pago que tenían las cuentas por pagar de CAFESALUD.

²⁰ Ibíd. 26:45 a 29:25.

A su turno el testigo Oscar Tutasaura expuso en detalle la situación administrativa, financiera y jurídica de CAFESALUD EPS, que posteriormente motivaría la decisión de adoptar la enajenación de sus activos, afirmando:

“(...) la estructura la transacción comienza en primer lugar con identificar la situación de CAFESALUD antes de la venta, para efectos de esa identificación en mi calidad de abogado adelantamos un proceso de debida diligencia jurídica a CAFESALUD y a ESIMED y como consecuencia de ese proceso debida diligencia jurídica resultaron una serie de hallazgos que evidenciaron la difícil situación financiera de CAFESALUD, los más importantes de tales hallazgos son los siguientes. Primero CAFESALUD se encontraba sujeta una medida de intervención desde el año 2012 que le impedía afiliar nuevos usuarios. Segundo como consecuencia de la ejecución de su objeto social, CAFESALUD estaba soportando pérdidas acumuladas que habían llevado a que en junio de 2016 la sociedad tuviera un patrimonio negativo, es decir activos menos pasivos en su balance, un patrimonio negativo de un billón de pesos, esta situación se agravó y en marzo del 2017 el patrimonio negativo de CAFESALUD es decir la resta de sus activos menos pasivos era una suma negativa de 2 billones de pesos en marzo del 2017. Así mismo cafesalud había recibido un aporte de recursos por parte del Ministerio de salud que suscribió unos bonos obligatoriamente convertibles en acciones en cuantía de 200.000 millones de pesos previo a la celebración de un convenio de desempeño que fijaba unas metas y fijaba unos criterios de evaluación del desempeño de CAFESALUD y esos recursos de 200.000 millones de pesos estaban en ese momento en peligro de no ser reembolsados. De otra parte la EPS presentaba una siniestralidad en su actividad de aseguramiento del 116% en el régimen contributivo y el 135% en el régimen subsidiado. Qué es siniestralidad o esto empiece traduce que por ejemplo en el régimen contributivo de cada peso que la EPS recibía a título de UPC se estaba gastando \$1.16 de ahí las pérdidas acumuladas y la situación patrimonial deficitaria. Desde el punto de vista jurídico CAFESALUD acarrea una situación de alrededor de 800 procesos judiciales sin contar las tutelas y esos 800 procesos judiciales en el momento de nuestra revisión llevaban varios meses sin ser atendidos, porque ya lleva varios meses sin ser atendidos, por qué la firma de abogados encargada de la atención de esos procesos entró en liquidación y terminó unilateralmente el contrato. Cuando nosotros entramos hacer la validación había un innumerable cantidad procesos de naturaleza ordinaria, declarativa, ejecutiva, etcétera, que llevan varios meses sin atención, y había situación contractual crítica en la compañía”²¹.

La situación financiera de CAFESALUD referida por ambos testigos, se encuentra descrita también en el documento denominado “Proyecto OMEGA

²¹ EXPEDIENTE. CD obrante a folio 2436. Archivo de video: min. (33:42) a (36:58).

– Análisis de CAFESALUD”, preparado por LAZARD COLOMBIA S.A.S. y los asesores POSSE HERRERA Y RUIZ y PRICEWATERHOUSECOOPERS.²²

De igual manera, la situación de CAFESALUD EPS S.A., también fue expuesta por la propia EPS, tal y como lo refiere por intermedio de su Presidente, en el documento con radicado de la Superintendencia Nacional de Salud NURC-1-2017-105605 del 5 de julio de 2017²³, y por el cual solicita la autorización para la reorganización institucional. Alude el Presidente de la compañía que la afectación de la operación de CAFESALUD tuvo como origen la transformación de la empresa derivada de la asignación de usuarios provenientes de SALUDCOOP EPS S.A., aprobada por la Superintendencia Nacional de Salud bajo la Resolución No. 2422 del 25 de noviembre de 2015.

Agrega que como consecuencia de tal decisión, CAFESALUD vio la necesidad de implementar mecanismos que le permitieran manejar de manera adecuada la operación diaria, por lo que para finales del año 2015, la sociedad atravesó por un proceso de transformación que lo condujo a asumir cinco millones doscientos sesenta y nueve mil dieciséis (5.269.016) afiliados migrados del Régimen Contributivo trasladados de SALUDCOOP equivalente a seis (6) veces los afiliados propios que venían de la gestión operacional de CAFESALUD antes del traslado. Además, debió adoptar una estructura organizacional, dado que la entidad no contaba con áreas tales como talento humano, jurídica, sistemas, planeación, entre otras, lo que demandó un proceso operativo y administrativo relevante en la contratación de la red de prestación de servicios en los diferentes niveles, y la necesidad de definir un nuevo modelo de atención y gestión del riesgo con el fin de mejorar la atención y el aseguramiento de los usuarios.

Por tanto, el Presidente de CAFESALUD agrega que tales situaciones generaron una serie de circunstancias de tipo administrativo y operacional que condujeron a la afectación de la operación de CAFESALUD para la

²² Ibíd. CD. obrante a folio 1176. Archivo: 1°70703 Omega - Informe de Valoración V. Contraloría”.

²³ Ibíd. Cuaderno Reservado. CD. Archivo: 1-2017-105605.

vigencia del año 2016, lo que llevó a que mediante Resolución No. 2564 del 30 de agosto de 2016, se prorrogara hasta el 31 de marzo de 2017 la medida preventiva de vigilancia especial ordenada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución No. 000051 del 17 de enero de 2013, y se ordenara la incorporación de nuevas acciones relacionadas con la asignación de citas y medicamentos, la falta de cobertura de la red de servicios de baja, media y alta complejidad, entre otras actividades como parte del Plan de Acción que CAFESALUD debía presentar a la Delegada para Medidas Especiales de la Superintendencia.

La decisión adoptada por parte de la Superintendencia Nacional de Salud a la que se refiere CAFESALUD EPS, es la contenida en la Resolución No. 2564 del 30 de agosto de 2016, por la cual se prorrogó la medida preventiva de vigilancia especial a la compañía hasta el 31 de marzo de 2017, a su vez, fue prorrogada por la autoridad administrativa en Resolución No. 547 del 31 de marzo de 2017²⁴, hasta el 30 de septiembre de 2017.

En el aludido acto administrativo, la Superintendencia Nacional de Salud hace un recuento de los actos administrativos relacionados con la medida de vigilancia a CAFESALUD EPS y con sus prórrogas, indicando que mediante Resolución No. 000051 del 17 de enero de 2013 adoptó medida preventiva de vigilancia especial a CAFESALUD Entidad Promotora de Salud S.A. – CAFESALUD EPS S.A. por el término de seis (6) meses prorrogables, siendo prorrogada la medida mediante las Resoluciones 001241 del 18 de julio de 2013, 001784 del 27 de septiembre de 2013, 000582 del 31 de marzo de 2014, 002468 del 26 de noviembre de 2014, 001610 del 28 de agosto de 2015 y 2564 del 30 de agosto de 2016.

Por otra parte, en tal decisión la Superintendencia consignó el concepto técnico de la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales, que en sesión del 30 de marzo de 2017 conceptuó entre otros aspectos, los

²⁴ SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Normatividad Resoluciones. Disponible en: <<https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Resoluciones/res%20547%20de%20017.pdf>>. consultado en: 15 de febrero de 2019.

siguientes: i) la EPS no cumple con las metas del indicador de oportunidad en la entrega de medicamentos como factor determinante para la garantía del derecho a la salud; ii) la EPS no ha suscrito la totalidad de los contratos con las IPS que garantice la red de prestación de servicios; iii) Se mantienen las PQRS contra CAFESALUD, en especial por restricción al acceso y oportunidad en los servicios de salud; iv) CAFESALUD no ha terminado la depuración de los procesos judiciales, por lo cual no han realizado las provisiones para reflejar la realidad financiera de la entidad en relación con los pasivos contingentes. Así mismo, del análisis de la información financiera de CAFESALUD EPS S.A., la Superintendencia observó una serie de desviaciones técnicas en los modelos de pago pactados (pago global prospectivo – PGP-, pago por actividad final – PAF, pago por bloque –PB y pago fijo), e inconsistencias en la facturación radicada ante la EPS como facturación doble y en los registros contables relacionados con pagos de retenciones en la fuente no descontadas a los prestadores.

Así, la difícil situación de CAFESALUD EPS en materia administrativa, técnica y financiera fue identificada por LAZARD, advertida por la Superintendencia Nacional de Salud, y reconocida por la misma CAFESALUD EPS, que de manera alguna se opuso a asumir la operación de SALUDCOOP EPS OC, la cual excedía su capacidad como EPS.

III. La determinación de la alternativa de venta de los activos de CAFESALUD:

Una vez establecida la situación técnica, administrativa y financiera de CAFESALUD, el siguiente paso en la primera fase de valoración efectuada por LAZARD consistía en determinar la que a su criterio era la mejor forma de vender el activo que para SALUDCOOP representaba CAFESALUD. Así, Natalia Ramírez Carrizosa en su testimonio describe esta etapa en los siguientes términos:

“En esa misma fase se desarrollaron los escenarios de valoración del activo, se desarrollaron bajo diferentes digamos modalidades qué fue lo que hicimos pacíficamente. Uno partimos de la situación actual y de la

información que fue entregada por SALUDCOOP en liquidación y por CAFESALUD. Entendimos cuál era el comportamiento histórico de las principales variables que pueden determinar el valor de ese activo, cómo eran sus ingresos, los costos y gastos la situación patrimonial y también cuál era la capacidad de generación de flujos futuros de este negocio (...) El tercer elemento de la primera fase era pues finalmente el diseño de la estructura de la transacción, ahí se hicieron varios planteamientos, cabe recordar que nuestro alcance era diseñar una estructura de venta de los activos, entonces las alternativas que fueron establecidas pues se circunscribieron a esta situación, y ahí se determinaron la venta de acciones es decir vender directamente las acciones de CAFESALUD, la alternativa de escindir unos activos de CAFESALUD a otra sociedad y venderlos, o de la venta de activos pasivos y contratos que fue la estructura finalmente implementada. Que pasaba, la situación financiera de CAFESALUD, financiera y operativa era tan dramática que la alternativa venta acciones no era viable, no había ningún interesado que fuera a comprar esas acciones y llevarse todas las contingencias de arrastrar todas las pérdidas. La escisión tenía el problema digamos que si viene uno podía escindir una parte de los activos y pasivos finalmente se configura una solidaridad con CAFESALUD en todos los aspectos, lo cual nos dejaba en la misma situación de la venta de acciones y por eso la alternativa que fue seleccionada por SALUDCOOP en liquidación para proceder con la transacción, fue la venta de activos pasivos y contratos”²⁵.

Concordante a lo anterior, en el documento aportado por la testigo en radicado del 21 de noviembre de 2018²⁶, informa que en la primera fase se presentó a SALUDCOOP en Liquidación las alternativas del diseño de la estructura de la transacción, considerando sus ventajas y desventajas. Así mismo, se efectuaron reuniones con el Ministerio de Salud, la Superintendencia de Salud y la Presidencia de la República exponiendo las estructuras. Agrega el documento que SALUDCOOP analizó y seleccionó una estructura de transacción para continuar a la fase 2, la cual era la *“transferencia de activos, pasivos, contratos, afiliados y habilitación de CAFESALUD a un vehículo nuevo constituido para el efecto”*²⁷.

IV. Las reuniones adelantadas entre el Ministerio de Salud y de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, SALUDCOOP EPS S.A. en Liquidación y LAZARD S.A.S. junto con su equipo asesor

²⁵ EXPEDIENTE. folio 2436. CD de la audiencia. Archivo de video. Min: 29:26 a 31:53.

²⁶ *Ibíd.* folio 2482 a 2503.

²⁷ *Ibíd.* folio 2488.

Además de la referencia en el documento aportado por la testigo Natalia Ramírez Carrizosa sobre las reuniones llevadas a cabo por SALUDCOOP EPS en liquidación y el equipo estructurador de la transacción, con la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Salud y Protección Social, la testigo propiamente se refirió sobre el particular cuando se le preguntó respecto a quienes conocieron de las recomendaciones efectuadas por LAZARD en el diagnóstico de la estructuración del proceso de venta, en los siguientes términos:

“Esas recomendaciones en primera medida las conoció SALDUCOOP EPS en liquidación que era nuestro cliente, las conocieron también las compañías que eran CAFESALUD y ESIMED y las conocieron los entes rectores del sector, el Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud.

(...)

Se hicieron varias reuniones tanto con el Ministerio como con la Superintendencia Nacional de Salud para socializar y discutir las recomendaciones, no recuerdo en este momento que hubiera un oficio formal de entrega de eso a esas Entidades. Fueron reuniones.

(...)

“Me refería al Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud. (...)”²⁸.

Así mismo cuando se le preguntó el rol y participación de las entidades que la testigo mencionó durante el proyecto, ella contestó:

“SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN era el responsable de la ejecución de este proceso de desinversión y por tanto era quien recibía y analizaba las recomendaciones y tomaba las decisiones, el Ministerio de Salud participó en diferentes mesas de trabajo y reuniones, yo creo que con calidad uno de dar su visión un poco sobre el sector, y contribuir digamos, dado que es de su resorte en la discusión sobre la mejor alternativa, y la Superintendencia también participó en las mesas de trabajo, pero además la Superintendencia si tuvo un rol fundamental en la aprobación de la figura de reorganización institucional, y en la aprobación de la transacción como tal”²⁹.

Lo anterior guarda también relación con el documento Proyecto OMEGA, análisis de CAFESALUD EPS elaborado por LAZARD Colombia S.A.S. POSSE HERRERA RUÍZ y PRICEWATERHOUSECOOPERS³⁰, en el cual se

²⁸ EXPEDIENTE. folio 2436. CD de la audiencia. Archivo de video. Min: 1:08:22 a 1:09:50.

²⁹ Ibíd. Min: 1:09:56 a 1:10:55.

³⁰ EXPEDIENTE. CD obrante a folio 146. Archivo: “170703 Omega – Informe de Valoración”.

informa que durante la ejecución del contrato del 27 de mayo de 2016 suscrito entre SALUDCOOP EPS en Liquidación y el equipo consultor conformado por las sociedades antes mencionadas, se realizaron varias actividades entre las cuales se encuentra unas sesiones de discusión con equipos de trabajo de la Liquidación de SALUDCOOP, la Superintendencia de Salud y el Ministerio de Salud para aclarar y definir temas claves del Proceso de Venta.

Por otra parte, el señor Augusto Acosta, en su testimonio manifestó que participó en la estructuración de los Decretos modificatorios del Decreto No. 2117 de 2016, señalando:

“(...) Posteriormente también tuve la oportunidad de hacer aportes profesionales en lo que fue el Decreto 2117 del año 2016, que flexibilizó de alguna manera la forma como las EPS debían cumplir con los requerimientos de aportes de capital para cumplir con la norma de patrimonio adecuado y de recursos de liquidez para cumplir con la norma del 2702 referida a la liquidez de las reservas técnicas que tendrían que tener las EPS. Finalmente como parte pues de este proceso de actualización de la regulación respecto de normas de habilitación financiera, tuve también la oportunidad de conocer y participar de alguna manera indirecta en la preparación del Decreto 718 del año 2017 que completó en alguna forma la regulación correspondiente a la manera como la EPS podían reorganizarse en su estructura societaria, podían facilitarse también algunas transferencias de propiedad y se podía dar la oportunidad para que los distintos interesados fueran sus actuales accionistas o fueran otros, pudieran repito ir recuperando paulatinamente los indicadores de solvencia financiera y de liquidez de reservas técnicas que eran necesarios”.³¹

La anterior declaración guarda relevancia si se tiene en cuenta que el señor Augusto Acosta, como se advirtió en precedencia, era consultor de LAZARD al momento de estructurar el proceso de venta, lo cual señala el testigo así:

“(...) posteriormente durante el proceso de preparación de los pliegos de los términos de referencia que sirvieron de base para el negocio de venta de CAFESALUD por parte de SALUDCOOP en liquidación tuve la oportunidad de reunirme en algunas ocasiones con los señores de LAZARD con el ánimo de aportar conocimiento digamos especializado en información general sobre el funcionamiento del sistema de salud y de manera particular digamos el comportamiento de las de las de los agregados financieros, específicamente los problemas derivados de los cuadros la forma como estos están haciendo contabilizados en los balances de las distintas EPS y el impacto que dicha situación Podría

³¹ EXPEDIENTE. CD audiencia del 26/11/18. Archivo de video: a partir del Min 32:21.

*tener y de hecho había tenido en el comportamiento de las EPS en general y de CAFESALUD EPS sociedad anónima en particular. Esto fue en el curso digamos fines del año 2016 y comienzos del año 2017*³².

De la misma manera, ante la pregunta del apoderado de la Contraloría General de la República sobre si recordaba el objeto del contrato por el cual se vinculó con LAZARD para efectos de brindar la asesoría, éste contestó:

*“Si, como lo enuncié desde el comienzo, fue una asesoría general respecto del sistema de salud, las condiciones de la operación, la conformación de su cadena de valor, la percepción de riesgos, el funcionamiento del POS y del no POS, el funcionamiento de la UPC, en fin, lo que ya comenté sin que hubiera existido pues un contrato formal, pero la intención siempre fue un apoyo en el conocimiento digamos a partir de la experiencia que hemos tenido en lo que es el funcionamiento del Sistema General de Salud”*³³.

A su turno, cuando la Agente del Ministerio Público designada a esta Corporación le preguntó al testigo sobre su participación en la estructuración del Decreto 718 de 2017 modificatorio del Decreto 2117 del año 2016, éste contestó:

“Si, yo participé en las reuniones que se hicieron de distinta naturaleza entre el Ministerio de Salud y el sector privado, y en conversaciones posiblemente un poco más detalladas con quien en ese momento desempeñaba las funciones de viceministra técnica en el Ministerio de Salud, con la Dra. Carmen Eugenia Dávila y con algunos de sus asesores, con comentarios de carácter general, digamos que yo había participado como ya lo comenté en toda la estructuración del modelo de gestión de riesgo del sector financiero, cuando tuve la oportunidad de trabajar en el proyecto de integración de la Superintendencia Bancaria con la Superintendencia de Valores, y mucha de la regulación prudencial necesaria para el funcionamiento de las compañías de seguros de la Superintendencia Financiera, responde a principios de manejo financieros y de gestión de riesgos que son los mismos tanto para el aseguramiento general como para el aseguramiento de salud. El tema de patrimonio adecuado, el tema de plazos, el tema de liquidez de reservas técnicas, de cálculo de primas de riesgo puro en fin, esta regulación que se conoce en el sector como regulación prudencial, en el sector financiero y que en el sector salud son normas de habilitación financiera, tienen cosas muy parecidas, entonces, en ese sentido siempre tuve la oportunidad de participar bien en reuniones generales convocadas por el Ministerio de Salud para evaluar digamos la razonabilidad y la posibilidad de llevar a resultados claros de los decretos de habilitación financiera, siempre participé. Nunca bajo contrato del Gobierno, yo nunca he tenido

³² Ibíd. Min: 26:45 a 27:58.

³³ Ibíd. Min: 2:42:02 a 2:42:36.

una vinculación formal con el Gobierno y lo he hecho a propósito para poder trabajar con total libertad con el sector privado o con el sector público pero desde el punto de vista de actores generales del sistema de salud. Pero sí, participé en varias reuniones, y las reuniones eran también reuniones de carácter informal en donde decíamos que pasa si aumenta el plazo, que pasa con la liquidez, cual es el posible impacto de un aumento en los indicadores de patrimonio adecuado de capital de solvencia, en fin, fueron siempre reuniones en donde repito, de carácter general respecto de la probabilidad que tenían las nuevas normas de incidir positivamente en la recuperación de la sostenibilidad financiera de las aseguradoras en el sistema de salud en Colombia”³⁴.

Cuando la señora Procuradora le preguntó sobre la época en la que participó en tales reuniones para la construcción del aludido Decreto, el testigo señaló:

“(…) Con referencia sólo al último señora Procuradora, yo creo que fue fines del año (....) haber, el 2117 fue en el año 2016, y en esa época, año 2016, surgió la pregunta que condujo finalmente al 718 y es que el 2117 contemplaba los 10 años para EPS que ya venían operando, que ya venían cumplimiento con los hitos establecidos por el Decreto 2702, en materia de pagos parciales a partir del año 2015, y la pregunta que surgió en ese momento de manera general era que pasaba con los casos que dentro de los procesos de reorganización institucional, que ya estaban aprobados para todas las entidades solidarias, vinieran terceros inversionistas, que al no poder digamos tener experiencia previa respecto del cumplimiento o no del 2702, quisieran vincularse al sector. Y allí nació entonces la necesidad de que se hiciera una regulación específica para que las nuevas sociedades que nacieran como resultado de los procesos de reorganización institucional, pudieran tener claridad respecto del plazo total de que podrían disponer para pagar los faltantes reconocidos. Entonces, de ahí nació el Decreto 718, y así como participé de manera general en la forma y metodología que ya mencioné en reuniones formales, informales, públicas o medianamente públicas con los reguladores y con quienes estaban proyectando los decretos, también conversamos en su momento con las autoridades respecto del contenido del Decreto 718 (...) eso fue seguramente durante el segundo trimestre del 2016 que fue cuando se comenzaron a evidenciar los problemas relacionados con esto, y no recuerdo si algo durante el 2017, no recuerdo las fechas exactas, pero fue en esa época”³⁵ (2:52:33).

Por otra parte, ante la pregunta por parte de la Agente del Ministerio Público respecto de la fecha de la asesoría a LAZARD, el testigo respondió:

“Señora Procuradora, no recuerdo la fecha en la que comenzamos, la podríamos verificar porque seguramente tengo tal vez en la agenda las reuniones, pero en este momento no le podría responder con precisión a

³⁴ Ibíd. Min: 2:47:00 – 2:49:42.

³⁵ Ibíd. A min: 2:52:33.

*la pregunta que me hace, pero fue en el curso del segundo semestre del 2016*³⁶.

Así, se encuentra probado que LAZARD S.A.S. junto con sus asesores tuvieron reuniones con el Ministerio de Salud y de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud en la estructuración de la transacción para la venta de los activos de CAFESALUD. Por otra parte el señor Augusto Acosta al tiempo que se desempeñaba como consultor de LAZARD S.A.S. también participó en las reuniones para la preparación del Decreto 718 de 2017 modificadorio del Decreto 2117 de 2016 (en el cual también había participado en su construcción en los términos descritos en el testimonio).

Como se analizará en detalle más adelante, tal aspecto cobra especial trascendencia si se tiene en cuenta que la modificación introducida en el Decreto 718 de 2017 habilitó legalmente a la reorganización institucional de CAFESALUD en los términos pretendidos por SALUDCOOP en Liquidación y por su equipo asesor desde el diseño del Reglamento de Venta.

V. El diseño de la transferencia de activos, pasivos, contratos, afiliados y habilitación de CAFESALUD a una nueva entidad

En la tercera etapa de la primera fase del estudio realizado por LAZARD COLOMBIA S.A.S. y sus asesores, SALUDCOOP EPS en liquidación escogió la opción de transferencia de activos, pasivos, contratos, afiliados y habilitación de CAFESALUD a un vehículo nuevo constituido para el efecto, y posteriormente, se ejecutó la segunda fase del contrato del 27 de mayo de 2016, es decir, la correspondiente a la ejecución del proceso de venta en los términos referidos.

Así, en esta fase, LAZARD COLOMBIA S.A.S. y su equipo asesor colaboraron en la ejecución de la alternativa de venta escogida. La testigo Natalia Ramirez Carrizosa al respecto puntualizó:

³⁶ Ibíd. Min: 2:54:40 a 2:53:33.

“La segunda fase, entonces se trabajó primero en la preparación del proceso de venta, el equipo asesor trabajó en realizar los materiales de mercadeo, desarrollar el reglamento de venta desarrollar las presentaciones de gerencia que eran presentaciones que le hacía la gerencia de CAFESALUD a los potenciales interesados para explicarles el estado del negocio, preparar el cuarto de datos que era una sala de información virtual donde estaba toda la información de la compañía para que los interesados pudieran hacer su evaluación de la situación. Y se dio inicio a la ejecución del proceso de venta con la publicación del reglamento, ahí el equipo asesor acompañó a SALUDCOOP en liquidación en todo ese proceso ayudándole a estructurar y a coordinar los procesos de preguntas y respuestas de los diferentes e interesados, finalmente la evaluación de las ofertas y el acompañamiento en la audiencia de adjudicación y en el cierre”³⁷.

Lo anterior guarda concordancia con el documento aportado por la testigo³⁸, en el cual indica que la fase 2 estuvo dividida en dos etapas, la primera la de preparación y la segunda de ejecución. En la etapa de preparación se afirma que bajo las instrucciones de SALUDCOOP en Liquidación se prepararon los materiales de mercadeo, el reglamento de venta y los adendos, las presentaciones de gerencia, la preparación del cuarto de datos y la colaboración con el montaje y administración del cuarto de datos con la información suministrada por SALUDCOOP en Liquidación y CAFESALUD.

Por su parte, en la etapa de ejecución se efectuaron las siguientes actividades: a) publicación del reglamento de venta el 30 de diciembre de 2016, incluyendo la preparación de los 6 adendos, esto eso, del 13 de enero al 9 de mayo de 2017; b) el contacto con potenciales interesados invitando a participar y acreditarse; c) el análisis de documentos de acreditación, el 31 de enero de 2017; d) el acceso al cuarto de datos, el 10 de febrero de 2017; e) las presentaciones de gerencia, del 23 al 28 de marzo de 2017; f) el proceso de preguntas y respuestas, llevado a cabo del mes de enero a mayo de 2017; g) la evaluación de las ofertas vinculantes el 17 de mayo de 2017; h) la audiencia de adjudicación del 24 de mayo de 2017; e i) el cierre de la transacción el 1º de agosto de 2017.

³⁷ EXPEDIENTE. folio 2436. CD de la audiencia. A min: 33:00.

³⁸ *Ibíd.* Folio 2489.

VI. El Reglamento de Acreditación y Venta de los Activos y pasivos de CAFESALUD E.P.S. S.A.

La Agente Especial Liquidadora de SALUDCOOP EPS en Liquidación mediante Resolución No. 1946 del 30 de diciembre de 2016³⁹, aprobó el Reglamento de Acreditación y Venta de los Activos y pasivos de CAFESALUD E.P.S. S.A. y de las acciones de Estudios e Inversiones Medicas S.A. ESIMED S.A., teniendo por consideraciones las siguientes:

“Que mediante Resolución N° 2414 del 24 de noviembre de 2015, se ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar de SALUDCOOP E.P.S.-O.C.

Que a través de Resolución N° 1731 del 21 de junio de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud designó a la Doctora ANGELA MARÍA ECHEVERRI RAMÍREZ, en calidad de Agente Especial Liquidadora de SALUDCOOP E.P.S.- O.C EN LIQUIDACIÓN, posesionada ante el Superintendente Delegado para Medidas Especiales en la misma fecha, mediante Acta de Posesión S.D.M.E. 01.

Que como parte de las funciones propias del agente especial liquidador, se encuentra la de comercializar y enajenar los activos de la entidad a su cargo.

Que dentro de los activos más representativos de SALUDCOOP E.P.S.- O.C EN LIQUIDACIÓN, se encuentra su participación en la sociedad CAFESALUD EPS S.A., donde ostenta un control societario por su participación mayoritaria; igualmente CAFESALUD EPS S.A., tiene como inversión más importante, su participación mayoritaria en la sociedad ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESIMED S.A. (En adelante ESIMED S.A.), lo que establece de manera indirecta un control societario indirecto de SALUDCOOP E.P.S.- O.C EN LIQUIDACIÓN sobre ESIMED S.A.

Que de conformidad con el cronograma establecido para la venta las mencionadas empresas, presentado el pasado 15 de diciembre a toda la opinión pública, y en cumplimiento del mismo, se ha elaborado un reglamento de acreditación y venta de los activos y pasivos de CAFESALUD E.P.S. S.A. y de las acciones de ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESIMED S.A., con el fin de establecer, entre otras cosas:

a) Los requisitos de tipo técnico, financiero, jurídico y de experiencia que deben los interesados en adquirir la participación en las sociedades CAFESALUD E.P.S. S.A. y ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESIMED S.A.

³⁹ EXPEDIENTE. Cuaderno Principal No. 1.CD obrante a folio 146. Archivo: “1. Resolución 1946 -aprueba-reglamento”.

b) El procedimiento para llevar a cabo la debida diligencia por parte de los interesados.

c) El procedimiento para la presentación de ofertas, así como la exigencia de la garantía de seriedad de la misma.

d) La metodología para la evaluación y calificación de las propuestas presentadas.

e) El proceso de adjudicación.

Que una vez analizado el mencionado reglamento de acreditación y venta de los activos y pasivos de CAFESALUD E.P.S. S.A. y de las acciones de ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESIMED S.A. por parte de la agente especial liquidadora, se encuentra que el mencionado reglamento se ajusta a los principios de transparencia, economía y responsabilidad que permitan la selección de forma objetiva de las ofertas que se presenten en relación con la participación en las mencionadas empresas”.

Así, la Agente Liquidadora en ejercicio de la facultad de comercializar y enajenar los activos de la compañía (de conformidad con las facultades otorgadas por la Superintendencia Nacional de Salud en la Resolución No. 001731 del 21 de junio de 2016⁴⁰, decidió enajenar los activos que la empresa tenía en CAFESALUD EPS S.A., la cual a su vez tenía participación mayoritaria accionaria en ESIMED S.A. Debe destacarse que en las consideraciones de la Resolución No. 1946 del 30 de diciembre de 2016, la Agente Liquidadora aclara que la participación que tiene SALUDCOOP EPS en CAFESALUD EPS, establece de manera directa un control societario.

- El Reglamento de Venta de Acreditación y Venta de los Activos, Pasivos y Contratos de CAFESALUD EPS S.A. y de las acciones de estudios e Inversiones Medicas S.A. - ESIMED S.A. (en adelante el Reglamento de Venta), tuvo una serie de adendos aprobados cada uno de ellos por la Agente Liquidadora de SALUDCOOP EPS, así: a) el adendo No. 2 en Resolución No. 1954 del 24 de enero de 2017⁴¹; b) el adendo No. 3 en Resolución No. 1955 del 30 de enero de 2017⁴²; c) el adendo No. 4 en Resolución No. 1961 del 10

⁴⁰ *Ibíd.* archivo: “RESOLUCION 001731 del 21 Junio 2016”.

⁴¹ *Ibíd.* Archivo: “3. Resolucion-Prueba-Adendo-2”.

⁴² *Ibíd.* Archivo: “5. Resolucion-1955-del-30-Enero-2017”.

de marzo de 2017⁴³; d) el adendo No. 5 en Resolución No. 1967 del 20 de abril de 2017⁴⁴; y e) el adendo No. 6 en la Resolución No. 1969 del 9 de mayo de 2017⁴⁵.

VII. El marco legal que permitió la ejecución de la alternativa de venta de los activos de CAFESALUD

Las reuniones adelantadas entre el Ministerio de Salud y de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, SALUDCOOP EPS en Liquidación, LAZARD COLOMBIA S.A.S. y su equipo asesor (ver argumento III), son relevantes si se analiza el hecho que al tiempo en que se estaba ejecutando el proceso de venta de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED, también fue expedido el Decreto No. 718 de 2017 que efectuó modificaciones a los requisitos propios del plan de reorganización institucional, circunstancia que beneficiaría a la ejecución de la reorganización institucional de CAFESALUD en los términos previstos en el Reglamento de Venta.

En materia de la reorganización institucional de las EPS, el Decreto 2353 del 3 de diciembre de 2015 *“por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud”*, en su artículo 87 dispuso:

“Artículo 87. Procesos de reorganización institucional. En los procesos de fusión, escisión, creación de nuevas entidades u otras formas de reorganización institucional, las EPS participantes podrán ceder sus afiliados a la Entidad Promotora de Salud resultante del proceso de reorganización institucional. El plan de reorganización institucional correspondiente deberá ser presentado ante la Superintendencia Nacional de Salud para su aprobación la cual deberá verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos mínimos:

87.1. Que la entidad o las entidades que ceden sus afiliados tengan una participación mayoritaria en la entidad resultante de la reorganización.

⁴³ Ibid. Archivo: “7. Resolucion-1961-del-10-de-Marzo-2017”.

⁴⁴ Ibid. Archivo: “9. Resolucin-No.-1967-del-20-de-abril-de-2017”

⁴⁵ Ibid. Archivo: “11. Resolucin-1969-del-09-Mayo-2017-”.

87.2. Que la entidad que cede sus afiliados realice simultáneamente la cesión de sus activos, pasivos, habilitación o autorización para operar y los contratos, asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios, a la Entidad Promotora de Salud resultante de la reorganización.

La Superintendencia Nacional de Salud establecerá las condiciones y requisitos para la presentación del plan de reorganización y la aplicación de las demás disposiciones del presente artículo”.

Esta norma fue recopilada en el artículo 2.1.13.9 del Decreto No. 780 de 2016 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”.

El Decreto 2117 del 22 de diciembre 2016 en su artículo 1º modificó el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016 en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Modifícase el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, el cual quedará así:

“Artículo 2.1.13.9. Procesos de reorganización institucional. En los procesos de fusión, escisión, creación de nuevas entidades u otras formas de reorganización institucional, las EPS participantes podrán ceder sus afiliados, activos, pasivos, habilitación o autorización para operar y los contratos de conformidad con lo pactado en ellos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios, a la Entidad Promotora de Salud resultante del proceso de reorganización institucional.

Las Cajas de Compensación Familiar con programas de salud y las organizaciones solidarias habilitadas o autorizadas para operar como Entidad Promotora de Salud, podrán participar en procesos de reorganización institucional que contemplen la creación de nuevas entidades. Si el proceso de reorganización institucional afecta exclusivamente los programas de EPS de las Cajas de Compensación Familiar y de las organizaciones solidarias, éstas podrán solicitarla aprobación del plan respectivo, previa relación de los activos y pasivos que serán cedidos y la presentación de la política de pagos como requisito para la autorización de funcionamiento de la EPS resultante.

El plan de reorganización institucional correspondiente deberá ser presentado ante la Superintendencia Nacional de Salud para su aprobación, la cual deberá verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos mínimos:

1. Que la entidad o las entidades que ceden sus afiliados tengan una participación mayoritaria en la entidad resultante de la reorganización, excepto cuando se trate de una sociedad conformada por las Cajas de

Compensación Familiar con programas de salud u organizaciones solidarias de salud que ya se encuentren operando programas de salud.

2. Que la entidad o entidades que ceden sus afiliados realicen simultáneamente la cesión de sus activos, pasivos, habilitación o autorización para operar y los contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficio, de conformidad con lo pactado en ellos, a la EPS resultante de la reorganización.

3. En el caso de los programas de salud de las Cajas de Compensación Familiar y de organizaciones solidarias habilitadas o autorizadas para operar como EPS, la habilitación se entenderá cedida de manera automática con la presentación del plan de reorganización institucional ante la Superintendencia Nacional de Salud, no obstante, la EPS resultante no podrá operar hasta tanto el respectivo plan sea aprobado y se autorice el funcionamiento de la EPS resultante.

En el evento que la aprobación del plan de reorganización implique la transformación de la entidad beneficiaria de la habilitación, la Caja de Compensación Familiar o la organización solidaria, deberá solicitarlo, justificarlo y documentarlo de manera expresa en el citado plan, ya sea a título de reforma estatutaria, aprobación de una medida especial o cualquiera otra figura que estime pertinente.

Para la aprobación del plan de reorganización institucional, la Superintendencia Nacional de Salud verificará el cumplimiento de las condiciones técnicas, administrativas y financieras por parte de la EPS resultante para que pueda mantener la habilitación cedida.

Para efectos del cálculo de la capacidad para realizar afiliaciones y efectuar traslados por parte de la EPS resultante, así como para determinar la cobertura geográfica de su habilitación, se tendrán en cuenta todas las habilitaciones o autorizaciones de funcionamiento que concurren en la operación de reorganización.

En todo caso, en el evento de persistir saldos, remanentes y/o recursos del SGSSS en aquellas entidades que participen en la reorganización institucional como EPS y que cedan su habilitación, activos, pasivos y contratos a la entidad resultante de la misma, deberán incluir en el Plan e informar a la Superintendencia Nacional de Salud cual será el plan de acción para el manejo y destinación de estos recursos, de conformidad con el marco legal aplicable.

La Superintendencia Nacional de Salud establecerá las condiciones y requisitos para la presentación del plan de reorganización y la aplicación de las demás disposiciones del presente artículo”.

Posteriormente, el Decreto 718 del 4 de mayo de 2017 adicionó dos párrafos al artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016 así:

“Artículo 1. Adiciónense dos párrafos al artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de

2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, modificado por el Decreto 2117 de 2016, así:

"Parágrafo 1. Las entidades que soliciten mediante procesos de reorganización institucional, diferentes a los de fusión y escisión, la creación de nuevas entidades ante la Superintendencia Nacional de Salud, no requerirán cumplir para su aprobación con el requisito de participación en el capital de la entidad resultante del proceso de reorganización. Lo anterior, siempre y cuando la entidad solicitante garantice que los recursos obtenidos como producto de la enajenación de la nueva entidad se destinarán a la gestión y pago de las obligaciones a cargo de la entidad solicitante. En este caso, las cesiones a que hace referencia el presente artículo podrán ser parciales.

La entidad o entidades resultantes del proceso de reorganización institucional deberán garantizar la continuidad del servicio a través del cumplimiento de las disposiciones que regulan la gestión del aseguramiento, estando en todo caso sujetas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de sus obligaciones como Entidad Promotora de Salud.

Parágrafo 2. En los procesos de reorganización institucional previstos en el presente artículo las entidades podrán presentar, junto con el plan de reorganización institucional, una propuesta para el cumplimiento de las condiciones financieras y de solvencia durante un plazo de cumplimiento de hasta diez (10) años, contados a partir de la aprobación del plan de ajuste que haga la Superintendencia Nacional de Salud.

En todo caso al final del quinto año deberán tener cubierto como mínimo el 50% del defecto proyectado al cierre de la primera vigencia fiscal de la operación. Para efectos del cálculo del capital mínimo y el patrimonio adecuado podrán descontar las pérdidas que se presenten al cierre de cada vigencia y estas deberán ser cubiertas en el periodo de transición restante.

La Superintendencia Nacional de Salud evaluará el cumplimiento de las condiciones financieras de permanencia y solvencia, al cierre de cada vigencia fiscal".

Como se observa, en el artículo 2.1.13.9 del Decreto No. 780 de 2016, el cual recopiló el artículo 87 del Decreto 2353 del 3 de diciembre de 2015 se disponía que en los procesos de reorganización institucional las EPS participantes podrían ceder sus afiliados a la Entidad Promotora de Salud resultante del proceso de reorganización institucional. Así, el plan de reorganización debía ser presentado ante la Superintendencia Nacional de Salud para su aprobación, verificando como requisitos: a) que la entidad o las entidades que ceden sus afiliados tengan una participación mayoritaria en la entidad resultante de la reorganización; b) que la entidad que ceden sus

afiliados realicen simultáneamente la cesión de sus activos, pasivos, habilitación o autorización para operar, y los contratos asociados a la presentación del servicio de salud del plan de beneficios, a la Entidad Promotora de Salud resultante de la reorganización.

Posteriormente, la modificación introducida en el Decreto 2117 del 22 de diciembre de 2016 habilitó a las Cajas de Compensación Familiar con programas de salud y las organizaciones solidarias habilitadas o autorizadas para operar como EPS, para participar en procesos de reorganización institucional que contemplen la creación de nuevas entidades. Así mismo, al requisito de la participación mayoritaria en la entidad resultante por parte del cedente de sus afiliados, se consagró como una excepción las sociedades conformadas por Cajas de Compensación Familiar con programas de salud u organizaciones solidarias de salud que se encuentren operando programas de salud.

La norma también refirió que en caso de persistir saldos, remanentes y/o recursos del SGSSS en las entidades que participen en la reorganización institucional como EPS y que cedan su habilitación, activos, pasivos y contratos a la entidad resultante de la misma, deberán incluir en el Plan e informar en el Plan e informar a la Superintendencia Nacional de Salud su plan de acción para el manejo y destinación de los recursos, de conformidad con el marco legal aplicable.

Finalmente en virtud del Decreto 718 del 4 de mayo de 2017, se habilitó a las entidades que soliciten mediante procesos de reorganización institucional, diferentes a la fusión y escisión, la creación de nuevas entidades, no requerirán cumplir con el requisito de participación en el capital de la entidad resultante del proceso de reorganización, siempre y cuando garantice que los recursos obtenidos como producto de la enajenación se destinarán a la gestión y pago de las obligaciones a cargo de la entidad solicitante.

Así mismo en la norma se facultó a las entidades a presentar junto con el plan de reorganización institucional, una propuesta para el cumplimiento de las

condiciones financieras y de solvencia durante un plazo de cumplimiento de hasta 10 años contados a partir de la aprobación del plan de ajuste que haga la Superintendencia Nacional de Salud, bajo el entendido que en el quinto año deberán tener cubiertos como mínimo el 50% del defecto proyectado al cierre de la primera vigencia fiscal de la operación.

Este constante cambio de regulación en materia de la reorganización institucional permitió la ejecución del modelo de la venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS y de las acciones de ESIMED S.A., en los términos diseñados por LAZARD S.A.S. y su equipo asesor, y así mismo aprobado por SALUDCOOP EPS en liquidación.

En efecto, el Reglamento de Venta en su primera versión aprobada por la agente liquidadora de SALUDCOOP EPS en la Resolución No. 1731 del 21 de junio de 2016, se dispuso en los numerales 2.8. y 2.9. que en el contexto de la realización de los activos de SALUDCOOP en liquidación se adelantaría una reorganización institucional de CAFESALUD consistente en la constitución de una sociedad por acciones simplificada ("NewCo"), a la cual serían transferidos ciertos activos, pasivos y contratos de CAFESALUD, sus afiliados y habilitación, así como los empleados de la compañía, y el 100% de las acciones serían de propiedad de CAFESALUD. Así mismo, se contemplaba la venta del 100% de las acciones que CAFESALUD tendría en la sociedad NewCo y de un millón ciento cuarenta mil treinta (1.140.030) acciones ordinarias que CAFESALUD tenía en ESIMED, que corresponden al 94.68% del capital suscrito.

Nótese que para esa fecha, en el ordenamiento jurídico regía el artículo 2.1.13.9. del Decreto No. 780 del 6 de mayo de 2016, que recopiló el artículo 87 del Decreto 2353 del 3 de diciembre de 2015, sin las modificaciones y adiciones introducidas en el Decreto 2117 del 22 de diciembre de 2016 y el Decreto 718 del 4 de mayo de 2017, las cuales fueron posteriores a la Resolución No. 1731 del 21 de junio de 2016 por la que la Agente Liquidadora de SALUDCOOP EPS aprobó la primera versión del Reglamento de Venta.

Según el artículo 2.1.13.9. del Decreto No. 780 del 6 de mayo de 2016 tal y como se señaló en precedencia, la aprobación del plan de reorganización institucional por parte de la Superintendencia Nacional de Salud exigía que la entidad o las entidades que ceden sus afiliados debían tener una participación mayoritaria en la entidad resultante de la reorganización. Así, no era posible para ese momento que CAFESALUD EPS vendiera el 100% de su participación en la sociedad NewCo que se iba a crear como resultado del plan de reorganización institucional que se pretendía en el Reglamento de Venta.

Por otra parte, en la normativa se contemplaba que la cesión de afiliados implicaba que simultáneamente se realizara la cesión de los activos, pasivos, habilitación, autorización para operar y los contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios a la Entidad Promotora de Salud Resultante de la Reorganización. Tal disposición no hacía referencia expresa a algunos o a ciertos activos, pasivos y otros que podían ser objeto de cesión, luego se entendía que eran todos, lo cual también era contrario al modelo de venta pretendido para CAFESALUD, el cual contemplaba la venta de ciertos activos, pasivos y contratos de CAFESALUD, no de todos.

No obstante, tal disposición del Reglamento se mantuvo en los términos antes expuestos, incluso en los adendos que posteriormente modificarían las condiciones inicialmente previstas del mismo, y solo hasta el Decreto No. 718 del 4 de mayo de 2017, encontraría la alternativa de venta de CAFESALUD el respaldo jurídico para su ejecución, ya que el artículo 1º que adicionó dos párrafos al artículo 2.1.13.9. del Decreto 780 de 2016, adicionó un párrafo 1º según el cual las entidades que soliciten mediante procesos de reorganización institucional, diferentes a los de fusión y escisión, la creación de nuevas entidades ante la Superintendencia Nacional de Salud, no requerirán cumplir para su aprobación con el requisito de participación en el capital de la entidad resultante del proceso de reorganización, siempre que el solicitante garantice que los recursos obtenidos como producto de la enajenación de la nueva entidad se destinarán a la gestión y pago de las

obligaciones a cargo de la entidad solicitante. Así mismo precisó que las cesiones podrían ser parciales.

Así, la eliminación del requisito de la participación mayoritaria de la entidad cedente de sus afiliados, activos, pasivos y habilitación en tratándose del proceso de reorganización institucional derivado de la creación de una nueva entidad, y la autorización de cesiones parciales, soportaron legalmente las disposiciones del Reglamento de Venta que incluso con anterioridad a la expedición del Decreto No. 718 de 2017 ya previa esas circunstancias.

Cabe resaltar que en este caso y como se analizará en detalle más adelante, el proceso de venta de los activos de CAFESALUD EPS S.A. y de las acciones de ESIMED S.A. se encontraba ya en ejecución incluso antes de que se proferiera la totalidad de los adendos No. 2 al No. 6 que modificaron el Reglamento de Venta, así, para el 9 de mayo de 2017, fecha en la que se emitió la Resolución No. 1969 del 9 de mayo de 2017 que aprobó el último de los adendos, de los interesados en la venta ya se había seleccionado a los interesados acreditados, y éstos ya habían accedido al cuarto de datos a efectos de verificar la información contenida respecto de CAFESALUD y ESIMED, y ocho días después, esto es, el 18 de mayo de 2017 los dos interesados acreditados incluido el CONSORCIO PRESTASALUD presentaron sus ofertas.

- Además de lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de la facultad de establecer las condiciones y requisitos para la presentación del plan de reorganización, contenida en el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016, en la Circular externa No. 000005 del 25 de mayo de 2017, modificó el capítulo V del Título II de la Circular Externa 047 de 2007, en lo que respecta a escisión, fusión y creación de EPS en las que se pretenda ceder la habilitación o autorización para operar, los afiliados y los contratos de prestación de servicios asociados a la prestación de servicios de salud del Plan de Beneficios, indicando entre otros aspectos el siguiente:

“En el caso que la(s) EPS participante(s) en el plan de reorganización institucional se encuentre(n) sometida(s) a una medida de vigilancia especial o intervención forzosa administrativa para administrar, podrá(n) enervar la causal siempre y cuando justifique(n) técnica, administrativa y financieramente las razones por las cuales el Plan de Reorganización Institucional y la solicitud de aprobación de cesión de afiliados, activos, pasivos, habilitación o autorización para operar y contratos asociados a la prestación de servicios de salud, permite sanear la situación que genera la medida. En estos términos, con la aprobación del plan de reorganización institucional la Superintendencia Nacional de Salud resolverá lo pertinente al eventual levantamiento de la medida”.

En razón de lo anterior, si la EPS solicitante de un plan de reorganización institucional está sometida a una medida de vigilancia especial o intervención forzosa administrativa para administrar, podrán enervar la causal siempre que justifique las razones técnicas, administrativas y financieras que justifiquen que la reorganización propuesta permite sanear la situación que generó la medida.

En este caso y como se señaló en precedencia, la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución No. 51 del 17 de enero de 2013 ordenó medida de vigilancia especial a CAFESALUD EPS S.A., la cual fue prorrogada por el término de seis (6) meses prorrogables, siendo prorrogada la medida mediante las Resoluciones 001241 del 18 de julio de 2013, 001784 del 27 de septiembre de 2013, 000582 del 31 de marzo de 2014, 002468 del 26 de noviembre de 2014, 001610 del 28 de agosto de 2015 y 2564 del 30 de agosto de 2016.

En consecuencia, la autorización dada en la Circular No. 000005 del 25 de mayo de 2017, para que las EPS con medida de vigilancia o de administración forzosa para administrar puedan someterse a un plan de reorganización institucional, favoreció a CAFESALUD EPS S.A. que se encontraba en medida de vigilancia especial por parte de la Superintendencia Nacional de Salud desde el año 2013.

Así, tanto el Decreto No. 718 de 2017 como la Circular No. 000005 de 2017 de la Superintendencia Nacional de Salud, brindaron el marco jurídico necesario para que se ejecutara la venta de los activos, pasivos y contratos de

CAFESALUD EPS y de las acciones de ESIMED S.A. en los términos diseñados por LAZARDS S.A.S. y su equipo asesor, siendo estos expedidos al momento en que se ejecutaba el aludido proceso de venta.

En ese orden, si para la estructuración del proceso de venta diseñado por LAZARD S.A.S. y su equipo asesor, y aprobado por SALUDCOOP EPS, se llevaron a cabo reuniones con la Superintendencia Nacional de Salud y con el Ministerio de Salud y de la Protección Social, es difícil desligar de las resultas de estas reuniones la expedición del Decreto No. 718 de 2017 como la Circular No. 00005 de 2017, que habilitaron jurídicamente el proceso de reorganización institucional de CAFESALUD EPS, en los términos que previamente habían sido diseñados por los intervinientes en la estructuración del negocio.

VIII. Sobre las disposiciones contenidas en el Reglamento de Venta:

i) El Reglamento de venta en su versión final, esto es, con las correcciones y adiciones establecidas en la sexta adenda al mismo (aprobadas por la Agente Especial Liquidadora de SALUDCOOP EPS en liquidación mediante Resolución No. 1969 del 9 de mayo de 2017⁴⁶), en el capítulo “2. Antecedentes”, reitera lo ya dispuesto por la Agente Liquidadora en la Resolución No. 1946 del 30 de diciembre de 2016, y adicionalmente señala que SALUDCOOP en Liquidación es titular de veintitrés millones ochocientos cincuenta y cinco mil veintiún (23.855.021) acciones ordinarias en CAFESALUD, las cuales corresponden al ochenta y seis coma ochenta y siete por ciento (86,87%) del capital suscrito de CAFESALUD, esta última que a su vez es titular de un millón ciento cuarenta mil treinta (1.140.030) acciones ordinarias en ESIMED, las cuales corresponden al noventa y cuatro coma sesenta y ocho por ciento (94,68%) del capital suscrito de ESIMED.

ii) Por otra parte el Reglamento en el numeral 2.8. del capítulo II – Antecedentes, refirió que en el contexto de la realización de activos de

⁴⁶ Ibid. Archivo: “11. Resolucin-1969-del-09-Mayo-2017-“.

SALUDCOOP en Liquidación se adelantaría una reorganización institucional de CAFESALUD consistente en la constitución de una o varias sociedades por acciones simplificadas (NewCos) a las cuales serían transferidos algunos activos, pasivos y contratos de CAFESALUD, sus afiliados y habilitación, así como los empleados de CAFESALUD.

En el mismo numeral el Reglamento especifica que los Interesados Acreditados tenían tres posibilidades para presentar Ofertas, esto es, en la adquisición de: i) de las acciones de una NewCo que administre el régimen contributivo (“la NewCo del Régimen Contributivo”); ii) de las acciones de una NewCo que administre el régimen subsidiado (la “NewCo del Régimen Subsidiado”); y iii) de las acciones de una NewCo que administre tanto el régimen contributivo como el régimen subsidiado (la “NewCo Integral”); y/o iv) de las Acciones de Esimed.

En el capítulo “3. Definiciones”, en el numeral 3.4.1., se define la “NEWCO INTEGRAL” como la sociedad por acciones simplificadas que se constituya como consecuencia del proceso de reorganización de CAFESALUD, para recibir los activos, ciertos pasivos, contratos, habilitación, empleados y afiliados de CAFESALUD, asociados a la operación tanto del régimen contributivo como del régimen subsidiado.

iii) En el numeral 2.9. del capítulo “2. Antecedentes” del Reglamento de Venta, se informa que en el contexto de la realización de los activos de SALUDCOOP en Liquidación, se contempla la venta: a) del 100% de las acciones que CAFESALUD tendrá en NewCos, y ii) de un millón ciento cuarenta mil treinta (1.140.030) acciones ordinarias que CAFESALUD tiene actualmente en ESIMED, que corresponden al noventa y cuatro coma sesenta y ocho por ciento (94.68%) del capital suscrito de ESIMED. Advierte que la reorganización institucional de CAFESALUD y la venta de las acciones de las NewCos y de ESIMED está sujeta a la obtención de las autorizaciones necesarias por parte de la Asamblea General de Accionistas de CAFESALUD y de la Superintendencia Nacional de Salud.

iv) Según el Reglamento de Venta, el proceso de venta contenía el siguiente procedimiento:

- En la primera etapa se surtiría una fase de acreditación, la cual tenía por finalidad que los Interesados manifestaran su interés de participar en el Proceso de Venta, y validar que los interesados cumplan con los requisitos legales, técnicos y financieros establecidos en el numeral 6º del Reglamento, para que puedan presentar una Oferta. Así, con el fin de acreditarse, los interesados debían cumplir con entregas de todos los documentos en un sobre cerrado y en el lugar y horario indicados en el Reglamento.

- En cuanto a las formas de acreditación un interesado podía acreditarse simultáneamente de forma individual y como miembro de uno o varios consorcios, presentando ofertas individuales, ofertas conjuntas y ofertas completas. No obstante, cada interesado podría presentar solo una Oferta en el Proceso de Venta, bien sea que lo haga individualmente o en una Oferta Conjunta o una Oferta Completa.

Los interesados, entre otros requisitos, debían acreditar su experiencia en gestión salud, entendida como seguridad social en salud o aseguramiento en salud, gestión del riesgo en salud, cubrimiento de la carga financiera de la enfermedad, operación de redes prestadores de servicios de salud, prestación de servicios de salud o administración de planes de beneficios. La experiencia debía corresponder a los últimos tres (3) años, y la cobertura en números de usuarios afiliados, cubiertos o atendidos debía acreditarse así: a) en el caso de solicitudes de acreditación para presentar oferta por las acciones de la NewCo Integral y/o las Acciones de Esimed, por mínimo un millón quinientos mil (1.500.000) usuarios afiliados, cubiertos o atendidos; b) en el caso de solicitudes de acreditación para presentar oferta sólo por las acciones de la NewCo del Régimen Contributivo, por mínimo un millón ciento veinticinco mil (1.125.000) usuarios afiliados, cubiertos o atendidos; y c) en el caso de solicitudes de acreditación para presentar Oferta sólo por las acciones de la NewCo del Régimen Subsidiado, por mínimo trescientos setenta y cinco mil (375.000) usuarios afiliados, cubiertos o atendidos.

El Reglamento en el numeral 6.6.5. dispuso que en el caso de consorcios al menos uno de los integrantes del Consorcio debía cumplir con la experiencia requerida, directamente o por medio de una o varias Personas Jurídicas Afiliadas, y tal integrante debía participar con por lo menos en cincuenta (50%) del Consorcio.

- Así mismo en el numeral 6.8. el Reglamento se refirió al trámite ante las autoridades de competencia, indicando en el numeral 6.8.1. que en caso que de conformidad con los criterios señalados en el artículo 9º y 10 de la Ley 1340 de 2009, el numeral 2º de la Resolución No. 10930 de 2015 y la Resolución No. 90556 de 2016 y las demás normas y reglamentos que las complementen, modifiquen o deroguen, según el cual los Interesados tendrían la obligación de presentar ante la Superintendencia de Industria y Comercio la solicitud de autorización o la notificación correspondiente con el fin de que dicha entidad autorice previo a la fecha de cierre la adquisición de las acciones de una Newco y/o la adquisición de las acciones de Esimed según corresponda. De ser legalmente necesario la acreditación de la obtención de la autorización sin objeción, o de acuse de recibo por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio según corresponda, será un requisito indispensable para poder presentar una oferta.

- El numeral 6.9.1. dispuso que los interesados debían presentar los Documentos de Acreditación mediante la entrega de sobre cerrado, los cuales son: a) carta de Solicitud de Acreditación; b) acuerdo de confidencialidad; c) documentos que acrediten la existencia y representación legal del Interesado; d) documentos que acrediten la experiencia del Interesado en Gestión en Salud para adquirir las acciones de una NewCo y/o Esimed; e) documentos que acrediten la capacidad financiera del Interesado para adquirir las acciones de una NewCo y/o Esimed; f) poder otorgado en los términos del Anexo 3 del Reglamento.

- El numeral 6.11 del Reglamento consistió en la revisión de los Documentos de Acreditación, en el cual, una vez presentados los Documentos de

Acreditación por cada Interesado, SALUDCOOP en Liquidación procedería a la revisión de la mismo y solicitar cualquier información adicional.

- Según el numeral 6.12.1., concluido el proceso de verificación de los Documentos de Acreditación, SALUDCOOP en Liquidación se comunicaría directamente con cada Interesado que hubiere presentado Documento de Acreditación, si han sido declarados como “Interesados Acreditados” o si solicitud ha sido rechazado. Así, sólo los Interesados Acreditados recibirían una invitación a presentar oferta, tendrían acceso al Cuarto de Datos y podrían presentar una oferta dentro del proceso de venta.

Según las definiciones contenidas en el capítulo 3 del Reglamento, el Interesado Acreditado es aquel que después de haber cumplido con los requisitos y procedimientos de Acreditación incluidos en el numeral 6º del Reglamento, haya sido declarado Interesado Acreditado, y haya recibido una invitación de SALUDCOOP para presentar oferta. Sólo los Interesados Acreditados podrán presentar oferta dentro del Proceso de Venta.

- El numeral 6.1.3.3. autorizó a los Interesados Acreditados para crear un Consorcio con el objeto de presentar ofertas individuales, ofertas conjuntas u ofertas completas. Sólo podrían hacer parte de tal consorcio los Interesados Acreditados, sin que éstos pudieran formar parte de más de un mismo Consorcio ni presentar al tiempo oferta como Interesados Acreditados.

- Posteriormente, de conformidad con el capítulo 7º del Reglamento de Venta se daría el proceso de Debida Diligencia, en el cual todos los Interesados Acreditados tendrían acceso al Cuarto de Datos, el cual, según las definiciones del capítulo 3º, corresponde a un espacio físico o virtual que contiene la información relacionada con el Reglamento y los Adendos y toda la información de CAFESALUD, las NewCo y Esimed que sea relevante para los Interesados Acreditados.

Para acceder al Cuarto de Datos, cada Interesado Acreditado debía solicitar al Asesor Externo las claves de acceso mediante comunicación enviada a tal

funcionario al correo electrónico dispuesto en el Reglamento, en el que se indique el nombre del Interesado Acreditado, el nombre de cada visitante, la cédula de ciudadanía, de extranjería o pasaporte de cada visitante, dirección de correo electrónico de cada visitante y teléfono.

Al tenor del numeral 7.6., la información disponible en el Cuarto de Datos es confidencial y está cubierta por el Acuerdo de Confidencialidad, y la información debía ser utilizada exclusivamente para analizar la posibilidad de presentar o no una oferta dentro del proceso de venta, sin que pueda ser utilizada con ningún otro motivo.

- Luego, conforme al numeral 8º del Reglamento, la siguiente etapa del procedimiento correspondería al a presentación de las ofertas por parte de los Interesados Acreditados que hayan recibido una invitación por parte de SALUDCOOP en Liquidación, y mediante la entrega de un sobre cerrado que incluyera los siguientes documentos: a) carta de presentación de la oferta; b) formato de oferta económica; c) propuesta de modelo de atención que incluya la compra de las acciones de una de las NewCos; d) garantía de seriedad de la oferta; e) autorización de competencia por parte de los Interesados Acreditados o de Consorcios constituidos entre Interesados Acreditados, que requieren obtener la autorización de competencia; f) copia de un documento de acuse de recibo emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en el que se certifique la adquisición de las Acciones de una de las NewCos y/o la adquisición de las acciones de Esimed según corresponda, para el caso de los Interesados Acreditados que de acuerdo con la ley no requieran obtener la Autorización de Competencia; g) modelo de proyección de los estados financieros con la propuesta de cumplimiento de las condiciones para la habilitación financiera de la EPS según las condiciones de capital mínimo, patrimonio adecuado y reserva técnica, e inversión de reserva técnica de acuerdo a lo establecido en el Decreto 2702 de 2014 y sus modificatorios.

Adicionalmente, en el caso de los Interesados Acreditados que constituyan un Consorcio en los términos del numeral 6.13.3. para presentar una Oferta Individual, Oferta Conjunta o una Oferta Completa, debían aportar además

de lo anterior: i) documento idóneo para acreditar la existencia del Consorcio; ii) poder otorgado por cada uno de los integrantes del Consorcio en el que se acredite la designación de un representante legal único para todos los miembros que conformen el Consorcio.

- De conformidad con el numeral 8.5.1., los Interesados Acreditados debían presentar junto con su oferta una garantía de seriedad de su oferta, que para el caso de las ofertas de las acciones de la NewCo Integran, debía ser de veinticinco mil millones de pesos (\$25.000.000.000), y cuyo beneficiario, asegurado o garantizado debía ser Cafesalud Entidad Promotora de Salud EPS S.A.

- En el capítulo 9 del reglamento se dispuso la etapa de validación y evaluación de las ofertas, en la validación, SALUDCOOP en Liquidación haría una verificación formal del contenido de las ofertas y podría solicitar a los Interesados Acreditados la aclaración, corrección o subsanación de las irregularidades de la oferta que sean subsanables.

Por otra parte, la evaluación de las ofertas se haría de la siguiente manera: a) de las ofertas individuales por las acciones de las NewCos se haría en el modelo de atención y en la oferta económica; b) la evaluación de las Ofertas Individuales por las acciones de Esimed se hará con base en la Oferta Económica; c) la evaluación de las Ofertas Conjuntas o de las Ofertas Completas para la adquisición de las acciones de una de las NewCos y Esimed, se hará evaluando de una parte el componente relativo a las acciones de las NewCo y de otra parte el componente relativo a las acciones de Esimed.

- La metodología para la evaluación y calificación en el caso de las acciones de las NewCos se describió en el numeral 9.3., a través de: a) el análisis del modelo de atención; y b) el análisis de la oferta económica.

En el análisis del modelo de atención se dispuso la calificación por una comisión de expertos designada por SALUDCOOP en Liquidación y la

asignación de un puntaje entre 0 y 400 puntos. Las ofertas cuyo puntaje en el componente de modelo de atención sea inferior a 200 puntos serían descalificadas.

Por otra parte, en la oferta económica cada Interesado Acreditado debía presentar tal oferta en el formato contenido del anexo 10 del Reglamento, incluyendo: a) el valor en pesos colombianos que está dispuesto a asumir de pasivo, así como su plan de pagos detallados, y en el evento en que se oferte por las acciones de la NewCo integral se deberá discriminar el valor del pasivo y el plan de pagos que está dispuesto a asumir para el régimen contributivo y para el régimen subsidiado; b) el precio en pesos colombianos que esté dispuesto a pagar por las acciones de la NewCo, y en el evento que se oferte por las acciones de la NewCo Integral se deberá discriminar el precio que se asigna para la compra del régimen contributivo, y para la compra del régimen subsidiado; c) para la evaluación, se sumará para cada régimen el valor del presente neto del monto de pasivo, y el precio ofrecido.

Así mismo se dispuso que para obtener el valor en pesos de la “Oferta Económica por Régimen” se ordenarán las ofertas económicas por régimen (para el contributivo y el subsidiado), desde el punto de vista de mayor a menor monto, asignando un puntaje calculado teniendo en cuenta la fórmula: “Puntaje Interesado A = valor de la oferta interesado A * 600 puntos / valor de la oferta de mayor cuantía”.

- En el caso de la oferta por las acciones de ESIMED, cada Interesado Acreditado debía presentar su oferta económica utilizando para el efecto el Formato de Oferta Económica incluido en el Anexo 10 al Reglamento, en el cual indicara el valor que está dispuesto a pagar en pesos colombianos por las acciones de ESIMED y el plan de pagos detallado. Para su evaluación se sumará el valor presente neto del precio pagado por las acciones de ESIMED para obtener el valor en pesos de la “Oferta Económica por las Acciones de ESIMED”, y se organizarán las ofertas económicas desde el punto de vista de mayor a menor monto, asignando un puntaje bajo la siguiente fórmula:

“Puntaje Interesado A = valor de la Oferta Interesado A * 1000 puntos/ Valor de la Oferta de Mayor Cuantía.

- Surtido lo anterior correspondería una etapa de adjudicación (numeral 9.5 del Reglamento) en el que concluida la recepción, evaluación y calificación de ofertas, cada oferente que haya obtenido más de 200 puntos en la evaluación del modelo de atención se calificaría conforme a la siguiente tabla⁴⁷:

	NewCo Régimen Contributivo	NewCo Régimen Subsidiado	Esimed
Evaluación Técnica			
Modelo de Atención	Max 400 puntos	Max 400 puntos	N/A
Evaluación Económica			
Oferta Económica	Max 600 puntos	Max 600 puntos	Max 1.000 puntos
Puntaje Total por Activo	Max 1.000 puntos	Max 1.000 puntos	Max 1.000 puntos

- Por cada una de las ofertas se calculará el Puntaje Total por Activo, sumado los componentes presentados en la oferta, y en caso de que una oferta no incluya alguno de los activos, su Puntaje Total por Activo en relación con el activo no incluido sería cero.

Una vez obtenido el Puntaje Total por Activo de cada una de las Ofertas, se procedería en los siguientes términos: a) con todas las ofertas individuales y las ofertas conjuntas que se hayan presentado, se construirían todas las diferentes alternativas de combinación de Ofertas posibles sin duplicidad de activos, siendo la “combinación” la unión de varias ofertas por diferentes activos; b) para cada combinación de ofertas resultante, y para cada oferta completa presentada se ponderará cada Puntaje Total por Activo para obtener el “puntaje Ponderado” con la fórmula: “Puntaje Ponderado = [combinación “A”] [Oferta “A”] = Puntaje Total NewCo Contributivo * 60% + Puntaje Total Newco Subsidiado * 15% + Puntaje Total Esimed”.

⁴⁷ Ibíd. p. 43.

El Reglamento señaló que SALUDCOOP en Liquidación publicaría en su página web la evaluación de ofertas incluyendo: a) la lista de todas las ofertas recibidas y la oferta total por activo de cada una de ellas; b) la lista de todas las alternativas de combinación de ofertas posibles y su puntaje ponderado correspondiente; c) la lista de todas las ofertas completas y su puntaje ponderado correspondiente; y d) la lista de todas las ofertas individuales y su puntaje ponderado correspondiente.

- En el numeral 9.5.4. se determinó que los adjudicatarios serían determinados en audiencia. Por otra parte, la determinación de los adjudicatarios sería efectuada por SALUDCOOP en Liquidación y será comunicada a cada Adjudicatario, a todos los Interesados Acreditados que presentaron Ofertas y al público en general mediante publicación en la página web de SALUDCOOP en Liquidación.

- Según el numeral 9.1., la declaración de un Interesado Acreditado como Adjudicatario, obligará a dicho Adjudicatario a adquirir el 100% de las acciones que Cafesalud tendrá en la NewCo adjudicada, y/o a adquirir el 94,68% de las acciones de Cafesalud en Esimed, según corresponda, y le obligará a suscribir, en la Fecha de Firma, el Contrato de Compraventa de Acciones de Esimed, y/o el Contrato de Compraventa de Acciones de Newco, incluidos en los Anexos 4 y 5 del Reglamento de Venta.

- Por otra parte, en los términos del literal b) del numeral 9.6.2., en caso que el Adjudicatario fuera un Consorcio a quien se le haya adjudicado acción de más de una sociedad podrían: a) constituir una sola sociedad para la adquisición de todas las acciones de las sociedades adjudicadas, siempre y cuando un miembro del Consorcio que hubiere acreditado la experiencia en Gestión en Salud, tenga una participación que no podrá ser inferior al 50% del capital de la sociedad constituida; b) constituir varias sociedades, cada una de las cuales adquirirá las acciones de cada sociedad adjudicada, siempre y cuando un miembro del Consorcio que hubiere acreditado la experiencia en Gestión en Salud, tenga una participación que no podrá ser

inferior al 50% del capital de cada sociedad constituida; o c) adquirir directamente las acciones de las sociedades adjudicadas, siempre y cuando un miembro del Consorcio que hubiere acreditado la experiencia en Gestión en Salud, adquiera una participación que no podrá ser inferior al 50% del capital de cada sociedad adjudicada.

Así mismo, los literales c) y d) del mismo numeral disponían que las sociedades constituidas por los miembros del Consorcio y los miembros del Consorcio celebrarían el Contrato de Compraventa de Acciones NewCo y/o el Contrato de Compraventa de Acciones de ESIMED, según corresponda, y en caso de decidir no constituir sociedades para la adquisición, los contratos de la transacción serían celebrados directamente por los integrantes de cada Consorcio.

De igual manera se dispuso que los miembros del Consorcio serían en todo caso responsables solidarios de todas y cada una de las obligaciones establecidas en el Reglamento y en los contratos de transacción.

- Se fijó además en el numeral 9.6.3. que además del pago del precio de compra de las Acciones de las Newcos y/o ESIMED según corresponda, cada Adjudicatario tendría la obligación de pagar la Comisión del Asesor Externo equivalente al 1% del precio de la compra incluido en la oferta económica de cada adjudicatario más el 1% de los pasivos totales que sean asumidos por el Adjudicatario en las NEWCOS y/o el 1% de los pasivos de ESIMED, según corresponda.

IX. El proceso de selección llevado a cabo por SALUDCOOP EPS en Liquidación y la adjudicación al consorcio PRESTASALUD

- El proceso de selección que tuvo lugar para desarrollar la alternativa de venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED, se desarrolló conforme lo señaló CAFESALUD EPS a la

Superintendencia Nacional de Salud en el Oficio No. 1-2017-105605 del 5 de julio de 2017⁴⁸, en los siguientes términos:

“En primer lugar, es preciso mencionar que el Proceso de Venta inició mediante el desarrollo de actividades de mercadeo adelantadas por la Banca de Inversión Lazar Colombia S.A.S., quien, a través de su red global se comunicó con jugadores estratégicos y financieros, que consideraba estarían interesadas en participar en el Proceso de Venta, invitándolos a participar en el mismo, y adicionalmente se hizo una convocatoria pública mediante la publicación del Reglamento de Acreditación Y venta de los Activos, Pasivos y Contratos de CAFESALUD EPS S.A. y de las Acciones de Estudios e Inversiones Médicas S.A. – ESIMED (en adelante el “Reglamento”), el 30 de diciembre de 2016 en la página Web de SALUDCOOP en Liquidación”

Obra en el Expediente copia de un listado en el que se relaciona una serie de compañías⁴⁹, el cual fue identificado por la testigo Natalia Ramírez Carrizosa en su declaración, precisando:

“Este documento registra el interés de los participantes de perdón pues de participar en el en el proceso Entonces como no ser como yo les explicaba antes nosotros contactamos muchísimos interesados y aquí están registrados los que dijeron a mí me interesa entender un poco mejor la situación entonces registramos quién era la persona con la que se vea conversado hasta qué punto del proceso habían llegado decir si se les había enviado la información preliminar se habían firmado el acuerdo de confidencialidad se habían parte habían quedado acreditado es uno y hasta donde digamos habían participado en el proceso eso es lo que registra este este documento y tiene los 23 interesa tienen una primera hoja los 23 jugadores que manifestaron algún interés y en la segunda a los 9 jugadores que fueron acreditados interesados fueron conocidos (...)”⁵⁰.

Así las cosas, el aludido documento contiene el listado de los 23 “jugadores estratégicos y financiero” contactados por LAZARD y que manifestaron su interés en el proceso de venta que se adelantaría conforme al Reglamento de Venta antes aludido, las cuales eran: i) Citi, ii) COOMEVA, iii) SANITAS EPS; iv) Latinvestco; v) Valfinanzas; vi) Advent; vii) Corficolombiana; viii) BBVA ix) Empresas Aries; x) Bupa; xi) United Health; xii) Axa; xiii) Salud Total; xiv) Ribera Salud; xv) CNP Assurances; xvi) InvestinBogotá; xvii) Esfinanzas; xviii) IKON Banca de Inversión; xix) EY; xx) Garrigues; xxi) la señora Andrea

⁴⁸ EXPEDIENTE. CD obrante en cuaderno reservado. Archivo: “1-2017-105605”.

⁴⁹ EXPEDIENTE. CD obrante a folio 1175; folios 1203 y 1204.

⁵⁰ Ibíd. CD obrante a folio 2436. Archivo de video.

Elizabeth Cruz; xxii) la señora Omayra Patricia Giraldo; xxiii) Centene Corporation.

El documento contiene también el listado de los nueve (9) interesados acreditados determinados para continuar en el proceso de venta, los cuales eran: i) Sanitas EPS; ii) Bupa; iii) Compensar; iv) Salud Total; v) Ribera Salud; vi) el consorcio Prestasalud; vii) Centene; viii) Cafam y ix) United Health.

Lo anterior es concordante con lo expuesto por a la Superintendencia Nacional de Salud en el documento antes aludido indicando:

“Así mismo, cada interesado podía acreditarse para presentar diferentes tipos de oferta como igualmente quedó establecido en el Reglamento. Como resultado de lo anterior, SALUDCOOP en Liquidación recibió veintidós (22) solicitudes de acreditación, remitidas por nueve (9) interesados diferentes, todos los cuales fueron declarados por SALUDCOOP en Liquidación como “Interesados Acreditados”, estos fueron:

“(a) Inversiones Clínicas S.A.S.:

- Por las Acciones de Esimed.*
- Por las Acciones de NewCo del Régimen Contributivo y las Acciones de Esimed.*
- Por las Acciones de NewCo Integral y las Acciones de Esimed.*
- Por las Acciones de NewCo del Régimen Contributivo y las Acciones de Esimed.*
- Por las Acciones de NewCo Integral y las Acciones de Esimed.*
- Por las Acciones de NewCo del Régimen Contributivo.*
- Por las Acciones de NewCo Integral.*
- Por las Acciones de NewCo del Régimen Subsidiado, y*
- Por las Acciones de NewCo del Régimen Subsidiado y Esimed.*

(b) Consorcio Hospitales y Clínicas Prestadoras de Salud de Colombia (Consorcio Prestasalud):

- Por las Acciones de NewCo Integral y las Acciones de Esimed.*

(c) Salud Total EPS:

- Por las Acciones de NewCo Integral, y*
- Por las Acciones de Esimed.*

(d) Caja de Compensación Familiar Compensar:

- Por las Acciones de NewCo del Régimen Contributivo, y*
- Por las Acciones de NewCo del Régimen Contributivo y las Acciones de Esimed.*

(e) Ribiera Salud S.A.:

- Por las Acciones de Esimed,*

(f) Grupo Bupa Sanilas S.L.:

- Por las Acciones de NewCo Integral y las Acciones de Esimed.

(g) Centene Corporation:

-Por las Acciones de Esimed.

-Por las Acciones de NewCo del Régimen Contributivo y las Acciones de Esimed.

-Por las Acciones de NewCo Integral y las Acciones de Esimed.

-Por las Acciones de NewCo del Régimen Contributivo.

-Por las Acciones de NewCo Integral,

-Por las Acciones de NewCo del Régimen Subsidiado, y

-Por las Acciones de NewCo del Régimen Subsidiado y Esimed.

(h) Caja de Compensación Familiar – Cafam:

-Por las Acciones de Esimed,

(i) United Health Group Incorporated:

-Por las Acciones de NewCo Integral y las Acciones de Esimed”⁵¹.

- Una vez conformados los interesados acreditados, esto es, quienes a criterio de SALUDCOOP en Liquidación cumplieron con los requisitos legales, técnicos y financieros establecidos en el Reglamento de Venta y que por ende recibieron invitación para presentar ofertas para la compra de los activos de su interés, se adelantó la etapa siguiente del proceso, que correspondía al trámite de debida diligencia, esto es, el acceso al cuarto de datos con la información de los activos y la formulación de preguntas por parte de los interesados acreditados.

El desarrollo de la correspondiente etapa, fue explicada por CAFESALUD a la Superintendencia Nacional de Salud en el oficio citado bajo los siguientes términos:

“Finalizado el proceso de acreditación, SALUDCOOP en Liquidación dio a todos los interesados acreditados acceso a un cuarto de datos virtual. El cuarto de datos estaba compuesto por información disponible financiera, jurídica y contable de CAFESALUD (en relación con su operación del régimen contributivo y régimen subsidiado) e igual tipo de información en el caso de Esimed. El proceso de debida diligencia igualmente implicaba que los Interesados Acreditados hicieran preguntas y solicitudes de complementación de información, a las cuales Saludcoop en Liquidación dio respuesta. Adicionalmente, todos los interesados Acreditados fueron invitados a presentaciones de gerencia en las cuales los representantes legales de Cafesalud y Esimed hicieron presentaciones sobre las compañías y la estructura propuesta para la

⁵¹ EXPEDIENTE. CD obrante en cuaderno reservado. Archivo: “1-2017-105605”. p. 15 y 16.

transacción. Asistieron a las presentaciones de gerencia los siguientes Interesados Acreditados:

- (a) Consorcio Prestasalud,*
- (b) Salud Total EPS,*
- (c) Caja de Compensación Familiar compensar, y*
- (d) Ribiera Salud S.A. (en nombre propio y en representación de Centene Corporation).*

Una vez finalizó el proceso de debida diligencia los Interesados Acreditados podían presentar las Ofertas que consideraran pertinentes, y para las cuales se hubieran acreditado. Para ese momento, alguno de los Interesados Acreditados decidieron no continuar en el Proceso de Venta, por diversas razones, entre ellas el tamaño del activo, la situación financiera del mismo y la incertidumbre sobre el marco regulatorio del sector, entre otros. Otros Interesados Acreditados decidieron unirse entre ellos”⁵².

En concordancia con lo anterior, la testigo Natalia Ramírez Carrizosa se refirió a la etapa desarrollada en el cuarto de datos, así:

“(…) la participación en el proceso consistía en hacer una investigación profunda del activo que se estaba ofreciendo, para eso tenían acceso a la sala de información virtual y entraban y podían pedir información adicional, se hacían sesiones de preguntas y respuestas, como mencioné ante la gerencia de CAFESALUD, por ejemplo hizo unas presentaciones a todos los interesados para explicarles el negocio y ahí ya venía la fase la fase de presentación de ofertas”⁵³.

Mediante certificación del 14 de junio de 2017, el Jefe de Tecnología de SALUDCOOP EPS en Liquidación⁵⁴ acreditó que durante el año 2017 se concedieron accesos al Cuarto de Datos a 148 usuarios, así:

DATOS	Mes	Cantidad
Esimed, Newco Régimen Contributivo, Newco Régimen Subsidiado	Febrero	89
	Marzo	8
	Mayo	1
	Junio	7
Esimed, Newco Régimen Contributivo	Febrero	24
	Marzo	2
Newco Régimen Contributivo, Newco Régimen Subsidiado	Febrero	1
Esimed	Febrero	15
	Abril	1

⁵² *Ibíd.* p. 16.

⁵³ EXPEDIENTE. CD obrante a folio 2365. Min: 52 a 53:03.

⁵⁴ EXPEDIENTE. CD obrante a folio 146. Archivo: “9. CERTIFICACION CUARTO DE DATOS”.

Total		148
-------	--	-----

- Una vez fue visitado el cuarto de datos por parte de los Interesados Acreditados, la etapa siguiente dispuesta por el Reglamento de Venta era la de formulación de ofertas. Así, conforme al Informe de Evaluación de Ofertas Económicas recibidas en el marco del Proceso de Venta de los Activos, Pasivos y Contratos de CAFESALUD EPS S.A. y de las Acciones de Estudios e Inversiones Médicas S.A.: - ESIMED S.A., suscrito por la Directora Ejecutiva de LAZARD COLOMBIA y dirigido a la Agente Especial Liquidadora de SALUDCOOP E.P.S. O.C.⁵⁵ en Liquidación, el 17 de mayo de 2017 se recibieron dos (2) ofertas vinculantes, por parte de: a) el consorcio PRESTASALUD, en su oferta por las acciones de NewCo Régimen Contributivo, NewCo Régimen Subsidiado y Esimed; y b) Inversiones Clínicas S.A.S., ofertando por las acciones de NewCo Régimen Contributivo. En el expediente figura copia de las referidas ofertas⁵⁶.

Según las ofertas presentadas y la relación efectuada por LAZARD en el Informe de Evaluación de Ofertas, el consorcio PRESTASALUD presentó como oferta económica total la siguiente: a) oferta económica por las acciones de NewCo Régimen Contributivo: COP 1.000.000.000.000; b) oferta económica por las acciones de NewCo Régimen Subsidiado: COP 200.000.000.000; c) Oferta Económica por las acciones de Esimed: COP 250.000.000.000.

Por otra parte, la oferta total de INVERSIONES CLÍNICAS S.A.S., correspondió a la presentada por las acciones de NewCo Régimen Contributivo en COP 270.153.000.000.

⁵⁵ EXPEDIENTE. CD obrante a folio 1176. Archivo: "170523 Omega – Informe Análisis de Oferta Económica V. Sent".

⁵⁶ EXPEDIENTE. CD a folio 146. Archivo: "6. OFERTA PRESENTADA POR EL CONSORCIO HOSPITALES Y CLÍNICAS PRESTADORAS SALUD DE COLOMBIA, PRESTASALUD".

- Tal y como lo describe el Informe de Evaluación de Ofertas⁵⁷, la valoración económica de las ofertas presentadas se realizó por el Equipo Asesor compuesto por LAZARD y POSSEHERRERA&RUÍZ, en la cual se realizó un análisis de los componentes de: a) precio por las acciones, b) pasivo asumido y plan de pago, y c) asignación de puntaje de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Venta.

La testigo Natalia Ramirez Carrizosa describió la evaluación de las ofertas económicas en ese sentido:

“Ahí venía la fase de presentación de ofertas, en las cuales, pues como es de conocimiento se recibieron dos ofertas, una oferta de EPS Sanitas por el régimen contributivo de CAFESALUD y una oferta del consorcio PRESTASALUD por los activos del régimen contributivo y del régimen subsidiado de PRESTASALUD además de por las acciones de ESIMED. Cómo se hizo la evaluación de ofertas, la evaluación de ofertas tenía dos componentes, un poco al igual que la acreditación, se evaluaba el modelo de atención en salud y se evalúa la oferta económica. El modelo de atención tenía una un puntaje máximo de 400 puntos, la oferta económica tenía un puntaje máximo de 600, para un total de 1000 puntos. El modelo de atención fue evaluado por un comité de expertos externos, que fue citado por SALUDCOOP en liquidación, era un documento muy extenso que básicamente describía como iba a atender el nuevo jugador la población que iba a ser transferida a la nueva la nueva sociedad, entonces cuál era su modelo de atención primaria, cuál era su red de prestación de prestadores, cuáles eran los las estrategias para la atención de las enfermedades de alto costo, huérfanos en fin, yo no, ese no es un campo en el que yo sea experta, entonces no conozco los detalles pero fue un modelo digamos calificado por un comité externo.

(...) ese era digamos el primer criterio evaluación, importante notar que eso tenía un puntaje mínimo habilitante 200 puntos, es decir si un interesado presenta un modelo de gestión que sacaba menos de 200 puntos, su oferta no era considerada válida. El segundo componente de la evaluación entonces eran los 600 puntos de la oferta económica, la oferta económica tenía dos componentes, el precio que ofrecían pagar por las acciones o el valor presente neto del pasivo que asumían con CAFESALUD. Esta transacción también es importante entender porque se estructuró de esta manera, como les he explicado, CAFESALUD era un negocio, digamos, en una situación financiera muy muy precaria y la población tenía un costo médico muy superior al de todo el resto al mercado. Entonces, aquí quién comprará el negocio en marcha de CAFESALUD, tenía que hacer una gestión muy importante de controlar ese costo médico y de montar un modelo de gestión de salud que realmente funcionará para esa población, eso iba a tomar un tiempo eso, no digamos, en ninguna de nuestras proyecciones de acuerdo a el conocimiento de los expertos en salud pues de eso no iba a ser inmediato

⁵⁷ Ibíd. p. 2.

eso iba a tomar un tiempo, con lo cual la compañía digamos en los primeros años, por lo menos en todos los escenarios de proyección que hicimos nosotros era deficitaria, eso que significaba, que los accionistas iban a tener que poner plata para cubrir ese déficit patrimonial que se generaba en esos primeros años y cumplir con el plan de habilitación financiera que se presentara ante la Superintendencia Nacional de Salud en ese sentido buscando maximizar la posibilidad de que (...) CAFESALUD recibiera recursos, para saldar las deudas con los proveedores que iban a quedar dentro de CAFESALUD, se decidió otorgar digamos unos plazos para el pago de esas de esas cuotas, y es por eso que la oferta económica tiene esos dos componentes, el componente del precio pagado por las acciones y el componente del pasivo asumido. Entonces la evaluación de las ofertas pues consistía en la suma de los puntos que obtenían en el modelo atención y la suma de los puntos que obtenían por la oferta económica. Había además una ponderación, porque aquí recordemos había tres activos que se estaban vendiendo, el negocio de atención de aseguramiento para el régimen contributivo el aseguramiento para el régimen subsidiado y ESIMED, entonces había unas ponderaciones y se calculaba el puntaje final, se hacían unas comparaciones. Se recibieron como ustedes saben dos ofertas, la oferta de PRESTASALUD que incluía los tres elementos, una oferta por el régimen contributivo, una por el subsidiado y una por ESIMED, y la oferta de EPS Sanitas que era una oferta exclusivamente por el régimen contributivo (...) la oferta de EPS Sanitas, era una oferta que no fue válida porque no cumplió el precio mínimo. Tal como teníamos, me voy a devolver un segundito, tal como teníamos en el modelo de atención que había un criterio puntaje mínimo de 200 puntos para que las ofertas fueran consideradas válidas, que en las ofertas económicas, las ofertas tenían que sobrepasar un cierto valor para que fueran consideradas válidas, ese valor era en el caso del régimen contributivo 430 mil millones de pesos, en el régimen subsidiado 120.000 para un total de 550.000 millones de pesos de precio por el negocio de aseguramiento, y en el caso de ESIMED 200.000 millones. La oferta de Sanitas fue una oferta por el régimen contributivo, una valoración de 250 mil millones de pesos que en valor presente, porque ellos también se acogieron a la estructura de unos pagos en plazos significaban 182.000 millones. Esto es, hasta aquí llegamos ya llegamos al momento de la evaluación de las ofertas, la oferta que tuvo el mayor puntaje fue la oferta de PRESTASALUD y a continuación de esto digamos que viene la decisión de SALUDCOOP en liquidación de la adjudicación (...)"⁵⁸.

La declaración concuerda con lo expuesto en el Informe de Evaluación de Ofertas antes aludido⁵⁹, en el cual LAZARD junto con su asesor valoraron las ofertas económicas del Régimen Contributivo, Subsidiado y ESIMED presentada por PRESTASALUD y CLÍNITAS, y les asignó un puntaje, así:

⁵⁸ *Ibíd.* minuto 53 a 1:00:39.

⁵⁹ CD a folio 146. Archivo: "6. OFERTA PRESENTADA POR EL CONSORCIO HOSPITALES Y CLÍNICAS PRESTADORAS SALUD DE COLOMBIA, PRESTASALUD".

Evaluación Oferta Económica - Régimen Contributivo					
Oferta Económica					
	Precio por Acciones (COP/mm)	Pasivo Asumido (COP/mm)	Total Oferta Económica (COP/mm)	VPN Oferta Económica (COP/mm)	Puntos Oferta Económica
Oferta Prestasalud	0.0	1,000,000.0	1,000,000.0	830,332.6	600.0
Oferta Clínicas	15,153.0	255,000.0	270,153.0	197,569.9	142.8

Evaluación Oferta Económica - Régimen Subsidiado					
Oferta Económica					
	Precio por Acciones (COP/mm)	Pasivo Asumido (COP/mm)	Total Oferta Económica (COP/mm)	VPN Oferta Económica (COP/mm)	Puntaje Oferta Económica
Oferta Prestasalud	0.0	200,000.0	200,000.0	143,444.2	600.0
Oferta Clínicas	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0

Evaluación Oferta Económica - Esimed					
Oferta Económica					
	Precio por Acciones (COP/mm)	Pasivo Asumido (COP/mm)	Total Oferta Económica (COP/mm)	VPN Oferta Económica (COP/mm)	Puntos Oferta Económica
Oferta Prestasalud	250,000.0		250,000.0	203,762.5	1,000.0
Oferta Clínicas	0.0		0.0	0.0	0.0

En virtud de lo anterior, como resultado de la valoración de la oferta económica por parte de LAZARD, PRESTASALUD obtuvo un total de 600 puntos en la oferta económica del régimen subsidiado, 600 puntos en la del régimen contributivo, y 1.000 puntos en lo atinente a la oferta por ESIMED. Por su parte, CLÍNICAS obtuvo 142,8 en la oferta económica para el régimen contributivo, y no se le asignó puntaje para el régimen subsidiado ni para ESIMED, ya que tales ofertas no fueron presentadas.

Así, como lo advirtió la testigo Natalia Ramírez Carrizosa, si existía un criterio de puntaje mínimo de 200 puntos para que las ofertas fueran consideradas válidas, se evidencia que la oferta de CLÍNICAS por el régimen contributivo no fue válida, siendo entonces descalificada.

Lo anterior evidencia que la única oferta válida a criterio de los evaluadores fue la del consorcio PRESTASALUD, que de hecho había ofertado por los tres componentes (régimen contributivo, régimen subsidiado y ESIMED).

- Luego de lo anterior, y siguiendo el procedimiento establecido en el Reglamento de Venta, se dio lugar a la etapa de adjudicación, en la cual SALUDCOOP en Liquidación declaró como adjudicatario al consorcio PRESTASALUD en audiencia pública llevaba a cabo el de mayo de 2017 tal y como lo refiere el señor Oscar Tutasaura en su declaración al indicar:

“(...) el tercer paso en la estructura de la venta es la presentación de las ofertas el 17 de mayo del 2017 el consorcio PRESTASALUD que es un consorcio compuesto por una serie de personas jurídicas del sector presentó una oferta dentro de un proceso Público de venta de subasta y no vamos a entrar en el detalle el proceso de la venta porque creo que no es el objeto de la pregunta dentro del proceso de la venta presentó una oferta por los activos pasivos contratos de CAFESALUD y por las acciones de ESIMED y el día 24 de mayo del 2017 esa oferta de venta fue aceptada y el proceso fue adjudicado al consorcio PRESTASALUD”⁶⁰.

A su turno, en el Acta No. 61 de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas CAFESALUD E.P.S. S.A. del 7 de junio de 2017⁶¹, se encuentra registrada la intervención del Presidente de la Compañía, refiriéndose a la adjudicación del negocio al consorcio PRESTASALUD en la audiencia del 24 de mayo de 2017, así:

“La Presidenta de la asamblea, le concedió el uso de la palabra al Doctor LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTUA, Presidente de la Compañía quien manifestó a los accionistas que el pasado veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017) se celebró la audiencia para la adjudicación de los (i) activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS S.A. a través de la venta de las acciones de una o varias sociedades futuras o NewCos y (ii) de un millón ciento cuarenta mil treinta (1.140.030) acciones de ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. – ESIMED S.A., que representan el noventa y cuatro como sesenta y ocho por ciento (94,68%) del capital suscrito de ESIMED S.A. y que a la fecha son de propiedad de CAFESALUD EPS S.A.

La evaluación de las Ofertas presentadas se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Adjudicación y Venta (el “Reglamento”), y con el apoyo de los asesores externos de SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN y del Comité de Expertos designado para la revisión del modelo de atención presentado por cada interesado acreditado. A continuación se explicó brevemente el resultado del Informe de la Comisión de Expertos designada por SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN, en el cual se evaluó el Modelo de Atención presentado por el CONSORCIO PRESTASALUD de conformidad con lo establecido en el Capítulo 9 del Reglamento. En relación con la Oferta Económica, CONSORCIO PRESTASALUD presentó oferta económica vinculante para la compra de las Acciones de NewCo Integral y las Acciones de ESIMED S.A., de la forma como se señala a continuación:

a) Oferta económica por las acciones de NewCo del Régimen Contributivo: UN BILLÓN DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$1.000.000.000.000.00)

⁶⁰ Testimonio Oscar Tutasaura. Min 40 en adelante.

⁶¹ Cuaderno Reservado. CD. Archivo: “ANEXO NO. 3 COPIA DEL ACTA EN EL CUAL SE ACREDITA LA DISCUSIÓN DEL PLAN DE REORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL POR PARTE DE – 1”.

b) *Oferta económica por las acciones de NewCo del Régimen Subsidiado: DOSCIENTOS MIL MILLOENS DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$200.000.000.000.oo).*

c) *Oferta económica por las acciones de ESIMED S.A.: DOSCIENTOS CINCUENTAL MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$250.000.000.000.oo).*

De acuerdo con el puntaje ponderado calculado sobre las ofertas recibidas, la oferta presentada por CONSORCIO PRESTASALUD se ubicó en el primer orden de elegibilidad, la cual, fue comparada contra (i) la Oferta Económica Mínima por las Acciones de ESIMED S.A.; (ii) Oferta Económica Mínima por NewCo del Régimen Contributivo; y (iii) Oferta Económica Mínima por NewCo del Régimen Subsidiado (los “valores Mínimos”), que fueron mantenidos reserva en sobre cerrado y custodiados por la empresa Thomas Greg & Sons, desde el día dieciséis (16) de mayo de 2017. Teniendo en cuenta que la Oferta Económica del CONSORCIO PRESTASALUD fue superior a la suma de los Valores Mínimos, en la audiencia de adjudicación se le designó como adjudicataria de (i) los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS S.A., a través de la venta de las acciones de una sociedad futura o NewCo, y (ii) de las acciones de ESIMED S.A. que a la fecha son de propiedad de CAFESALUD EPS S.A.

Una vez presentada la oferta realizada por el CONSORCIO PRESTASALUD, la Presidenta de la asamblea sometió a consideración de los accionistas, la oferta económica para su aceptación y/o aprobación.

Por unanimidad del 99.99983% de las acciones suscritas en las que se encuentra dividido el capital social, se aceptó y aprobó la Oferta Económica del CONSORCIO PRESTASALUD por las Acciones del NewCo del Régimen Contributivo y subsidiado, por un valor total de UN BILLÓN DOSCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$1.200.000.000.000.oo) y la Oferta Económica por las Acciones de ESIMED S.A. por un valor total de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$250.000.000.000.oo)”⁶².

Así, al CONSORCIO PRESTASALUD con la oferta presentada por el régimen contributivo, el régimen subsidiado y ESIMED, se le adjudicó el negocio, facultándolo a suscribir el contrato de compraventa de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED.

A efectos de entender a cabalidad las particularidades del aludido contrato, debe hacerse previamente referencia a la naturaleza del CONSORCIO

⁶² *Ibíd.* p. 4 y 5.

PRESTASALUD y los términos dispuestos por el Reglamento de Venta con ocasión de su constitución.

IX. Sobre el CONSORCIO PRESTASALUD, adjudicatario del negocio jurídico

- En la oferta presentada por el Consorcio Hospitales y Clínicas Prestadoras de Salud de Colombia - CONSORCIO PRESTASALUD en el marco del proceso de venta de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED, fue aportado el contrato por el cual se constituyó el aludido consorcio⁶³, suscrito el 30 de enero de 2017 por las sociedades que lo conformaron, las cuales son: i) CLÍNICA MIOCARDIO S.A.S., ii) SERVICIO AÉREO MEDICALIZADO Y FUNDAMENTAL S.A.S., iii) CLÍNICA MEDILASER S.A., iv) ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, v) CORPORACIÓN NUESTRO IPS, vi) PROCARDIO SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES LTDA., vii) MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A., viii) FUNDACIÓN ESENSA, ix) FUNDACIÓN SAINT, x) CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A., xi) COOPERATIVA MULTIACTIVA PARA LOS PROFESIONALES DEL SECTOR SALUD, xii) SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL SAN JOSÉ, xiii) FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ.

En el contrato se especificó en su cláusula primera que su objeto era *“la solicitud de acreditación y la presentación de una propuesta económica para la compra de las acciones de las sociedades NEWCOS Y/O CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD EPS S.A. Y/O ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. – ESIMED S.A. y la ejecución de las actividades establecidas en el “REGLAMENTO DE ACREDITACIÓN Y VENTA DE LOS ACTIVOS, PASIVOS Y CONTRATOS DE CAFESALUD EPS S.A. Y DE LAS ACCIONES DE ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A.”, para los Consorcios, dentro del marco del proceso de liquidación de la*

⁶³ EXPEDIENTE. CD obrante a Folio 146. Archivo: “6. OFERTA PRESENTADA POR EL CONSORCIO HOSPITALES Y CLÍNICAS PRESTADORAS SALUD DE COLOMBIA, PRESTASALUD”. p. 21 y siguientes.

organización denominada SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO”⁶⁴.

En la cláusula quinta del contrato, se estableció lo atinente a la participación de las sociedades que lo conformaron, precisando que el porcentaje de cada uno de los consorciados será el que conste al pie de su firma bajo la casilla “porcentaje de participación”, el cual contiene la siguiente información⁶⁵:

<i>Centro Nacional de Oncología</i>	<i>50.00%</i>
<i>Clínica Miocardio</i>	<i>4,17%</i>
<i>Medicalfly</i>	<i>4,17%</i>
<i>Clínica Medilaser</i>	<i>4,17%</i>
<i>Clínica del Norte</i>	<i>4,17%</i>
<i>Corporación Nuestra IPS</i>	<i>4,17%</i>
<i>Procardio</i>	<i>4,17%</i>
<i>Medplus</i>	<i>4,17%</i>
<i>Fundación ESENSA</i>	<i>4,17%</i>
<i>Fundación SAINT</i>	<i>4,17%</i>
<i>Hospital San José</i>	<i>4,17%</i>
<i>CMPS</i>	<i>4,17%</i>
<i>Hospital Infantil</i>	<i>4,17%</i>
<i>Total</i>	<i>4,17%</i>

- El 15 de mayo de 2017 el Consorcio PRESTASALUD y RIBERA SALUD S.A. (sociedad comercial con domicilio principal en la ciudad de Valencia, España) celebraron “Acuerdo de aportación de marca, Know-How y conocimiento entre RIBERA SALUD S.A. & PRESTASALUD”, en virtud del cual:

“(…) Ribera Salud autoriza al Consorcio Prestasalud, tanto en la presentación de la oferta para el Proceso de Compraventa de las acciones Newco y de Esimed, como si Prestasalud resultara adjudicataria en el Proceso de Newco y de Esimed, como si Prestasalud resultara adjudicataria en el Proceso de Compraventa de la Newco y de

⁶⁴ *Ibíd.* p. 21.

⁶⁵ *Ibíd.* folio 27.

Esimed: a: utilizar su marca, know-how y conocimiento de sus modelos predictivos de salud, aportando incluso la expectativa de derecho de uso de sus sistemas, personas, recursos, etc., todo ello en atención a los acuerdos específicos alcanzados por ambas Partes en el mismo día de hoy y sujeto en todo caso a la redacción de los oportunos contratos de gestión y de cesión, así como sujeto al mutuo acuerdo entre las Partes de las condiciones que deberán ser de aplicación para esta autorización”⁶⁶.

- Tal y como se refirió al analizar el Reglamento de Venta de Activos, Pasivos y Contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED, el Reglamento dispuso que en cuanto a las formas de acreditación un interesado podía acreditarse simultáneamente de forma individual y como miembro de uno o varios consorcios, presentando ofertas individuales, ofertas conjuntas y ofertas completas. No obstante, cada interesado podría presentar solo una Oferta en el Proceso de Venta, bien sea que lo haga individualmente o en una Oferta Conjunta o una Oferta Completa. En este caso, el CONSORCIO PRESTASALUD era uno de los nueve interesados acreditados a los cuales posteriormente se les autorizó el acceso al cuarto de datos en la etapa de debida diligencia.

Así mismo el Reglamento precisó que los interesados entre otros requisitos, debían acreditar su experiencia en gestión salud, entendida como seguridad social en salud o aseguramiento en salud, gestión del riesgo en salud, cubrimiento de la carga financiera de la enfermedad, operación de redes prestadores de servicios de salud, prestación de servicios de salud o administración de planes de beneficios. Además, en el caso de los Consorcios, al menos uno de los integrantes deberá cumplir con la experiencia requerida, directamente o por medio de una o varias Personas Jurídicas Afiliadas, y dicho integrante deberá participar con porcentaje con por lo menos el 50% del Consorcio.

En el caso del CONSORCIO PRESTASALUD, y como se refirió al citar la cláusula quinta del contrato por el cual fue conformado por sus sociedades integrantes, en materia de participación, el CENTRO NACIONAL DE

⁶⁶ Ibíd. p. 41.

ONCOLOGÍA, contaba con el 50%, con lo cual se acreditaba el requisito de experiencia en gestión de salud exigido por el Reglamento de Venta.

Siendo entonces el CONSORCIO PRESTASALUD adjudicatario del proceso de selección llevado a cabo por SALUDCOOP EPS en Liquidación, de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo 9º del Reglamento de Venta, el aludido consorcio estaba en la obligación de adquirir el 100% que las acciones que CAFESALUD tendrá en la NewCo adjudicada, y adquirir el 94,68% de las acciones de CAFESALUD en ESIMED.

Así mismo, de conformidad con el numeral 9.6.2. del Reglamento analizado previamente, el CONSORCIO PRESTASALUD cuya oferta por CAFESALUD y las acciones de ESIMED había sido seleccionada por SALUDCOOP en Liquidación podía elegir entre una de estas opciones: a) constituir una sola sociedad para la adquisición de todas las acciones de las sociedades adjudicadas; b) constituir varias sociedades, cada una de las cuales adquirirá las acciones de cada sociedad adjudicada; o c) adquirir directamente las acciones de las sociedades adjudicadas.

En los tres casos, la disposición exigía la obligación para el Consorcio de contar entre sus miembros con uno (1) que hubiera acreditado la experiencia en gestión en salud con una participación que no podrá ser inferior al 50%, lo cual, se reitera, en este caso el CONSORCIO PRESTASALUD lo había acreditado con el Centro Nacional de Oncología.

Debe aclararse que las “sociedades adjudicadas” a las que se refiere el numeral 9.6.2. son: a) la sociedad por acciones simplificadas que administre el régimen contributivo y el subsidiado (NewCo Integral), en la cual CAFESALUD tendrá en principio el 100% de sus acciones; y b) ESIMED.

Así, las acciones de CAFESALUD en la NewCo integral y las acciones de ESIMED, serían transferidas por CAFESALUD al CONSORCIO PRESTASALUD o a la sociedad o sociedades que éste haya decidido conformar para tales efectos.

X. Explicación de la alternativa elegida por el CONSORCIO PRESTASALUD a efectos de la suscripción del contrato de compraventa de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED

De las alternativas previstas en el numeral 9.6.2. del Reglamento de Venta, los integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD decidió la de constituir dos sociedades, cada una de las cuales adquiriría las acciones de cada sociedad adjudicada. Este procedimiento es explicado por el testigo Oscar Tutasaura en los siguientes términos:

“El siguiente paso que es el paso número cuatro, es el consorcio PRESTASALUD compuesto por una serie de personas jurídicas que no es, el consorcio, no es una persona jurídica sino que es un acuerdo contractual entre todas estas personas, constituyó dos sociedades de un lado PRESTNEWCO S.A.S. fue una sociedad que se constituyó con el propósito de firmar, de celebrar un contrato de compraventa de acciones, para adquirir las acciones de una sociedad futura que no se había constituido aún en ese momento, que en el reglamento y en los contratos se denominó “NewCo”, entonces PRESTNEWCO que es una sociedad en la cual estos miembros del consorcio participaban en un 100%, fue constituida para adquirir las acciones de una sociedad futura que se llama NewCo que es lo que hoy en día es MEDIMAS (...).

Al mismo tiempo, el mismo día, 9 de junio de 2017 los integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD constituyeron una sociedad por acciones simplificada que se denominó PRESTMED, en la cual estos integrantes del consorcio participaban en su capital como dueños del 100%. La razón de ser de PRESTMED era celebrar un contrato de compraventa de acciones de CAFESALUD para adquirir las acciones de ESIMED, ESIMED como vimos en unos slides anteriores, era un 94.9% de propiedad de CAFESALUD. Entonces este paso número 4 en el proceso de la venta es que el consorcio como consorcio, que no tiene personal personalidad jurídica, constituye unos vehículos, esos son unos vehículos que tienen unos propósitos específicos es efectuar unas inversiones, son unos vehículos de inversión que son PRESTNEWCO S.A.S. de un lado y PRESTMED S.A.S. del otro”⁶⁷.

Concordante con lo anterior, obra copia en el Expediente de los estatutos de constitución de PRESTNEWCO S.A.S., inscritos en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá⁶⁸, documento en el que se precisa que en

⁶⁷ Testimonio Oscar Tutasaura: min. 40:40 a 42:37.

⁶⁸ Expediente. CD obrante a folio 1786. Archivo: “[Untitled] (2)”.

el acto interviniero los siguientes: i) Sociedad de Cirugía Bogotá Hospital de San José, ii) MEDICALFLY S.A.S., iii) Centro Nacional de Oncología S.A.; iv) Organización Clínica General del Norte S.A.; v) Corporación Nuestra IPS; vi) PRIOCARDIO SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES LTDA.; vii) MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A.; viii) Fundación ESENSA; ix) Fundación Saint; x) Cooperativa Multiactiva para los Profesionales del Sector Salud; xi) MIOCARDIO S.A.S.; y xii) Hospital Infantil Universitario de San José.

El artículo 1º de los Estatutos prescribe que la compañía se constituye en una sociedad por acciones simplificada, de naturaleza comercial que se denominará PRESTNEWCO S.A.S., regida por las cláusulas contenidas en los estatutos, en la Ley 1258 de 2008 y en las demás disposiciones legales relevantes. Así mismo, en el artículo 2º se dispuso que como objeto social, la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial lícita.

Mediante certificado del 5 de julio de 2017, el representante legal de PRESTNEWCO S.A.S., acreditó que la composición accionaria de la entidad a esa fecha era la siguiente:

<i>NIT</i>	<i>ACCIONISTA</i>	<i>ACCIONES ORDINARIAS</i>
<i>899.999.017-4</i>	<i>SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL DE SAN JOSÉ</i>	<i>40000</i>
<i>900.098.476-8</i>	<i>HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ</i>	<i>40000</i>
<i>804.013.017-8</i>	<i>CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.</i>	<i>500000</i>
<i>900.458.312-4</i>	<i>MEDICALFLY S.A.S.</i>	<i>40000</i>
<i>900.328.323-8</i>	<i>MIOCARDIO S.A.S.</i>	<i>40000</i>
<i>890.102.768-5</i>	<i>ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A.</i>	<i>80000</i>

<i>830.128.856-1</i>	<i>CORPORACIÓN NUESTRA IPS</i>	<i>40000</i>
<i>860.023.987-3</i>	<i>COOPERATIVA MULTIACTIVA PARA LOS PROFESIONALES DEL SECTOR SALUD</i>	<i>40000</i>
<i>800.210.375-1</i>	<i>PROCARDIO SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES LTDA</i>	<i>80000</i>
<i>800.210.375-1</i>	<i>MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A.</i>	<i>80000</i>
<i>830.037.741-0</i>	<i>FUNDACIÓN ESENSA</i>	<i>40000</i>
<i>900.389.726-3</i>	<i>FUNDACIÓN SAINT</i>	<i>40000</i>
	<i>TOTALES</i>	<i>1060000</i>

- A su turno, tal y como lo refirió el testigo Oscar Tutasaura, las sociedades integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD conformaron una sociedad por acciones simplificadas a las que denominaron PRESTMED S.A.S., la cual, posteriormente compraría a CAFESALUD las acciones que ésta última tenía en ESIMED.

El certificado de existencia y representación legal de PRESTMED S.A.S. que obra en el Expediente⁶⁹, acredita, que mediante documento privado de la Asamblea de Accionistas del 5 de junio de 2017, inscrita el 9 de junio de 2017 bajo el número 02232996 del Libro IX, se constituyó tal sociedad. Así mismo, se deja constancia que el objeto social de la compañía es cualquier actividad comercial lícita.

Así mismo, de los documentos aportados por la Superintendencia de Sociedades al proceso, dando respuesta al Oficio No. XA 17-1652 del 15 de diciembre de 2017, figura certificación del 4 de octubre de 2017 suscrita por el Representante Legal de PRESTMED S.A.S., precisando los accionistas de

⁶⁹ EXPEDIENTE. folios 2096 a 2103.

la compañía y el número de los acciones que le corresponden a cada uno, así:

<i>ACCIONISTA</i>	<i>ACCIONES ORDINARIAS</i>
<i>SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL DE SAN JOSÉ</i>	<i>66250</i>
<i>HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ</i>	<i>66250</i>
<i>CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.</i>	<i>132500</i>
<i>MEDICALFLY S.A.S.</i>	<i>66250</i>
<i>MIOCARDIO S.A.S.</i>	<i>66250</i>
<i>ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A.</i>	<i>132500</i>
<i>CORPORACIÓN NUESTRA IPS</i>	<i>66250</i>
<i>COOPERATIVA MULTIACTIVA PARA LOS PROFESIONALES DEL SECTOR SALUD</i>	<i>66250</i>
<i>PROCARDIO SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES LTDA</i>	<i>132500</i>
<i>MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A.</i>	<i>132500</i>
<i>FUNDACIÓN ESENSA</i>	<i>66250</i>
<i>FUNDACIÓN SAINT</i>	<i>66250</i>
<i>TOTALES</i>	<i>1.060.000</i>

- Así, el CONSORCIO PRESTASALUD dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento de Venta, de las alternativas previstas en el numeral 9.6.2., escogió la de constituir dos sociedades: a) la primera, PRESTNEWCO S.A.S., quien adquiriría las acciones de una sociedad por acciones simplificada futura (NewCo integral) esta última que administraría el Régimen Subsidiado y Contributivo que hasta ese momento tenía CAFESALUD; y b) la segunda, PRESTMED S.A.S., quien adquiriría las acciones de ESIMED.

No obstante, no fue acreditado el requisito de la composición accionaria exigido en el numeral 6.6.5. del Reglamento de venta, puesto que si bien en la propuesta presentada por el CONSORCIO PRESTASALUD, el Centro Nacional de Oncología tenía el 50% de participación, una vez se constituyeron las sociedades PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S., las acciones que le correspondieron al Centro Nacional de Oncología eran menor a tal porcentaje. Sobre este aspecto la Sala efectuará un pronunciamiento en detalle más adelante.

XI. La NEWCO integral constituida por CAFESALUD EPS S.A.S. – MEDIMAS E.P.S. S.A.S.

Los Estatutos de MEDIMAS E.P.S S.A.S.⁷⁰ inscritos en la Cámara de Comercio de Bogotá, consignan que el trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017), el señor Oscar Tutasaura, en nombre y representación de CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD EPS S.A. y en virtud del poder especial otorgado por el presidente y representante legal de la compañía, suscribió los Estatutos con el fin de constituir la referida sociedad por acciones simplificada.

El párrafo del artículo 1º de los Estatutos prescribe que de conformidad con lo establecido en la Circular Externa 005 del 25 de mayo de 2017, modificada por la Circular Externa 006 del 7 de junio de 2017 en su numeral 3.2.2., así como las disposiciones que la modifiquen, sustituyan o adicionen, de la Superintendencia Nacional de Salud, en relación con la reorganización institucional, CAFESALUD EPS S.A. cederá su habilitación y en consecuencia, una vez se perfeccione la reorganización institucional, MEDIMAS EPS S.A.S. estará sometida a inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud y se regulará por las cláusulas contenidas en los Estatutos y en el ordenamiento jurídico que resulta aplicables, en especial aquellas regulen el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

⁷⁰ Ibíd. Cuaderno reservado. Folios.

El artículo tercero de los estatutos prevé que MEDIMAS EPS S.A.S. tendrá por objeto actuar como Entidad Promotora de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud de la República de Colombia, incluyendo la promoción de la afiliación en su ámbito geográfico, la organización y garantía de la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan de Beneficios vigente, directamente o a través de terceros, efectuar el recaudo de las cotizaciones, administrar el riesgo en salud de sus afiliados, y en general, actuar como titular del aseguramiento.

3.3.3. Los contratos suscritos con ocasión del proceso de enajenación de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD E.P.S. S.A. y de las acciones de ESIMED S.A.:

I. El contrato de compraventa de acciones entre CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. y PRESTNEWCO S.A.S.

El siguiente paso, conforme lo disponía el Reglamento de Venta, consistía en el traspaso por parte de CAFESALUD EPS S.A.S. del 100% de sus acciones en la sociedad por acciones simplificadas que posteriormente constituiría para tal efecto (MEDIMAS EPS S.A.S.), a PRESTNEWCO S.A.S., lo cual fue pactado en el Contrato de Compraventa de Acciones del 23 de junio de 2017⁷¹, suscrito en su calidad de vendedor por parte del Presidente de la EPS CAFESALUD, como comprador el Representante Legal de PRESTNEWCO S.A.S. y en calidad de garantes todas las sociedades que conformaron PRESTNEWCO S.A.S. Del contrato se destacan los siguientes aspectos:

i) En la Sección 2.1. del artículo 2º se previó que el Vendedor se obligaba a la fecha de cierre a transferir la propiedad sobre mil (1.000) acciones ordinarias, suscritas y en circulación, de las cuales será titular, que corresponderán al 100% de las acciones ordinarias, suscritas y en circulación

⁷¹ EXPEDIENTE. Cuaderno reservado No. 2. Folios 79 a 114.

de la Compañía en la Fecha de Cierre, y el comprador se obliga a adquirir las Acciones de la Compañía a un precio de venta de un millón de pesos (COP 1.000.000).

ii) En la Sección 3.1. se dispuso que el perfeccionamiento de la transferencia del dominio sobre las acciones de la Compañía tendrá lugar en las oficinas de POSSE HERRERA RUIZ en la ciudad de Bogotá D.C. a las 10:00 a.m. en la fecha que corresponda al quinto día hábil posterior a la fecha en la cual se hubieran cumplido las condiciones establecidas en la Sección 7.1. y en la Sección 7.2. del Contrato, o la parte en cuyo favor se establece cada condición hubiere renunciado a su cumplimiento, o en cualquier otro lugar y hora pactado pro las partes.

iii) En la sección 4.7. se establece que a la fecha de cierre la Compañía (MEDIMAS EPS S.A.S.) no tendrá pasivos distintos de los siguientes: i) los derivados de las actividades relacionadas con su constitución; ii) los asumidos o registrados contablemente en virtud de la Reorganización Institucional de CAFESALUD; y iii) pasivos derivados de las actividades señaladas en los contratos de la transacción y del cumplimiento de las obligaciones contempladas en los contratos de la transacción.

iv) La Sección 4.10 prevé que cualquier obligación exigible al vendedor (CAFESALUD EPS) antes de la Fecha de Cierre bajo los contratos cedidos o que se haya causado bajo los contratos cedidos y su exigibilidad esté pendiente de un plazo en la Fecha de Cierre, será asumida por el vendedor y el Comprador (MEDIMAS EPS) no tendrá responsabilidad alguna en relación con tales sumas debidas.

v) Según la Sección 4.11 los empleados de CAFESALUD serán los únicos empleados que serán transferidos a la Compañía.

vi) La Sección 6.2. prevé que el vendedor (CAFESALUD EPS) constituirá la compañía (MEDIMAS EPS S.A.S.) antes de la fecha de cierre. Tal obligación, como se observó en precedencia se acreditó el 13 de julio de 2017 por parte

de CAFESALUD con la constitución de los Estatutos de MEDIMAS EPS S.A.S.

vii) La Sección 6.3. prevé que las partes colaborarán recíprocamente en la preparación de la solicitud a presentar ante la Superintendencia Nacional de Salud, la Reorganización Institucional de CAFESALUD, solicitud que será presentada por el vendedor quien liderará el proceso.

viii) En la Sección 6.4. se afirma que las partes reconocen y aceptan que por medio del contrato se da continuidad al establecimiento de CAFESALUD para efectos laborales, y que este no sufre variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocio, razón por la cual la ejecución del contrato no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo vigentes de los empleados de CAFESALUD. Así mismo las partes reconocen y aceptan que respecto de los empleados de CAFESALUD operará una sustitución del empleador en los términos del artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo, razón por la cual continuarán ejecutando sus contratos de trabajo con la Compañía en las condiciones pactadas con el Vendedor sin solución de continuidad.

ix) La Sección 6.5. prevé lo relacionado al pago del precio de cesión del activo intangible, precisando que de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Cesión del Activo Intangible, el comprador se compromete a causar que la Compañía pague al Vendedor, la suma de un billón ciento ochenta y un mil trescientos veintinueve millones de pesos (COP 1.181.329.118.000), a título de precio por la cesión del Activo Intangible. Así, dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de cierre, el Comprador notificará por escrito al Vendedor lo siguiente: a) el monto y porcentaje de dicho precio de cesión que la Compañía pagará en dinero en efectivo, teniendo en cuenta que en ningún caso el porcentaje del precio que se pague en dinero en efectivo puede ser menor al 50% del precio de compra del Activo Intangible, pero aclarando que el Comprador podrá decidir que la Compañía pague el 100% del precio de compra en dinero en efectivo; b) el monto y porcentaje del precio de cesión que la Compañía pagará mediante la cesión a la Compañía de pasivos de CAFESALUD (por facturas que constituyan

obligaciones claras, expresas y exigibles presentadas a CAFESALUD antes de la fecha de cierre), discriminando e identificando plenamente en relación con cada pasivo, el acreedor, el monto del pasivo y número de factura en la cual se encuentre reflejado; y b) el monto y porcentaje del precio de cesión que será pagado por terceros, incluyendo miembros y no miembros del Consorcio PRESTASALUD, por cuenta y cargo del Comprador, mediante la extinción por condonación de acreencias de CAFESALUD con dichos terceros, discriminado e identificando plenamente en relación con cada acreencia el acreedor, el monto de la acreencia y el número de factura en la cual se encuentra reflejada.

- Se aclara que en caso que se decida pagar parte del precio de cesión del Activo Intangible mediante el pago por terceros, por cuenta y con cargo al Comprador, en virtud de la extinción por condonación de las acreencias de CAFESALUD con dichos terceros, en la Fecha de Cierre el Comprador causará que cada uno de tales terceros acreedores suscriba un documento de condonación en el cual declare condonadas tales acreencias y renuncie de manera irrevocable a su cobro en contra del Vendedor o de la Compañía.

x) El literal g) de la Sección 6.5. dispone que para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de pago al vendedor, el Comprador otorgará al Vendedor en la fecha de cierre una prenda sin tenencia sobre las acciones de la Compañía, mediante la celebración de un contrato de prenda de acción, y el Comprador causará que la Compañía otorgue en la fecha de cierre un pagaré en blanco con carta de instrucciones en favor del Vendedor cuyo texto será acordado entre el Vendedor y el Comprador.

xi) La Sección 7.1. contiene las condiciones de cierre de las obligaciones del comprador, dentro de las cuales, el literal c) estipula que la Superintendencia Nacional de Salud debe haber autorizado la Reorganización Institucional de CAFESALUD, la cual debe incluir la habilitación de la Compañía como EPS del régimen contributivo y subsidiado una vez se cumpla con lo establecido en los contratos de transacción, y la autorización para el traslado efectivo de afiliados. De la misma manera la Sección 7.2. en lo referente a las

condiciones de cierre de las obligaciones del Vendedor prevé también la aludida autorización por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

- Otrosíes al contrato de compraventa de acciones entre CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. y PRESTNEWCO S.A.S.

- Mediante Otrosí No. 1⁷² fue modificado el contrato en la Sección 3.2., y se adicionó la Sección 3.4. según la cual los recursos correspondientes al pago de la Compañía a favor del Vendedor del precio de compra por los Activos Muebles y los Activos Inmuebles , y los dos primeros pagos por la cesión del Activo Intangible, serán pagados directamente al FOSYGA o a quien haga sus veces, quien se subroga en la condición de acreedor respecto de tales pagos, atendiendo así de forma exclusiva la obligación de pagar los bonos opcionalmente convertibles en acciones – BOCAS (suscrito por el Ministerio de Salud en virtud de la autorización concedida mediante resolución No. 4737 del 13 de noviembre de 2015 proferida por el Ministerio), a menos que el Comprador reciba una notificación escrita por parte del Ministerio indicando que los pagos pendientes pueden ser realizados directamente al vendedor.

Así mismo se modificó el artículo 6.4. en su literal c), en el entendido que a partir de la Fecha de Cierre el Comprador causará que la Compañía asuma toda la responsabilidad por el pago de todas las acreencias laborales que a la Fecha de Cierre sean exigibles, y de todas las que nazcan a partir de esa fecha.

- En el Otrosí No. 2 al contrato de compraventa, suscrito el 1º de agosto de 2017⁷³ se modificó las secciones 1.1., 3.2. y 6.11.

II. El contrato de cesión de activo intangible

i) El 1º de agosto de 2017, CAFESALUD EPS S.A. suscribió con MEDIMAS EPS S.A.S., y con las sociedades garantes que corresponden a las que

⁷² EXPEDIENTE. Cuaderno Reservado No. 2. Folios 116 a 131.

⁷³ *Ibíd.* folios 132 a 146.

conformaron en su momento el CONSORCIO PRESTASALUD, un contrato de cesión de activo intangible⁷⁴, en el cual según el artículo 2º, sección 2.1., CAFESALUD en su calidad de cedente se obliga a ceder a MEDIMAS EPS en su calidad de cesionario, a título oneroso el activo intangible, y el cesionario se obliga a recibir dicho activo intangible a un precio de cesión de un billón ciento ochenta y un mil trescientos veintinueve millones ciento dieciocho mil pesos (COP 1.181.329.118.000).

ii) Según las definiciones contenidas en la Sección 1.1., el activo intangible es el activo identificable, de carácter no monetario y sin presencia física, sobre el cual se espera la obtención de beneficios económicos futuros, asociados a los permisos de CAFESALUD, los afiliados de CAFESALUD y la extensión de su participación en el mercado de aseguramiento en salud.

iii) En la Sección 2.2. se previó que la forma de pago del activo intangible de la siguiente manera:

a) una suma determinada no inferior al 50% del precio de cesión, mediante giro electrónico de recursos de disponibilidad inmediata a las cuentas bancarias que le sean notificadas por escrito por el cedente. En todo caso los dos primeros pagos del precio de cesión serán pagados directamente al FOSYGA o a quien haga sus veces, atendiendo así de forma exclusiva la obligación de pagar los bonos opcionalmente convertibles en acciones (BOCAS) suscritos por el Ministerio de Salud.

b) una suma determinada, mediante la cesión al cesionario, de los pasivos de CAFESALUD que constituyen obligaciones claras, expresas y exigibles por las facturas presentadas a CAFESALUD hasta la fecha de celebración del Contrato, y las obligaciones laborales en relación con los Empleados de CAFESALUD, existentes, reconocidas y conciliadas y que constituyan obligaciones claras, expresas y exigibles en la contabilidad de CAFESALUD al 31 de marzo de 2017.

⁷⁴ *Ibíd.* folios 145 a 166.

c) Una suma por ser determinada, mediante el pago de terceros (incluyendo integrantes del Consorcio PRESTASALUD y terceros no integrantes), por cuenta del Cesionario, a través de la extinción de la obligación de pago de CAFESALUD con dichos terceros, de las acreencias de CAFESALUD, por facturas presentadas a CAFESALUD hasta la fecha de celebración del contrato.

iv) Conforme a la Sección 3.2., el cesionario con posterioridad al cierre, se compromete a hacer sus mejores esfuerzos para gestionar y obtener una línea de crédito por un valor equivalente al 100% del precio de cesión del Activo Intangible pendiente de pago ante cualquier autoridad financiera. La línea de crédito será obtenida con el objeto de que el cesionario obtenga recursos suficientes para anticipar al cedente el 100% del precio de cesión del Activo Intangible pendiente de pago, traído a valor presente.

v) en la Sección 3.3. se define el alcance de las obligaciones del cedente, bajo el entendido que: a) la obligación de ceder los afiliados de CAFESALUD a la compañía en virtud de la reorganización empresarial que se limita a adelantar los trámites necesarios ante las Autoridades Gubernamentales competentes para que en la fecha de celebración del contrato, los individuos que estén afiliados al aseguramiento en salud de CAFESALUD en el régimen contributivo y subsidiado sean efectivamente cedidos a la compañía (MEDIMAS EPS); y b) la obligación del cedente de ceder los permisos de CAFESALUD se limita a adelantar los trámites necesarios ante las Autoridades Gubernamentales competentes para que en la fecha de celebración del contrato, los permisos de CAFESALUD sean válidos, estén vigentes y sean efectivamente cedidos al cesionario.

vi) En la Sección 3.6. se estipula que en caso que de conformidad con lo señalado en el Contrato, el cesionario pague parte del Precio de Cesión mediante el pago de terceros por cuenta del Cesionario, a través de la extinción por condonación de las obligaciones de pago de CAFESALUD con los terceros, las Partes se comprometen a ejecutar todos los actos y suscribir

todos los documentos necesarios para que se perfeccione la condonación, liberando en su totalidad al cedente de cualquier responsabilidad frente a los pasivos condonados.

vii) En la Sección 3.7. se establece que las partes reconocen y aceptan que por medio del contrato de cesión de activo intangible y del Contrato de Compraventa de Acciones da continuidad al establecimiento de CAFESALUD para efectos laborales. Así mismo, a partir de la fecha, operará una sustitución de empleador en los términos del artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo.

III. Contrato de garantía mobiliaria sobre acciones

El 26 de julio de 2017, CAFESALUD EPS S.A., en calidad de acreedor garantizado, MEDIMAS EPS S.A.S. (la compañía) y PRESTNEWCO S.A.S. en calidad de garante, suscribieron un contrato de garantía mobiliaria sobre acciones⁷⁵, que según la Sección 2.1. se constituyó a favor del acreedor garantizado con el objeto de garantizar las obligaciones del Garante contenidas en el Contrato de Cesión de Activo Intangible (las obligaciones del Pago del Garante y de la Compañía).

Así, con el objeto de garantizar las obligaciones del Pago de Garante y de la Compañía al Acreedor Garantizado, el Garante otorga a favor del Acreedor Garantizado una garantía mobiliaria de primer grado sin tenencia sobre el 100% de las acciones de la compañía (o acciones prendidas), en la medida en que el Garante es propietario de dichas acciones. El otorgamiento de la Garantía disponible a su favor no limita al Acreedor Garantizado para hacer efectiva cualquier otra garantía disponible a su favor, ni para ejercer cualesquiera otras acciones para hacer cumplir tales obligaciones.

⁷⁵ Ibíd. folios 175 a 188.

La Garantía se extiende también a todas y a cada una de las nuevas acciones emitidas por la Compañía, que el Garante pueda adquirir directa o indirectamente durante la vigencia del contrato.

IV. Contrato de compraventa de activos muebles

El 1º de agosto de 2017, CAFESALUD EPS S.A. (el vendedor) y MEDIMAS EPS S.A. (el comprador) celebraron un contrato de compraventa de activos muebles⁷⁶, en el que según su artículo 1º, el vendedor transferirá al Comprador a la fecha de firma del contrato la propiedad plena y completa sobre los Activos Transferidos en el estado en que se encuentren, y por lo tanto, el comprador se obliga a comprar la totalidad de los Activos Transferidos y a pagar el Precio de Venta.

En la Sección 1.02. se dispuso que el precio total de venta de los Activos Transferidos es de ocho mil ochocientos noventa y un millones cincuenta y dos mil setenta pesos (COP \$8.891.052.070), que será pagado el 1º de agosto de 2017, mediante consignación a las cuentas bancarias del FOSYGA o quien haga sus veces, quien se subroga en la condición de acreedor respecto de estos pagos, atendiendo así de forma exclusiva la obligación de pagar los bonos opcionalmente convertibles en acciones – BOCAS suscritos por el Ministerio de Salud.

Según el artículo 2º - sección 2.01. el vendedor es propietario exclusivo de los Activos Transferidos, los cuales se transfieren al Comprador en el estado en que se encuentren, y en consecuencia, el Comprador acepta de manera irrevocable el estado en el que se encuentran los Activos Transferidos por parte del vendedor a la fecha de celebración del contrato.

V. El contrato de compraventa de acciones entre CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. y PRESTMED S.A.S.

⁷⁶ Ibíd. folios 190 a 197.

i) El 23 de junio de 2017 CAFESALUD EPS S.A., PRESTMED S.A.S. y los integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD en su calidad de garantes, suscribieron un contrato de compraventa de acciones⁷⁷, en el cual, según el artículo 2º - Sección 2.1., CAFESALUD (el vendedor) se obliga a vender y transferir el 100% de las Acciones que representa el noventa y cuatro coma sesenta y ocho por ciento (94,68%) del capital de la Compañía, y PRESTMED S.A.S. (el comprador) se obliga a adquirir las acciones pro el precio en la fecha de cierre y en los términos y condiciones establecidas en el contrato. Según la sección 2.2. el precio corresponde a la suma de doscientos cincuenta mil millones de pesos colombianos (COP 250.000.000.000).

ii) En la sección 2.3. se estipularon las condiciones del pago, entre las cuales se destaca la contenida en el literal b) – i), según el cual la suma de cuarenta y cinco mil millones de pesos (COP \$45.000.000.000) serían aportados por el comprador al capital de la compañía (ESIMED S.A.) con el propósito que la compañía pague dichas sumas a la Corporación IPS SALUDCOOP en Liquidación, en virtud de la conciliación que será suscrita entre la compañía y SALUDCOOP antes de la fecha de cierre. Además, conforme al literal e) de la misma sección, en cualquier caso, los recursos correspondientes al primer pago del Precio y al saldo del segundo pago de la capitalización referida en la Sección 2.3., serán consignados en las cuentas bancarias del FOSYGA, para atender de forma exclusiva a la obligación del vendedor de pagar los bonos opcionalmente convertibles en acciones – BOCAS suscritos por el Ministerio de Salud.

El contrato fue modificado mediante Otrosí No. 1 del 26 de julio de 2017⁷⁸, y Otrosí No. 2 del 1º de agosto de 2017⁷⁹.

VI. Contrato de garantía mobiliaria sobre acciones

⁷⁷ Ibíd. folios 4 a 37.

⁷⁸ Ibíd. folios 40 a 67.

⁷⁹ Ibíd. folios 69 a 77.

Obra en el expediente copia del contrato de garantía mobiliaria sobre acciones⁸⁰ suscrito entre CAFESALUD EPS S.A., el Ministerio de Salud y Protección Social – Subcuenta de Garantías para la Salud del Fondo de Solidaridad y Garantías – FOSYGA (ambos en calidad de acreedores garantizados), Estudios e Inversiones Médicas S.A. – ESIMED S.A. (la compañía) y PRESTMED S.A.S. (el garante).

La Sección 2.2. del artículo 2º prevé que con el objeto de garantizar las obligaciones de pago del garante a los acreedores garantizados, el garante otorga a favor de los acreedores garantizados una garantía mobiliaria de primer grado con tenencia sobre el 94,68% de las acciones de la compañía (acciones prendadas), en la medida que el garante es propietario de tales acciones. El otorgamiento de la garantía no limita a los acreedores garantizados para hacer efectiva cualquier otra garantía disponible a su favor ni para ejercer cualesquiera otras acciones para hacer cumplir las obligaciones de pago del garante. Así mismo, la garantía se extiende a todas y a cada una de las nuevas acciones emitidas por la compañía que el garante pueda adquirir directa o indirectamente durante la vigencia del Contrato por la vía de repartición de dividendos en acciones, emisiones nuevas o como resultado de divisiones o reclasificación de las acciones, entre otros.

En la sección 2.3. las partes declaran que el monto de las obligaciones de pago del garante cubiertas por el contrato será hasta la suma de doscientos cincuenta mil millones de pesos (COP 250.000.000.000).

3.3.4. El Plan de Reorganización Institucional y la autorización por parte de la Superintendencia Nacional de Salud

i) La solicitud de reorganización institucional:

El representante legal de CAFESALUD EPS S.A., atendiendo las obligaciones que le asistían conforme al Reglamento de Venta y al contrato

⁸⁰ Ibíd. folios 200 a 212.

de compraventa de acciones suscrito con PRESTNEWCO S.A.S. y con los garantes e integrantes del consorcio PRESTASALUD, mediante oficio con radicado No. 1-2017-105605 del 5 de julio de 2017⁸¹ y dirigido al Superintendente Nacional de Salud, solicitó dar curso al trámite y autorización para implementar el Plan de Reorganización Institucional de CAFESALUD.

Además de la explicación a los aspectos antes analizados, esto es, lo concerniente al Reglamento de Venta, a la constitución de la sociedad NewCo y al contrato de compraventa de acciones, CAFESALUD precisa que en lo atinente al pago del pasivo con la red de prestadores no será cedido a la NewCo, lo que obedece a razones de tipo legal que dificultan o hacen dispendioso la cesión de tales pasivos, pues ello requeriría la aprobación expresa de cada uno de los miles de acreedores de CAFESALUD, y razones de tipo estratégico que involucran la protección del patrimonio público, en la medida en que buena parte de los pasivos no han sido objeto de proceso natural de depuración y conciliación que permita determinar el monto real de cada deuda; labor que deberá ser adelantada por CAFESALUD en lugar de ser trasladada a los compradores.

No obstante, refiere que como requisito para que la Superintendencia Nacional de Salud apruebe la Reorganización Institucional, se debe demostrar que los recursos que sean recibidos por CAFESALUD como consecuencia de la transacción sean destinados al pago de dicho pasivo, tal y como lo ordena el párrafo 1º del artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2017, por lo que CAFESALUD constituirá un patrimonio autónomo que recibirá los pagos de la transacción y garantizará que las sumas recibidas se destinen a atender el pasivo con la red de prestadores.

Así mismo, al referirse a la forma del pago de la transacción, indicó que del 100% del precio ofrecido por las acciones de NewCo (COP \$1.2 billones), por lo menos el 50% (COP\$600 mil millones) debe ser pagado en dinero en

⁸¹ EXPEDIENTE. CD obrante en Cuaderno reservado No. 1. Archivo: 1-2017-105605.

efectivo en un plazo máximo de 5 años, asegurando que cada año se cubra como mínimo el 50% del saldo inicial del precio ofrecido cada año.

Agrega que dado que el Consorcio tiene a su turno la calidad de acreedor de CAFESALUD, se exige que el 100% de las acreencias exigibles del Consorcio por servicios prestados deban ser condonadas o capitalizadas, condición que tiene por finalidad asegurar que los recursos en efectivo que se paguen por la transacción sean destinados en su totalidad al pago de las acreencias de todos los demás acreedores, por lo que el Consorcio no podrá invocar sus acreencias para exigir que sean pagadas con cargo a los recursos de la venta.

Por tanto, las acreencias condonadas o capitalizadas se reconocerán como precio de venta, y si bien la totalidad de las acreencias exigibles deben ser capitalizadas o condonadas, el valor de las acreencias que pueden ser reconocidas como precio de venta no pueden superar el 50% del precio de compra (máximo COP \$600 mil millones), acreencias que deberán ser condonadas a CAFESALUD o capitalizadas en Newco.

Alega que la estructura de pagos acordada en el contrato de compraventa busca maximizar el valor de los recursos que recibirá CAFESALUD por la venta, al tiempo que asegurar que los recursos recibidos en efectivo sean destinados exclusivamente al pago de las acreencias distintas de las acreencias de los miembros del Consorcio.

Por otra parte, afirma que comoquiera que el pasivo con la red de prestadores y proveedores de tecnologías en salud y proveedores administrativos que actualmente tiene CAFESALUD no será cedida a la NewCo, la labor de conciliación, reconocimiento y pago de los pasivos deberá ser adelantada por CAFESALUD, lo que garantiza que la eficiencia obtenida en la depuración y/o negociación de cada pasivo beneficie a CAFESALUD y a sus acreedores, en lugar de ser trasladada a los compradores.

Así, una vez sea aprobada la Reorganización y para garantizar que los recursos que sean recibidos por CAFESALUD como consecuencia de la transacción sean destinados al pago del pasivo, CAFESALUD constituirá un patrimonio autónomo que recibirá, administrará los recursos derivados de la transacción y garantizará que las sumas recibidas se destinen a atender el pasivo con la red de prestadores y proveedores de tecnologías en salud y lo que corresponda a proveedores administrativos.

Afirmó que el punto de partida para la NewCo se tiene proyectado para el 1º de agosto de 2017.

ii) En Oficio con Radicado No. 1-2017-107962⁸², y dando alcance a la solicitud de reorganización institucional, CAFESALUD EPS S.A. por intermedio de su presidente remitió entre otros, un documento denominado “esquema para la transferencia de activos y pasivos a ceder”, en el que refiere que la transferencia de dominio de los activos de propiedad de CAFESALUD a la NewCo se hará así: a) respecto de los bienes muebles, éstos se entregarán debidamente relacionados, en el estado y lugar donde se encuentren, previamente comunicado al comprador mediante acta de entrega, y aquellos cuya ubicación es diferente a las sedes de la compañía, se entregará en las bodegas o sitios de depósito adjuntando la relación de los mismos con su respectiva ubicación o estado de resultado del inventario realizado; b) en cuanto a los bienes inmueble, CAFESALUD transferirá a título de venta y mediante escritura pública los bienes inmuebles que son de su propiedad al comprador y luego éste último inscribirá la escritura pública en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos competente para verificar la tradición de los mismos; y c) en lo que respecta al pasivo – sustitución patronal, se debe formalizar mediante la entrega del documento correspondiente a cada uno de los 4.200 empleados a fin de comunicar que su nuevo empleador será el comprador (a partir del 1º de agosto de 2017), y adicionalmente transferir al comprador la provisión que a 31 de julio de 2017 se ha calculado en

⁸² Ibíd. Archivo: 1-2017-107962.

conceptos tales como prima de servicios, cesantías, intereses de cesantías y vacaciones, por un total de \$9.014.036.178.00.

iii) La Delegada para la Supervisión de Riesgos mediante concepto del 13 de junio de 2017⁸³ consideró que ninguna de las personas naturales y jurídicas relacionadas con el Plan de Reorganización Institucional – creación de nueva entidad presentado por CAFESALUD EPS S.A., mediante comunicación radicada con NURC-1-2017-105605 del 5 de julio de 2017, presenta alguna condición restrictiva que lo imposibilite, desde el punto de vista de riesgo legal o de LA/FT para hacer parte del vehículo llamado PRESTNEWCO S.A.S. y del cual es socio mayoritario CAFESALUD EPS trasladando sus afiliados, parte de los activos y pasivos, contratos, incluida la habilitación o autorización para operar estos contratos, lo cual se encuentra conforme con lo establecido en el artículo 87 del Decreto 2353 de 2015.

Así mismo precisó que la evaluación financiera llevada a cabo a las 12 entidades que conforman el CONSORCIO PRESTASALUD y en especial los principales indicadores financieros como el margen bruto, la rentabilidad y el patrimonio, presentan un resultado favorable base para mitigar el riesgo financiero de la operación que se pretende adelantar.

iv) La Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional mediante concepto técnico del 14 de julio de 2017⁸⁴, se pronunció sobre el Plan de Reorganización Institucional presentado por CAFESALUD EPS S.A., estimando que en apoyo de los conceptos dados por la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos, y la Dirección de Inspección y Vigilancia para las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, y previo análisis de la documentación presentada, se verificó que CAFESALUD se ajusta a la normativa vigente que rige este tipo de procedimientos dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que la entidad cumple con todos los requisitos exigidos en el numeral 3.2.1. de la circular externa 005 de la Superintendencia Nacional de Salud, relativos a la primera etapa

⁸³ Ibíd. Archivo: "concepto riesgo I.pdf".

⁸⁴ Ibíd. Archivo: "Concepto Primera Etapa.pdf".

del Proyecto del Plan de Reorganización Institucional de creación de nueva entidad. Por lo tanto, recomienda aprobar la primera etapa del aludido proyecto.

v) Mediante comunicación No. 1-2017-112775 del 17 de julio de 2017⁸⁵ dirigida al Superintendente Nacional de Salud, el Presidente de CAFESALUD EPS S.A. remitió la documentación que consideró necesaria para soportar la Tercera Etapa del proyecto de reorganización institucional, al que se refiere el numeral 3.2.3. de la Circular Externa No. 00005 de 2017 modificada por la Circular Externa No. 00006 de 2017.

En escrito con radicado No. 1-2017-113772 del 18 de julio de 2017⁸⁶, CAFESALUD EPS remitió a la Superintendencia Nacional de Salud la documentación faltante, exigida en el numeral 3.2.3. de la norma antes referida.

vi) En Memorando No. 3-2017-011235 del 19 de julio de 2017⁸⁷, el Superintendente Delegado para la Supervisión de Riesgos le remitió a la Superintendente Delegada para la Supervisión Institucional el concepto del plan de reorganización institucional de CAFESALUD EPS S.A. en su Tercera Etapa, en el cual se conceptuó lo siguiente:

a) las proyecciones financieras presentadas por CAFESALUD EPS S.A. respecto a la operación de MEDIMAS EPS S.A.S. (entidad a la cual plantea ceder su habilitación y sus afiliados), se sustentan en el cumplimiento de las metas de gestión asociadas al Modelo de Atención en Salud, de forma que cualquier incumplimiento al método afectará directamente los resultados del modelo financiero. Así, cobran relevancia todas las acciones de mitigación que puede adelantar la entidad para evitar incurrir en pérdidas no previstas, derivadas del deterioro de las condiciones de salud de la población afiliada o la materialización de riesgos operativos en su actividad de aseguramiento.

⁸⁵ Ibid. Archivo: "1-2017-112775.pdf".

⁸⁶ Ibid. Archivo: "1-2017-113772.pdf".

⁸⁷ Ibid. Archivo: "37. CONCEPTO RIESGO II.pdf".

b) En el marco de lo dispuesto en el numeral 3.2.3. de la Circular Externa 005 de 2007 de la Superintendencia Nacional de Salud, revisados los anexos 1 y 5, se concluye que éstos se encuentran ajustados a derecho y conforme a lo exigido en la Circular en el marco de un plan de reorganización institucional de Entidades Promotoras de Salud.

c) En término de cumplimiento de las condiciones financieras y de solvencia, contempladas en el Decreto 780 de 2016, capítulo 2º, Sección 1º, artículos 2.5.2.2.1.1. al 2.5.2.2.1.16 y modificatorios, se tiene que el modelo financiero propuesto incluye el cálculo de las condiciones financieras asociadas al capital mínimo y al patrimonio adecuado, teniendo en cuenta la consistencia en las proyecciones relacionadas con los ingresos, los costos y los gastos que prevé ejecutar dentro de los próximos 10 años y sus respectivos impactos en el Estado de Resultados y en el Balance General; y se observan capitalizaciones equivalentes en los montos y porcentajes en los que prevé diferir el defecto inicial y la gradualidad dada al cubrimiento de las pérdidas generadas en los primeros años y de la capitalización de las utilidades de los ejercicios producidas en los últimos años.

Agrega que la metodología propuesta para el cálculo de reservas técnicas se ajusta a las definiciones que rigen la materia, y adicionalmente, según lo informado por la entidad, el sistema de información que implementará le permitirá contar con todas las funcionalidades necesarias para poder aplicar de manera adecuada la reseñada metodología, e igualmente, y en relación con la Inversión de las Reservas Técnicas (IRT) se verificó el cumplimiento en el modelo financiero presentado.

En virtud de lo anterior, la Superintendencia Delegada emitió concepto favorable sobre el trámite relacionado en el asunto desde la perspectiva del modelamiento financiero.

vii) El 19 de julio de 2017 la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional emitió *“concepto técnico y recomendaciones solicitud plan de*

*reorganización institucional presentado por CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. NIT. 800.140.946-6*⁸⁸, correspondiente a la Tercera Etapa, conceptuó que verificó que la información aportada por CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. y la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S., se ajusta a la normativa vigente que rige este tipo de procedimientos dentro del SGSSS, y se concluye que la Entidad CUMPLE con todos los requisitos exigidos en el numeral 3.2.3. de la Circular externa 005 de 2017 de la Superintendencia Nacional de Salud, modificada por la Circular 006 de 2017, relativos a la Tercera Etapa del Proyecto del Plan de Reorganización Institucional de creación de Nueva Entidad.

Por tanto, y manifestando acoger en su integridad el concepto emitido por la Dirección de Inspección y Vigilancia para Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, recomienda aprobar el Plan de Reorganización Institucional presentado por el Representante Legal de CAFESALUD EPS S.A., así como también aprobar la cesión de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios descritos en la solicitud y la cesión total de los afiliados y la habilitación como Entidad Promotora de Salud de CAFESALUD EPS S.A., a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. en su calidad beneficiaria del Plan Reorganización Propuesto.

viii) El Superintendente Nacional de Salud mediante Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017 *“por medio de la cual se resuelve la solicitud de aprobación del Plan de Reorganización Institucional – Creación de Nueva Entidad, presentado por CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. y MEDIMAS EPS S.A.S.”*⁸⁹, siguiendo las recomendaciones y conceptos emitidos por la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos y de la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional, resolvió lo siguiente:

“ARTICULO PRIMERO, APROBAR el Plan de Reorganización Institucional, presentado por el Representante Legal de Cafesalud

⁸⁸ *Ibíd.* Archivo: “38. CONEPTO 3º ETAPA.pdf”.

⁸⁹ EXPEDIENTE. folio 827 s 833.

Entidad Promotora de Salud S.A, CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6), consistente en la Creación de una Nueva Entidad a saber, la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).

ARTÍCULO SEGUNDO. APROBAR la cesión de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios descritos en la solicitud, y la cesión total de los afiliados, así como la Habilitación como Entidad Promotora de Salud de Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6), a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5), en su calidad de beneficiaría del Plan de Reorganización Propuesto.

PARÁGRAFO PRIMERO. Serán objeto de cesión a la nueva entidad la totalidad de activos que hayan sido adquiridos y constituidos con los recursos de la UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS-.

PARÁGRAFO SEGUNDO. La Habilitación a ceder corresponde a la otorgada mediante Resolución 0973 del 29 de diciembre de 1994 como Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo, así como también la otorgada mediante Resolución 1358 del 29 de septiembre de 2008 como Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, al igual que la capacidad de afiliación asignada mediante la Resolución 2779 del 23 de diciembre de 2015 para el Régimen Subsidiado y la Resolución 2812 del 15 de septiembre de 2016 para el Régimen Contributivo.

ARTÍCULO TERCERO. ASIGNAR a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5) los códigos EPS044 para el Régimen Contributivo y EPSS44 para movilidad hacia el Régimen Subsidiado, con el fin de identificarla para fines del reporte de información a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de Salud y Protección Social, al FOSYGA o quien haga sus veces, y demás entidades que hagan parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO CUARTO. ASIGNAR a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5) los códigos EPSS45 para el Régimen Subsidiado y EPS045 para movilidad hacia el Régimen Contributivo, con el fin de identificarla para fines del reporte de información a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de Salud y Protección Social, al FOSYGA o quien haga sus veces, y demás entidades que hagan parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO QUINTO. CANCELAR los códigos EPS003, EPSC03, EPSM03 y EPSS03 asignados a Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6).

ARTÍCULO SEXTO. ORDENAR a Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6) y a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5), formalizar el Plan de Reorganización Institucional conforme disponga la normativa que les resulte aplicable y realizar los registros respectivos, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SÉPTIMO, ORDENAR a Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6) y a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5), que una vez formalizado el Plan de Reorganización Institucional, remita a esta Superintendencia copia de dicha formalización conforme disponga la normativa que les resulte aplicable y los registros respectivos.

ARTÍCULO OCTAVO. INFORMAR a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5) que podrá iniciar operación como Entidad Promotora de Salud, el primer día del mes siguiente al mes en que se perfeccione el Plan de Reorganización Institucional.

ARTÍCULO NOVENO. INFORMAR a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5) que se entenderá perfeccionado el Plan de Reorganización institucional una vez se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo Sexto de la presente Resolución.

PARAGRAFO. Hasta tanto se perfeccione el Plan de Reorganización Institucional y se haga efectivo el traslado de la totalidad de los afiliados a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5), Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6) deberá seguir garantizando la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público esencial de salud a los afiliados.

ARTÍCULO DECIMO. ORDENAR a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5), que una vez inicie el aseguramiento de los afiliados cedidos, de aviso al público de tal circunstancia en un diario de amplia circulación nacional, el cual deberá ser publicado por tres (3) veces con intervalos de cinco (5) días.

ARTÍCULO DECIMO PRIMERO. ORDENAR a MEDIMAS EPS S.A.S (NIT 901.097.473-5), antes de iniciar operaciones, remitir a la Superintendencia Nacional de Salud, el modelo de atención ajustado en el que se evidencie el tratamiento del sesgo de información frente a la caracterización de la población que se cederá, así como la totalidad de los procesos, procedimientos, manuales y demás documentos mencionados en el modelo, en el marco de un sistema de gestión de calidad estructurado, y la red de prestadores de servicios de salud mediante la cual se garantizará la prestación de los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, eutanasia y el rol asistencial en la red de servicios oncológicos, para la totalidad de los usuarios objeto de la cesión.

ARTÍCULO DECIMO SEGUNDO. ADVERTIR a Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6) y a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5), que el Presente Plan de Reorganización Institucional se aprueba sin perjuicio de las acciones de Inspección y Vigilancia que la Superintendencia Nacional de Salud pueda ejercer frente a MEDIMAS EPS S.A.S. como beneficiaria de la cesión de la habilitación y los afiliados de CAFESALUD EPS S.A.

ARTÍCULO DECIMO TERCERO. REMITIR copia de este Acto Administrativo a las Entidades Territoriales en las cuales CAFESALUD

EPS S.A. tiene operación, a la Cuenta de Alto Costo, al Ministerio de Salud y Protección Social, al Administrador Fiduciario del FOSYGA "CONSORCIO SAYP" o quien haga sus veces y a todas las dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud, para lo pertinente.

(...)"

- Así, con la aprobación del Plan de Reorganización Institucional por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, desapareció la condición previa para la ejecución del contrato de compraventa de acciones suscrito entre CAFESALUD EPS S.A. y PRESTNEWCO S.A.S., y así mismo se hizo efectiva la cesión por parte de CAFESALUD EPS a MEDIMAS EPS S.A.S., de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios, y la cesión total de los afiliados, así como la habilitación como EPS.

De tal manera que MEDIMAS EPS S.A.S. inició su operación como EPS a partir del 1º de agosto de 2017, atendiendo lo dispuesto en los contratos suscritos con CAFESALUD a los que previamente se hizo referencia, y de conformidad con lo previsto en el artículo 8º de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017.

3.3.5. LA AMENAZA A LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS ADVERTIDOS POR LA SALA, PREVIA A LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS

Previo a analizar los hechos acaecidos con posterioridad a la ejecución de los contratos suscritos entre CAFESALUD, PRESTNEWCO S.A.S., PRESTMED S.A.S., las sociedades garantes integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD y MEDIMAS EPS S.A.S., antes referenciados, es pertinente advertir las amenazas a los derechos e intereses colectivos que surgieron hasta ese momento, en los siguientes términos:

I. LA VULNERACIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS ORIGINADA EN EL DECRETO 718 DE 2017

La Sala debe advertir que los párrafos adicionales introducidos por el Decreto 718 de 2017 al artículo 2.1.13.9. del Decreto 780 de 2016, constituyen la génesis de la vulneración sistemática de los derechos e intereses colectivos al patrimonio público, y al acceso al servicio público a la salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna, advirtiendo de antemano la responsabilidad del Ministerio de Salud y de la Protección Social sobre el particular, sin que por ende opere una legitimación en la causa por pasiva en su favor.

En efecto, si se analizan los párrafos adicionales introducidos en el Decreto 718 del 4 de mayo de 2017 al artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016, antes citados (ver: consideración 3.3.1. - VI. La estructuración del marco legal que permitió la ejecución de la alternativa de venta de los activos de CAFESALUD), se observa que en el primero de éstos se modifica la reorganización institucional en la modalidad de creación de nueva entidad, permitiendo que la entidad solicitante no sea partícipe de la misma, y que realice cesiones parciales.

Respecto de la naturaleza de un plan de reorganización, una posible referencia al término es el establecido en el régimen de insolvencia empresarial (Ley 1116 de 2006), el proceso de reorganización empresarial pretende un acuerdo para preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.

Evidentemente el régimen de insolvencia empresarial no es aplicable a las EPS, tal y como expresamente lo prevé el numeral 1º del artículo 3 de la Ley 1116 de 2006, sin embargo de manera análoga si debe destacarse del concepto de reorganización que utiliza tal norma, el sentido de la reestructuración de la compañía para satisfacer sus obligaciones, que en el caso de las EPS guarda especial relevancia constitucional si se tiene en cuenta que las obligaciones pueden predicarse respecto de acreencias en favor Sistema General de Seguridad Social en Salud y de los actores del mismo.

A su turno, debe señalarse como particularidad de la reorganización institucional de las EPS, la garantía de la adecuada prestación de los servicios de salud, tal y como lo refiere el parágrafo 1º del artículo 230 de la Ley 100 de 1993 que prevé:

“ARTICULO. 230.-Régimen sancionatorio. (...)

PARAGRAFO. 1º-El gobierno reglamentará los procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, toma de posesión para administrar o liquidar y otros mecanismos aplicables a las entidades promotoras y prestadoras que permitan garantizar la adecuada prestación del servicio de salud a que hace referencia la presente ley, protegiendo la confianza pública en el sistema” (subrayado fuera del texto).

Así mismo el numeral 25 del artículo 6º del Decreto 2462 del 7 de noviembre de 2013:

“Artículo 6. Funciones. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las siguientes funciones:

(...)

25. Realizar los procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, toma de posesión para administrar o liquidar y otras acciones y medidas especiales aplicables a las entidades promotoras y prestadoras, que permitan garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud, cuando concurran las causales previstas en la ley y en ejercicio de su función de control”.

Como se puede observar, tanto el parágrafo 1º del artículo 230 de la Ley 100 de 1993, como el numeral 25 del artículo 6º del Decreto 2642 del 7 de noviembre de 2013, ponen de presente que cualquiera de las modalidades escogidas por una EPS para su reorganización institucional, esto es, que impliquen la cesión de los activos, pasivos y contratos de la compañía (las cuales pueden ser la escisión, fusión o creación de unan nueva entidad), deben siempre respetar la garantía de la prestación de los servicios de salud.

Tal garantía, debe entenderse en consideración a que el Sistema General de Seguridad Social en Salud es en su conjunto un servicio público esencial, como lo refiere el artículo 4º de la Ley 100 de 1993, según el cual:

“ARTICULO. 4º- Del servicio público de seguridad social. La seguridad social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley”.

En interpretación de la normativa, la H. Corte Constitucional precisó:

“4.1.6. El Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su conjunto, es un servicio público esencial. Es además un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado’ (art. 4º, Ley 100 de 1993). En tal sentido el Estado tiene la obligación de crear las reglas necesarias para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas dentro del Sistema de Salud”⁹⁰.

La obligación por parte del Estado a la que se refiere la H. Corporación, relativa a que se creen reglas necesarias para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas dentro del Sistema de Salud, deriva también del deber que le asiste en garantía del derecho fundamental a la salud, en los términos de los literales a) e i) del artículo 5º de la Ley estatutaria 1751 de 2015 *“por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”* que prescribe:

En el régimen de insolvencia empresarial (Ley 1116 de 2006), el proceso de reorganización empresarial pretende un acuerdo para preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.

Por otra parte el numeral 25 del artículo 6º del Decreto 2462 del 7 de noviembre de 2013:

⁹⁰ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia T-760/08. Referencia: expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326.

“Artículo 5°. Obligaciones del Estado. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas.

(...)

i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población”.

Lo anterior guarda relevancia en materia de la autorización por parte del Gobierno Nacional a las EPS de efectuar un plan de reorganización institucional en la modalidad de creación de nueva entidad sin la participación de la solicitante, y en la permisión de realizar cesiones parciales, dado que cabe preguntarse si tal regulación es acorde a las obligaciones del Estado en protección del derecho fundamental a la salud y satisface las necesidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud dada su naturaleza de servicio público esencial.

Al respecto, debe advertirse que la regulación contenida en el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016, representaba más cercanía a la naturaleza misma de un plan de reorganización desde la perspectiva de una reestructuración para atender el pago de las acreencias y a su vez garantizar la viabilidad de la compañía, que en el caso de la modalidad de creación de nueva entidad, ordenaba a la EPS solicitante a participar mayoritariamente en la empresa que fuera creada, lo que de contera le garantizaba no solo percibir el valor por los activos, pasivos, contratos, y la habilitación cedida, sino un constante ingreso de activos provenientes de la nueva empresa creada con los cuales podían atender sus obligaciones.

Sin embargo, dada la reforma introducida en el Decreto 718 de 2017, las EPS no requieren participar en la entidad resultante, y la autorización para cesiones parciales, le permite, como aconteció en el caso de CAFESALUD ceder sus activos y contratos, conservando sus pasivos a excepción de los atinentes a los trabajadores, lo cual, sumado a la disposición contenida en la

Circular No. 00005 de 2017 de la Superintendencia Nacional de Salud, le permitirá a la EPS salir de una medida de vigilancia o de intervención forzosa, si el dinero obtenido por la cesión parcial era destinado al pago de sus obligaciones.

Nótese que la EPS que cede todos sus activos, y conserva sus pasivos, cediendo incluso su habilitación como EPS en el proceso de reorganización en la modalidad de creación de nueva entidad, sin tener participación alguna en la compañía resultante, carece de su objeto social, existiendo solo para atender sus pasivos en el orden y bajo la modalidad que a su criterio le resulte más conveniente, y hasta que el valor percibido como consecuencia de la cesión le alcance para tales fines.

Tal situación jurídica guardaría relación con el objeto de un proceso de liquidación en el que se realizan los activos y se pagan los pasivos hasta la concurrencia de los activos, sin embargo se diferenciaría en que en este tipo de procedimiento no mediaría un Agente Liquidador, no se calificarían las deudas, no se atendería su pago bajo el principio de gradualidad y las decisiones sobre el pago no tendrían el control jurisdiccional que se ejerce sobre los actos del liquidador. Se faculta entonces a la EPS a pagar sus pasivos con los recursos obtenidos por la cesión de sus activos, bajo un procedimiento menos riguroso que el de una liquidación, circunstancia que afecta gravemente el Sistema General de Seguridad Social en Salud, si se tiene en cuenta que entre los acreedores de una EPS se encuentran las IPS y otros actores del sistema quienes a su vez ante la ausencia de tales recursos que se les adeuda no podrán prestar los servicios de salud a su cargo idóneamente.

Este modelo ya no comporta una reorganización bajo el concepto de la reestructuración de la compañía, sino una forma de desligar los activos de una EPS de sus pasivos, para vender los primeros y conservar los segundos para su pago en el orden y bajo las condiciones que la EPS cedente considere necesarias, sin la intervención de un organismo de vigilancia y control como lo sería la Superintendencia Nacional de Salud en el marco de una

administración forzosa para liquidar, y sin la rigurosidad legal que tal figura representa, en perjuicio de la garantía de la prestación del servicio de salud y del patrimonio público representado en los recursos que fluyen en el sistema.

Lo anterior, en el caso particular de la venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS y de los contratos de ESIMED S.A., tuvo consecuencias en las disposiciones del Reglamento de Venta, y en el contrato que posteriormente sería suscrito entre CAFESALUD EPS S.A., PRESTNEWCO S.A.S. y las sociedades garantes, dentro del cual, en la Sección 4.7. se estableció que a la fecha de cierre la Compañía (MEDIMAS EPS S.A.S.) no tendrá pasivos distintos de los siguientes: i) los derivados de las actividades relacionadas con su constitución; ii) los asumidos o registrados contablemente en virtud de la Reorganización Institucional de CAFESALUD; y iii) pasivos derivados de las actividades señaladas en los contratos de la transacción y del cumplimiento de las obligaciones contempladas en los contratos de la transacción.

Así mismo en la Sección 4.10 se previó que cualquier obligación exigible al vendedor (CAFESALUD EPS) antes de la Fecha de Cierre bajo los contratos cedidos o que se haya causado bajo los contratos cedidos y su exigibilidad esté pendiente de un plazo en la Fecha de Cierre, será asumida por el vendedor y el Comprador (MEDIMAS EPS) no tendrá responsabilidad alguna en relación con tales sumas debidas.

Por otra parte, los efectos de las disposiciones normativas también repercutieron en la ejecución del contrato de compraventa, si se tiene en cuenta el acuerdo suscrito entre PRESTNEWCO S.A.S. y ESIMED S.A. para interceder en el pago de las deudas que CAFESALUD EPS S.A. tenía con ESIMED S.A., el cual será objeto de análisis en detalle más adelante.

Por lo pronto, debe reconocerse que el hecho mismo de autorizar a CAFESALUD EPS S.A. quien tenía una medida de vigilancia especial prorrogada por cerca de cuatro años, a ceder sus activos y conservar sus

pasivos adquiridos antes de la fecha de cierre, no guarda coherencia con el plan de reorganización institucional en la modalidad de creación de nueva entidad, pues ya no se busca garantizar la viabilidad de la compañía, o el aseguramiento del pago de sus pasivos a través del ingreso constante de activos producto de la participación mayoritaria en la entidad resultante de la cesión, sino que por el contrario, sin implicar una liquidación, se mantiene vigente en el ordenamiento jurídico una compañía que carece de objeto social (pues ya no podrá ejercer su actividad de EPS ante la cesión de su habilitación como tal), con el solo propósito de pagar sus pasivos en el orden y bajo las condiciones que a bien estime, arriesgando los recursos que deben fluir a través del SGSSS, entre estos los de las IPS, poniendo en riesgo la integridad misma del Sistema y la prestación del servicio de salud de manera eficiente y oportuna.

En conclusión, la Sala evidencia que la vulneración de los derechos e intereses colectivos al patrimonio público y al acceso al servicio público a la salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna, tiene su origen en la expedición del artículo 1º del Decreto 718 de 2017 que adicionó el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016.

No obstante, la vulneración de los derechos e intereses colectivos no solo se deriva de las normas antes aludidas, sino también de otras actuaciones de los involucrados como demandados en este caso, que se analizarán a continuación.

II. LA FALTA DE EXIGIBILIDAD DE LA EXPERIENCIA EN ASEGURAMIENTO

Además de las expresiones contenidas en el Reglamento de venta respecto de la habilitación a CAFESALUD EPS S.A. de ceder el 100% de sus acciones en la sociedad NewCo que se creara como consecuencia del plan de reorganización institucional, aspecto analizado por la Sala en la valoración del Decreto 718 de 2017 y en la Circular No. 00005 de 2017 de la

Superintendencia Nacional de Salud, debe advertirse también como otra de las disposiciones que amenazan los derechos e intereses colectivos al patrimonio público y a la prestación del servicio público a la salud de manera eficiente y oportuna, lo relacionado a la experiencia en gestión en salud, descrito en el numeral 6.6. del Reglamento.

Al respecto, y como se señaló en precedencia, el reglamento dispone que la experiencia en gestión en salud es entendida como la seguridad social en salud o aseguramiento en salud, gestión del riesgo en salud, cubrimiento de la carga financiera de la enfermedad, operación de redes prestadores de servicios de salud, prestación de servicios de salud o administración de planes de beneficios.

Así mismo dispuso que la experiencia debía corresponder a los últimos tres (3) años, y la cobertura en números de usuarios afiliados, cubiertos o atendidos debía acreditarse así: a) en el caso de solicitudes de acreditación para presentar oferta por las acciones de la NewCo Integral y/o las Acciones de Esimed, por mínimo un millón quinientos mil (1.500.000) usuarios afiliados, cubiertos o atendidos; b) en el caso de solicitudes de acreditación para presentar oferta sólo por las acciones de la NewCo del Régimen Contributivo, por mínimo un millón ciento veinticinco mil (1.125.000) usuarios afiliados, cubiertos o atendidos; y c) en el caso de solicitudes de acreditación para presentar Oferta sólo por las acciones de la NewCo del Régimen Subsidiado, por mínimo trescientos setenta y cinco mil (375.000) usuarios afiliados, cubiertos o atendidos.

Si bien la “gestión en salud” definida en el Reglamento incluye entre sus opciones de acreditación, la de aseguramiento en salud, tal alternativa no es la única, facultando a los interesados en el proceso de venta de participar en el mismo sin contar con la experiencia de aseguramiento en salud, teniendo la posibilidad de acreditar en su lugar la experiencia en gestión del riesgo en salud, el cubrimiento de la carga financiera de la enfermedad, operación de redes prestadoras de servicios de salud, o la prestación de servicios de salud

o administración de beneficios, para satisfacer el componente de gestión en salud exigido en el Reglamento de Venta.

Sin embargo a criterio de la Sala la experiencia en aseguramiento en salud debió ser el criterio determinante (y no uno alternativo entre otros) para acreditar la experiencia en salud exigida a quienes estuvieran interesados en hacerse del control de la sociedad NewCo a la que le sería transferidos los activos, los pasivos, los contratos y la habilitación como EPS de CAFESALUD EPS S.A.

Para desarrollar este argumento, la Sala debe poner de presente el concepto mismo de aseguramiento en salud, y las condiciones particulares de CAFESALUD EPS, en especial el número de afiliados y la cobertura con la que contaba en el territorio nacional al momento de la reorganización institucional, aspectos que se ponen de presente así:

i) El artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 *“por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, define el aseguramiento en salud en los siguientes términos:

“Artículo 14. Organización del Aseguramiento. Para efectos de esta ley entienda-se por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud”.

Así, el aseguramiento en salud comprende aspectos tales como la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garanticen el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud, la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores, todo lo cual exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Por otra parte, el Decreto 682 de 2018 *“por el cual se sustituye el Capítulo 3 del Título 2 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto número 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación con las condiciones para la autorización de funcionamiento, habilitación y permanencia de las entidades responsables del aseguramiento en salud”*, dispone en su artículo 1º que sustituyó el Artículo 2.5.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016, que el objeto de la norma consistía en definir *“los requisitos para obtener la autorización de funcionamiento, las condiciones de habilitación y las condiciones de permanencia que deben cumplir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las entidades adaptadas al Sistema, en adelante las entidades responsables de la operación del aseguramiento en salud”*.

Siendo entonces las EPS responsables de la operación del aseguramiento en salud, éstas requieren de unas condiciones especiales para la autorización de su funcionamiento, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 2.5.2.3.2.2. del Decreto 780 de 2016 (sustituido también por el artículo 1º del Decreto 682 de 2018, precisando que sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones financieras y de solvencia establecidas en el Capítulo 2º del Título 2º de la Parte 5ª del Libro 2º del Decreto 780 de 2016, las entidades que deseen obtener la autorización de funcionamiento como EPS debían acreditar como requisitos ante la Superintendencia Nacional de Salud los siguientes:

a) Capacidad técnico-administrativa, estudio que se soportará en la información que permita demostrar que la entidad cumple con las condiciones legales y los procesos administrativos, contables, logísticos y de gestión de talento humano, que permiten demostrar el cumplimiento de las funciones indelegables del aseguramiento en salud.

b) Capacidad tecnológica y científica, estudio que se soporta en la información que permita demostrar que la entidad contará con la infraestructura, tecnologías, sistemas de información y comunicación, procesos y recursos humanos articulados para cumplir con las funciones indelegables de aseguramiento en salud.

c) Procesos para emplear en la evaluación, adquisición, planeación y gestión de sistemas de información, desarrollados en un plan informático específico que detalle las características, la propuesta de adquisición de los sistemas de información y los plazos de implementación de cada uno de los componentes exigidos, junto con las estrategias y controles propios de la entidad para verificar su cumplimiento.

d) Descripción general de la red de prestadores de servicios de salud con la que contará la entidad al momento de entrar en operación en el ámbito territorial donde solicita autorización y de su red a nivel nacional para garantizar los servicios de salud de la población. Esta propuesta de red debe sustentarse en el perfil epidemiológico, el análisis de las necesidades en salud de la población que se propone afiliar en el ámbito territorial solicitado y en la capacidad instalada de los prestadores de servicios de salud en los municipios y departamentos donde solicita autorización para operar;

e) condiciones financieras y de solvencia, en las que se certifique por parte del revisor fiscal o quien haga sus veces del cumplimiento de las condiciones de capital mínimo y patrimonio adecuado y certificación por parte del director financiero o quien haga sus veces, de la metodología para el cálculo de las reservas técnicas y régimen de inversión de las reservas técnicas.

f) Estudio de factibilidad financiera, que permita establecer la viabilidad financiera de la entidad, que incluya el presupuesto mensual proyectado para el primer año de operación y anual para los primeros tres (3) años, así como un análisis que observe el cumplimiento de las condiciones financieras establecidas en la normativa vigente, junto con la descripción de las estrategias para garantizar su cumplimiento.

g) Código de Conducta y de Gobierno Organizacional, en un documento que incluya la descripción del código de conducta y de gobierno organizacional de la entidad en los términos aquí establecidos.

Así mismo, según el artículo 2.5.2.3.3.1. del Decreto 780 de 2016 sustituido por el artículo 1º del Decreto 682 de 2018, precisa que las entidades a las que se refiere el artículo 2.5.2.3.1.2. de la norma, incluida las EPS, deberán operar el aseguramiento en salud con el propósito de disminuir la ocurrencia de riesgo que comprometan la salud de la población afiliado, el funcionamiento de la entidad y su sostenibilidad, y para garantizar el adecuado funcionamiento las entidades deberán cumplir y demostrar como mínimo las siguientes condiciones de habilitación ante la Superintendencia Nacional de Salud: a) la capacidad técnico-administrativa; b) la capacidad tecnológica; y c) la capacidad científica (entendida como la demostración por parte de las compañías que cuentan con procesos propios y talento humano para la operación del aseguramiento en salud, centrado en la representación del afiliado, la gestión integral del riesgo en salud y la articulación de una red integral de prestadores de servicios de salud).

Evidentemente la regulación propia de la creación de una nueva EPS, no es aplicable a las entidades nuevas que se crean con ocasión de un plan de reorganización institucional, supuesto jurídico que encuentra su regulación propia en el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016 junto con sus modificaciones. Sin embargo, la norma citada constituye un referente para dar a entender las condiciones que deben cumplir las EPS para poder funcionar, y posteriormente para obtener y mantener su habilitación, todo lo cual se exige en garantía del deber de aseguramiento en salud que les asiste, y que comprende los elementos reseñados en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Así, si la EPS que sea constituida a través de un proceso de reorganización institucional bajo la modalidad de creación de nueva entidad, le será exigible desde su habilitación todas las condiciones previstas en el ordenamiento que acrediten su capacidad para asumir el aseguramiento en salud, lo mínimo que se le debe exigir a las sociedades interesadas en participar de la entidad que sea creada para tales efectos es que cuenten con esa experiencia en el aseguramiento, para aportarla en la nueva compañía.

Se reitera que el proceso de reorganización institucional en la modalidad de creación de nueva entidad difiere del de la creación de una EPS, pero ello no es óbice para desestimar las condiciones que en uno y otro caso son exigibles para que la EPS establecida mantenga sus condiciones de habilitación. Además, la reorganización tiene la particularidad de que la entidad resultante entrará a asumir la operación de las condiciones de la habilitación cedida por la EPS solicitante de tal proceso.

En ese orden, para el caso de la reorganización institucional, la habilitación, los activos, los afiliados y los contratos con los prestadores del Sistema ya existen, y como producto de la cesión, tales elementos serán asumidos por la nueva entidad que se constituya como resultado de la reorganización, lo cual valida la exigencia de la experiencia previa en aseguramiento en salud de la o las sociedades que participarán de tal entidad que asumirá toda la operación y garantizará la salud como derecho fundamental y como servicio público esencial a los usuarios.

Lo anterior guarda especial relevancia en tratándose del aseguramiento que CAFESALUD EPS S.A. estaba en la obligación de brindar a sus usuarios con anterioridad a la puesta en marcha del plan de reorganización institucional, compañía que tal y como lo advirtió el Presidente de la empresa en el oficio dirigido ante la Superintendencia Nacional de Salud⁹¹, había recibido la migración de 5.269.016 afiliados provenientes de SALUDCOOP EPS S.A. migrados del régimen contributivo, como consecuencia del plan especial de asignación de afiliados de SALUDCOOP aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución No. 002422 de 2015.

Así mismo, CAFESALUD EPS S.A., conforme a la valoración efectuada por LAZARD S.A.S. y su equipo asesor en el informe denominado “Proyecto Omega – Análisis de Cafesalud EPS”⁹², presentó una disminución de sus afiliados en el año 2016, en aproximadamente 850 mil usuarios del Régimen Contributivo y 150 mil usuarios del Régimen subsidiado.

⁹¹ EXPEDIENTE. CD obrante en cuaderno reservado. Archivo: “1-2017-105605”.

⁹² Expediente. folio 1193 rev.

Lo anterior sumado a los problemas administrativos, técnicos y financieros de la EPS que dieron lugar a las medidas de vigilancia especial por parte de la Superintendencia Nacional de Salud junto con sus respectivas prórrogas, y que fueron evidenciados por los testimonios practicados en el decurso del proceso, todo lo anterior debidamente descrito en precedencia (ver consideración 3.3.1.2. La primera fase de la estructura de la transacción - I. El diagnóstico de CAFESALUD E.P.S. S.A.).

La difícil situación en la que se encontraba CAFESALUD EPS S.A., justificaba para la constitución de una nueva sociedad como resultado del proceso de reorganización institucional a la cual CAFESALUD le cedería los activos, de la exigencia mínima de una compañía con experiencia en aseguramiento en salud que pudiera hacer frente a la problemática en aras de garantizar adecuadamente la salud como servicio público esencial.

Sin embargo, la disposición de las múltiples alternativas previstas en el Reglamento de Venta, para acreditar la denominada “gestión en salud”, constituyó una amenaza a la prestación del servicio de salud como derecho colectivo, puesto que se dejaba de salvaguardar el objeto mínimo de la reorganización el cual era superar las problemáticas técnicas, administrativas y financieras de CAFESALUD a través de la creación de una nueva entidad, habilitando la cesión de los activos, de los contratos y de los afiliados a una sociedad o grupo de sociedades que podrían no tener una experiencia en aseguramiento en salud.

Desafortunadamente la amenaza del aludido derecho e interés colectivo se hizo más evidente con la selección del CONSORCIO PRESTASALUD como adjudicatario del proceso de venta, conformado por unas sociedades de las cuales ninguna tenía experiencia en aseguramiento en salud, lo cual, posterior a la adjudicación del contrato de compraventa contribuyó a la vulneración efectiva de los derechos e intereses colectivos al patrimonio público y a la prestación del servicio público de salud, ante la deficiente operación llevada a cabo por MEDIMAS EPS S.A.S. (NewCo constituida

como resultado del proceso de reorganización institucional), advertida por diversas autoridades de control, y que se consignará en detalle más adelante.

De igual manera la vulneración causada sería aún más gravosa ante la exclusión del CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. de PRESTNEWCO S.A.S. (dueño de MEDIMAS EPS S.A.S.), sociedad que en principio acreditaba la experiencia en gestión en salud en los términos del Reglamento de Venta. Es decir que no solo lo dispuesto en el Reglamento en materia de experiencia amenazaba el derecho a la salud como servicio público esencial, sino que ni siquiera las condiciones mismas del Reglamento fueron acreditadas a cabalidad por parte de la sociedad que asumió el control de los activos de CAFESALUD EPS y de sus afiliados. Este aspecto también tendrá un acápite para su análisis en detalle.

III. LA VIOLACIÓN AL LÍMITE DE INTEGRACIÓN VERTICAL

La Ley 1122 de 2007 en su artículo 15 establece el límite de la integración vertical entre las EPS con sus IPS en los siguientes términos:

“Artículo 15. Regulación de la integración vertical patrimonial y de la posición dominante. Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, las condiciones de competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés, de cualquiera de los actores del sistema de salud.

Dese un período de transición de un (1) año para aquellas EPS que sobrepasen el 30% de que trata el presente artículo para que se ajusten a este porcentaje. (Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1041 de 2007, en el entendido de que dicho plazo comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud, ésta le notifique a la EPS respectiva, que debe ajustar su integración vertical al 30%).

Parágrafo. Las EPS del Régimen Contributivo garantizarán la inclusión en sus redes de Instituciones Prestadoras de Salud de carácter público”.

(Artículo 15 declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1041 de 2007, en el entendido de que las limitaciones de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados. En todo caso, se atenderán los eventos de urgencia).

La aludida norma fue objeto de control de constitucionalidad por la H. Corte Constitucional en Sentencia C-1041 de 2007, en la cual consideró:

“En primer lugar, una interpretación teleológica apunta a que el artículo acusado debe ser leído a la luz del objeto y fin general de la Ley 1122 de 2007, cual es, en los términos de su artículo 1º "el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios"; propósito que se pretende alcanzar mediante la implementación de un conjunto de reformas en aspectos relacionados con la dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud. De tal suerte que los cambios introducidos por el legislador en materia de integración vertical patrimonial y posición dominante de la EPS no pueden ser entendidos de manera aislada, sino como elementos integradores de una profunda reforma introducida al sistema de seguridad social en salud en Colombia, encaminados todos ellos, como se anotó, al mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios.

*Ahora bien, para efectos de una interpretación exegética deben ser precisados dos conceptos esenciales para la comprensión del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007: la integración vertical patrimonial y la posición dominante. En tal sentido, desde una aproximación de dirección estratégica, y siguiendo el clásico estudio de Coase (1937), la integración vertical es una teoría que describe un estilo de propiedad y control sobre las empresas. **De tal suerte que el empresario se convierte en un coordinador de recursos, organizando diversas actividades que conforman una misma cadena de producción.** En pocas palabras, las compañías integradas verticalmente están unidas por una jerarquía y comparten un mismo propietario. Así pues, diversas empresas desarrollan diferentes actividades, que combinadas, apuntan a la consecución de un mismo fin (vgr. una misma firma petrolera que, mediante diversas empresas, explora, explota, refina y comercializa el producto). Por el contrario, la integración horizontal consiste en que una corporación, que busca vender una clase de producto en numerosos mercados, crea una multitud de empresas subsidiarias, cada una comercializa el producto para un segmento de mercado o para un área diferente.*

La integración vertical, de igual manera, puede ser, a su vez (i) hacia atrás; (ii) hacia adelante; y (iii) compensada. La primera consiste en que la compañía crea subsidiarias que producen algunos de los materiales utilizados en la fabricación de sus productos (vgr. una compañía automovilística puede poseer una empresa de neumáticos, una de vidrio

y una de metal). El control de estas subsidiarias se justifica para crear un suministro estable de materiales y asegurar una calidad constante en el producto final. La segunda, hacia adelante, se presenta cuando la compañía establece subsidiarias que distribuyen o venden productos tanto para los consumidores como para su propio consumo (vgr. un estudio de cine que poseyera una cadena de teatros). Por último, la integración vertical compensada se presenta cuando la empresa establece subsidiarias que le suministran materiales a la vez que distribuyen los productos fabricados.

En el sector salud la definición de la integración vertical presenta dificultades por las especiales características de este mercado, Simoens y Scott⁴⁰ la definen como la coordinación o unión de líneas de servicio dentro o a través de las etapas en los procesos de producción de atención en salud. Esto supone que la integración se relaciona con la circulación del paciente a través de las etapas de producción que son determinadas por episodio de salud. Entonces la integración vertical es una estructura de Gobierno diseñada para coordinar y controlar los servicios de atención que están en diferentes estados de la cadena de valor y que facilitan la colaboración y comunicación interorganizacional entre los oferentes de atención en salud que están involucrados en la prestación de servicios. La doctrina propone unas dimensiones para la medición de la integración vertical en materia de salud: amplitud, forma de integración, grado de integración, modo de control, nivel de integración y duración.

Ahora bien, en el caso colombiano, debido a las especificidades en el diseño del régimen contributivo, el cual desintegra –separa- el aseguramiento –a cargo de las EPS- de la prestación del servicio –en cabeza de las IPS-, la integración vertical ha sido entendida en los siguientes términos: debido a que las EPS tienen la función principal de garantizar la prestación de los servicios del POS, como producto final a sus afiliados, se ha supuesto que esta firma se enfrenta a la decisión entre entregar directamente los servicios o llevarlos al usuario mediante ciertas transacciones en el mercado, esto es, se plantea que la EPS podría integrarse hacía delante con la IPS y de este modo controlar directamente la atención a sus afiliados. La amplitud de la integración entre EPS e IPS puede examinarse de dos maneras bien sea en término del rango de servicios o de actividades que hacen parte del POS y que son entregados de manera directa por las EPS, o en término de la población que como una proporción del total de afiliados es servida de esta forma. Por su parte, el grado de integración vertical va a estar referido al porcentaje del gasto en servicios de salud que la EPS realiza a través de sus propias IPS. La forma de la integración se determina por la manera como la EPS establece control sobre la IPS.

El artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 hace referencia tanto al grado de integración vertical –al establecer un límite al porcentaje de los gastos de contratación entre EPS e IPS- como a la forma de integración pues utiliza el criterio de propiedad para determinar la forma de control que han de tener las EPS sobre las IPS para efectos de que opere la restricción legal. En esa medida la disposición demandada emplea expresiones y hace alusión a conceptos que requieren ser precisados para efectos de su aplicación tales como "con sus propias IPS", contratación y gasto en salud, labor que en principio no corresponde a la Corte Constitucional

*sino a la Superintendencia de salud en virtud de las facultades que le otorga la misma Ley 1122 a las cuales se hará alusión más adelante, no obstante para efectos del examen de constitucionalidad del precepto acusado, **a juicio de esta Corporación la medida introducida para efectos de limitar la integración vertical debe ser entendida en sentido amplio, es decir como una prohibición de toda forma negocial que implique un acuerdo de voluntades entre EPS e IPS para la provisión de prestaciones en materia de salud.***

La posición dominante, por su parte, consiste en una sustracción de la competencia efectiva, en una situación de fortaleza en la cual se encuentra una determinada empresa, la cual le permite evitar que en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en últimas, de los consumidores. La existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores económicos, de los cuales el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado. También es necesario tomar en consideración la debilidad económica de los competidores, la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso al recurso o a la tecnología.

Cabe asimismo señalar que el Estado, en virtud del artículo 333 Superior "por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional".

En diversas ocasiones la Corte se ha pronunciado acerca sobre la figura de la posición dominante, y el abuso de la misma, sobre este extremo cobra particular relevancia la definición consignada en la sentencia C-616 de 2001, pues en esa ocasión se examinaba si los artículos 156, 177, 179, 181 y 183 de la Ley 100 de 1993 violaban la libertad económica consagrada en el artículo 333 de la Carta Fundamental, al facultar a las Entidades Promotoras de Salud -EPS- para que prestaran directamente el servicio de salud a sus afiliados, a través de sus propias Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud -IPS-, en razón al trato preferencial que podrían tener éstas, en detrimento de otras que conservan su independencia. En palabras de la Corte:

"Una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C. P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores".

(...)

Así las cosas, si bien existen algunos argumentos a favor del modelo pleno de integración vertical entre las EPS y sus propias IPS, también lo es que los estudios demuestran que ese modelo empresarial, mediante el cual se abaratan los costos, no necesariamente redundan en una mejor calidad del servicio de salud que se presta a los usuarios del sistema. Pero en todo caso ningún estudio demuestra de manera concluyente que la limitación de la integración vertical sea un mecanismo inadecuado para conseguir la finalidad de mejorar la prestación del servicio de atención en salud.

Ahora bien, debido a la modalidad del tipo de juicio de proporcionalidad que se adelanta en esta ocasión el juez constitucional debe estimar, prima facie, que la medida es idónea si no existen pruebas definitivas que demuestren lo contrario, tal y como sucede en el presente caso. En este orden de ideas, la Corte estima que la medida es idónea para la consecución del principal fin propuesto por el legislador, cual es, el mejoramiento de la calidad del servicio de salud.

(...)

Las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

Así las cosas, mediante la adopción del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 se pretende evitar situaciones de abuso de la posición dominante de las EPS en el mercado, mediante la introducción de una limitante al funcionamiento de un modelo empresarial de integración vertical.

En conclusión, la Corte estima que la medida es idónea para alcanzar el fin constitucionalmente válido de evitar situaciones de abuso de la posición dominante de las EPS, en los términos del artículo 333 Superior”⁹³ (negrilla fuera del texto).

Conforme a lo anterior, la integración vertical puede entenderse como un estilo de propiedad y de control de empresas en el que el empresario se convierte en un coordinador de recursos, organizando diversas actividades que conforman una misma cadena de producción, así las compañías integradas verticalmente están unidas en una jerarquía y comparten un mismo propietario. En el sector salud, la integración vertical será la

⁹³ SIERRA PORTO, Humberto Antonio (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia C-1041/07. Referencia: D-6756.

coordinación o unión de líneas de servicio dentro o a través de las etapas en los procesos de producción de atención en salud, lo que supone la circulación del paciente a través de las etapas de producción que son determinadas por el episodio de salud.

En el caso del régimen nacional, debido a que las EPS tienen la función principal de garantizar la prestación de los servicios POS, como producto final a sus afiliados, se ha supuesto que las compañías se enfrentan a la decisión de entregar directamente los servicios o llevarlos al usuario mediante ciertas transacciones en el mercado, planteando que la EPS podría integrarse hacia adelante con las IPS y de ese modo controlar directamente la atención a sus afiliados. Así, la amplitud de la integración entre EPS e IPS puede examinarse bien sea en término del rango de servicios o de actividades que hacen parte del POS y que son entregados de manera directa por las EPS, o en término de la población que como una proporción del total de afiliados es servida de esta forma. A su turno, el grado de integración se referirá al porcentaje del gasto en servicios de salud que la EPS realiza a través de sus propias IPS y la forma de integración se determina por la manera como las EPS establecen control sobre las IPS.

A criterio de la H. Corte Constitucional, en los términos de la sentencia citada, el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 hace referencia tanto al grado de integración vertical, al establecer el límite al porcentaje de los gastos de contratación entre EPS e IPS, como a la forma de integración pues utiliza el criterio de propiedad para determinar la forma de control que han de tener las EPS sobre las IPS para efectos que opere la restricción legal.

La disposición contenida en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, siguiendo el criterio de la H. Corte Constitucional, constituye uno de los elementos integradores de una profunda reforma introducida al sistema de seguridad social en salud en Colombia, encaminados al mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Así mismo, se pretende evitar situaciones de abuso de la posición dominante de la EPS en el mercado, definida ésta como una sustracción de la competencia efectiva y de fortaleza en la cual se pueda

encontrar, que le permita evitar que en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y consumidores.

En materia de la protección de los derechos e intereses colectivos, la trasgresión del límite de la integración vertical afectaría la prestación del servicio público a la salud y la libre competencia económica, dados que éstos son protegidos con la prohibición introducida en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

En el caso concreto, acorde con el Certificado de Existencia y Representación Legal de cada una de las sociedades que conformaron el CONSORCIO PRESTASALUD⁹⁴, y a la caracterización efectuada por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos, en el concepto técnico del Plan de Reorganización Institucional de CAFESALUD⁹⁵, estas compañías se pueden clasificar según su naturaleza así:

SOCIEDAD	TIPO SOCIETARIO	TIPO DE ENTIDAD
MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA	Sociedad anónima	Entidad de Medicina Prepagada
CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.	Sociedad Anónima	Institución Prestadora de Servicios de Salud
ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A.	Sociedad Anónima	Institución Prestadora de Servicios de Salud
FUNDACIÓN ESENSA	Entidad sin ánimo de lucro	Institución Prestadora de Servicios de Salud
FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSE	Entidad sin ánimo de lucro – patrimonio autónomo	Prestador de Servicios de Salud
SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL DE SAN JOSÉ	Entidad sin ánimo de lucro	Institución Prestadora de Servicios de Salud – IPS
PRIOCARDIO SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES	Sociedad Limitada	Institución Prestadora de Servicios de Salud
COOPERATIVA MULTIACTIVA PARA LOS PROFESIONALES DEL SECTOR SALUD – CMPS	Sin ánimo de lucro	Institución Prestadora de Servicios de Salud
FUNDACIÓN SAINT	Entidad sin ánimo de lucro	Prestador de servicios de salud

⁹⁴ EXPEDIENTE. CD obrante en cuaderno reservado (834).

⁹⁵ EXPEDIENTE. CD obrante en cuaderno reservado. Archivo: “CONCEPTO RIESGO I”.

CORPORACIÓN NUESTRA IPS	Entidad sin ánimo de lucro	Institución Prestadora de Servicios de Salud
SERVICIO AÉREO MEDICALIZADO Y FUNDAMENTAL – MEDICALFLY S.A.S.	Sociedad por Acciones Simplificada	Institución Prestadora de Servicios de Salud
MIOCARDIO S.A.S.	Sociedad por Acciones Simplificada	Institución Prestadora de Servicios de Salud

Con lo anterior se acredita que la mayoría de los integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD son prestadores del servicio de salud, lo cual al momento de la elección del aludido consorcio significó una amenaza para los derechos e intereses colectivos a la libre competencia y a la prestación el servicio público esencial de la salud, en tanto que podría causar una vulneración al límite del 30% para la integración vertical prevista en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

Lo advertido se justifica teniendo en cuenta las empresas creadas por los mismos integrantes del consorcio, esto es: a) PRESTNEWCO S.A.S. que recibió el 100% de las acciones que CAFESALUD EPS S.A. tenía en MEDIMAS EPS S.A.S. (NewCo constituida como resultado del Plan de Reorganización Institucional); y b) PRESTMED S.A.S. que compró las acciones de la IPS ESIMED S.A.

Así, las mismas sociedades prestadoras de salud integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD, conformaron PRESTNEWCO S.A. dueña de la EPS MEDIMAS a quien se le cedió la habilitación de CAFESALUD EPS S.A. para operar como EPS. Las mismas sociedades a través de PRESTMED S.A.S. asumieron el control de las acciones que CAFESALUD EPS S.A. tenía en ESIMED S.A., lo que corresponde al 94.68% del capital suscrito de la compañía.

Ello denota la existencia de una misma cadena producción de atención en salud, en la que participan las sociedades que integraron el CONSORCIO PRESTASALUD, MEDIMAS EPS S.A.S. y la IPS ESIMED, estas dos últimas con el mismo propietario y unidas en la misma jerarquía.

En ese orden, se evidencia que MEDIMAS EPS S.A.S. puede contratar los servicios de prestación de salud con las IPS de su misma cadena, esto es: a) sus compañías dueñas (las empresas prestadoras integrantes de PRESTASALUD); y b) ESIMED S.A., lo que amenazaría con consolidar el riesgo al que se refiere el artículo 15 de Ley 1122 de 2007.

La amenaza a los derechos e intereses colectivos en este aspecto, trascendió a una vulneración efectiva una vez MEDIMAS EPS S.A.S. entró en operación, de conformidad con el Oficio No. S114102404180306561000000934700 del 24 de abril de 2018⁹⁶ suscrito por el Director de Liquidaciones y Garantías de la Administradora de los Recursos del Sistema Central de Seguridad Social en Salud – ADRES, por el cual señala que de enero al 6 de abril de 2018 la EPS MEDIMAS pagó a través de giro directo a 1.145 IPS únicas un total de \$545.143 millones de los cuales: a) el 21% del pago se destinó a la IPS ESIMED; y b) el 41% del pago se concentró en ocho IPS de 1.145 IPS.

Agrega el ADRES que mediante comunicación SG-109-2018 del 5 de febrero de 2018 la EPS MEDIMAS informó que hace parte del grupo empresarial cuya matriz es PRESTNEWCO S.A.S., y en ese contexto MIOCARDIO S.A.S., Corporación Nuestra IPS y Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José concentran el 6% del pago de giro directo. Así mismo, la IPS CORPORACIÓN MI IPS que cuenta con diferentes NIT concentra el pago del giro directo en un 10%.

Por lo anterior, resulta clara la vulneración a los derechos e intereses colectivos referenciados con ocasión de la trasgresión del límite de integración vertical al que se refiere el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

IV. LA CONDONACIÓN DEL 50% DEL VALOR DE LA COMPRAVENTA

⁹⁶ EXPEDIENTE. Cuaderno de medida cautelar III – Solicitante: José Roberto Acosta Ramos. folios 126 y 127.

Como lo refirió la Sala en precedencia, es una amenaza de los derechos e intereses colectivos al acceso al servicio público esencial a la salud y al patrimonio público, la permisión de la reorganización institucional en la modalidad de creación de nueva entidad sin la participación de la entidad cedente de sus activos y habilitación, y la autorización de la cesión parcial, todo lo cual está contenido en el Decreto 718 de 2017, así como también en el Reglamento de Venta y en el contrato de compraventa de acciones entre CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. y PRESTNEWCO S.A.S.

Tal amenaza se hace más gravosa con la inclusión de las cláusulas en el contrato de compraventa y en el contrato de intangibles según las cuales hasta el 50% del valor de la compraventa del activo intangible será pagado por la condonación de las deudas, como manera de extinguir las acreencias las sociedades prestadoras del servicio de salud integrantes del consorcio PRESTASALUD, respecto de CAFESALUD EPS S.A. en su calidad de deudor.

Conviene la Sala con el criterio de la Agente Especial de la Procuraduría General de la Nación en tanto que no todos los recursos recibidos por CAFESALUD como consecuencia del contrato de compraventa suscrito con PRESTNEWCO S.A.S. y con los garantes (sociedades integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD), ingresarán efectivamente al Sistema de Salud, lo que podría repercutir en una afectación de la prestación del servicio.

Tal medida comporta el privilegio de las acreencias de tales prestadores del servicio de salud, respecto de otros que puedan tener una deuda más antigua y en un orden preferente, si el pago por parte de CAFESALUD a sus deudores se efectuara en el marco de un proceso de liquidación.

Así, analizadas las disposiciones del contrato de compraventa, junto con el contrato de venta del activo intangible, así como también del Reglamento de Venta, se tiene que CAFESALUD EPS sin tener participación alguna en la entidad resultante de su proceso de reorganización institucional, recibe un

monto de recursos por parte de los compradores de sus activos, al que se le descuentan, bajo la figura de la condonación, las acreencias que tales sociedades compradoras tienen con el vendedor.

Del remanente de los recursos que recibe, CAFESALUD EPS pagará sus restantes acreencias en el orden que estime pertinente, estando incluso facultado para privilegiar una vez más a las prestadoras del servicio de salud, compradores de sus activos, bien sea a través del pago de aquellas acreencias que no se beneficiaron con la condonación o con el pago de las acreencias ESIMED S.A., cuyas acciones fueron adquiridas por PRESTMED S.A.S., creada por las mismas sociedades compradoras de los activos de CAFESALUD, integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD.

Obra en el expediente certificación suscrita por el Gerente de Contabilidad e Impuestos de CAFESALUD EPS S.A.⁹⁷, en el que acredita que según los registros contables tomados del sistema de información financiera "SEVEN ERP" a 30 de julio de 2017, CAFESALUD EPS S.A. presenta como saldos en las cuentas por pagar de los prestadores de salud que son parte de la sociedad accionaria de PRESTNEWCO, un total de \$112.838.665.183.

Según lo acredita la Agente Especial Liquidadora de SALUDCOOP EPS en el Oficio SCOOP-0031456 del 13 de junio de 2018⁹⁸, el valor total que PRESTNEWCO se obligó a pagar tanto por las acciones de Newco del Régimen Contributivo como de Newco del Régimen subsidiado, fue la suma de COP\$1.200.000.000.000, los cuales deben ser pagados de la siguiente manera:

a) La suma total de COP\$18.670.882.000 por parte de MEDIMAS a CAFESALUD como precio por la compra de los activos muebles e inmuebles de CAFESALUD, de conformidad con lo establecido en la Sección 3.2. (b) (vi) y Sección 3.4 del Otrosí No. 1 al Contrato de Compraventa de Acciones.

⁹⁷ EXPEDIENTE. folio 328.

⁹⁸ *Ibíd.* folios 1637 a 1641.

b) La suma total de COP\$1.181.329.118.000 por parte de MEDIMAS a CAFESALUD como precio de compra de activo intangible, de conformidad con lo establecido en la Sección 6.5 del Contrato de Compraventa de Acciones y Sección 2.2 del Contrato de Cesión de Activo Intangible.

Se tiene entonces que en principio de los COP\$1.181.329.118.000 que recibiría CAFESALUD EPS por la compra del activo intangible, el total de los \$112.838.665.183 serían condonados como precio de pago del activo intangible.

Restaría como acreencias de los integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD con CAFESALUD EPS, las adquiridas de ESIMED S.A. como consecuencia de la compra de sus acciones. Sin embargo, como se verá en detalle más adelante, en virtud de la posibilidad de CAFESALUD de determinar el orden de pago y preferencia para honrar sus deudas como consecuencia del plan de reorganización institucional, la compañía ya reconoció la mayoría de sus pasivos con ESIMED S.A. (ver consideración 3.3.6. – II).

Además de lo anterior, la amenaza a los derechos e intereses colectivos al patrimonio público y a la prestación del servicio público esencial a la salud, tal y como lo refiere la Agente Especial de la Procuraduría General de la Nación, puede derivar en una práctica de los compradores consistente en la compra de cartera a otros acreedores de CAFESALUD, para luego, exigiendo tales acreencias como propias, se beneficie de la condonación de tales deudas como parte de pago del activo intangible.

3.3.5. SOBRE LA EFECTIVA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS QUE CONSOLIDÓ LA AMENAZA ADVERTIDA

La amenaza a los derechos e intereses colectivos evidenciada en los términos antes expuestos, con ocasión del Reglamento de Venta de Activos, Pasivos y Contratos de CAFESALUD EPS y de las acciones de ESIMED, así

como también de la suscripción de los contratos de compraventa de acciones con las sociedades PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S. (conformadas por los integrantes del CONSORCIO PRETASALUD), en este caso dio lugar a la efectiva vulneración de tales prerrogativas una vez MEDIMAS EPS S.A.S. asumió la prestación del servicio de salud a partir del 1º de agosto de 2017.

Debe aclararse que el análisis que se realizará no se trata solo de la valoración de la forma en que MEDIMAS EPS S.A.S. ha prestado el servicio de salud hasta la fecha, puesto que tal estudio, tal y como lo expuso el Despacho Ponente en reiteradas ocasiones en el decurso del proceso, no corresponde a la presente actuación.

No obstante, al ser el acceso al servicio público a la salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna, uno de los derechos e intereses colectivos invocados como amenazados por parte de los actores populares, la Sala sí estima pertinente efectuar un estudio sobre tal vulneración, en aras de determinar las consecuencias que acarrearán situaciones fácticas tales como la ejecución del Reglamento de Venta aprobado por SALUDCOOP EPS S.A., la aprobación del Plan de Reorganización Institucional de CAFESALUD EPS S.A. por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, y la ejecución de los contratos suscritos entre CAFESALUD EPS S.A., PRESTNEWCO S.A.S., PRESTMED S.A.S. y MEDIMAS EPS, previamente descritos.

Así, el análisis que efectuará la Sala al respecto se centrará en las siguientes consideraciones:

A. Cuestión previa: sobre la carencia actual de objeto por hecho superado

En orden a lo anterior, debe desestimarse de plano el argumento de las sociedades vinculadas en su calidad de demandados en el proceso, al afirmar que en este caso se encuentra configurada la carencia actual de objeto por hecho superado con ocasión del cierre del proceso de venta de activos,

pasivos y contratos de CAFESALUD EPS S.A. y las acciones de ESIMED S.A., así como la suscripción y ejecución de los respectivos contratos que soportaron el mismo, en tanto que si bien la demanda se interpuso con anterioridad a estos hechos, la potestad de la Sala en el presente medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos no se agota en tales aspectos, sino que por el contrario exige que se analice si las amenazas de estas prerrogativas advertidas por los demandantes al momento de la interposición de la demanda, constituyen ahora una efectiva vulneración que deba ser objeto de resarcimiento por parte del Juez Constitucional.

Así, es imperativo dar cuenta de las actividades desplegadas por MEDIMAS EPS S.A.S. y ESIMED S.A.S., con posterioridad a la aprobación de la reorganización institucional de CAFESALUD EPS S.A. y del cumplimiento de los contratos de venta de acciones suscritos por esta última con PRESTMED S.A.S. y PRESTNEWCO S.A.S.

B. Análisis de las pruebas aportadas al proceso que acreditan las condiciones de la ejecución de los contratos suscritos entre CAFESALUD, PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S.

La Sala pone de presente las pruebas aportadas en el decurso del proceso, que demuestran lo siguiente:

I. SOBRE LA COMPOSICIÓN ACCIONARIA DE PRESTNEWCO S.A.S.

En la Respuesta al Oficio No. XA 17-1652 del 15 de diciembre de 2017, por el cual la Superintendencia de Sociedades informa el estado de la demanda presentada por el Centro Nacional de Oncología S.A., Fundación Esensa y Fundación Saint, remitiendo copia del cuaderno principal y del cuaderno de medidas cautelares que se tramita en tal proceso, se observa lo siguiente:

a) En la demanda⁹⁹, las sociedades que fueron integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD, solicitan que se declare la ineficacia de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la sociedad PRESTNEWCO S.A.S. del 5 de octubre de 2017, así como de las decisiones adoptadas en ella, entre éstas, la exclusión de los accionistas CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A., FUNDACIÓN ESENSA y FUNDACIÓN SAINT. De la misma manera solicita la cancelación de la inscripción en el Libro de Registro de Accionistas de la sociedad PRESTNEWCO S.A.S., de la venta y/o transferencia y/o cesión de las acciones por parte del CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA.

- Así mismo en la demanda se aclara que la composición accionaria debe ser la concordante en los Estatutos Sociales, según el cual el CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA representa el total de 500.000 acciones, que equivale a un porcentaje del 47,17%, la FUNDACIÓN ESENSA representa 40.000 acciones equivalente al 3,77% y la FUNDACIÓN SAINT 40.000 acciones que corresponden al 3,77%.

b) En la demanda se afirma que es ineficaz y de pleno derecho el documento del 17 agosto de 2017¹⁰⁰ según el cual el representante legal del CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA y con el fin de que cada consorciado quedara en igualdad de condiciones, autorizó la transferencia de acciones así:

ACCIONISTA	ACCIONES TRANSFERIDAS
A la Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José	26.250
Hospital Infantil Universitaria de San José	26.250
MEDICALFLY S.A.S.	26.250
MIOCARDIO S.A.S.	26.250
Organización Clínica General del Norte S.A.	52.500
Corporación Nuestra IPS	26.250

⁹⁹ EXPEDIENTE. CUADERNO No. 1. "RESPUESTA SUPERSOCIEDADES OFICIO XA17-1652". Folios

¹⁰⁰ Ibíd. folios 159 a 161.

Cooperativa Multiactiva para los profesionales del Sector Salud	26.250
Priocardio Servicios Médicos Integrales Ltda.	52.500
Medplus Medicina Prepagada S.A.	52.500
Fundación Esensa	26.250
Fundación Saint	26.250
TOTALES acciones transferidas	367.500

De la misma manera, considera ineficaz el registro de la aludida transferencia de acciones en la Cámara de Comercio de Bogotá¹⁰¹.

c) En acta No. 2 de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de PRESTNEWCO S.A.S. del 5 de octubre de 2017¹⁰², y con la comparecencia de los accionistas Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José, Hospital Infantil Universitario de San José, Medcalfly S.A.S., Miocardio S.A.S., Organización Clínica General del Norte S.A., Corporación Nuestra IPS, Cooperativa Multiactiva para los Profesionales del Sector Salud, Priocardio Servicios Médicos Integrales Ltda., Medplus Medicina Prepagada S.A. y Fundación Saint, representando el 81.25% de las acciones suscritas y pagadas, decidieron adoptar la propuesta de la exclusión de los accionistas FUNDACIÓN ESENSA, FUNDACIÓN SAINT y CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A., de conformidad con el artículo 17 de los Estatutos Sociales, con el voto favorable de setecientos noventa y cinco mil (795.000) acciones, que representan el 75% de las acciones suscritas con derecho a voto.

La exclusión, según la exposición de argumentos efectuada por el Presidente de la compañía, se sustentó en que de conformidad con el contrato de compraventa de acciones suscrito el 23 de junio de 2017, entre CAFESALUD y ESIMED, específicamente el literal a) del numeral 2.3., todos los accionistas de la sociedad tenían la obligación de realizar el pago de \$62.500.000.000 a

¹⁰¹ Ibíd. folios. Folios 157 a 179.

¹⁰² Ibíd. Cuaderno No. 2. Folios 102 a 110.

CAFESALUD EPS, a más tardar el 26 de septiembre de 2017. En la fecha indicada, todos los accionistas habían realizado el pago salvo el Centro Nacional de Oncología S.A., la Fundación Esensa y la Fundación Saint.

Según el Presidente, el Centro Nacional de Oncología, la Fundación Saint y la Fundación Esensa han realizado una conducta continuada y reiterativa de desconocimiento del acuerdo de accionistas y del acuerdo de intención, lo que ha llevado a presentar una solicitud de investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación.

El incumplimiento del contrato suscrito con CAFESALUD generaba obligaciones de pago para todos los accionistas, lo cual ha causado el pago de intereses de mora que afectan a los demás accionistas. Por otra parte el Centro Nacional de Oncología designado por todos los accionistas para hacer el empalme con CAFESALUD presentó un Código de Buen Gobierno que no reflejaba lo aprobado por todos los accionistas, violaba lo acordado por los accionistas e incluía cláusulas que beneficiaban irregularmente al Centro Nacional de Oncología.

Además, el Centro Nacional de Oncología se negó reiteradamente a entregar las acciones de acuerdo a lo convenido con todos los accionistas, en el que se había acordado repartir de manera proporcional las acciones para todos los accionistas.

- La Asamblea Extraordinaria referida con antelación, también es de conocimiento de la Superintendencia de Sociedades con ocasión de la demanda interpuesta por el Centro Nacional de Oncología, la Fundación ESENSA y la Fundación SAINT.

En este caso no le corresponde a la Sala verificar si le asiste razón a los demandantes en el proceso surtido ante la Superintendencia de Sociedades, o a los integrantes que decidieron la exclusión del Centro Nacional de Oncología, de la Fundación ESENSA y la Fundación SAINT. Sin embargo, si debe llamarse la atención respecto al impacto en la afectación de los

derechos e intereses colectivos de las decisiones adoptadas por los integrantes de la sociedad PRESTNEWCO S.A.S.

En primera medida se reitera que la falta de exigibilidad de la experiencia en aseguramiento como criterio determinante y no alternativo en el Reglamento de Venta, como se observó en precedencia (Ver consideración 3.3.4. – II), generó una amenaza al derecho colectivo a la prestación del servicio de salud en condiciones de eficiencia y oportunidad.

En segundo lugar, se observa que la afectación al aludido derecho e interés colectivo se hizo más gravosa ante el incumplimiento por parte de las sociedades integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD del Reglamento de Venta, es decir, que la experiencia en “gestión en salud” propuesta en el Reglamento, ni siquiera fue atendida a cabalidad por el consorcio adjudicatario de la compraventa de los activos, y de contera tampoco lo fue la experiencia en aseguramiento exigida por la Sala.

Lo anterior se sustenta en el hecho que según el numeral 9.6.2. literal b) del Reglamento de Venta, en caso que el adjudicatario fuera un Consorcio al que se le haya adjudicado las acciones de más de una sociedad, podría constituir varias sociedades, cada una de las cuales adquiriría las acciones de cada sociedad adjudicada siempre y cuando un miembro del Consorcio que hubiere acreditado la experiencia en Gestión en Salud, adquiriera una participación no inferior al 50% del capital de cada sociedad adjudicada.

Así, en este caso, cuando se instituyeron los Estatutos Sociales de PRESTNEWCO S.A.S. (conformada por los integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD para adquirir las acciones de CAFESALUD EPS en MEDIMAS EPS S.A.S.), al CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA le correspondió el total de 500.000 acciones, tal y como fue acreditado por el representante legal de la compañía en el certificado del 5 de julio de 2017¹⁰³, lo cual equivale a 47,169%, lo cual era menor al porcentaje exigido en el

¹⁰³ Cuaderno No. 1 – RESPUESTA SUPERSOCIEDADES OFICIO XA17-1652. Folio 164.

Reglamento de Venta, e incluso al previsto en el contrato de constitución de tal consorcio.

Además, debe advertirse conforme al Acta de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de PRESTNEWCO S.A.S., que entre los integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD existía un acuerdo de intención en el que el CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA le transferiría a cada una de las sociedades del Consorcio un número determinado de acciones con el objeto de garantizar una participación más proporcional entre las mismas, con lo cual, evidentemente, el porcentaje de participación del CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA sería menor.

El documento al que se hace referencia en el Acta de Asamblea, corresponde al acuerdo de intención suscrito el 30 de enero de 2017¹⁰⁴ entre las sociedades que posteriormente conformarían el CONSORCIO PRESTASALUD, acordaron en la cláusula cuarta lo siguiente:

“CUARTA: (...)

Respecto de Experiencia en Gestión en Salud, esta será acreditada en cabeza del consorciado que determine el representante legal del consorcio, en todo caso, los otros consorciados igualmente entregarán las respectivas certificaciones. Para la acreditación se adjuntarán los documentos listados en los literales de la cláusula 6.6.2. del Reglamento.

Aunque la acreditación experiencia exigida corresponda al consorciado elegido por el representante legal del consorcio, en virtud de lo establecido en el reglamento y dicha situación se refleje así en el contrato del Consorcio, las participaciones de cada uno de los Acreedores en la Sociedad que adquiera las acciones serán iguales, correspondiendo a cada uno de ellos una participación accionaria igual, resultante de dividir el número de acciones entre el número de participantes, pues el objeto es la constitución de un modelo plural de administración y de gobierno corporativo que garantice por sobre todo el cumplimiento del objeto social de aseguramiento público.

(...)”¹⁰⁵.

A su vez, con la transferencia efectuada por el Representante Legal del CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA de las acciones de PRESTNEWCO

¹⁰⁴ EXPEDIENTE. Cuaderno – Acciones populares anexos procuraduría del folio 3001 al folio 3500. Folios 3104 a 3119.

¹⁰⁵ *Ibíd.* folios. 3110 y 3111.

S.A.S. a los demás integrantes de la compañía, solicitada mediante escrito del 17 de agosto de 2017 (documento objetado en la demanda ante la Superintendencia de Sociedades), la participación del CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA se redujo a 132.500 acciones, lo que equivalía a una participación del 12,5%.

Finalmente, con la exclusión del CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de PRESTNEWCO S.A.S. del 5 de octubre de 2017, la participación de la sociedad resultó ser del 0%.

Lo expuesto permite afirmar que PRESTNEWCO S.A.S. nunca acreditó la experiencia de gestión y por el contrario, en un periodo menor a tres meses desde la autorización del plan de Reorganización Institucional de CAFESALUD por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, y por ende de la adquisición del 100% de las acciones de MEDIMAS EPS S.A.S. por parte de PRESTNEWCO S.A.S., la participación del CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA entidad que acreditaba tal experiencia, se redujo a 0%, evidenciando de manera más gravosa la vulneración al derecho colectivo a la prestación al servicio público de salud, pues no solo los integrantes del consorcio PRESTASALUD no contaban con la experiencia en aseguramiento, sino que tampoco atendieron a cabalidad la experiencia exigida en el Reglamento de Venta.

Lo mismo debe concluirse respecto de PRESTMED S.A.S., en tanto que de conformidad con la certificación del 4 de octubre de 2017 suscrita por el representante legal de la compañía¹⁰⁶, el CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA tenía 132.500 acciones de un total de 1.060.000, lo que equivale a una participación del 12,5%, contrariando lo previsto en el numeral 9.6.2., literal b) del Reglamento de Venta.

II. El acuerdo de pago suscrito entre ESIMED S.A. y PRESTNEWCO S.A.S.

¹⁰⁶ Cuaderno No. 1 – RESPUESTA SUPERSOCIEDADES OFICIO XA17-1652. . Ibíd. folios 162 y 163.

Merece especial atención el Acuerdo para la negociación de acreencias celebrado entre ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. y PRESTNEWCO S.A.S. y suscrito el 1º de diciembre de 2017¹⁰⁷ por el cual PRESTNEWCO se obliga a adelantar en nombre y representación de ESIMED, con o sin el acompañamiento de ésta, la negociación de las acreencias a cargo de CAFESALUD EPS S.A. con ocasión de la prestación de servicios de salud a sus afiliados conforme a las facturas radicadas, con el fin de que sean debidamente reconocidas dentro del pasivo de la deudora, de cara a que sean extinguidas las obligaciones insatisfechas a través de cualquiera de los mecanismos previstos para tales fines en el ordenamiento jurídico.

En el Acuerdo se pone de presente que la mora en el pago por parte de CAFESALUD EPS S.A. en favor de ESIMED S.A. asciende a la suma de ciento ochenta y cinco mil setecientos once millones ochocientos cincuenta y siete mil setecientos cuarenta y cinco millones de pesos (\$185.711.857.745).

Así mismo se dispone que ESIMED S.A. reconocerá en favor de PRESTNEWCO S.A.S. una suma equivalente al 5% del valor total de acreencias reconocidas por CAFESALUD EPS S.A. A título de anticipo ESIMED S.A. deberá pagarle a la sociedad la suma de ocho mil novecientos cuarenta y ocho millones ochocientos dos mil cuatrocientos ochenta y seis pesos (\$8.948.802.486).

El apoderado de ESIMED S.A., dando respuesta a la medida cautelar solicitada por el actor popular José Roberto Acosta, manifestó que en virtud del acuerdo suscrito entre ESIMED S.A. y PRESTNEWCO S.A.S., CAFESALUD EPS ha reconocido como obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles a favor de ESIMED S.A. la suma de \$101.014.583.140.

¹⁰⁷ EXPEDIENTE. Cuaderno de medida cautelar No. III. folios 39 a 45.

Tal prueba demuestra lo advertido por la Sala en precedencia (consideración 3.3.4. I y IV), en el entendido que la potestad de CAFESALUD de pagar sus acreencias en el orden que estime pertinente (lo cual no sucedería en un proceso liquidatorio), le permite incluso honrar de manera preferente las obligaciones contraídas con la IPS ESIMED, cuyo dueño es PRESTMED S.A.S. integrado por los miembros del consorcio PRESTASALUD.

En este caso, se trata de un negocio suscrito entre ESIMED S.A., cuyo 94,68% de la propiedad accionaria le corresponde a PRESTMED S.A.S. (en virtud de las acciones vendidas por CAFESALUD EPS S.A.), y PRESTNEWCO S.A.S., advirtiendo que tanto PRESTMED S.A.S. como PRESTNEWCO S.A.S. tienen el mismo dueño, esto es, las sociedades que conformaron el CONSORCIO PRESTASALUD.

Las acreencias de CAFESALUD EPS a pagar a ESIMED S.A., cuya gestión para su pago sería adelantada por PRESTNEWCO S.A.S. según el aludido Acuerdo de Pago, deberían ser pagadas con cargo a los recursos recibidos por CAFESALUD EPS con ocasión de la venta de sus activos, pasivos y contratos y de la venta de las acciones de ESIMED S.A., sin que haya otro ingreso adicional por parte de CAFESALUD EPS demostrado en el expediente, y sin que exista otro ingreso por concepto de la prestación de servicios de EPS, puesto que ya no cuenta la habilitación para ello, ni participa de la propiedad accionaria de MEDIMAS EPS S.A.S.

Es decir, que aun existiendo el límite de hasta el 50% del valor de la compra objeto de condonación de las deudas de CAFESALUD cuyo acreedor son las sociedades integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD, ésta última puede satisfacer preferentemente los pasivos adquiridos en virtud de la compra de las acciones de ESIMED S.A., retornando así el dinero pagado por estas sociedades con tal finalidad.

Nótese además que conforme lo dispuesto en el Reglamento de Venta y en el contrato de compraventa de activos, los integrantes del CONSORCIO

PRESTASALUD no asumen pasivo distinto de CAFESALUD del relacionado a los empleados que prestaban sus labores para la EPS.

Así, los activos de CAFESALUD y de ESIMED pasaron a ser propiedad de los integrantes del consorcio bajo las sociedades PRESTMED S.A.S. y PRESTNEWCO S.A.S., así como también la habilitación de CAFESALUD para operar como EPS la cual la tiene MEDIMAS EPS S.A.S. cuyo dueño es PRESTNEWCO S.A.S., y los pasivos (a excepción de los empleados), siguen estando en poder de CAFESALUD, los cuales pagará en el orden que estime necesario, estando facultado para privilegiar los pasivos de los integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD, no solo bajo el beneficio de la condonación de las deudas, sino de los nuevos pasivos, como lo es el caso de las deudas que tiene con ESIMED S.A.

Adicionalmente, el acuerdo suscrito entre ESIMED S.A. y PRESTNEWCO S.A.S. que comparten un dueño común (integrantes del consorcio PRESTASALUD), tiene como beneficio un valor adicional en favor de PRESTNEWCO S.A.S. como pago por su gestión, el 5% de las acreencias reconocidas por CAFESALUD.

Todo lo anterior, y ante la permisón del ordenamiento legal de autorizar una reorganización institucional sin participación de la EPS que la solicita, da lugar a esta clase de negocios jurídicos, que permiten adelantar el pago de las acreencias sin respetar un orden que podría exigirse en un proceso liquidatorio, e incluso, obteniendo recursos adicionales como aconteció en este caso con el valor a pagar a PRESTNEWCO S.A.S. por su gestión, lo cual, tal y como se ha advertido en el decurso de esta providencia, impacta en la afectación de los derechos e intereses colectivos a la prestación al servicio público de salud y al patrimonio público.

Además, el Decreto No. 718 de 2017 al no establecer una previsión sobre el particular, desconoce así mismo los derechos de terceros, porque no prohíbe el establecimiento de tratamientos preferenciales a los acreedores de la EPS cedente, con lo cual afecta la condición financiera de las IPS también

integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud, excluidas del tratamiento preferencial.

III. Pruebas aportadas en el decurso del proceso que acreditan la vulneración efectiva de los derechos e intereses colectivos

1) En el trámite de las medidas cautelares fueron aportadas por los solicitantes e intervinientes, una serie de pruebas, respecto de las cuales el Despacho ponente en los autos que abrieron a pruebas, dictaminados en las audiencias de pacto de cumplimiento, les dio el valor probatorio que les correspondía en la actuación. De las pruebas aportadas se destacan las siguientes:

i) Informe del revisor fiscal de la empresa ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. - ESIMED S.A. del 28 de febrero de 2018¹⁰⁸, en el que entre otros aspectos informa que tal y como obra en la nota 4 de los estados financieros, ESIMED otorgó un anticipo por valor de \$8.948 millones a la sociedad PRESTNEWCO S.A.S. para que se adelantara en su nombre y representación negociación de acreencias con CAFESALUD EPS S.A.

Así mismo refiere que la compañía a 31 de diciembre de 2017 registra entre otros pasivos giros por abonos a cartera por valor de \$528.100 millones, tal como se describe en la nota 14 a los estados financieros, correspondientes principalmente a pagos y anticipos recibidos de las EPS CAFESALUD y MEDIMAS por \$231.182 millones y \$270.715 millones respectivamente, que ESIMED no ha aplicado por no contar con el detalle de facturación al no recibir los archivos de las EPSSS en el que se incorpora el detalle completo para la aplicación respectiva por factura. MEDIMAS registra en las cuentas por cobrar facturación radicada por \$215.921 millones.

ii) Resolución No. 004770 de 2018 *“por la cual se prorroga el término de la medida preventiva de vigilancia especial ordenada a MEDIMAS EPS S.A.S.,*

¹⁰⁸ EXPEDIENTE. Cuaderno de medida cautelar III – Solicitante: José Roberto Acosta Ramos. folios 11 a 17.

identificada con NIT. 901.097.473-5, mediante Resolución No. 05163 del 19 de octubre de 2017” proferida por la Superintendencia Nacional de Salud¹⁰⁹, en la cual se efectuaron como advertencias, entre otras las siguientes:

a. De conformidad con el concepto técnico de la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgo, se observan entre otros los siguientes riesgos:

- Riesgos en salud y operativos:
 - Medimás hace presencia en 28 departamentos y el Distrito Capital del país. En el régimen contributivo ha presentado una tendencia de pérdida de afiliados desde su entrada en operación, pasando de 3.838.121 afiliados en agosto de 2017 a 3.383.337 en febrero de 2018; por el contrario, el régimen subsidiado de la entidad ha presentado una ganancia de usuarios, pasando de 1.072.812 en agosto de 2017 a 1.076.696 afiliados en febrero de 2018. La tendencia general de la entidad registró una pérdida del 9,18% de afiliados.
 - En virtud del comparativo efectuado respecto del modelo de atención en salud presentado por Medimás EPS S.A.S. en el marco del plan de reorganización institucional y el remitido mediante oficio NURC 1-2018-006735 del 18/01/2018, se concluye que existen diferencias sustanciales entre los dos documentos respecto al enfoque conceptual y el desarrollo de sus componentes de operación.
- Riesgos financieros:
 - El reconocimiento de ingresos por concepto de cuotas moderadoras, copagos y recobros al Fosyga presenta inconsistencias frente a lo indicado en la sección 23 de las NIIF

¹⁰⁹ *Ibíd.* folios 18 a 22 y 90 a 95.

para las Pymes párrafo 23.14, ya que dentro de sus políticas la entidad indica realizar estimaciones.

- Respecto al concepto Capital Suscrito y Pagado, se observa el incumplimiento en las proyecciones financieras que sirvieron de base para el proceso de aprobación del Plan de Reorganización Institucional presentado por Cafesalud EPS S.A.S. (Resolución 2426 de 2017) frente a lo reportado en el archivo tipo FT011 – Condiciones Financieras, generando al cierre de la vigencia 2017 una diferencia en el concepto de Capital Suscrito y Pagado por valor de -\$638.480 millones; hecho que incide en: a. Incumplimiento en las proyecciones financieras que sirvieron de base para el proceso de aprobación del Plan de Reorganización Institucional presentado por CAFESALUD EPS S.A.S. (Resolución 2426 de 2017) frente a lo reportado en los archivos tipo FT001 – Catálogo de Información Financiera y FT011 – Condiciones Financieras, para el concepto de Capital Suscrito y Pagado teniendo en cuenta que al cierre de la vigencia 2017 la entidad reportó en los citados archivos tipo el valor de \$18.671 millones y en las proyecciones financieras el valor de \$657.151 millones arrojando una diferencia entre lo proyectado y lo ejecutado de -\$638.480 millones, situación que genera un impacto negativo en los resultados de las condiciones financieras de la EPS establecidas en el Decreto 780 de 2016 (compilatorio del Decreto 2702 de 2014) y sus modificatorias; b. Incumplimiento de los plazos establecidos en el Contrato de Compraventa de Acciones presentado por Cafesalud EPS S. A. y que sirvió de base para la aprobación del Plan de Reorganización Empresarial, así como en el reconocimiento de las alícuotas derivadas del contrato de compraventa, evidenciando debilidades en el reconocimiento en los estados financieros respecto de las capitalizaciones en el marco de lo establecido en la Norma Internacional de Información Financiera – NIIF para Pymes, sección 22 Pasivos y Patrimonio; c.

Respecto de la capitalización de acreencias prevista en el plan de reorganización y formalizadas en el contrato de compraventa de acciones de CAFESALUD EPS S.A., a la fecha se encuentra totalmente incumplido el plazo establecido en el citado contrato, impactando los resultados financieros y condiciones de habilitación y permanencia de MEDIMÁS EPS S.A.S.

b. De conformidad con el concepto técnico de la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales, se observan entre otros los siguientes riesgos:

- MEDIMÁS EPS S.A.S. incumple el indicador de patrimonio adecuado, conforme a los lineamientos establecidos en el Decreto 780 de 2016 y sus modificatorios, por cuanto se reportó en -\$1.286.886.301.
- La entidad con corte a diciembre de 2017 presenta un indicador negativo de Capital de Trabajo de -\$1,131 billones, dicha situación sumada a que el 52% del activo se encuentra concentrado en el intangible, limita financieramente a la entidad.
- Medimás EPS S.A.S. con corte a diciembre de 2017, no reporta inversión de títulos de deuda, renta fija o depósitos a la vista, que permitan respaldar las reservas técnicas de las obligaciones liquidadas pendientes de pago obligaciones conocidas y no conocidas, incumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2702 de 2014; de conformidad con lo evidenciado en el Archivo 167 de la Circular Única.
- A la fecha, Medimás EPS S.A.S. – Medimás EPS-S S.A.S., no ha logrado enervar los hallazgos que dieron origen a la medida preventiva que le permita operar en condiciones óptimas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizando la efectiva y oportuna prestación de los servicios de salud a sus afiliados.

Con fundamento en lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud en la Resolución No. 004770 de 2018 decidió prorrogar el término de la medida preventiva Vigilancia Especial ordenada en el artículo primero de la Resolución 005163 del 19 de octubre de 2017 a MEDIMÁS EPS S.A.S. por el término de un (1) año, ordenándole entre otros aspectos dar cumplimiento a las condiciones de habilitación financiera, en los montos y tiempos previstos en la Sección 1°, Capítulo 2°, Título 2°, Parte 5°, Libro 2° del Decreto 780 de 2016 y modificatorios, en especial, lo dispuesto en el Decreto 718 de 2017 de acuerdo con las proyecciones financieras que sirvieron de base para la aprobación del Plan de Reorganización, dada mediante Resolución 2426 de 2017.

iii) Oficio No. S114102404180306561000000934700 del 24 de abril de 2018¹¹⁰ suscrito por el Director de Liquidaciones y Garantías de la Administradora de los Recursos del Sistema Central de Seguridad Social en Salud – ADRES, por el cual señala que de enero al 6 de abril de 2018 la EPS MEDIMAS pagó a través de giro directo a 1.145 IPS únicas un total de \$545.143 millones de los cuales: a) el 21% del pago se destinó a la IPS ESIMED; y b) el 41% del pago se concentró en ocho IPS de 1.145 IPS.

Agrega que mediante comunicación SG-109-2018 del 5 de febrero de 2018 la EPS MEDIMAS informó que hace parte del grupo empresarial cuya matriz es PRESTNEWCO S.A.S., y en ese contexto MIOCARDIO S.A.S., Corporación Nuestra IPS y Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José concentran el 6% del pago de giro directo.

Advierte que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, la Entidades Promotoras de Salud no podrán contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud, por lo que considera importante alertar sobre la distribución del pago de giro directo a sus IPS de red propia.

¹¹⁰ Ibíd. folios 126 y 127.

iv) Resolución No. 004968 del 302 de abril de 2018 por la cual la Superintendencia Nacional de Salud decidió negar la solicitud de aprobación de Programa de Desmonte Progresivo presentado por CAFESALUD EPS S.A., y le ordenó dentro del término de los dos meses siguientes a partir de la notificación del acto administrativo, conciliar las obligaciones con sus acreedores y presentar una certificación de revisor fiscal sobre el valor insoluto de cada una de las acreencias a la Superintendencia Nacional de Salud.

v) Oficio No. 2018EE0073479 del 15 de junio de 2018¹¹¹ por el cual el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República requieren a la Superintendencia Nacional de Salud para que adelante el procedimiento legal establecido y ordene la intervención forzosa administrativa para administrar a la EPS MEDIMAS, de conformidad con lo previsto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001 y demás normas concordantes. Así mismo le solicita que en el plazo de la intervención MEDIMAS EPS cumpla con todas las condiciones de habilitación y que de ser necesario adelante las revocatorias parciales de la habilitación en las regiones de operación de MEDIMAS EPS S.A.S. en las cuales se verifique la imposibilidad de cumplir con las condiciones de habilitación.

Por otra parte se le requiere para que en el caso de que en el plazo concedido MEDIMAS no cumpla con las condiciones de habilitación se proceda de forma inmediata con el trámite de revocatoria de su habilitación previo procedimiento legal establecido para el efecto. De igual manera, solicita al Gobierno Nacional que en caso que se revoque la habilitación de MEDIMAS y sin perjuicio del procedimiento legal establecido se adopte un plan de contingencia con el fin de garantizar el traslado de los usuarios y la continuidad de la atención en salud, especialmente respecto de la población más vulnerable.

¹¹¹ EXPEDIENTE. Cuaderno Anexo de medida cautelar III – “Respuesta al requerimiento realizado a la Procuraduría en audiencia del 8 de junio de 2018”. Folios 145 a 178.

Las razones que llevaron a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República para efectuar tales requerimientos a la Superintendencia Nacional de Salud, entre otras son:

a. Transgresión del numeral 6.13 del Reglamento de Venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED, el cual impedía modificar los integrantes del Consorcio y su participación en el Consorcio antes del cierre, y sin embargo al momento de constituir la sociedad PRESTNEWCO S.A.S. fue excluida la Clínica Mediláser que tenía una participación del 4,17% en el Consorcio Prestasalud, y que había aportado proporcionalmente a su participación accionaria los requisitos establecidos en el Reglamento de Venta, con los cuales el consorcio adquirió la calidad de Interesado Acreditado. Así mismo se excluyó al Centro Nacional de Oncología que acreditaba para el Consorcio Prestasalud la experiencia en gestión el Salud, que pasó de ser del 50% como lo exigía el reglamento de venta, al 47,17%.

b. La Superintendencia Nacional de Salud expidió la Resolución No. 2426 de 2017 sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Circular 005 del 25 de mayo de 2017, en el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016, y en el artículo 12 de la Resolución 2426 de 2017, relacionados con la existencia de una red de servicios para todos los niveles de complejidad.

c. La Superintendencia Nacional de Salud ha adelantado varias acciones en contra de MEDIMAS EPS, como son: i. Resolución No. 0005121 del 13 de octubre de 2017 por el cual le ordenó la cesación inmediata de acciones para dilatar o negar la oportuna, integral y continua prestación de servicios de salud a los usuarios; ii. Medida de vigilancia especial sobre MEDIMAS EPS S.A.S. mediante Resolución No. 005163 del 19 de octubre de 2017; iii. investigaciones administrativas sancionatorias que culminaron en las Resoluciones PARL 0287 del 30 de noviembre de 2017 y Resolución PARL 002743 del 27 de noviembre de 2017, por las que se le impone a MEDIMAS S.A.S. multa equivalente a 2.300 SMLMV y 1.500 SMLMV respectivamente;

iv. prórroga de la medida de vigilancia especial mediante Resolución No. 4770 del 19 de abril de 2018.

d. Según análisis de la Procuraduría General de la Nación, los gastos administrativos reportados por MEDIMAS EPS S.A.S. ascendieron a la suma de \$195.088.379.982 que representa el 11,2% del ingreso total del periodo que alcanzaron la cifra de \$1.738.396.946.339. Los gastos administrativos de MEDIMAS EPS S.A.S. en el periodo de julio a diciembre de 2017 superan los límites establecidos en la Ley 1438 de 2011 que los restringió en el Régimen Contributivo al 10% y en el Régimen Subsidiado al 8% del valor total de los ingresos por concepto de Unidades de Pago por Capitación – UPC.

e. Existe violación al límite de integración vertical de conformidad con los datos reportados por la ADRES mediante comunicación del 24 de abril de 2018.

f. Incumplimiento del contrato de compraventa de acciones suscrito con CAFESALUD EPS S.A., como lo informó a la Procuraduría General de la Nación el Representante Legal de CAFESALUD a través de comunicación del 7 de junio de 2018.

g. La red de servicios que posee MEDIMAS EPS S.A.S. no cumple con las condiciones de habilitación, lo que la Procuraduría ha identificado en algunos casos de cierre de instituciones prestadoras de servicios de salud que forman parte de su red de prestación de servicios, tales como la Clínica ESIMED de Pereira, la Clínica ESIMED de la carrera 80 en Medellín, y la Clínica ESIMED Jorge Piñeros Corpas en Bogotá.

h. MEDIMAS EPS S.A.S. habría incumplido o dejado de cumplir las condiciones de habilitación exigidas en el ordenamiento jurídico vigente relacionadas con la capacidad científica, capacidad técnico administrativa y capacidad tecnológica, indispensables para operar como Entidad Promotora de Salud.

vi) Informe titulado “Diagnóstico preliminar del Contralor con Funciones de Salvaguarda de la Medida de Vigilancia Especial con corte a mayo de 2018”, elaborado por S.A.S. CONSULTING S.A.S.¹¹² (en su calidad de Contralor con Funciones de Revisor Fiscal de MEDIMAS E.P.S. S.A.S.) del 9 de julio de 2018, por el cual señala los resultados obtenidos de la auditoría hecha a MEDIMAS EPS S.A.S., en materia administrativa, técnica y financiera, consignando como hallazgos, entre otros, los siguientes:

a. A 31 de mayo de 2018 MEDIMAS EPS presenta en sus estados financieros activos totales por un valor de \$1.915.102.936.526, pasivos totales por valor de \$2.354.345.020.006 y patrimonio negativo por valor de \$439.242.083.480, y en su estado de resultados presenta a ese mismo corte ingresos totales por valor de \$1.853.128.933.398, costos por prestación de servicios por \$2.206.848.798.582, pérdida operacional en la suma de \$353.720.399.184 y una pérdida del ejercicio acumulada al 31 de mayo de 2018 en la suma de \$496.057.032.496. Se observa el deterioro exponencial de la entidad en los 5 meses de operación, es decir, entre enero a mayo de 2018.

b. De acuerdo con los saldos registrados en bancos se tiene que la EPS y que se sitúan en \$76 mil millones, no presenta liquidez siquiera mínima para atender el pasivo exigible en la suma de \$2.4 billones de pesos, compuesto por proveedores IPS y demás acreedores en la suma de \$1.3 billones y la cancelación gradual de la deuda producto de la adquisición de la compañía a CAFESALUD EPS, registrada en la suma de \$1.1 billones de pesos.

c. Desde el inicio de la operación de MEDIMAS EPS S.A.S., es decir, el 1º de agosto de 2017 hasta el 31 de mayo de 2018, ha realizado pagos a través del método de giro directo por la suma de \$1.831.745.898 miles de pesos, evidenciándose concentración de los primeros beneficiarios en un 40% equivalente a la suma de \$725.434.467 miles de pesos, de un total de 1399 proveedores, lo que determina una alta concentración de pago bajo dicha modalidad a un número reducido de proveedores IPS, dentro de las cuales

¹¹² EXPEDIENTE. Cuaderno de medida cautelar VI: William Arturo Vizcaino Tovar. Folios 6 a 140.

existen IPS accionistas o vinculados económicos de la empresa PRESTNEWCO S.A. propietaria de MEDIMAS EPS.

d. Existen terceros que se les han girado anticipos significativos, tal es el caso de ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. – ESIMED, que a la fecha registra anticipos no legalizados en la suma de \$155.966.459 miles de pesos, lo que equivale a decir que el tercero tiene un promedio de giro mensual de \$19.495.807 miles de pesos. A la Cooperativa EPISFARMA se la ha girado la suma de \$46.241.768 miles de pesos y cuyo promedio mensual se encuentra en \$5.780.221 miles de pesos.

e. El patrimonio de la EPS al cierre del mes de mayo de 2018 presenta un saldo negativo por valor de \$439.242.083 miles de pesos, según la información reportada, y comparando las vigencias se evidencia que el patrimonio se ha venido degradando en forma ostensible, teniendo en cuenta que a 31 de diciembre de 2017 registra saldo positivo de \$56.814.949 miles de pesos. El efecto negativo del patrimonio se da como producto del resultado de la operación de la entidad, lo que permite colegir que los ingresos producto de la UPC asignada no son suficientes para responder a la necesidad de operación de la entidad. Se denota poca gestión en el recaudo de los recursos utilizados para cubrir lo no incluido en el plan de beneficios.

f. MEDIMAS EPS S.A.S. a 31 de mayo presenta un defecto patrimonial de \$1.873.676.953 en miles de pesos, lo que genera un alto riesgo en el aseguramiento de la población afiliada, toda vez que no posee el patrimonio exigido que le permita atender el volumen de operación que le genera la cantidad de afiliados.

vii) En Resolución No. 300-004-181 del 8 de octubre de 2018¹¹³ el Superintendente Delegado para la Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades, advirtió que ante la clara existencia de una situación crítica de orden contable, financiero, administrativo y jurídico que

¹¹³ EXPEDIENTE. Cuaderno anexo de medida cautelar VII. Folios 37 a 50.

pone en riesgo el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad PRESTMED S.A.S., es necesario que se ejerza la supervisión bajo los mecanismos otorgados en el artículo 85 de la Ley 222 de 1995. Así, resolvió someter al control de la Superintendencia de Sociedades a la sociedad PRESTMED S.A.S.

viii) En Resolución No.300-004184 del 7 de octubre de 2018¹¹⁴ el Superintendente Delegado para la Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades, advirtió la existencia de una situación crítica de orden contable, financiero, administrativo y jurídico, que pone en riesgo el cumplimiento de obligaciones por parte de la sociedad PRESTNEWCO S.A.S., generando un escenario que debe ser supervisado bajo los mecanismos otorgados en el artículo 85 de la Ley 222 de 1995. Así, resolvió someter al control de la Superintendencia de Sociedades a tal sociedad.

ix) En Resolución No. 100-005291 del 24 de diciembre de 2018¹¹⁵, el Superintendente de Sociedades resolvió confirmar la decisión adoptada mediante la Resolución No. 300-004181 del 8 de diciembre de 2018, a través de la cual se sometió a control de la Superintendencia a la sociedad PRESTMED S.A.S.

x) En Resolución No. 100-005292 del 24 de diciembre de 2018¹¹⁶ la Superintendencia de Sociedades resolvió confirmar la decisión adoptada mediante la Resolución No. 300-004184 del 8 de octubre de 2018, a través de la cual se sometió a control de la Superintendencia a la sociedad PRESTNEWCO S.A.S.

xi) En escrito del 14 de diciembre de 2018, por el cual manifiesta su reiteración de la medida cautelar del 18 de noviembre de 2018, el coadyuvante William Arturo Vizcaino Tovar aportó al proceso copia del *"informe de seguimiento a*

¹¹⁴ Ibíd. folios 71 a 97.

¹¹⁵ Ibíd. folios 100 a 109.

¹¹⁶ Ibíd. folios 100 a 122.

la Medida de Vigilancia Especial y de Revisoría Fiscal EPS MEDIMAS con corte a julio de 2018”, fechado del 4 de septiembre de 2018, suscrito por el contralor de MEDIMAS EPS miembro de SAC CONSULTING S.A.S. y dirigido al Director de Medidas Especiales para Entidades Administradoras de Planes de Beneficios (E) de la Superintendencia Nacional de Salud¹¹⁷, por el que realizó las siguientes observaciones:

a. De conformidad con la información financiera con corte del 31 de julio de 2018, el valor de los activos totales de MEDIMAS EPS S.A.S. es de \$1.8 billones de pesos y los pasivos totales de \$2 billones de pesos. La EPS muestra un patrimonio negativo por valor de -\$161.021 millones.

b. La EPS no presenta liquidez siquiera mínima para atender el pasivo exigible, el cual alcanza la suma de \$2 billones de pesos, conformado por proveedores IPS y demás acreedores en la suma de \$1.33 billones y saldo a favor de CAFESALUD EPS S.A. por la adquisición del activo intangible por la suma de \$670 mil millones de pesos. MEDIMAS EPS no dispone de liquidez para cumplir con obligaciones a corto y/o mediano plazo.

c. Desde el inicio de operación de MEDIMAS EPS S.A.S. el primero de agosto de 2017 y hasta el 31 de julio de 2018, la entidad ha realizado pagos por \$505.480 millones a través de giro directo del Régimen Subsidiado por la ADRES. Se evidencia la concentración en quince (15) beneficiarios por valor de \$193.191 millones, monto que equivale al 38.22%. Los prestadores equivalen al 2.2% del total de la red de servicios conformada por 682 proveedores beneficiarios de giro directo, entre los cuales se tiene ESIMED S.A., SOLINSA S.A.S., ESE HOSPITAL SAN JORGE, SOCIEDAD COMERCIALIZADORA DE INSUMOS Y SERVICIOS MEDICPOS S.A.S., entre otros.

¹¹⁷ EXPEDIENTE. Cuaderno Principal – continuación a partir del folio 2387.

Es evidente la alta concentración de pago bajo dicha modalidad a un número reducido de proveedores IPS, lo que se colige la contratación concentrada en las mismas.

d. MEDIMAS EPS S.A.S. no acredita el cumplimiento del capital mínimo obligatorio por valor de \$13.062 millones. El cálculo del capital mínimo resultante de la información financiera es negativa en la suma de \$164.835 millones generando incumplimiento por \$177.897 millones, lo que se traduce en el total incumplimiento de los estándares de capital mínimo y patrimonio adeudado, de que tratan el Decreto 2702 de 2014, compilado en el Decreto Único reglamentario 780 de 2016 y el Decreto 2117 de 2016. Desde el mismo inicio de la operación de la EPS, ésta ya incumplía el patrimonio adecuado exigido por la aludida normativa.

e. Con relación al fondeo de las reservas técnicas, al cierre del mes de julio de 2018 MEDIMAS EPS S.A.S. constituyó inversiones equivalentes a \$41.160 millones, los cuales se encuentran invertidos en cuentas de ahorro, no obstante, la EPS no cumple con el fondeo, en consideración al monto de las reservas de \$1.054.348 millones de pesos.

f. La EPS registra ingresos totales por valor de \$2.5 billones de pesos, costos por prestación de servicios por \$3 billones de pesos y gastos totales por \$193 mil millones de pesos, lo que se traduce en una pérdida a julio 31 de 2018 en la suma de \$699 mil millones de pesos.

g. Los ingresos de a EPS han venido en franca disminución, teniendo en cuenta el decrecimiento de la población afiliada en un 17%, lo que determina que los ingresos proyectados para lo corrido del año de 2018 disminuyan en no menos de \$400 mil millones de pesos.

h. Los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado presentan múltiples deficiencias en la cobertura y garantía del Plan de Beneficios de Salud vigente, se evidencian altos porcentajes de requerimiento PQRD por la insatisfacción de los usuarios.

i. Se concluye en el informe que la EPS no cumple con indicadores de permanencia financieros y presenta debilidades en garantizar el aseguramiento en salud, y traen como consecuencia aumento en la morbi-mortalidad de la población afiliada y en la carga de enfermedad, situación que impacta en la gestión del riesgo en salud de la EPS y la integridad e implementación de su modelo de atención en salud.

La EPS no cumple cabalmente con las obligaciones determinadas mediante la Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, Ley 1438 de 2011, Ley 1751 de 2015, Ley 1755 de 2015, Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, Decreto 682 de 2018, Decreto 1011 de 2006, y Resolución No. 1604 de 2013. Por lo que solicita a la Superintendencia Nacional de Salud la toma de medidas o acciones a lugar, teniendo en cuenta que de igual manera incumple con lo señalado por la Superintendencia mediante Resoluciones No. 5163 de 2017, 4770 de 2018 y la Resolución No. 8166 de 2018.

xii) En la Resolución No. 158 del 18 de enero de 2019 *“por el cual se ordena el inicio de una actuación administrativa de revocatoria parcial de autorización de funcionamiento a MEDIMAS EPS S.A.S., identificada con NIT. 901.097.473-5”*¹¹⁸, el Superintendente Delegado para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Nacional de Salud, hizo referencia a las acciones de inspección, vigilancia y control realizadas por la Superintendencia Nacional de Salud a MEDIMAS EPS S.A.S. a través de sus distintas Superintendencias Delegadas, evidenciando:

a. Concepto de la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos: considera que MEDIMAS EPS S.A.S., respecto de los indicadores financieros y de solvencia evidencia incumplimiento, así:

- Teniendo en cuenta las proyecciones financieras para el cumplimiento de los indicadores de capital mínimo y patrimonio adecuado que fueron tenidos

¹¹⁸ EXPEDIENTE. Cuaderno medida cautelar de urgencia VII. Folios 129 a 239.

en cuenta para la aprobación del Plan de Reorganización Institucional en la Resolución No. 2426 de 2017, se observan debilidades en el cumplimiento de los indicadores previstos en el Plan.

- En relación con el componente de reservas técnicas y el respectivo plan de información, se evidenció que la metodología de cálculo presentada dentro del plan de reorganización ha presentado cambios. Así, las fórmulas y parámetros utilizados para realizar la estimación de las reservas técnicas definidas en el artículo 7º del Decreto 2702 de 2014, compilado en el Decreto 780 de 2016 y el sustento de los mismos cambió.

En cuanto a las bases de datos, la información remitida por la entidad no cuenta con la calidad necesaria para verificar la adecuada aplicación de la metodología de cálculo. Lo presentado dentro del plan de reorganización en relación con el periodo de transición de los sistemas de información no se cumplió, y a la fecha la entidad no cuenta con un nuevo sistema de información.

- Se emite concepto desfavorable frente al cumplimiento del régimen de inversiones por parte de MEDIMAS EPS S.A.S. El contralor de la EPS mediante Oficio NURC 1-2018-187094 del 16 de noviembre de 2018, sobre el informe de la Junta Directiva que se entregó con ocasión de la Resolución No. 8166 de 2018, observa que el régimen de inversión de las reservas técnicas.

- De acuerdo con la información reportada para las vigencias 2017 y 2018, se observa que al determinar las variaciones presentadas entre el corte 31 de diciembre de 2017 y 31 de octubre de 2018, los activos disminuyeron en un 13% y los pasivos en un 3%, generando un patrimonio negativo en \$234.885.716 miles, producto de las pérdidas del ejercicio.

- Existe un incumplimiento en las capitalizaciones y las proyecciones de resultado previstas por MEDIMAS EPS S.A.S. que fueron tenidas en cuenta para el Plan de Reorganización Institucional.

- En el análisis del mecanismo de pago por giro directo y revisión comparativa de agosto con el mes de octubre de 2018, se observa que MEDIMAS EPS S.A.S. ha disminuido el valor pagado a sus vinculados por giro directo, pasando del 28% en agosto de 2018 al 18% en octubre, situación que puede ser el resultado del seguimiento al flujo de recursos realizados por la Delegada para la supervisión de Riesgos. No obstante, teniendo en cuenta los valores pagados por caja directamente por la EPS, que equivalen a 13,8%, se observa que el porcentaje pagado a sus vinculados alcanza el 31,8% de los recursos que tiene la EPS para pagar la prestación de los servicios de salud.

b. Concepto de la delegada para las medidas especiales:

- MEDIMAS EPS presenta un total de 4.109.124 afiliados, con una distribución de 2.634.254 en el régimen contributivo y de 1.478.870 en el régimen subsidiado, reportados en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA Sispro con corte a 30 de noviembre de 2018, presentes en 541 municipios y 29 departamentos. La entidad opera el aseguramiento en salud para el régimen contributivo con un 13% a nivel nacional y para el régimen subsidiado el 6% respectivamente.

- Las PQRD presentadas por usuarios de MEDIMAS EPS en la Superintendencia Nacional de Salud durante el periodo de enero a septiembre de 2018 para el régimen contributivo son de 12.607 y para el régimen subsidiado de 2.557 teniendo en cuenta lo reportado por la Delegatura de Protección al Usuario de la Superintendencia. La tendencia de las PQRD de agosto de 2017 a septiembre de 2018 para el régimen contributivo es la disminución y para el subsidiado es el aumento. El macromotivo con mayor participación de PQRD fue la restricción en el acceso a los servicios de salud con un recuento de 10.447 PQRD para el régimen contributivo cuya participación porcentual es del 86.57% y para el régimen subsidiado un recuento de 2.320 con una participación porcentual del 90.73%.

- La EPS MEDIMAS registra una capitalización por \$460.319 millones en el mes de junio de 2018, por medio de la cual aumenta el capital suscrito y pagado a \$534.262 millones, lo que corresponde a un proceso de capitalización de acreencias con CAFESALUD S.A. Pese a la capitalización registrada, la EPS al corte de septiembre de 2018 incumple con las condiciones financieras y de solvencia, de capital mínimo, patrimonio adecuado, reservas técnicas y régimen de inversiones de las reservas técnicas.

- La EPS desde el mes de junio de 2018 viene registrando un concepto contable de anticipos de giro directo a Instituciones Prestadoras de Salud, situación que se convierte en una práctica irregular respecto del procedimiento previsto para postular los prestadores a los cuales se les aplicará el giro directo, en cumplimiento del artículo 10 de la Ley 1608 de 2013.

La entidad viene aplicando deterioro, el cual al corte del 30 de septiembre de 2018 alcanza los \$83.300 millones de pesos, de los cuales el 73% está concentrado en los terceros ESIMED S.A. y CENTURY FARMA S.A.S., situación que genera incertidumbre frente a la probabilidad de recuperación de estos recursos, máxime cuando se trata de recursos públicos, destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De conformidad con la visita efectuada en el mes de agosto de 2018, se verificó que la EPS no tiene un adecuado manejo y control de los anticipos otorgados, los cuales están respaldados por autorizaciones que contienen inconsistencias en las cantidades autorizadas, y por consiguiente, en los valores de otorgamiento de anticipos, dejando la EPS en un alto riesgo financiero por la poca probabilidad de obtener la recuperación de los recursos financieros que en su momento se hayan girado para un mayor valor al prestador.

- Al cierre de septiembre de 2018 la entidad presenta una razón corriente de 0,47 y nivel de endeudamiento de 1.12% dejando la viabilidad financiera de MEDIMAS EPS S.A.S. en riesgo, y poniendo en evidencia la limitación de la entidad para cubrir las obligaciones adquiridas.

- La EPS actualmente incumple con los topes mínimos de inversión de reservas técnicas, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.5.1.2. del Decreto 780 de 2016.

- Si bien la entidad ha dado cumplimiento al giro directo, resulta pertinente señalar que para el Régimen Contributivo, de 1420 prestadores, beneficiados del giro directo dispersado en el periodo de octubre de 2017 a septiembre de 2018, por un total de \$1.891.660 millones de pesos, el 43% está concentrado en 12 prestadores, de los cuales se resalta ESIMED S.A. con el 40%. De igual forma en el Régimen Subsidiado, en el mismo periodo se han beneficiado un total de 803 prestadores, por un total de \$818.803 millones, de los cuales el 39% está concentrado en 14 prestadores, donde se destaca ESIMED S.A. con un 13%.

- MEDIMAS EPS S.A.S. no ha logrado la reducción de acciones de tutela POS en el tercer trimestre del año, habiendo sido notificada de 998, apreciándose un aumento de 397 con respecto a las del segundo trimestre. En el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2018, la EPS fue notificada de 2.230 acciones de tutela por conceptos POS. La entidad cuenta con procesos jurídicos en su contra cuya cuantía asciende a \$39.422.871.480, y cuenta con embargos activos por la suma de \$2.282.617.070.

La EPS no ha logrado enervar los hallazgos jurídicos que fundamentaron la prórroga de la medida preventiva, toda vez que la entidad no presenta reducción en las acciones de tutela interpuestas en su contra.

- De acuerdo con los análisis realizados de los componentes técnico-científico, financiero y jurídico de la EPS MEDIMAS a corte de septiembre de

2018, no ha logrado superar los hallazgos que dieron origen a la medida preventiva de vigilancia especial, y se evidencia que el vigilado no tiene un adecuado manejo y control de los anticipos otorgados, dejando la EPS en un alto riesgo financiero, por la poca probabilidad de obtener la legalización y/o recuperación de los recursos financieros que fueron otorgados en su momento a las instituciones prestadoras y proveedores de servicios de salud. A pesar de la capitalización otorgada por PRESTNEWCO, la EPS no logra el cumplimiento de los índices de condiciones financieras y de solvencia, de capital mínimo, patrimonio adecuado, reservas técnicas y régimen de inversiones de las reservas técnicas, situaciones que ponen en riesgo la estabilidad, calidad y oportunidad de los servicios de salud ofrecidos a la población afiliada.

- Más allá del incumplimiento frente a las causales de la medida de vigilancia especial y las consecuencias relacionadas en el marco de las medidas especiales, se han evidenciado hallazgos que ameritan el análisis de la continuidad de MEIDMAS EPS S.A.S. como entidad promotora de salud, habilitada para el aseguramiento de la población afiliada al régimen subsidiado y contributivo.

c. Concepto de la Delegada para la Supervisión Institucional:

- En general, se observa para todos los departamentos donde la EPS realiza el aseguramiento, niveles de consistencia bajos frente a lo reportado en la Circular Externa 016 de 2016 y Circular Conjunta 030 de 2013 por acreencias en el SGSSS, y deficiencia en la calidad de los datos, indicando que la entidad no ha adelantado acciones tendientes a la aclaración de la cartera, en virtud de lo establecido en el artículo 9º de la Ley 1797 de 2016, en lo relacionado con el saneamiento contable, responsabilidad de las IPS y EPS.

- Sobre los anticipos reportados en cumplimiento de la Circular Externa 016 de 2016, para los trimestres de marzo, junio y septiembre de 2018, se observa el reconocimiento de deterioro frente a anticipos otorgados pendientes de legalizar con una antigüedad igual o mayor a 360 días y sobre los cuales la

EPS presenta cuentas por pagar con los proveedores, algunos no identificados en la base de datos REPS.

La EPS realiza desembolsos a los proveedores a través de anticipos, sobre los cuales en algunos ya presenta deterioro, causado por la morosidad para su legalización, y de manera adicional tiene reconocidos sobre esos proveedores cuentas por pagar, incidiendo en la razonabilidad y fiabilidad de los estados financieros, claridad frente al control y destinación de los recursos de la UPC.

- MEDIMAS EPS S.A.S. ha desatendido las disposiciones establecidas en el marco de las Resoluciones 6066 de 2016 y 0332 de 2017, y con ello ha dado incumplimiento a lo establecido en las Circulares 030 de 2013 y 016 de 2016, en lo concerniente a la aclaración, depuración, saneamiento y pago a favor de terceros, en el cual se observa inconsistencias operativas y financieras tendientes a garantizar la destinación de los recursos al saneamiento de las obligaciones a favor de terceros, así como el mejoramiento del flujo de recursos.

d. La Superintendencia Delegada para la Protección al Usuario, mediante comunicación NURC 3-2019-26 presentó informe de Peticiones, Quejas y Reclamos – PQR, para los departamentos de Chocó, Sucre y Cesar donde tiene cobertura MEDIMAS EPS S.A.S.

xiii) Por otra parte, en la misma resolución, el Superintendente Delegada para la Supervisión Institucional, con fundamento en los informes de las Superintendencias Delegadas referidos con antelación, advirtió que MEDIMAS EPS S.A.S incumple con las condiciones financieras de que trata el Decreto 2702 de 2014 y sus modificatorios, así como también las condiciones de habilitación técnico administrativas, tecnológicas o científicas que ponen en riesgo la efectividad de los servicios, la seguridad de los afiliados y la destinación de los recursos del sector.

- Afirma que de acuerdo con los resultados de la aplicación de la metodología mediante la cual se realiza el análisis del desempeño de las EPS a nivel departamental, se tiene que la población afiliada a MEDIMAS EPS S.A.S. en los departamentos de Chocó, Sucre y Cesar, no garantiza que la prestación de los servicios de salud requeridos por la población usuaria, cumpla las condiciones de calidad, oportunidad, accesibilidad, seguridad, pertinencia y continuidad.

- En consecuencia, la Superintendencia decidió iniciar el trámite previo de que trata el artículo 2.5.5.1.8. del Decreto 780 de 2016 a MEDIMAS EPS S.A.S., advirtiendo que los conceptos técnicos remitidos dan cuenta de los elementos suficientes para establecer la existencia de la causal para proceder con la adopción de la revocatoria parcial de autorización de funcionamiento de la EPS en los departamentos de Chocó, Sucre y Cesar.

2) Además de las anteriores, en el decurso del proceso se practicaron e incorporaron otras pruebas que demuestran el estado de la ejecución de las obligaciones contenidas en los contratos suscritos entre CAFESALUD EPS S.A., PRESTNEWCO S.A.S., PRESTMED S.A.S. y las sociedades integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD, como son:

i) El Defensor Delegado para el Derecho a la Salud y Seguridad Social de la Defensoría del Pueblo, en Oficio No. 18294 con radicado del 25 de junio de 2018¹¹⁹, señaló que de conformidad con la información extraída del sistema por Visión WEB- RAJ de la Defensoría del Pueblo a nivel nacional, se han recibido 1.162 quejas efectuadas por los usuarios del servicio de salud y afiliados a MEDIMAS EPS S.A.S.

Así mismo, agregó que la Delegada para el Derecho a la Salud y la Seguridad Social realizó durante el 22 de octubre de 2017 al 3 de noviembre de 2017, mesas interinstitucionales en las ciudades de Pereira, Manizales, Armenia, Cali, Popayán, Pasto, Mocoa, Florencia y Neiva, con el fin de verificar la

¹¹⁹ EXPEDIENTE. folio 1782.

suficiencia de red de atención de salud de la EPS MEDIMAS, verificando que en general hay una falta de oferta de servicios de salud de nivel intermedio y de alta complejidad en cada una de las ciudades, por lo que la georreferenciación no se cumple, obligando a los afiliados a desplazarse a otras ciudades para recibir la atención que requieren, generando costos adicionales que no son pagados por la EPS. Se observa demora en la atención por médicos especialistas para patologías de alto costo.

Afirma que hay una deficiente entrega de medicamentos a los usuarios, se entregan de manera parcial y los pendientes no los entregan dentro de los términos de ley.

Muchos tratamientos han sido suspendidos principalmente por cambio de médico especialista tratante, y teniendo que volver a ser valorados por el nuevo especialista, ocasionando demora y pérdida de los avances ya realizados. Se presenta también la falta de confianza de algunas Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud para contratar sus servicios con la EPS MEDIMAS, aludiendo que con CAFESALUD EPS tienen grandes sumas de dinero en cartera que los tiene en quiebra.

ii) En el Informe de Auditoría de Cumplimiento del mes de mayo de 2018 denominado “Recursos públicos administrados Entidad Promotora de Salud MEDIMÁS E.P.S. – S.A.S. del 1º de agosto al 31 de diciembre de 2017”¹²⁰, elaborado por la Contraloría General de la República, se llegaron entre otras a las siguientes conclusiones:

a. Se evidencia incumplimiento material en relación a la observancia de la normativa vigente para la contratación de red y cesión de contratos siendo que MEDIMAS EPS S.A.S. inició operación con los contratos cedidos en la modalidad cápita del régimen subsidiado, sin que se evidenciara contratación relacionada el régimen contributivo ni de la mediana y alta complejidad del régimen subsidiado. Tampoco se observó la suscripción de nuevos contratos

¹²⁰ EXPEDIENTE. folios 1690 a 1771.

que garantizaran el aseguramiento de la totalidad de los afiliados desde el 1º de agosto de 2017. Se evidenció la ausencia de pólizas de responsabilidad civil de cumplimiento y pago de salario en los contratos en los cuales se encuentra establecido en el respectivo clausulado que garanticen el cubrimiento de los riesgos y en algunos casos las mismas fueron tomadas por fuera del término señalado.

Así mismo, no se evidenciaron todos los informes de supervisión de la ejecución contractual de prestación de servicios de salud ni de arrendamientos, tanto cedidos por CAFESALUD EPS S.A. como suscritos por MEDIMAS EPS S.A.S. según lo estipulado en el clausulado contractual. Se observó una posible restricción a la competencia en el mercado de los servicios de salud.

b. En cuanto a las cuentas por pagar se presentan inconsistencias en el cruce de la información de las bases de datos, registros que no cuentan con el detalle de los servicios facturados, por lo que los registros contables carecen de soporte legal, y se encuentran facturas donde la identificación y nombre del paciente a quien le prestan el servicio es la misma IPS, y se presentan pagos por servicios a personas afiliadas a régimen excepcional.

c. Respecto de las cuentas por cobrar, se evidencia incumplimiento material en relación a la observancia de la normativa vigente, en el manejo y giro de los recursos del SGSSS, a terceros sin soporte legal vigente, además de la falta de gestión para el recaudo de las mismas. Se atendieron con recursos de la UPC autorizaciones realizadas por CAFESALUD, que no se han cobrado a tal entidad.

d. En los gastos administrativos, se observó incumplimiento material en relación a la observancia de la normativa vigente, por cuanto se utilizaron recursos en relaciones con proveedores frente a los cuales no existe certeza de la ejecución de las actividades pactadas y se destinaron sumas para sufragar gastos no conexos con la prestación del servicio de salud. Adicionalmente se cancelaron los servicios de salud a un usuario que para la

fecha de presentación de los mismos se encontraba fallecido, y se giraron recursos a prestadores de servicios de salud con los cuales la empresa MEDIMAS EPS S.A.S. determinó no formalizar contratos y que no tienen soportes de las sumas entregadas.

e. Se observó incumplimiento de lo previsto en el artículo 52 de la Ley 1438 de 2011, pues se cancelaron por eventos en temas que por Ley se prevén como por capacitación, caso de las actividades de promoción específica y detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública que se consideran servicios de baja complejidad.

f. El Modelo Integral de Atención en Salud implementado por MEDIMAS EPS cumple con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Salud, pero de conformidad con la Superintendencia Nacional de Salud, el modelo no observó la totalidad de los requerimientos exigidos en el Plan de Reorganización Institucional ordenado en la Resolución No. 2426 de 2017 y que corresponde a la Política de Atención Integral en Salud adoptada mediante la Resolución No. 429 de 2015.

La planeación de MEDIMAS EPS S.A.S. durante el primer trimestre de funcionamiento no garantizó la red de prestadores de servicios de salud en un 100% en todos los municipios de los departamentos en donde la EPS opera, ni garantizó la prestación óptima de los servicios de salud en los diferentes niveles de complejidad, incumpliendo los atributos de oportunidad y calidad.

g. MEDIMAS EPS S.A.S. inició su operación con los contratos cedidos en la modalidad cápita del régimen subsidiado, sin que se evidenciara contratación relacionada con el régimen contributivo ni de la mediana y alta complejidad del régimen subsidiado, adicional a ello, tampoco se observó la suscripción de nuevos contratos que garantizara el aseguramiento de la totalidad de los afiliados desde el 1º de agosto de 2017, lo cual fue reafirmado por la empresa auditada en la respuesta entregada a la CGR, y obedece al incumplimiento de las obligaciones derivadas del inicio de la operación de MEDIMAS EPS

S.A.S. respecto a organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud a través de la contratación.

h. En la información entregada por MEDIMAS EPS S.A.S. a la auditoría, se observa que para comunicar la cesión de la posición contractual en los convenios de prestación de servicios de salud y lo de arrendamientos de CAFESALUD EPS S.A. a MEDIMAS EPS S.A.S., se utilizó un formato de oficio informativo que se remitió el 28 de julio de 2017 por parte del contratante cedente a los contratistas y arrendadores, respectivamente, sin que ello constituya perfeccionamiento de la cesión. Por otra parte, no se ajustaron las obligaciones que habían sido contractualmente acordadas con anterioridad a los cambios institucionales respecto de los contratantes.

Tal situación produjo indeterminación en las partes que conformaban los contratos cedidos por CAFESALUD EPS S.A. a MEDIMAS EPS S.A.S. y posibles riesgos debido a la falta de modificación de las cláusulas contractuales.

i. MEDIMAS EPS S.A.S. en el desarrollo de su actividad como administradora de planes de beneficios, desde el 1º de agosto de 2017 realizó pagos a prestadores de servicios de salud garantes del contrato de compraventa de acciones del 23 de junio de 2017, a la empresa ESIMED S.A. y a las asociadas determinadas en el concepto técnico del 14 de julio de 2017 realizado por la Dirección para la Supervisión del Riesgo Económico de la Superintendencia Nacional de Salud, en los siguientes términos:

PRESTADORAS DEL SERVICIO Y RELACIONADAS	GIROS POR ANTICIPOS Y PAGOS 2017
Estudios e Inversiones Médicas S.A.	281.403.896.612
Organización Clínica General del Norte S.A. y asociadas	12.353.901.710,18
Fundación Hospital Infantil Universitario de San José	9.002.066.665
Hospital de San José	15.089.218.870
Priocardio Servicios Médicos Integrales S.A.S.	18.418.949.952
Cooperativa Multiactiva para los Profesionales del Sector Salud	1.023.700.176
Fundación SAINT	760.969.414

Corporación Nuestra IPS y Asociadas	41.739.512.506
MEDICALFLY y empresas relacionadas	31.952.826.474
Centro Nacional de Oncología y Empresas Relacionadas	31.952.826.474
MIOCARDIO S.A.S.	760.969.414
Empresas relacionadas con SALUDCOOP	119.739.065.098
TOTAL PAGADO 2017	564.197.903.366
TOTAL COSTO POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS	1.543.308.566.000
PORCENTAJE	37%

El total de giros de \$119.739.065.098 girados a recursos a empresas relacionadas con SALUDCOOP en liquidación, se discrimina en el pago efectuado a las siguientes sociedades:

NIT	TERCERO	TOTAL PAGOS AÑO 2017
900067659	COOPERATIVA EPISFARMA	104.396.808.573
814003898	SALUDCOOP CLÍNICA DE LOS ANDES S.A.	7.548.804.242
800215758	CLÍNICA SANTA CRUZ DE LA LOMA	3.452.165.092
892001588	CLÍNICA MARTHA S.A.	1.065.990.639
807000280	SOCIEDAD CLÍNICA PAMPLONA LTDA	609.547.370
830016595	LABORATORIO BIOIMAGEN SOCIEDAD LIMITADA	742.441.324
830113849	CLÍNICA JUAN N. CORPAS LTDA	564.728.660
813009143	SALUDCOOP CLÍNICA SANTA ISABEL LIMITADA	182.420.124
830090640	ÓPTICA SALUDCOOP S.A.	130.279.264
830130182	BIORESCATE LTDA	61.348.809
830117028	HEON HEALTH ON LINE S.A.	984.531.000
PAGO		119.739.065.098

Así, la empresa MEDIMAS EPS S.A.S. en su calidad de gestora y coordinadora de la oferta de servicios de salud desde el 1º de agosto de 2017 pudo haber direccionado recursos parafiscales destinados a la prestación de los planes de beneficios de sus afiliados, de forma directa, con empresas que conforman la sociedad matriz a la que se encuentra subordinada y con sociedades que hacen parte del grupo empresarial SALUDCOOP EPS OC en liquidación, empresa que inició y adelantó el proceso de venta de ciertos activos, pasivos y contratos de la empresa CAFESALUD EPS S.A., reorganización institucional que culminó en la creación de la empresa

auditada. Emerge la posible realización de operaciones que pudieron restringir el derecho a la libre y leal competencia, involucrando en ello recursos públicos del SGSSSS.

j. Del análisis de las cuentas por pagar a diciembre 31 de 2017 de los EEFF de MEDIMAS EPS S.A.S., que tiene como soportes el reporte del área de cuentas médicas en la plataforma de SYC, se encontraron 251.737 registros que no cuentan con el detalle de los servicios facturados, por lo que dichos registros contables carecen de soporte legal, e igual situación se presenta frente al costo médico que está soportado en las facturas que no cuentan con el detalle requerido, que corresponde al concepto “Valor Pendiente de Pago” por \$119.655,3 millones.

En el dictamen del Revisor Fiscal se revela que en las cuentas por pagar, a 31 de diciembre de 2017 están registradas cuentas por pagar con compañías relacionadas por \$83.822.933.481 y \$59.004.076.176 respectivamente, las cuales, en ausencia de respuestas efectivas al proceso de confirmación de saldos, no pudieron ser validados, lo que permite inferir la incertidumbre sobre las cifras reflejadas que sin el soporte correspondiente carecen de confiabilidad.

k. Teniendo en cuenta la solicitud de información AG8-39 del 6 de abril de 2018 a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES y su respuesta 08619 del 11 de abril del año en curso, se encontró que MEDIMÁS EPS S.A.S. pagó un total de 48 facturas de los usuarios atendidos en su red de servicios entre los meses de agosto a noviembre de 2017 por \$4.007.381 pertenecientes al régimen de excepción de las Fuerzas Militares, Magisterio, Policía Nacional, Ecopetrol y Universidad Nacional de Colombia, contrariando lo previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Ello obedece a falta de mecanismos de seguimiento y monitoreo de la Gerencia de Evaluación y Control sobre los diferentes procesos, de conformidad con el Sistema Integrado de Gestión y la adecuada administración de la información, afectando así los recursos públicos para la salud administrados por MEDIMA EPS S.A.S.

l. MEDIMAS EPS S.A.S. giró recursos sin soporte legal o contractual y sin garantía que respalde el cumplimiento de la obligación por \$718.623,4 millones a terceros particulares, beneficiándolos con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que a la fecha no se han reintegrado.

m. La EPS, contrariando lo previsto en el Decreto 3022 del 27 de diciembre de 2013 – Sección 18, previó como término de amortización del activo intangible 74 años, cuando la norma señala como un término máximo 10 años. Si se hiciera la amortización del activo intangible de acuerdo con la normativa, el valor de amortización anual sería de \$118.132.192, y no de \$15.963.907 para la amortización de 74 años, generando así una diferencia por amortización anual del activo intangible de \$102.169.005.

n. MEDIMAS EPS S.A.S. pagó con recursos de gastos de administración derivados de la UPC, asuntos que no guardan una relación de causalidad con la prestación de servicios de salud, como lo son: i) pago de bonificaciones, en gastos operacionales de administración por \$453.834.000 y gastos de distribución por \$66.771.000; ii) pagos de honorarios de asesoría técnica sin conexión con gasto médico, al proveedor Estrategias Asociadas S.A.S. por concepto de diseño, ejecución y seguimiento de estrategias en comunicación y relaciones públicas, de los meses junio a octubre de 2017 y la capacitación de 14 colaboradores por valor desembolsado efectivo de \$179.690.000; iii) pagos de intereses de mora por pago de facturas de servicios públicos en la cuenta de gastos financieros, por valor total de \$2.610.000.

o. La empresa reconoció y pagó la prestación de servicios a un paciente fallecido con anterioridad a la resolución que le reconoció tal pago, por valor de \$3.304.882.

p. Sin una fuente de obligación clara, se giraron recursos a unos prestadores de servicios de salud con los cuales posteriormente no se celebraron contratos, y al verificar lo facturado en cuentas médicas, arrijan diferencias de sumas no soportadas a diciembre 31 de 2017.

q. Se están facturando por evento procedimientos de P y P y vacunación, los cuales deberían estar capitados, lo que obedece a una falta de mecanismos de seguimiento y control a los procesos de EP y DT, desconociendo lo previsto en el artículo 52 de la Ley 1438 de 2011.

r. Las autorizaciones que fueron emitidas por CAFESALUD desde el mes de marzo a julio de 2017 por \$443.885.247.483 y que fueron atendidas por MEDIMAS EPS S.A.S. a partir del 1º de agosto de 2017, no coinciden con el valor reportado por MEDIMAS en los estados financieros, por un valor de \$22.662,624 millones.

iii) Obra en el expediente copia de los siguientes actos administrativos proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud, además de los señalados en precedencia en esta providencia:

a. Resolución No. 005163 del 19 de octubre de 2017 *“por medio de la cual se adopta la medida preventiva e Vigilancia Especial a MEDIMAS EPS S.A.S. – MEDIMAS EPS-S S.A.S., identificada con NIT. 901.097.473-5”*¹²¹.

b. Resolución No. 2743 del 27 de noviembre de 2017 *“por medio de la cual se resuelve una investigación administrativa en contra de MEDIMAS EPS S.A.S.”*¹²², en la que se sanciona a MEDIMAS EPS S.A.S. con multa equivalente a mil quinientos (1.500) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, con ocasión a la negativa del derecho de 3.220 usuarios de acceder a los servicios de salud que requerían con necesidad, entre los cuales se encuentran usuarios con diagnóstico de enfermedades ruinosas o catastróficas tales como cáncer, enfermedad crónica renal y VIH-SIDA, y usuarios con especial protección constitucional como niños, niñas y adultos mayores.

¹²¹ EXPEDIENTE. Cuaderno Acciones Populares – Anexos Procuraduría del Folio 3001 al folio 3500. Folios 3181 y 3182.

¹²² *Ibíd.* folios 3185 a 3219.

c. Resolución No. 2807 del 30 de noviembre de 2017 *“por medio de la cual se resuelve la investigación administrativa adelantada en contra de MEDIMAS EPS S.A.S.”*¹²³, por el que se le sancionó a la compañía con multas equivalentes a dos mil trescientos (2.300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al evidenciarse infracciones administrativas contrarias a las normas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, como son: i. La EPS no garantizó en las condiciones requeridas, el trámite y respuesta oportuna a las peticiones, quejas, reclamos y denuncias presentadas por los afiliados; ii. La EPS no garantizó el acceso a las tecnologías en salud requeridas por sus usuarios con oportunidad y calidad; iii. la EPS no conformó, garantizó, organizó, ni evaluó la red de servicios de salud para sus afiliados; iv. La EPS no garantizó el enfoque diferencial a través del acceso oportuno y prioritario a los servicios de salud requeridos por las poblaciones especiales; y v. las EPS habilitadas para operar en el régimen contributivo pueden administrar en el régimen subsidiado hasta el 10% del total de sus afiliados, y en este caso, MEDIMAS EPS tiene un 23%.

iv) La Procuradora 1º Judicial I de la Procuraduría General de la Nación mediante Oficio NO. 26-2018¹²⁴, remitió al proceso copia del Informe Final de Actuación Preventiva de la Fase II, resultado del seguimiento a los procesos de enajenación, venta y operación de CAFESALUD y MEDIMAS EPS, en el cual, entre otros aspectos se señalaron los siguientes:

a. El 27 de noviembre de 2017, la Procuraduría General de la Nación requirió a las Secretarías Departamentales de Salud para que informaran el estado de la red de servicios médicos contratados por MEDIMAS para la atención de usuarios en cada departamento donde dicha EPS tenía cobertura. De las respuestas obtenidas se encontró que de 13 Departamentos que remitieron respuesta, los Departamentos de Chocó, Cundinamarca, Guajira y Putumayo manifestaron que no tenía red o que la misma no se encuentra perfeccionada y es insuficiente para atender a la población afiliada.

¹²³ Ibíd. folios 3221 a 3327.

¹²⁴ Ibíd. folios 2392 a 2434.

b. En lo que respecta a la implementación del modelo de salud y gobierno corporativo propuestos y aprobados por la Superintendencia Nacional de Salud, se observa que en desarrollo de las vigilancias de las Secretarías Departamentales de Salud a MEDIMAS EPS S.A.S. en todo el país, las visitas administrativas realizadas por la Procuraduría y de las denuncias formuladas ante el Ministerio Público, se evidencia que el modelo de salud propuesto y aprobado no ha sido implementado, lo cual no solo supone un incumplimiento al proceso de venta y a la oferta presentada por el CONSORCIO PRESTASALUD, sino que desconoce también las condiciones en las cuales la Superintendencia Nacional de Salud autorizó la reorganización institucional de CAFESALUD, y en los términos de la Circular 00005 de 2017, no estarían manteniendo las condiciones en las cuales se cedió la habilitación a MEDIMAS.

c. Respecto del cumplimiento de la obligación de la primera etapa descrita en la Circular 00005 de 2017 de la Superintendencia Nacional de Salud y para efectos de la autorización del Plan de Reorganización Institucional, consistente en entregar el listado de contratos asociados a la prestación de servicios de salud del Plan de Beneficios que se van a ceder, pudo verificarse en la visita administrativa que adelantó la Procuraduría General de la Nación a MEDIMAS EPS S.A.S., que tan solo fueron cedidos setenta (70) contratos, una cifra que no representa ni el 5% de la red de prestadores de servicios de salud que poseía CAFESALUD antes de su proceso de enajenación y en todo caso, totalmente insuficiente para atender los más de 5 millones de usuarios.

De otra parte, analizado el listado de instituciones prestadoras de servicios de salud, presentado en el formato SUFT05 respecto de la lista de contratos de instituciones prestadoras de servicios de salud contenidas al corte de la visita administrativa practicada por la Procuraduría el 27 de noviembre de 2017, se evidenció que cerca del 30% de las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud propuestas en la red ofertada, no han tenido ni tienen contrato de prestación de servicios médicos con MEDIMAS EPS.

MEDIMAS no cuenta con una red al 100% que le permita atender integralmente a su población afiliada en todo el país, lo cual no solo constituye un

incumplimiento al proceso de venta, un desconocimiento a su oferta y a las condiciones en las cuales se dio la reorganización, sino un incumplimiento a sus obligaciones como EPS y una afectación al derecho fundamental a la salud de sus afiliados.

3) La información contenida en los conceptos y actos administrativos citados proferidos por distintas autoridades administrativas, demuestran la efectiva vulneración de los derechos e intereses colectivos al patrimonio público, a la libre competencia y a la prestación del servicio público de salud en condiciones de eficiencia y oportunidad, siendo a su vez la consecuencia de la amenaza a estas prerrogativas advertidas con antelación. Concretamente, las trasgresiones se evidencian en estos términos:

- Los derechos e intereses colectivos a la libertad de competencia y a la prestación del servicio de salud, cuya amenaza se evidenció en virtud de la vulneración del límite de integración vertical previsto en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, dada la composición del CONSORCIO PRESTASALUD por prestadoras del servicio de salud, con ocasión de la entrada en operación de MEDIMAS EPS S.A.S., se hizo efectiva la trasgresión, privilegiando en el giro directo a: a) las empresas prestadoras del servicio de salud que conforman la sociedad PRESTNEWCO S.A.S. dueña de MEDIMAS EPS S.A.S., b) ESIMED S.A.; y c) empresas que hacen parte del grupo SALUDCOOP.

- El derecho e interés colectivo al acceso al servicio público esencial a la salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna y al patrimonio público, han sido vulnerados en razón del reiterado incumplimiento por parte de MEDIMAS EPS S.A.S. de las condiciones de habilitación de su operación como EPS (ello con fundamento en la cesión que le hiciera CAFESALUD en virtud del plan de reorganización institucional aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud), evidenciado éste en riesgos de salud y operativos y riesgos financieros.

La problemática de MEDIMAS EPS S.A.S. en materia financiera se refleja en el incumplimiento de las condiciones financieras y de solvencia, de capital mínimo,

patrimonio adecuado, reservas técnicas y régimen de inversiones de las reservas técnicas.

De igual manera, el incumplimiento de los indicadores de permanencia financieros han dado lugar y las debilidades en garantizar el aseguramiento en salud, han dado lugar al aumento de la morbi-mortalidad de la población afiliada y a la carga en la enfermedad, situación que impacta en la gestión del riesgo en salud de la EPS y la integridad e implementación de su modelo de atención en salud.

Así mismo, en materia operativa, desde la entrada en operación de MEDIMAS EPS S.A.S. se ha mantenido la disminución del número de afiliados, así como también un alto porcentaje de PQRD por la insatisfacción de los usuarios ante la Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación y Superintendencia Nacional de Salud (peticiones cuyo objeto en su mayoría se relacionó con la prestación del servicio de salud), y el elevado número de acciones de tutela en contra de la EPS.

En este punto debe advertirse que tal y como lo refirió SAC CONSULTING S.A.S. (contraloría designada por la Superintendencia Nacional de Salud en razón de la medida de vigilancia especial a MEDIMAS EPS S.A.S.), el decrecimiento de la población afiliada en un 17% ha dado lugar a que los ingresos proyectados para lo corrido del año de 2018 disminuyan en no menos de \$400 mil millones de pesos.

Por otra parte, se encuentra demostrado en el proceso a partir de los informes dados por las distintas autoridades de control, que desde el inicio de la operación de MEDIMAS EPS S.A.S. a partir del 1º de agosto de 2017, la compañía no contó con los suficientes contratos de la red de prestadores para garantizar el aseguramiento de la totalidad de su población afiliada.

Así, MEDIMAS EPS S.A.S. inició su operación con 70 contratos que fueron objeto de cesión por parte de CAFESALUD EPS, lo que no representaba ni el 5% de la red de prestadores de servicio que poseía tal EPS antes de su

enajenación, e insuficiente para atender a todos los afiliados. Además, cerca del 30% de la red de prestadores ofertada, para el mes de noviembre de 2017 no tuvo contrato de prestación de servicios médicos con MEDIMAS EPS.

La situación de MEDIMAS EPS S.A.S. reviste tal gravedad, que tal y como lo refirió la Superintendencia Delegada para las medidas Especiales, más allá del incumplimiento de las causales de la medida de vigilancia especial, existen hallazgos que ameritan analizar la pertinencia de la continuidad de la EPS como entidad promotora de salud.

- La vulneración a los aludidos derechos e intereses colectivos es también evidente por parte de las sociedades del CONSORCIO PRESTASALUD, al incumplir las condiciones del Reglamento de Venta y de los contratos de compraventa suscritos, una vez constituyeron las sociedades PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S., ello en razón de la exclusión del Centro Nacional de Oncología que representaba la cuota de experiencia en gestión en salud exigido.

Al margen de lo anterior, la Sala reitera que la denominada “gestión en salud” requerida en el Reglamento de Venta no era suficiente para la plena garantía del derecho e interés colectivo al acceso y prestación del servicio público esencial a la salud, puesto que para ello la EPS que asumiera la habilitación cedida por CAFESALUD EPS S.A. debía tener experiencia en aseguramiento, atributo que nunca fue acreditado por los integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD y que devino, en efecto, en las problemáticas en términos operativos y financieros advertidos para MEDIMAS EPS S.A.S. y ESIMED S.A. (empresas de la que los integrantes del consorcio son dueñas), por parte de la Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de la Superintendencia Nacional de Salud, y en el caso de MEDIMAS EPS S.A.S., por parte de la Contraloría designada en virtud de la medida de vigilancia especial.

- De la misma manera, las empresas PRESTNEWCO S.A.S. (dueña de MEDIMAS EPS S.A.S.) y PRESTMED S.A.S. (dueña de ESIMED S.A.S.), se

encuentran sometidas a medidas de control por parte de la Superintendencia de Sociedades, advirtiendo una situación crítica de orden contable, financiero, administrativo y jurídico que pone en riesgo el cumplimiento de sus obligaciones, circunstancia que indudablemente afecta la operación de las empresas de su propiedad.

- La Superintendencia Nacional de Salud, que mediante Resolución No. 2426 de 2017 aprobó el régimen de organización institucional de CAFESALUD EPS y de contera autorizó la cesión de la habilitación para operar como EPS a MEDIMAS S.A.S., ante el incumplimiento de ésta última de las condiciones de la habilitación, debió interponer medida de vigilancia especial mediante Resolución No. 5163 de 2017, prorrogada en Resolución No. 4770 de 2018.

De la misma manera y en ejercicio de su facultad sancionatoria, impuso sanciones a la EPS en Resoluciones Nos. 2743 del 27 de noviembre de 2017 y 2807 del 30 de noviembre de la misma anualidad, fundamentándose en la negativa en la prestación de servicios a sus usuarios, en la falta de garantía de la red de prestación de servicios y en el exceso de afiliados autorizados para el régimen subsidiado.

Por otra parte profirió la Resolución No. 158 del 18 de enero de 2019, en la cual inició la actuación administrativa de revocatoria parcial de autorización de funcionamiento a MEDIMAS EPS S.A.S., en los departamentos de Cesar, Sucre y Chocó.

Todo lo anterior está en concordancia con los conceptos e informes rendidos por la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, el ADRES, y la Contraloría designada por la Superintendencia Nacional de Salud en razón de la medida de vigilancia especial, que no pueden ser desconocidos por la Sala y que son concordantes en el hecho de identificar deficiencias administrativas, técnicas y financieras de MEDIMAS EPS S.A.S., y que afectan los derechos e intereses colectivos al patrimonio público, a la libre competencia y al acceso al servicio público esencial a la salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

4) Particularidades en el caso de ESIMED S.A.

En primera medida, para ESIMED S.A. se reitera lo anotado en líneas atrás respecto de: a) la situación técnica, financiera y administrativa de PRESTMED S.A.S., que afecta la gestión de la IPS ESIMED; b) el incumplimiento de los términos del Reglamento de Venta en lo que respecta a la conformación del CONSORCIO PRESTASALUD dada la exclusión de la sociedad que acreditaba la experiencia de gestión en salud y que participaba en el porcentaje exigido en tal Reglamento; c) la vulneración al límite de integración vertical, todo lo cual como se analizó, produjo la vulneración de los derechos e intereses colectivos.

Además de lo anterior, debe destacarse que tal y como lo refirió la Agencia Especial de la Procuraduría General de la Nación, de las 34 las sedes ESIMED que están inactivas, 19 están cerradas totalmente o tienen algunos servicios cerrados. De la misma manera la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución No. 9642 de 2018 *“por la cual se adopta medida preventiva de VIGILANCIA ESPECIAL a ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A ESIMED S.A, identificada con el NIT. 800.215.908-8, se remueve al Revisor Fiscal y se designa Contralor”*, advirtió que existían circunstancias que constituían factores comunes a todas las sedes de la entidad que afectaban la adecuada prestación de servicios de salud a los usuarios.

No obstante, en la Resolución No. 11465 del 12 de diciembre de 2018 la Superintendencia levantó la medida preventiva de vigilancia especial a ESIMED S.A., fundamentándose en los siguientes aspectos:

a) ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESIMED S.A, mediante Nurc 1-2018-191553 del 23 de noviembre de 2018 presentó el documento denominado "Plan de Salvamento y Normalización de la Operación Estudios e Inversiones Medicas S.A. ESIMED SA", el cual se encuentra enfocado a la reapertura de los servicios en 15 clínicas y 2 CAFI, a nivel nacional, así como la consecuente inversión para obras de infraestructura y adecuación, necesarias

para la habilitación, la renovación tecnológica, el fortalecimiento y estabilización del talento humano, el pago de pasivos y la capitalización de la IPS.

b) El 90.77% de las sedes registradas al inicio de la medida se encuentran cerradas, y el 9,23% representado en 6 sedes en las cuales se prestan servicios no representan riesgos para la salud, según autoevaluación realizada e informe de la Contraloría designada. No existen circunstancias que generen riesgo para la atención y seguridad del paciente en las sedes donde aún se encuentran prestando servicios a los usuarios.

c) Teniendo en cuenta la situación actual de ESIMED S.A. en el que se evidencia la no prestación del servicio de salud, por el cierre que la entidad ha realizado de 50 de las 65 sedes registradas, se concluye que han desaparecido las circunstancias generadoras de riesgo para la atención y seguridad del paciente en las sedes donde aún se encuentran prestando servicios a los usuarios.

d) Le corresponde a las Direcciones Territoriales de salud la organización de la red de servicios, el registro de los prestadores públicos y privados de servicios de salud, recibir la declaración de requisitos esenciales para la prestación de los servicios y adelantar la vigilancia y el control de los prestadores en el área de su jurisdicción. La Superintendencia las requerirá para que informen oportunamente acerca de la evolución de la situación de ESIMED S.A.

Si bien la decisión de la Superintendencia Nacional de Salud, demuestra la disminución de la gravedad en la afectación a la prestación del servicio público a la salud en las sedes activas de ESIMED S.A., si debe observarse con preocupación que la compañía haya tenido que cerrar 50 de las 65 sedes registradas, reduciendo así su cobertura a nivel nacional.

Esta circunstancias debe evaluarse conjuntamente con los problemas identificados por la Superintendencia de Sociedades respecto de PRESTMED S.A.S., así como también las amenazas y la vulneración efectiva de los derechos e intereses colectivos analizados en esta sentencia.

3.3.6. La responsabilidad de los demandados en la vulneración de los derechos e intereses colectivos

Las amenazas y vulneraciones de los derechos e intereses colectivos reseñados en esta decisión derivaron de las actuaciones y omisiones por parte de los siguientes demandados en el proceso, así:

a) MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

El Gobierno Nacional – Ministerio de Salud y de la Protección Social es responsable de la vulneración al expedir el Decreto 718 de 2017, que constituyó la génesis de la vulneración sistemática de los derechos e intereses colectivos al patrimonio público, y al acceso al servicio público a la salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna, al facilitar el marco legal con el cual se permitió la reorganización institucional de CAFESALUD EPS en los términos pretendidos por SALUDCOOP EPS en liquidación, y que ya fue objeto de pronunciamiento por la Sala.

Nótese que la expedición de este Decreto fue posterior a las reuniones sostenidas entre el Ministerio junto con la Superintendencia Nacional de Salud, y SALUDCOOP EPS con su equipo asesor, para aclarar y definir los temas concernientes al proceso de venta de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS y de las acciones de ESIMED S.A., sin que pueda desconocerse la relación entre tales reuniones y la norma expedida por parte del Ministerio.

b) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

La Superintendencia Nacional de Salud es responsable de la trasgresión de los derechos e intereses colectivos al haber aprobado el Plan de Reorganización Institucional presentado por CAFESALUD EPS S.A., y permitido la entrada en operación de MEDIMAS EPS S.A.S., con la amenaza a la prestación al servicio público esencial a la salud que ello representaba, por la falta de experiencia en

aseguramiento del consorcio adjudicatario del proceso de venta, por la vulneración al límite de integración vertical que su elección representaba, y por la forma de pago por la compraventa de los activos que amenazaba con la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por otra parte, la Superintendencia Nacional de Salud en la Circular externa No. 000005 del 25 de mayo de 2017, modificó el capítulo V del Título II de la Circular Externa 047 de 2007, en lo que respecta a escisión, fusión y creación de EPS en las que se pretenda ceder la habilitación o autorización para operar, los afiliados y los contratos de prestación de servicios asociados a la prestación de servicios de salud del Plan de Beneficios, facultando a la EPS que se encuentre en una medida de vigilancia especial o de intervención forzosa administrativa para administrar, a solicitar la reorganización institucional en la modalidad de creación de nueva entidad.

Lo anterior facilitó el proceso de reorganización institucional de CAFESALUD EPS S.A.S., que se encontraba en una medida de vigilancia especial por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, lo que guarda plena relevancia si se tiene en cuenta la grave situación de la EPS hasta antes del plan de reorganización, lo cual incluso fue diagnosticado por el equipo asesor de SALUDCOOP en la estructuración del proceso de venta, y que debía constituir un parámetro de valoración por parte de la Superintendencia para determinar si la reorganización en la modalidad de creación de nueva entidad podría solventar las dificultades de la EPS y garantizar el debido pago de sus acreencias.

La situación de CAFESALUD EPS S.A. también tuvo repercusión en las condiciones bajo las cuales MEDIMAS EPS S.A.S. asumió la operación de prestación del servicio de salud una vez la Superintendencia aprobó la cesión de la habilitación en su favor para el aseguramiento. Aunque ello no exime de responsabilidad a esta última, ante el incumplimiento en el que incurrió de las condiciones de la reorganización y que fueron incluso advertidas por la misma Superintendencia.

Si bien la Superintendencia Nacional de Salud a través de la medida de vigilancia especial impuesta a MEDIMAS EPS S.A.S., de las sanciones por la deficiente prestación del servicio de salud y de los procesos administrativos para revocar la habilitación como EPS en los departamentos de Sucre, Cesar y Chocó, ha evitado que la vulneración de los derechos e intereses colectivos antes aludidos sea aún más grave, a criterio de la Sala tales medidas no son suficientes para conjurar la afectación, ante una EPS que evidentemente no tiene la idoneidad para seguir ejerciendo el aseguramiento en salud.

c) SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN

A través de su Agente Liquidadora, la EPS incurrió en la vulneración de los derechos e intereses colectivos aludidos, en tanto que aprobó el reglamento de venta de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS S.A. y de las acciones de ESIMED S.A. en los términos presentados por las sociedades que contrató como asesores. Así mismo, SALUDCOOP tomó decisiones relevantes dentro del proceso de compraventa, al seleccionar a los interesados acreditados, el manejo del cuarto de datos en el que reposaba la información de los activos a vender, y la declaración como adjudicatario del CONSORCIO PRESTASALUD.

No puede desconocerse tampoco la participación mayoritaria de SALUDCOOP EPS en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de CAFESALUD EPS S.A. en la que se aprobó la Oferta Económica del CONSORCIO PRESTASALUD por las Acciones del NewCo del Régimen Contributivo y subsidiado, por un valor total de un billón doscientos mil millones de pesos moneda legal colombiana (\$1.200.000.000.000.oo) y la Oferta Económica por las Acciones de ESIMED S.A. por un valor total de doscientos cincuenta mil millones de pesos moneda legal colombiana (\$250.000.000.000.oo).

Todo el proceso de compraventa de activos tuvo como fundamentos la necesidad de SALUDCOOP EPS de vender sus activos en CAFESALUD para que con el dinero obtenido pudiera adelantar el pago de las acreencias reconocidas en su propio proceso de liquidación. Sin embargo es cuestionable

el hecho que la reorganización institucional de CAFESALUD en los términos en la que fue estructurada, atiende al objetivo inicial propuesto, si se tiene en cuenta que SALUDCOOP recibirá solo el dinero remanente luego que CAFESALUD atienda la totalidad de todas sus acreencias, y culmine con la totalidad de su proceso de desmonte, sin que a la fecha se tenga claro si el dinero efectivamente recibido cubrirá siquiera las deudas de ésta última, y menos ante los incumplimientos en el pago denunciados por la misma Agente Liquidadora de SALUDCOOP y por parte de los socios que conformaron el CONSORCIO PRESTASALUD, constituidos en PRESTMED S.A.S. y PRESTNEWCO S.A.S., tal y como lo refirió en la audiencia del 10 de octubre de 2018.

d) CAFESALUD EPS S.A.

En su calidad de beneficiario del Plan de Reorganización Institucional aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud, y de contratante en los distintos contratos suscritos con las sociedades PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S. (constituidas por el CONSORCIO PRESTASALUD), le asiste plena responsabilidad a CAFESALUD EPS S.A. por la vulneración de los derechos e intereses colectivos al patrimonio público, y a la prestación del servicio público de salud.

Debe tenerse en cuenta que fue CAFESALUD EPS S.A. quien presentó ante la Superintendencia Nacional de Salud el Plan de Reorganización Institucional, el cual no ha sido debidamente cumplido por la EPS a la cual tal sociedad cedió su habilitación para prestar el servicio, esto es, MEDIMAS EPS S.A.S.

Así mismo, con su decisión amenazó los recursos públicos que deben retornar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y que en un proceso liquidatorio pudieron ser pagados bajo un criterio de proporcionalidad y gradualidad. Sin embargo, la reorganización en los términos planteados por CAFESALUD no correspondieron a tal objetivo, dadas las siguientes falencias: a) se privó de la participación accionaria en la sociedad resultante como consecuencia del proceso de reorganización, privándose de igual manera de un

ingreso constante de recursos para honrar sus deudas, y poniendo en entredicho la naturaleza misma de la reorganización; b) permitió que hasta un límite del 50% del precio del activo intangible, fuera descontado del pago en efectivo bajo la figura de la condonación de deudas con los integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD; c) en uso de su facultad de disponer a discrecionalidad del orden y forma de pago de sus deudas, que puede afectar el reconocimiento de deudas preferentes y de mayor antigüedad en beneficio de otras.

e) PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S.

Estas sociedades, constituidas por el CONSORCIO PRESTASALUD de conformidad con los términos del Reglamento de Venta de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED S.A., son responsables de la vulneración de los derechos e intereses colectivos aludidos, en tanto que desconocieron las obligaciones del Reglamento y de los contratos de compraventa, al modificar su estructura societaria y excluir a la compañía con la que acreditaban la suficiencia en la experiencia en gestión en salud.

De la misma manera, ambas sociedades presentan situaciones administrativas y financieras que dieron lugar a la Superintendencia de Sociedades de adoptar una medida de control sobre éstas, circunstancia que contribuye a que las sociedades de las cuales tienen el 100% de participación, esto es, MEDIMAS EPS S.A.S. y ESIMED S.A., no puedan llevar a cabo la prestación del servicio de salud idóneamente.

Tanto PRESTMED S.A.S. como PRESTNEWCO S.A.S. constituidas por compañías prestadoras del servicio de salud, contribuyeron a que se hiciera efectiva la trasgresión del límite de integración vertical previsto en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, en el que MEDIMAS EPS S.A.S., privilegió en el giro directo a tales empresas y a ESIMED S.A. (cuyo dueño es PRESTMED S.A.S.).

PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S., que suscribieron los contratos de compraventa de acciones con CAFESALUD EPS S.A., también son

responsables del incumplimiento de los términos de estos contratos, en particular en lo relacionado con las obligaciones respecto de las sociedades de su total propiedad, como son MEDIMAS EPS S.A.S. y ESIMED S.A. que repercuten en la garantía de la prestación del servicio de salud de los afiliados.

En el caso de PRESTNEWCO S.A.S., debe destacarse el Acuerdo para la negociación de acreencias celebrado entre ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. y PRESTNEWCO S.A.S. y suscrito el 1º de diciembre de 2017¹²⁵ por el cual PRESTNEWCO se obliga a adelantar en nombre y representación de ESIMED, con o sin el acompañamiento de ésta, la negociación de las acreencias a cargo de CAFESALUD EPS S.A., negocio jurídico que dispone que ESIMED S.A. reconocerá en favor de PRESTNEWCO S.A.S. una suma equivalente al 5% del valor total de acreencias reconocidas por CAFESALUD EPS S.A., y a título de anticipo ESIMED S.A. deberá pagarle a la sociedad la suma de ocho mil novecientos cuarenta y ocho millones ochocientos dos mil cuatrocientos ochenta y seis pesos (\$8.948.802.486). En virtud de este acuerdo, CAFESALUD ha reconocido a ESIMED S.A. acreencias por la suma de \$101.014.583.140.

Como se señaló en precedencia, tal negocio se suscribió entre dos empresas con un mismo dueño, esto es, las sociedades integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD que conformaron a su vez las sociedades PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S., dejando en evidencia la dinámica de la múltiple constitución de empresas para justificar este tipo de transacciones, así como las del giro directo por parte de MEDIMAS EPS S.A.S., dando lugar a un movimiento de recursos del sistema de salud en compañías de una misma jerarquía, circunstancias que como ya se analizó dan lugar a la afectación a la libre competencia y al acceso al aludido servicio público esencial.

f) MEDIMAS EPS S.A.S.

¹²⁵ EXPEDIENTE. Cuaderno de medida cautelar No. III. folios 39 a 45.

Desde que MEDIMAS EPS S.A.S. asumió la prestación del servicio de salud a partir del 1º de agosto de 2017, evidenció las amenazas de los derechos e intereses colectivos que representaba la elección de la oferta presentada por el CONSORCIO PRESTASALUD, en el entendido que sus sociedades integrantes no contaban con la debida experiencia en aseguramiento, que en definitiva era necesaria para garantizar la superación de las alarmantes condiciones bajo las cuales CAFESALUD EPS S.A. estaba prestando el servicio a sus afiliados.

En efecto, MEDIMAS EPS S.A.S. una vez entró en operación presentó problemas en la contratación de la red de prestadores para satisfacer las necesidades de sus usuarios, puesto que los contratos efectivamente cedidos no fueron suficientes para tal finalidad, sin que MEDIMAS tampoco haya contratado con otras. Así mismo, se evidenciaron problemas relacionados con las condiciones financieras y de solvencia, de capital mínimo, patrimonio adecuado, reservas técnicas y régimen de inversiones de las reservas técnicas.

Lo anterior ha dado lugar también al desmejoramiento de la calidad del servicio de salud de sus usuarios, produciendo un número significativo de peticiones, quejas y reclamos ante la Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia Nacional de Salud en su contra, así como de acciones de tutela y procesos judiciales en su contra cuya cuantía asciende a \$39.422.871.480, y embargos activos por la suma de \$2.282.617.070.

Por otra parte, la mala calidad en el servicio prestado ha obligado a un porcentaje cercano al decrecimiento de la población afiliada en un 17%, cifra alarmante para una EPS que a la fecha no ha completado siquiera dos años de operación.

MEDIMAS EPS S.A.S. realizó los giros directos con las compañías de las con las que integra una misma jerarquía, esto es, las sociedades integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD dueñas de PRESTMED S.A.S. y

PRESTNEWCO S.A.S. (dueña de MEDIMAS EPS), la IPS ESIMED S.A. y los integrantes del grupo SALUDCOOP.

Así, es indudable la responsabilidad de MEDIMAS EPS S.A.S. en la vulneración de los derechos e intereses colectivos identificados por esta Corporación.

g) ESIMED S.A.

Tal y como se refirió con antelación (consideración - 4) particularidades en el caso de ESIMED S.A.), la responsabilidad de ESIMED S.A. se sustenta en: a) el manejo dado por su empresa dueña PRESTMED S.A.S., que desconoció los términos del Reglamento de Venta y en su particular situación financiera y administrativa que afecta la operación de ESIMED S.A.; b) su participación en la vulneración del límite de integración vertical dados los giros directos de MEDIMAS EPS S.A.S.; y c) el cierre del 90.77% de sus sedes registradas, lo que indudablemente afecta el acceso al servicio de salud como derecho e interés colectivo, dado el limitado alcance con el que ahora cuenta la IPS en el territorio nacional.

En todo caso, se observa que con el "Plan de Salvamento y Normalización de la Operación Estudios e Inversiones Medicas S.A. ESIMED S.A." presentado por la compañía ante la Superintendencia Nacional de Salud podría contribuir en subsanar en particular, la trasgresión efectuada por el cierre de las clínicas, sin embargo a la fecha no puede tenerse como superada la vulneración hasta tanto se demuestre la efectividad de tal plan.

h) LAZARD COLOMBIA S.A.S., PRICEWATERHOUSECOOPERS y POSSE HERRERA & RUIZ

- En cuanto a la participación de PRICEWATERHOUSECOOPERS en la estructuración y ejecución del proceso de venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED S.A., debe aclararse que esta organización como tal no es una sociedad, sino un grupo compuesto

por las sociedades PRICEWATERHOUSECOOPERS SERVICIOS LEGALES Y TRIBUTARIOS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA, PRICEWATERHOUSECOOPERS INFORMATION SERVICES LTDA., y PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA.

El apoderado de las sociedades referidas aclara que solo la sociedad PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. participó en el diseño de la transacción de la venta de los activos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED S.A., a través de la valoración razonable de los activos que serían objeto de enajenación.

Obra en el expediente copia de una comunicación del 15 de septiembre de 2016¹²⁶ de PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA., y dirigida a MBA LAZARD COLOMBIA S.A.S., en el cual adjunta propuesta de servicios profesionales en relación con la asistencia y asesoramiento en el proceso de *due diligence* financiero-contable, tributario, laboral y tecnológico de CAFESALUD EPS S.A., Cruz Blanca EPS S.A., Sociedad Clínica Pamplona, Clínica Santa Cruz de Loma S.A., Clínica Santa Isabel Ltda., Clínica de los Andes S.A., Clínica Martha S.A., Estudios e Inversiones Médicas S.A. – ESIMED y Laboratorio Bioimagen Ltda. Por otra parte, obra confirmación por parte de LAZARD de la aceptación de la propuesta presentada¹²⁷.

En ese orden, dadas las declaraciones del apoderado de las compañías que comparten la denominación “PRICEWATERHOUSECOOPERS”, y de la comunicación del 15 de septiembre de 2016, resulta claro que PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. participó en la primera fase desarrollada por el equipo asesor, a partir del diagnóstico de CAFESALUD EPS S.A., sin que hayan intervenido las demás sociedades que comparten tal denominación, motivo por el cual sobre estas últimas se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva.

¹²⁶ EXPEDIENTE. folios 1369 y 1370.

¹²⁷ *Ibíd.* folio 1370 rev.

- Tal y como se refirió en la descripción de los hechos inherentes al proceso de venta de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS y de las acciones de ESIMED S.A., LAZARDCOLOMBIA S.A.S. el 27 de mayo de 2016 suscribió un contrato con el entonces Agente Liquidador de SALUDCOOP, el cual tenía por objeto el diagnóstico, valoración, diseño de la estructura de la transacción, promoción y venta de los activos definidos por SALUDCOOP, entre estos, su principal activo CAFESALUD EPS S.A. y las acciones de este último en ESIMED S.A.

El contrato se ejecutó en dos fases, la primera que correspondía a la elaboración del diagnóstico de los activos de SALUDCOOP, y la segunda, a la implementación y promoción de la estrategia aprobada de la transacción. Así mismo se habilitó a LAZARD S.A.S. a subcontratar la ejecución de aquellas tareas que no corresponden al rubro de su actividad principal.

En este caso, como se observó, LAZARD S.A.S. subcontrató con POSSE HERRERA & RUIZ y PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA., y las tres compañías participaron en la estructuración del negocio, efectuando el diagnóstico de CAFESALUD EPS, así como el diseño de la transacción de la venta de los activos, fase en la cual se efectuaron las reuniones con la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Salud y de la Protección Social.

La gestión de LAZARD COLOMBIA S.A.S. guarda relación con la participación del señor Augusto Acosta, quien fungía como asesor externo de la compañía, en la estructuración de los decretos modificatorios del Decreto No. 2117 de 2016, en particular del Decreto 718 de 2017 que permitió la ejecución del negocio de los activos que representaban CAFESALUD EPS S.A. y ESIMED S.A., en los términos previstos en el reglamento de venta, en cuyo diseño también intervino LAZARD junto con su equipo asesor.

Así mismo, LAZARD y POSSE HERRERA & RUIZ intervinieron en la segunda fase, correspondiente a la ejecución de la alternativa de venta elegida, esto es,

el proceso de venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED S.A., a través del contacto con los posibles interesados en la compra de los activos, la determinación de los interesados acreditados y la evaluación de las ofertas presentadas.

En efecto, LAZARD COLOMBIA S.A.S. en la segunda fase del contrato de asesoramiento, se comunicó con quienes podrían ser interesados en participar en el proceso de venta, participó en la conformación de los nueve (9) interesados acreditados, y junto con POSSE HERRERA & RUIZ evaluó la oferta económica de los dos interesados que presentaron ofertas, esto es, el consorcio PRESTASALUD e inversiones CLÍNITAS S.A.S.

En la valoración de la oferta económica, las compañías asesoras determinaron el puntaje atribuido a las dos ofertas, obteniendo: a) el consorcio PRESTASALUD el total de 600 puntos en el régimen contributivo, 600 puntos en el régimen subsidiado y 1.000 puntos en la oferta de ESIMED; b) CLÍNITAS, un total de 142,8 puntos en la oferta económica por el régimen contributivo, siendo este valor menor a los 200 puntos exigidos como puntaje mínimo, motivo por el cual fue descalificada la oferta.

De la misma manera, en la fase de ejecución de la alternativa de venta elegida, correspondiente al proceso de venta, fue determinante la evaluación de LAZARD S.A.S. y POSSE HERRERA & RUIZ, a efectos de seleccionar al CONSORCIO PRESTASALUD, lo cual, como también se advirtió constituyó una amenaza y posteriormente una vulneración efectiva a las aludidas prerrogativas así como también del derecho colectivo a la libertad de la competencia.

No puede desconocerse la intervención que LAZARD COLOMBIA S.A.S., POSSE HERRERA & RUIZ y PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. realizaron en el diseño de la alternativa de venta de los activos de SALUDCOOP EPS, en CAFESALUD EPS y a ESIMED S.A. No obstante, debe aclararse que mientras que la participación de POSSE HERRERA & RUIZ y PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. se debió a la subcontratación directa que tuvieron con

LAZARD COLOMBIA S.A.S., las actuaciones de esta última se dieron con ocasión a la ejecución del contrato del 27 de mayo de 2016 suscrito con SALUDCOOP EPS en liquidación.

De tal manera que LAZARD COLOMBIA S.A.S. es directo responsable de la vulneración de los derechos e intereses colectivos ocasionados a partir de la estructuración y ejecución del negocio jurídico que permitió la venta de los activos de CAFESALUD EPS y de las acciones de la IPS ESIMED, dadas las obligaciones que le correspondían como asesor y gestor en virtud de la ejecución del contrato de prestación de servicios del 27 de mayo de 2016.

Por otra parte las sociedades POSSE HERRERA & RUIZ y PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA., al no haber suscrito el aludido contrato de prestación de servicios con SALUDCOOP EPS en liquidación, no le asisten las obligaciones que le son exigidas a LAZARD COLOMBIA S.A.S., motivo por el cual se declarará su falta de legitimación por pasiva en el presente medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos.

- El beneficio obtenido por LAZARD S.A.S., con ocasión de la estructuración y ejecución del proceso de venta

En virtud de la ejecución del contrato del 27 de mayo de 2016, LAZARD COLOMBIA S.A. además de los honorarios recibidos por la gestión realizada en la estructuración y ejecución del proceso de venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED, también fue beneficiario de una comisión de éxito correspondiente al 1% del valor total de la venta de tales activos.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el numeral 9.6.3. del Reglamento de Venta, el adjudicatario de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED (en este caso el consorcio PRESTASALUD), estaba obligado a cancelar la Comisión del Asesor Externo equivalente al 1% del precio de la compra incluido en la oferta económica. Tal regulación es concordante con

lo dispuesto en párrafo tercero de la cláusula novena del contrato suscrito el 27 de mayo de 2016 por LAZARD COLOMBIA S.A.S. y SALUDCOOP EPS en Liquidación¹²⁸, en el que se pactó lo siguiente:

“Párrafo tercero: Comisión de Éxito. En caso de ejecución de la segunda fase que resulte en la enajenación total o parcial de los activos, el pago efectivo de los mismos por parte del comprador a SALUDCOOP EPS en liquidación y su traspaso al inversionista o comprador, habrá lugar a la comisión de éxito la cual sería pagada por el comprador directamente.

El comprador o inversionista, deberá pagar directamente a favor del CONTRATISTA o a quien este designe, la comisión de éxito de la siguiente manera:

A) La suma correspondiente al uno por ciento (1%) sobre el valor de la venta bruta de cada uno de los activos.

B) En caso de excluir activos prioritarios de manera unilateral por parte de SALUDCOOP EPS en liquidación, una vez iniciada la segunda fase, la comisión de éxito será el mayor valor entre el 1% de la venta bruta de los activos vendidos y tres mil millones de pesos m/cte (\$3.000.000.000).

C) En caso de una venta exitosa de CAFESALUD y ESIMED (Los Activos Prioritarios), la comisión de éxito será el mayor valor entre el 1% de la venta bruta de los activos vendidos y tres mil millones de pesos m/cte (\$3.000.000.000).

Para los efectos del presente CONTRATO, se entenderá por “Valor de la Venta Bruta”, la contraprestación total en efectivo, en acciones o títulos en especie o de cualquier otra naturaleza, que haya sido pagada o deba ser pagada a SALUDCOOP EPS En liquidación, sus afiliados y/o sus accionistas, en relación con la Transacción (o cualquier transacción relacionada). Las contraprestaciones en especie serán consideradas a su valor de mercado a la fecha de su respectivo pago. “El Valor de la Transacción” incluirá: (i) aquellos pagos realizados o realizarse respecto de acciones, títulos valores, títulos convertibles, warrants, derechos sobre revalorización de acciones (o SARS), opciones o derechos similares, sean o no ejecutables a tal fecha; (ii) el monto de las deudas y pasivos que figuran registrados en los estados contables consolidados más recientes de la entidad vendedora o su respectiva afiliada, según el caso, previo el cierre de la Transacción, o en el caso que se trate de una venta de activos, las deudas y otros pasivos que asume la entidad compradora; y (iii) las sumas recibidas por SALUDCOOP EPS En liquidación, sus afiliados y/o sus accionistas en concepto de convenios que potencien el valor comercial o estratégico de la Compañía o filial relevante de la misma, los que podrán ser entre otros, convenios de no competencia, contratos, contratos de asesoramiento, de maquila u otros acuerdos simultáneos con el contrato de compra / venta. En caso que el “Valor de la Transacción se encuentre sujeto a aumentos por pagos contingentes relacionados a eventos futuros, el CONTRATISTA calculará de buena fe los honorarios aplicables respecto de dichos pagos los cuales deberán ser pagados al CONTRATISTA una vez consumada la Transacción.

¹²⁸ EXPEDIENTE. Cd obrante a folio 1176. Archivo: “20160527 Contrato Saludcoop – Lazard firmado – venta de Cafesalud”.

El CONTRATISTA, entiende, acepta y reconoce que la comisión de éxito no hace parte del valor del contrato, ni de la propuesta económica presentada y que su eventual inclusión depende única y exclusivamente de que SALUDCOOP EPS en liquidación decida ejecutar la segunda fase y el CONTRATISTA acepte asesorar la segunda fase, en los términos descritos en esta cláusula”.

En el contrato de compraventa de acciones suscrito entre CAFESALUD EPS S.A., PRESTNEWCO S.A.S., y las sociedades garantes integrantes del consorcio PRESTASALUD, fechado del 23 de junio de 2017¹²⁹, en su artículo 1º “definiciones”, se dispuso que la Comisión del Asesor Externo era el equivalente a la suma de doce mil millones de pesos (COP 12.000.000.000), equivalente al 1% de la Oferta Económica del adjudicatario, según se define el término Oferta Económica en el Reglamento, más el IVA.

Por otra parte en el artículo 3º, sección 3.2. literal b), se estipuló que previa emisión de la factura correspondiente, el Comprador pagará al Asesor Externo la Comisión del Asesor Externo, por medio de transferencia electrónica de fondos de disponibilidad inmediata, a las cuentas bancarias que sean informadas por escrito por el Vendedor, con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles previos a la Fecha de Cierre.

Así mismo en el contrato de compraventa de acciones entre CAFESALUD EPS, PRESTMED S.A.S. y las sociedades garantes integrantes del consorcio PRESTASALUD, del 23 de junio de 2017, en su artículo 1º “definiciones” se estipuló que la Comisión del Asesor Externo era la suma de dos mil quinientos millones de pesos colombianos (COP 2.5000.000.000), equivalentes al 1% del precio de compra, más el IVA.

La Sala advierte que el pago por la comisión de éxito dispuesta tanto en el contrato de LAZARD S.A.S. y SALUDCOOP EPS en Liquidación, como en el Reglamento de Venta, se generó como consecuencia de la ejecución de una serie de contratos por los cuales se vendieron los activos de SALUDCOOP EPS en liquidación en CAFESALUD EPS S.A. y en la IPS ESIMED S.A., a las sociedades PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S. conformadas por los

¹²⁹ EXPEDIENTE. Cuaderno reservado No. 1.

integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD, bajo unos términos y condiciones ya analizadas por la Sala, que amenazaron y vulneraron efectivamente los derechos e intereses colectivos al acceso al servicio público a la salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna, al patrimonio público y a la libre competencia.

El beneficiario de la comisión de éxito es directamente LAZARD COLOMBIA S.A.S., identificado en los contratos de compraventa de acciones antes reseñados como el “Asesor Externo”, compañía que participó en la estructuración y ejecución del proceso de venta de los aludidos activos y acciones, y en la evaluación de las propuestas de los interesados acreditados en los términos antes reseñados en esta providencia, siendo ello determinante en la selección del CONSORCIO PRESTASALUD como adjudicatario de la misma, lo cual también implicó repercusiones en la afectación de los derechos e intereses colectivos al patrimonio público y al acceso al servicio de salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna, entre otros aspectos, por la falta de experiencia en aseguramiento de quienes componían el consorcio, y en la vulneración del límite de integración vertical.

Lo anterior podría tener como consecuencia una medida de protección en contra de LAZARD COLOMBIA S.A.S., quien suscribió el contrato de prestación de servicios de asesoría y gestión con SALUDCOOP EPS en liquidación, y con cargo a la comisión de éxito que le fue pagada por parte de los integrantes del consorcio PRESTASALUD en su calidad de compradores de los activos de SALUDCOOP. Sin embargo, no se encuentra probado en este proceso que los recursos involucrados en esa transacción sean de naturaleza pública, y que por tanto su pago haya generado un detrimento en el sistema general de seguridad social en salud y en el patrimonio público, motivo por el cual no es posible adoptar tal determinación.

En su lugar, se exhortará a la Contraloría General de la República para que en ejercicio de sus funciones inicie una investigación que tenga por objeto determinar si los dineros recibidos por LAZARD COLOMBIA S.A.S. con ocasión de la ejecución del contrato del 27 de mayo de 2016 suscrito con SALUDCOOP

EPS en liquidación, involucró recursos parafiscales, y de ser así decida la responsabilidad fiscal a que haya lugar.

3.3.7. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

De las pruebas que obran en el expediente se observa que la Superintendencia de Industria y Comercio no es responsable de la vulneración de los derechos e intereses colectivos ocasionados en la estructuración del proceso de venta de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS y de las acciones de ESIMED S.A., así como tampoco de la selección del CONSORCIO PRESTASALUD.

La intervención de la Superintendencia en el proceso de venta se limitó conforme a recibir la comunicación por parte de los interesados en la compra de los activos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED S.A., en los términos del artículo 9º de la Ley 1340 de 2009 según el cual:

Artículo 9º. Control de Integraciones Empresariales. El artículo 4º de la Ley 155 de 1959 quedará así:

“Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o

2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este

último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.

En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.

Parágrafo 1°. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.

Parágrafo 2°. Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.

Parágrafo 3°. Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio” (negrilla fuera del texto).

En este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio fue notificada por cada uno de los nueve interesados en el proceso de compraventa de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED, entre los cuales se encuentra la efectuada por el CONSORCIO PRESTASALUD¹³⁰.

No obstante lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio si se encuentra en la obligación de investigar la restricción a la libre competencia con ocasión a la integración vertical que superó el límite del 30% al que se refiere el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, ocasionada entre las sociedades integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD, la IPS ESIMED, MEDIMAS EPS S.A.S. y los sociedades del grupo SALUDCOOP.

¹³⁰ EXPEDIENTE. folio 158.

3.3.8. SOBRE LOS DEMÁS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Con fundamento en el análisis efectuado en esta sentencia, la Sala aclara respecto de los demás argumentos de la demanda lo siguiente:

a) El derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, como se analizó en precedencia, exige en su ámbito subjetivo que la conducta desplegada por el servidor público involucre un propósito que se desvíe del interés general para favorecer o intentar favorecer intereses propios o de terceros.

En este caso, de las pruebas obrantes en el expediente no se acredite que los involucrados en los hechos que derivaron de la vulneración del derecho e interés colectivo al patrimonio público, hayan efectuado tales actividades en su propio beneficio o el de un tercero, motivo por el cual no se declarará la vulneración a la moralidad administrativa.

b) La vulneración a la libre competencia económica se justificó en este caso respecto de la trasgresión al límite de integración vertical previsto en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, más no por la falta o restricción de la participación de las sociedades interesadas en el proceso de venta de activos, pasivos y contratos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED, punto en específico sobre el cual la Sala no encuentra reproche alguno, puesto que de las pruebas del expediente se observa que se garantizó plenamente la participación de las sociedades interesadas en el proceso de venta.

Por otra parte, debe desestimarse que el proceso de venta se haya tratado de una subasta pública como lo refieren los demandantes, para lo cual la Sala se remite al análisis efectuado respecto del Reglamento de Venta y del proceso de compraventa, en el que se evidencia la naturaleza del proceso que culminó con la selección del CONSORCIO PRESTASALUD como adjudicatario de la transacción.

c) Los accionantes en el escrito de demanda no especifican los términos en los cuales se vulneró el derecho colectivo de los usuarios y consumidores,

circunstancia que tampoco advierte la Sala de conformidad con el análisis que se hizo en precedencia.

No obstante se aclara que la vulneración de los derechos de los usuarios del servicio de salud se evidenció como consecuencia de la trasgresión al derecho e interés colectivo al acceso al servicio de salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna, lo que también implica la afectación de las prerrogativas que les asiste en su condición de consumidores, acreditando así la vulneración del derecho e interés colectivo previsto en el literal m) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

3.3.9. LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN

Evidenciada la vulneración a los derechos e intereses colectivos al acceso al servicio público a la salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna, al patrimonio público, a la libre competencia económica y a los derechos de los consumidores y usuarios, la Sala deberá adoptar una serie de órdenes en garantía de la protección de estas prerrogativas, con fundamento en lo siguiente:

I. Tal y como se advirtió en esta decisión, la vulneración de los derechos e intereses colectivos al patrimonio público y al acceso al servicio público a la salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna en el caso concreto, tiene como génesis la expedición del artículo 1º del Decreto 718 de 2017 que adicionó el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016, lo cual será declarado en la parte resolutive de esta decisión.

Por tanto, se instará al Gobierno Nacional – Ministerio de Salud y de la Protección Social, revocar, derogar o demandar el artículo 1º del Decreto 718 de 2017 que adicionó el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016.

II. La efectiva vulneración de los derechos e intereses colectivos tuvo su origen en la amenaza generada con ocasión de las disposiciones que fueron

reseñadas del Reglamento de Venta, del contrato de compraventa de acciones suscrito entre CAFESALUD EPS S.A., PRESTNEWCO S.A.S. y las sociedades garantes e integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD, de los contratos que se derivaron del mismo y del Plan de Reorganización Institucional de CAFESALUD EPS aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud.

En primera medida debe señalarse que queda plenamente desestimado el argumento de los demandantes según el cual los contratos suscritos no tenían la virtualidad de vulnerar derechos e intereses colectivos por tratarse de negocios jurídicos entre particulares, argumento que carece de sustento además por el hecho de que la negociación se realizó sobre la totalidad de los activos de una EPS, y la cesión de la habilitación del aseguramiento en salud, lo cual indudablemente involucra el deber de protección del acceso a tal servicio público, la garantía de la libre competencia y el patrimonio público derivado de los dineros adeudados por CAFESALUD, que debían retornar al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En segundo lugar, se advierte que la vulneración de los aludidos derechos e intereses colectivos derivada del artículo 1º del Decreto 718 de 2017 que adicionó el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016 impacta en el Reglamento de Venta de los activos, pasivos y contratos de CAFESALUD EPS y de las acciones de ESIMED S.A., en los contratos suscritos por CAFESALUD con PRESTNEWCO S.A.S., PRESTMED S.A.S. y las sociedades garantes integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD, y la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017.

Así, esta Corporación debe adoptar una medida respecto del Reglamento de Venta, los aludidos contratos y la aprobación del Plan de Reorganización Institucional, que no solo se afectan por la aplicación del artículo 1º del Decreto 718 de 2017 ya declarado inconstitucional, sino que también cómo se observó en el decurso de esta sentencia, contienen una serie de determinaciones que de manera autónoma también vulneran los derechos e intereses colectivos.

Para efectos de determinar la orden de protección, debe advertirse que si bien en virtud del inciso 2º del artículo 144 del CPACA, si bien el Juez popular no puede anular un contrato o un acto administrativo, si le es dable adoptar otras medidas en garantía de los derechos e intereses colectivos trasgredidos. En ese orden, la Sala declarará la suspensión de los efectos de los siguientes:

a) El Reglamento de venta de los activos y pasivos de CAFESALUD E.P.S. S.A. y de las acciones de estudios e inversiones Medicas S.A. ESIMED S.A., junto con todos sus adendos.

b) El Plan de Reorganización Institucional de CAFESALUD E.P.S. S.A. adoptado por la Superintendencia Nacional de Salud en la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017.

c) El Contrato de Compraventa de Acciones del 23 de junio de 2017, suscrito en su calidad de vendedor por parte del Presidente de la EPS CAFESALUD, como comprador el Representante Legal de PRESTNEWCO S.A.S. y en calidad de garantes todas las sociedades que conformaron el CONSORCIO PRESTASALUD, sus Otrosíes al mismo.

d) El contrato de cesión del activo intangible del 1º de agosto de 2017 suscrito entre CAFESALUD EPS S.A., MEDIMAS EPS S.A.S. y las sociedades garantes.

e) El contrato suscrito el 23 de junio de 2017 entre CAFESALUD EPS S.A., PRESTMED S.A.S. y los integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD en su calidad de garantes, con el objeto de la compraventa de acciones de ESIMED S.A., junto con sus Otrosíes.

La suspensión definitiva adoptada, determina que los actos y contratos relacionados ya no producirán más efectos jurídicos.

III. Es claro que la grave situación administrativa y financiera de MEDIMAS EPS S.A.S., así como el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el marco

del Plan de Reorganización Institucional, la imposibilita a seguir operando como asegurador en salud, tanto en el régimen contributivo como subsidiado. Por tal razón, es imperativo que la Superintendencia Nacional de Salud revoque la habilitación de MEDIMAS S.A.S. para operar como EPS, que le fue otorgada mediante Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017 en virtud de la cesión de la habilitación de CAFESALUD EPS S.A.

Respecto a esta orden de protección, la Sala se estará a lo decidido en la sentencia del 10 de abril de 2019, proferida dentro del proceso No. 25000-23-41-000-2016-01314-00.

IV. Ante la advertencia de la vulneración de los derechos e intereses colectivos con la expedición del artículo 1º del Decreto 718 de 2017 que adicionó el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016, y el incumplimiento de los términos del Plan de Reorganización Institucional referidos en esta decisión, carece de sustento mantener la reorganización aprobada a CAFESALUD EPS S.A. por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, el cual tuvo como fundamento la aludida disposición.

A la fecha CAFESALUD EPS S.A. se encuentra en reorganización institucional, y no se le ha aprobado el Programa de Desmonte Progresivo de sus operaciones, dada la negativa de la Superintendencia Nacional de Salud en la Resolución No. 004968 del 30 de abril de 2018, por tanto se evidencia que la EPS no se encuentra actualmente en liquidación.

En consecuencia, se le ordenará a la Superintendencia Nacional de Salud para que dentro del término de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión, dé inicio y lleve hasta su culminación la intervención administrativa forzosa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A., de conformidad con las normas del ordenamiento jurídico que rigen la materia.

V. En lo que respecta a ESIMED S.A., la Sala no estima necesario ordenar en este momento su intervención forzosa administrativa para administrar y para liquidar, en atención al Plan de Salvamento y Normalización de la Operación

Estudios e Inversiones Médicas - ESIMED S.A., presentado por la IPS ante la Superintendencia Nacional de Salud y con el cual pretende normalizar la prestación del servicio en el 90.77% de sus sedes que se encuentran cerradas.

No obstante, si es necesario que la Superintendencia Nacional de Salud ejerza su función de vigilancia y control en aras que se garantice en debida forma la implementación del aludido plan de salvamento, motivo por el cual se le ordenará a la autoridad administrativa adoptar una medida de vigilancia especial para este propósito.

En todo caso, se le ordenará a ESIMED S.A. que dentro del término de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta decisión, remita a la Superintendencia Nacional de Salud un cronograma especificando las fechas de cumplimiento de cada uno de los objetivos del Plan de Salvamento y Normalización de la Operación Estudios e Inversiones Médicas - ESIMED S.A., con copia a la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y a esta Corporación.

Se le advertirá a ESIMED S.A. que el aludido Plan de Salvamento no podrá tener un plazo superior de doce (12) meses, y su incumplimiento acarreará la declaración de la intervención forzosa administrativa para administrar, que deberá adoptar la Superintendencia Nacional de Salud una vez vencido el referido término.

VI. En cuanto a la responsabilidad de la vulneración de los derechos e intereses colectivos por parte de LAZARD COLOMBIA S.A.S., si bien no se adoptará una medida de protección en concreto por los motivos expuestos en procedencia, sí se exhortará a la Contraloría General de la República para que en ejercicio de sus funciones inicie una investigación que tenga por objeto determinar si el pago de la comisión de éxito a LAZARD COLOMBIA S.A.S. por parte de los integrantes del consorcio PRESTASALUD involucró recursos parafiscales, y de ser así decida la responsabilidad fiscal a que haya lugar.

VII. Se le compulsarán copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que determinen si quienes fueron declarados responsables de la vulneración de los derechos e intereses colectivos en esta sentencia, incurrieron en sanciones de tipo disciplinario o fiscal respectivamente.

VIII. Se le compulsará copias de esta decisión a la Superintendencia de Sociedades para que adopte las medidas que considere pertinentes y dentro del marco de su competencia respecto de las sociedades PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S.

IX. Se le ordenará a la Superintendencia de Industria y Comercio para que dentro del término de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión, inicie la actuación administrativa tendiente a determinar las prácticas restrictivas de la competencia en las que hayan incurrido los responsables de la vulneración de los derechos e intereses colectivos amparados en esta sentencia, y con ocasión de la vulneración al límite de integración vertical previsto en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 declarado por esta Corporación.

X. Se conformará el Comité de Verificación de que trata el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 integrado por la Magistrada de instancia, los actores populares, un delegado de cada una de las entidades y sociedades demandadas, el delegado del Ministerio Público asignado ante esta Corporación, el delegado de la Agencia Especial de la Procuraduría General de la Nación, el delegado de la Contraloría General de la República y un delegado de la Defensoría del Pueblo; comité que hará seguimiento al proceso de cumplimiento de las órdenes emitidas en la presente sentencia.

3.3.10. OTRAS DETERMINACIONES

Por otra parte, y conforme a las consideraciones esgrimidas en esta sentencia, la Sala determinará lo siguiente:

I. Se negará la excepción propuesta por MEDIMAS EPS S.A.S. consistente en la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 144 del CPACA.

II. Se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva de las sociedades PRICEWATERHOUSECOOPERS SERVICIOS LEGALES Y TRIBUTARIOS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS INFORMATION SERVICES LTDA., PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA. , PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. y POSSE HERRERA & RUIZ.

III. El apoderado de la Contraloría General de la República en su escrito de contestación solicitó que se ordene a la agente especial liquidadora de SALUDCOOP EPS OC en liquidación, de garantizar que como parte del producto de la venta de CAFESALUD EPS y ESIMED, sea satisfecho el pago del crédito fiscal con destino al SGSSS, en cumplimiento del previo cubrimiento de los recursos adeudados al FOSYGA en los términos del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016; y/o garantizar el reconocimiento del crédito fiscal como excluido de la masa liquidatoria, proveyendo el mecanismo para su satisfacción efectiva dentro del proceso de venta de CAFESALUD EPS y ESIMED.

Tal solicitud debe desestimarse en razón a que el presente proceso no tiene por objeto valorar la calificación de las acreencias efectuadas por la Agente Liquidadora de SALUDCOOP dentro del mismo proceso de liquidación, así como tampoco la discusión sobre si la deuda de tal EPS con la Contraloría General de la República debía o no ser objeto de exclusión de la masa liquidatoria.

Si bien SALUDCOOP EPS en Liquidación intervino en el proceso de venta de los activos de CAFESALUD y de las acciones de ESIMED, con el objeto de obtener recursos para su propio proceso de liquidación, ello no es óbice para discutir la destinación que SALUDCOOP posteriormente debe dar a los dineros que efectivamente ingresaran a sus arcas, circunstancia que escapa del objeto

de este proceso que se limitó a verificar la vulneración de los derechos e intereses colectivos derivados del hecho mismo de la venta, y de la posterior ejecución de los contratos suscritos con el adjudicatario de tal negocio jurídico, esto es las sociedades que conformaron el CONSORCIO PRESTASALUD y que constituyeron PRESTMED S.A.S. y PRESTNEWCO S.A.S.

IV. Se negará la vulneración del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, y las demás pretensiones de la demanda por no estructurarse su afectación.

3.4. COSTAS PROCESALES:

Al no configurarse las circunstancias previstas en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, la Sala se abstendrá de condenar en costas a los demandados.

En mérito de lo expuesto, **el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN "A"**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRASE que existe la vulneración de los derechos e intereses colectivos al patrimonio público, a la libre competencia económica, al acceso al servicio público a la salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y a los derechos de los consumidores y usuarios, por parte del Ministerio de Salud y de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, SALUDCOOP EPS en Liquidación, CAFESALUD EPS S.A., PRESTNEWCO S.A.S., PRESTMED S.A.S., MEDIMAS EPS S.A.S., ESIMED S.A. y LAZARD COLOMBIA S.A.S.

SEGUNDO: DECLARAR que con la expedición del artículo 1º del Decreto 718 de 2017 que adicionó el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016, se vulneraron los derechos e intereses colectivos al patrimonio público y al acceso al servicio público a la salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

Sería del caso anular la referida norma, si no fuera por la prohibición prevista en el inciso 2º del artículo 144 del CPACA. En su lugar, **ÍNSTASE** al Gobierno Nacional – Ministerio de Salud y de la Protección Social a revocar, derogar o demandar el artículo 1º del Decreto 718 de 2017 que adicionó el artículo 2.1.13.9 del Decreto 780 de 2016.

TERCERO: NIÉGANSE la vulneración del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, y las demás pretensiones de la demanda, con fundamento en lo expuesto en esta decisión.

CUARTO: DECLÁRASE la suspensión definitiva de los efectos de:

a) El Reglamento de venta de los activos y pasivos de CAFESALUD E.P.S. S.A. y de las acciones de estudios e inversiones Médicas S.A. ESIMED S.A., junto con todos sus adendos.

b) El Plan de Reorganización Institucional de CAFESALUD E.P.S. S.A., adoptado por la Superintendencia Nacional de Salud en la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017.

c) El Contrato de Compraventa de Acciones del 23 de junio de 2017, suscrito en su calidad de vendedor por parte del Presidente de la EPS CAFESALUD, como comprador el Representante Legal de PRESTNEWCO S.A.S. y en calidad de garantes todas las sociedades que conformaron el CONSORCIO PRESTASALUD, y sus Otrosíes al mismo.

d) El contrato de cesión del activo intangible del 1º de agosto de 2017 suscrito entre CAFESALUD EPS S.A., MEDIMAS EPS S.A.S. y las sociedades garantes.

e) El contrato suscrito el 23 de junio de 2017 entre CAFESALUD EPS S.A., PRESTMED S.A.S. y los integrantes del CONSORCIO PRESTASALUD en su

calidad de garantes, con el objeto de la compraventa de acciones de ESIMED S.A., junto con sus Otrosíes.

QUINTO: En lo que respecta a la revocatoria de la habilitación de MEDIMAS S.A.S. para operar como EPS, **ESTÉSE** a lo decidido en la sentencia del 10 de abril de 2019, proferida dentro del proceso No. 25000-23-41-000-2016-01314-00.

SEXTO: Comoquiera que CAFESALUD EPS S.A. se encuentra en reorganización institucional y dado que a la fecha no se le ha aprobado el Programa de Desmonte Progresivo de sus operaciones dada la negativa de la Superintendencia Nacional de Salud en la Resolución No. 004968 del 30 de abril de 2018, **ORDÉNASE** a la Superintendencia Nacional de Salud para que dentro del término de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión, dé inicio y lleve hasta su culminación la intervención administrativa forzosa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A., de conformidad con las normas del ordenamiento jurídico que rigen la materia,

SÉPTIMO: ORDÉNASE a ESIMED S.A. para que dentro del término de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta decisión, remita a la Superintendencia Nacional de Salud un cronograma especificando las fechas de cumplimiento de cada uno de los objetivos del Plan de Salvamento y Normalización de la Operación Estudios e Inversiones Médicas - ESIMED S.A., con copia a la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y a esta Corporación.

ADVIÉRTASELE a ESIMED S.A. que el aludido Plan de Salvamento no podrá tener un plazo superior de doce (12) meses, y su incumplimiento acarreará la declaración de la intervención forzosa administrativa para administrar, que deberá adoptar la Superintendencia Nacional de Salud una vez vencido el referido término.

OCTAVO: ORDÉNASE a la Superintendencia de Industria y Comercio para que dentro del término de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta

decisión, inicie la actuación administrativa tendiente a determinar las prácticas restrictivas de la competencia en las que hayan incurrido los responsables de la vulneración de los derechos e intereses colectivos amparados en esta sentencia, y con ocasión de la vulneración al límite de integración vertical previsto en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 declarado por esta Corporación.

NOVENO: EXHÓRTASE a la Contraloría General de la República para que en ejercicio de sus funciones inicie una investigación que tenga por objeto determinar si los dineros recibidos por LAZARD COLOMBIA S.A.S. con ocasión de la ejecución del contrato del 27 de mayo de 2016 suscrito con SALUDCOOP EPS en liquidación, involucró recursos parafiscales, y de ser así decida la responsabilidad fiscal a que haya lugar.

DÉCIMO: CONFÓRMESE el Comité de Verificación de que trata el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 integrado por la Magistrada de instancia, los actores populares, un delegado de cada una de las entidades y sociedades demandadas, el delegado del Ministerio Público asignado ante esta Corporación, la Agente Especial de la Procuraduría General de la Nación, el delegado de la Contraloría General de la República y un delegado de la Defensoría del Pueblo; comité que hará seguimiento al proceso de cumplimiento de las órdenes emitidas en la presente sentencia.

DÉCIMO PRIMERO: NIÉGASE la excepción propuesta por MEDIMAS EPS S.A.S. consistente en la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 144 del CPACA, por los motivos expuestos en esta decisión.

DÉCIMO SEGUNDO: DECLÁRASE la falta de legitimación en la causa por pasiva de las sociedades PRICEWATERHOUSECOOPERS SERVICIOS LEGALES Y TRIBUTARIOS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS INFORMATION SERVICES LTDA., y PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA., PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. y POSSE HERRERA & RUIZ.

DÉCIMO TERCERO: NIÉGASE por improcedente la solicitud elevada por la Contraloría General de la República en su escrito de contestación, consistente en ordenar a la agente especial liquidadora de SALUDCOOP EPS OC en liquidación, de garantizar que como parte del producto de la venta de CAFESALUD EPS y ESIMED, sea satisfecho el pago del crédito fiscal con destino al SGSSS, en cumplimiento del previo cubrimiento de los recursos adeudados al FOSYGA en los términos del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016; y/o garantizar el reconocimiento del crédito fiscal como excluido de la masa liquidatoria, proveyendo el mecanismo para su satisfacción efectiva dentro del proceso de venta de CAFESALUD EPS y ESIMED.

DÉCIMO CUARTO: COMPÚLSENSE copias de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Superintendencia de Sociedades para lo de su competencia.

DÉCIMO QUINTO: Remítase copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo para los fines previstos en el artículo 80 Ley 472 de 1998.

DÉCIMO SEXTO: Sin costas en esta instancia.

DÉCIMO SÉPTIMO: ARCHÍVESE el expediente, previa ejecutoria.

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, mediante Acta no. ()

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada

LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrada

FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado