

Bogotá D.C., 14 de junio de 2017

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
MP. Dra CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Sección Primera Subsección "A".

Asunto: Recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto de fecha 09 de junio de 2017, que resuelve medida cautelar de urgencia.
Medio de control: Acción Popular
Radicado: 2017-00885-00
Accionante: Jorge Enrique Robledo y otros
Accionadas: Nación - Ministerio de Salud y Protección Social, Superintendencia Nacional de Salud y otros.

MARIA MERCEDES GRIMALDO GÓMEZ, mayor de edad, residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía No. 52.709.194 expedida en Bogotá, abogada en ejercicio y portadora de la tarjeta profesional No. 147.128 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en nombre y representación de la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con el poder a mi conferido por la doctora **PIEDAD CRISTINA CORREA BEDOYA**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificada con Cédula de Ciudadanía No. 26'201.447 de Montería, y portadora de la Tarjeta Profesional No. 145.398 del C. S. de la J., en calidad de Asesora de los Superintendentes Delegados según Resolución No. 2067 del 11 de noviembre de 2015 y Acta de Posesión No. 000260 del 11 de diciembre de 2015, con funciones para otorgar poder según Resolución No. 000064 del 15 de enero de 2016, lo cual acredito con copia de los actos administrativos que acompaño, estando dentro del término, dado para ello, procedo a presentar recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto de fecha 09 de junio de 2017, que resuelve la medida cautelar de urgencia decretada dentro de la presente acción popular, lo cual hago en los siguientes términos:

I. PROCEDENCIA

De conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 472 de 1998, el auto de fecha 09 de junio de 2017, que resuelve la medida cautelar, es susceptible del recurso de reposición y en subsidio de apelación.

II. DEL AUTO RECURRIDO

Mediante auto de fecha 09 de junio de 2017, el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera, decidió decretar la medida cautelar de urgencia solicitada por la parte actora, y, en consecuencia, en su numeral segundo ordenó:

“(..)

RESUELVE:

SEGUNDO. - En consecuencia, **SUSPÉNDASE** transitoriamente el proceso de enajenación de CAFESALUD EPS S.A, hasta tanto, esta Corporación adelante un examen exhaustivo de las pruebas que deben aportar los accionados previo traslado de la solicitud para que ejerzan su derecho a la defensa”.

III. DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Sea lo primero advertir al despacho judicial que las afirmaciones y hechos en los que los accionantes fundamentan la medida cautelar se encuentran invadidos de inexactitudes, en virtud de las cuales se induce a la autoridad judicial a error respecto de los agentes que intervienen y sus competencias, el régimen legal aplicable, y la situación particular diferenciada en la que hoy se encuentran SALUDCOOP EPS en liquidación y CAFESALUD EPS S.A , afectando la adecuada apreciación del caso que se pone a consideración.

Así, el escrito de solicitud de medidas cautelares no incorpora argumentos diferentes a las inquietudes planteadas por la Procuraduría General de la Nación en el oficio de fecha 23 de mayo de 2017, al agente especial liquidador de SALUDCOOP EPS relacionadas con la revisión y evaluación de ofertas dentro del proceso de enajenación de activos de CAFESALUD EPS S.A, las mismas, constituyen situaciones que generan algún tipo de duda y cuyo devenir normal y lógico sería la búsqueda de una aclaración o explicación por parte del receptor de dicha comunicación, pero de ninguna manera pueden ser consideradas dichas inquietudes como hechos ciertos e incontrovertibles que constituyan por sí mismo **plena prueba** de la inminencia de un daño.

Ahora bien, respecto de las afirmaciones contenidas en la presente acción popular se pretende mostrar que: i) Son el Ministerio de Salud y Protección Social – MSPS y La Superintendencia Nacional de Salud – SNS quienes adelantan el proceso de enajenación de activos de CAFESALUD EPS S.A; ii) dicho proceso se rige por las normas regulares de contratación estatal (como son la Ley 80 de 1993), asimilable con la venta del tercer canal y; ii) sus condiciones violan las reglas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – EOSF en los asuntos aplicables a los procesos liquidatorios.

Contrario a lo expuesto por los accionantes, debe la Honorable Magistrada conocer los verdaderos postulados del proceso de enajenación objeto de la presente acción popular, a saber:

1. CAFESALUD EPS es una Sociedad Anónima cuyo capital social se constuyó a partir de la participación accionaria de particulares, lo que la constituye en una entidad de naturaleza privada sobre la cual no existe actualmente ninguna medida de toma de posesión, ni para administrar, ni para liquidar.
2. El principal accionista de CAFESALUD EPS S.A es SALUDCOOP EPS en liquidación, quien ejerce sus derechos societarios a través de la agente especial liquidadora.
3. Contrario a lo afirmado por los actores, el proceso de enajenación de activos de CAFESALUD EPS S.A es liderado por la agente especial liquidadora que, en el marco del EOSF (Numeral 6 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), se sujeta para el caso a las reglas del derecho privado, y no por el Ministerio de Salud y Protección Social, ni por la Superintendencia Nacional de Salud.
4. En el proceso de enajenación de activos de CAFESALUD EPS S.A no son aplicables las normas regulares de contratación estatal (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007), ni las normas que regulan los procesos de enajenación de la participación accionaria de la Nación (Ley 226 de 1995).
5. El proceso de enajenación de activos de CAFESALUD EPS S.A no puede asimilarse al proceso de venta del tercer canal, ni en la normatividad aplicable, ni en las decisiones judiciales proferidas en el marco de dicha venta, atendiendo a que éste si correspondía a un proceso de licitación pública regido por una norma especial contenida en la Ley 1341 de 2009.

2. DE LAS CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL PARA ORDENAR LA MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA.

Al realizar el análisis del caso concreto y como fundamento de la decisión de adoptar la medida cautelar de urgencia, el Honorable Tribunal manifiesta que: “ *no escapa a la vista de ésta autoridad judicial las observaciones y consideraciones que realizó la Procuraduría General de la Nación, sobre la revisión y evaluación de ofertas dentro del proceso de venta de CAFESALUD EPS S.A, en las que expone su preocupación respecto de los procedimientos llevados a cabo para la enajenación de la referida EPS...*”

Asimismo, se afirma por parte del Tribunal:

(...)

Con fundamento en el informe de la Procuraduría General de la Nación con el cual se vislumbra una presunta vulneración de los derechos colectivos invocados y dadas las circunstancias de inminente enajenación de la EPS CAFESALUD al consorcio PRESTASALUD, hacen necesario que se decrete la suspensión transitoria del proceso de enajenación como medida cautelar...”

De las anteriores consideraciones, puede concluirse que el principal sustento para el decreto de la medida cautelar de urgencia, lo constituye el informe rendido por la Procuraduría General de la Nación, del que de acuerdo a lo dicho por el Tribunal, se vislumbra la presunta vulneración de derechos alegada por el actor.

No tuvo en cuenta el Tribunal, que la agente especial liquidadora de SALUDCOOP EPS, emitió un documento recibido por el Ministerio Público el 30 de mayo de 2017, con el que realiza las aclaraciones respectivas al citado informe, brindando respuesta a cada una de las observaciones efectuadas por el Ministerio Público, sin que, sobre el mismo, exista un nuevo pronunciamiento de la Procuraduría tendiente a desvirtuar o tachar las aclaraciones realizadas.

Particularmente, frente a las situaciones que el Tribunal resalta como objeto de preocupación por parte de la Procuraduría, en el referido documento se indicó:

“(...) Es importante resaltar que dentro del El Reglamento se estableció que el modelo de gestión debe evidenciar claramente las estrategias dirigidas a lograr resultados satisfactorios relacionados con los indicadores establecidos para el seguimiento de la EPS en la Resolución 256 de 2016.

Es importante resaltar que dentro del El 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 el propósito dentro del presente proceso no esa (SIC) simplemente la venta de un activo sino la garantía de la calidad y continuidad en la prestación del servicio de salud a la población afiliada.

El citado Modelo de Atención en Salud garantiza que el nuevo asegurador cumpla con los estándares de calidad exigidos por las normas colombianas. Vale la pena resaltar además que la venta de operación, está sometida a la autorización previa de la Superintendencia de Salud, que también debe velar por el cumplimiento de condiciones óptimas en la prestación del servicio”.

Asimismo, manifiesta el Tribunal en el auto recurrido que “*al tratarse no sólo de una presunta vulneración de derechos colectivos, sino con este, de la prestación real y efectiva del servicio de salud de los afiliados a CAFESALUD EPS S.A, y de conformidad con lo manifestado por la Procuraduría General de la Nación, existe convicción que permite a esta autoridad judicial evidenciar la urgencia de la medida cautelar*”

Frente a dicha afirmación, con todo respeto considera esta superintendencia que la misma no tiene asidero fáctico, ni jurídico alguno. No se aportó con la solicitud de la medida cautelar, ni con el escrito de demanda, ninguna prueba que permita llegar a la convicción, que por el solo hecho de encontrarse la EPS CAFESALUD inmersa en un proceso de enajenación, se esté afectando la prestación real y efectiva del servicio a los usuarios de dicha EPS. Por el contrario, lo que se busca con dicho proceso es precisamente garantizar el acceso a los servicios de salud, constituyéndose el mismo en la mejor estrategia para solventar los inconvenientes que hoy aquejan a dicha EPS.

3. IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR POR FALTA DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA LEY PARA ORDENARLA.

De conformidad con lo establecido en la Ley 472 de 1998, el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

Sin embargo, una vez revisados los requisitos que la ley impone para el decreto de estas medidas previas, considera esta accionada que no existe prueba en virtud de la cual se acredite *la vulneración actual o inminente de un derecho colectivo* y que en esa vulneración esté comprometido, por acción u omisión, la entidad demandada.

Frente a esta circunstancia se reitera que la sustentación de la medida, en particular, en la argumentación expuesta y, en general, conforme a los hechos y los conceptos de violación señalados por el Actor Popular NO LLENAN los requisitos previstos en la norma antes transcrita.

Ahora bien, a la luz del marco legal establecido en la Ley 1437 de 2011, para que el despacho ordenara la medida cautelar de urgencia, es importante señalar que dicha normatividad dispone taxativamente los requisitos para el decreto de medidas cautelares:

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.*

Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”* Subraya fuera del texto

La solicitud de medida cautelar objeto de estudio, plantea un escenario donde no se acreditan los requisitos contemplados en el artículo 231 del CPACA, como necesarios para la adopción de medidas cautelares:

- (i) No existe verificación ni señalamiento alguno en cuanto a que la demanda se encuentre razonablemente fundada en derecho (Numeral 1, artículo 231 CPACA). Máxime si se tiene en cuenta que la principal prueba para el decreto de la misma la constituye el documento de iniquidades planteado por la Procuraduría, documento que no puede considerarse como plena prueba conforme a lo expuesto en líneas precedentes.
- (ii) Tampoco existe demostración o análisis que compruebe que el demandante haya acreditado la titularidad del derecho o derechos invocados. (Numeral 2. Artículo 231 CPACA).
- (iii) No se presentan documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. (Numeral 3, artículo 231 CPACA).

Tampoco demuestra efectivamente, (i) que de no decretarse la medida cautelar se genera un perjuicio irremediable, o (ii) que existen serios motivos para considerar que la medida tendría efectos nugatorios. (Numeral 4, artículo 231 CPACA)

Debe resaltarse al respecto, que el artículo 231 de la Ley 1437 no señala como requisitos para la declaratoria de la medida cautelar, el cumplimiento de uno de los varios requisitos señalados, sino que señala el obligatorio cumplimiento de todos los requisitos para proceder al decreto de las medidas cautelares.

Tanto el artículo 231 del CPACA como la jurisprudencia exigen unos estándares que debe cumplir el juez a la hora de evaluar la procedencia o no de este tipo de medidas, a saber

- i) Apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), que exige un examen preliminar que no constituye prejuzgamiento bien respecto de la legalidad del acto (cautela suspensiva o negativa), bien respecto de la titularidad del derecho subjetivo que sustenta las pretensiones; la parte actora en ningún momento prueba tal condición y se limita a realizar una serie de conjeturas que en ningún momento se prueban.
- ii) Urgencia (*periculum in mora*). El juez determinará en cada caso si la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda. En cuanto a este requisito, deja de el lado el operador judicial que el mismo demandante indica que el proceso de venta de CAFESALUD EPS, tardaría tres meses en perfeccionarse, lo cual indica que el requisito de urgencia e inmediatez estaría lejos de materializarse, teniendo en cuenta que dicho proceso cuenta con un cronograma previamente establecido de ejecución, que no permite que su eslabón final sea inmediato.

Sobre la condición del inminente perjuicio irremediable, el demandante no solo no prueba esa condición, sino que dicho ejercicio conlleva a cotejarse con la apariencia de buen derecho. Es decir, no puede ser una mera eventualidad a partir de lo cual puede presentarse un perjuicio, porque de lo contrario cualquier fase o desarrollo de un proceso de enajenación podría considerarse como una amenaza de un perjuicio irremediable; y,

- iii) Ponderación de intereses en conflicto, esto es, identificar las ventajas, para el interés general y los inconvenientes, para el derecho del demandante derivados de la denegación de la medida cautelar, versus, las ventajas para el derecho del demandante y los inconvenientes para el interés general, al otorgar la medida cautelar. En cuanto a este requisito de ponderar los intereses en conflicto, la parte actora en ningún momento hace tal ponderación, no se identifican las ventajas ni las desventajas para el interés

general y solamente se plantean una serie de hipotéticas consecuencias que en ningún momento se prueban así sea sumariamente; ni siquiera hay indicios de por qué se podría vulnerar el interés público.

La parte demandante no prueba por qué decretar la medida cautelar es más beneficiosa para el interés público que no decretarla. La ausencia de tal ejercicio resulta preocupante porque se limita a hacer afirmaciones abstractas y sin fundamento alguno.

El actuar del juez se encuentra reglado, y por tal razón no se debe decretar una medida cautelar, cuando no se prueba la afectación del interés público y no se hace un juicio de ponderación donde se demuestre que es mejor para el interés general que se decrete la medida cautelar. La excepcionalidad de estas medidas hace que la discrecionalidad se encuentre limitada por la ley y no se debe otorgar esta medida que pretende la parte actora.

Concluimos entonces que no se prueba por parte del demandante, los requisitos establecidos por la normatividad vigente como por la jurisprudencia; no se cumplan bajo los estándares mínimos exigidos.

4. IMPORTANCIA DE LA ENAJENACIÓN DE ACTIVOS DE CAFESALUD EPS

Es importante hacer énfasis en la enorme relevancia que este Proceso de Venta tiene actualmente para el sistema de salud y como haberlo suspendido, posiblemente cause un riesgo sistémico en el sector salud y afecte aún más la situación de la compañía y sus usuarios.

A juicio de esta superintendencia la realización de la operación que se encuentra en ejecución por parte de la liquidación de Saludcoop se constituye en una alternativa para resolver la problemática del aseguramiento y con ello el acceso a la prestación de servicios de salud de los afiliados de cafesalud, al igual que permite contar con recursos adicionales destinados al pago de las acreencias a la red de prestadores.

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 esta superintendencia, 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. Igualmente esta entidad verificará que cada uno de los requisitos previstos por la normatividad vigente en relación con la habilitación y permanencia de las Entidades Promotoras de Salud se cumplan.

En conclusión 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 esta superintendencia, como máximo órgano de inspección vigilancia y control de conformidad con la normativa vigente.

IV. PETICIÓN

De conformidad con las anteriores consideraciones, de manera atenta solicito se revoque la decisión de medida cautelar de urgencia adoptada mediante auto de fecha 09 de junio de 2017.

En caso de que el recurso de reposición interpuesto sea resuelto desfavorablemente, desde este momento interpongo como subsidiario el de apelación, a fin de que sea el Honorable Consejo de Estado quien lo desate por competencia; autoridad jerárquica a quien deben enviarse las diligencias.

V.- PRUEBAS

1. Copia de la comunicación del Agente Especial Liquidador de Saludcoop S.A En Liquidación al Procurador General de la Nación, de fecha 30 de mayo de 2017.

VI.- ANEXOS

1. Poder conferido para actuar dentro del presente proceso.
2. Copia de la Resolución 000064 del 15 de enero de 2016 de la Superintendencia Nacional de Salud.
3. Copia de la Resolución No. 002067 y del Acta de Posesión 000260 de 2015.
4. El documento enunciado en el acápite de pruebas.

VII.- NOTIFICACIONES

La suscrita apoderada, recibirá notificaciones en la Superintendencia Nacional de Salud ubicada en la en la Avenida Ciudad de Cali no. 51-66 Piso 6 Edificio World Business Center de Bogotá D.C., Teléfono 4817000 extensión 22101, correo electrónico snsnotificacionesjudiciales@supersalud.gov.co

Del señor Magistrado,

MARIA MERCEDES GRIMALDO GOMEZ

C.C. 52.709.194 de Bogota
T.P 147.128 del C.S de la J.