

FALLO MEDIMAS TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
20.JUN.19

Por: Andrés Felipe Pachón Torres

Fallo del 10 de abril de 2019.

El fallo fue impugnado por PrestMed y PresNewCo quienes presentaron recurso de apelación, el cual se tramita por el Consejo de Estado.

Los accionantes presentamos recurso de reposición contra el Auto del Tribunal que concedió el trámite del recurso en efecto suspensivo, lo que quiere decir que el Fallo no se cumple hasta tanto no se revuelva el Recurso por el Consejo de Estado.

Solicitamos que se de trámite al recurso pero en efecto devolutivo, es decir, que NO se suspendan los efectos, sino que se ejecuten de una vez.

PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO

1. Se declara la vulneración de varios derechos colectivos.

El Tribunal declara que “existe vulneración de derechos colectivos **[i]** al patrimonio público; **[ii]** a la libre competencia económica; **[iii]** al acceso al servicio público a la salud; y **[iv]** a los derechos de los consumidores y usuarios por parte de MinSalud, SuperSalud, Saludcoop en liquidación, Cafesalud, PrestNewCo, PRestmed, Medimas, Esimed y Lazard Colombia”.

2. El Tribunal declara que con la expedición de un Decreto de MinSalud, se vulneraron los derechos al patrimonio público, y al acceso al servicio de salud.

El tribunal señala que el MinSalud expidió un decreto que modificó las normas para que el negocio pudiera realizarse, en perjuicio de garantizar tanto el patrimonio público como el acceso al servicio de salud. El Ministerio terminó privilegiando el negocio en lugar del derecho a la salud y los recursos del sistema.

Tanto así que el Tribunal INSTA al Gobierno nacional para que revoque, derogue o demande el Decreto 718 de 2017.

3. El Tribunal Declara la suspensión definitiva de los principales instrumentos a partir de los cuales se realizó la venta. En la práctica deja sin efectos la enajenación.

El Tribunal declara la suspensión definitiva de:

- i. Reglamento de venta
- ii. Plan de Reorganización de Cafesalud
- iii. Contrato de compraventa de acciones entre Cafesalud y PrestNewCo. Y como garantes todas las sociedades del consorcio.

- iv. Contrato de cesión de activo intangible entre Cafesalud y Medimás y las sociedades garantes.
- v. Contrato de compra venta de acciones de ESIMED, entre Cafesalud y Presmet y los integrantes del consorcio

4. Sobre la revocatoria de la habilitación de Medimás, el Tribunal se está a la sentencia del otro proceso de acción popular.

Esto quiere decir que recoge lo dicho en el otro proceso de los usuarios de revocar la habilitación de Medimás y ordenar el traslado de los usuarios.

5. El Tribunal ordena la intervención administrativa forzosa para liquidar Cafesalud EPS dentro de los 10 días siguientes a la notificación de esta decisión.

Como quedan suspendidos de manera definitiva los contratos, los activos, pasivos y contratos vuelven a Cafesalud, la cual debe ser liquidada directamente por intervención de la SuperSalud.

6. El Tribunal le ordena a ESIMED remitir a la SuperSalud un cronograma con un plan de Salvamento y normalización de ESIMED con copia a la Contraloría y la Procuraduría.

El plan no podrá tener plazo superior a 12 meses, y su incumplimiento acarreará la declaración de intervención forzosa administrativa.

7. La SIC dentro de los 10 días siguientes a la notificación, debe iniciar actuación administrativa tendiente a determinar las practicas restrictivas de la competencia en las que haya incurrido los responsables de la vulneración de los derechos colectivos amparados en la sentencia.

8. El Tribunal Exhorta a la Contraloría para que investigue a LAZARD, e inicie proceso de responsabilidad fiscal si dicho contrato involucró recursos parafiscales.

9. Se ordena crear un comité de verificación del cumplimiento del fallo.

Comité de verificación. Artículo 34 ley 472 de 1998, compuesto por:

- i. Magistrada
- ii. Actores populares
- iii. Delegados de las entidades demandadas
- iv. Delegado Ministerio Público
- v. Agente especial Procuraduría
- vi. Delegado de la Contraloría
- vii. Delegado de la Defensoría del Pueblo

10.El Tribunal ordenó compulsar copias de la sentencia a:

- i. Procuraduría General de la Nación
(Para que inicie investigaciones contra quienes?)
- ii. Contraloría
- iii. Supersociedades

PARTE CONSIDERATIVA

- 1. Tanto el Ministerio de Salud como la SuperSalud asistieron a las reuniones y mesas de trabajo en las que se socializó y se terminó de estructurar el proceso de enajenación de Cafesalud, que terminó afectando a los usuarios y los recursos de la salud. Ambas autoridades del gobierno nacional estuvieron al tanto de todo el proceso.**
- 2. Al tiempo que se adelantaba el proceso de venta de Cafesalud se estaba diseñando y expidiendo el Decreto 718 de 2017, lo que permitió que se efectuara la venta según las necesidades del consorcio ganador y en claro perjuicio de los usuarios, los recursos de la salud y los demás acreedores de Cafesalud.**
- 3. Para el Tribunal la expedición del Decreto 718 firmado por el ex Ministro Alejandro Gaviria constituye la génesis de la violación sistemática de los derechos colectivos vulnerados**

“

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.

”

El decreto fue firmado por el ex Ministro Alejandro Gaviria

“

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.

”

Los decretos fueron modificados al tiempo que se adelantaban las mesas de trabajo entre Lazard y el Ministerio y la SuperSalud.

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 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. ”

(Pág. 176)

4. La falta de exigibilidad de experiencia en salud, requisitos que se flexibilizaron en el reglamento de venta, condujeron a que se afectara el acceso al servicio de salud y los recursos del sistema.

El reglamento permitió la participación de interesados que no estaban obligados a acreditar experiencia en aseguramiento en salud, incluso solo con la prestación de servicio de salud era suficiente.

“

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. ”

(Pág. 244.)

5. Violación al límite de la integración vertical

“

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. ”

Como las IPS que integran el Consorcio Prestasalud conformaron las sociedades PrestNewCo dueña de Medimás y PrestMed dueña de Esimed, “ello denota la existencia de una misma cadena de producción de atención en salud”.

No solo se facilitó la integración vertical, sino que NO se incorporó por parte de las autoridades ninguna medida para evitarla.

6. La condonación del 50% del valor de la compraventa privilegió de manera injustificada e ilegal las acreencias de las IPS que hacen parte del consorcio PrestaSalud, posteriormente dueños de Medimás y Esimed.

“

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.

”

Las autorizaciones de la Supersalud permitieron que pudieran desconocerse las normas propias de la liquidación, que impedían las compensaciones. El proceso de venta venía diseñado para burlar las normas de liquidación y prelación de créditos.

11. Práctica de compra de cartera

“

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.

”

12. PRESTASALUD aporta contrato con RIBERA SALUD.

Al momento de constituir las sociedades a través de las cuales se ejecutaría la compraventa, no se cumplieron los requisitos del reglamento, que exigía que el socio que acreditaba la experiencia en salud debía tener mínimo el 50%. No fue acreditado este requisito de composición accionaria.

13. Se permite el pago de mínimo el 50% del precio ofrecido en dinero. durante 5 años.

El fraude a la prelación de créditos, venía calculado desde la oferta. Se ofertó un precio que permitiera que la totalidad de las acreencias de Prestasalud fueran cubiertas mediante la compensación. Esto se da a entender dentro del fallo.

“

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. ”

(Pág. 227)

En el proceso de venta solo un oferente obtuvo un puntaje superior a 200 que era el mínimo: Prestasalud.

RESPONSABLES DE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS.

1. Presidencia de la República, Ministerio, Súper salud conocían de la modalidad que planteó Lazard para vender Cafesalud.

“

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.

”

(Pág. 167)

Ministerio de Salud: Expidió los decretos necesarios para que el negocio pudiera realizarse luego de haber participado en las reuniones donde se estructuró el negocio. Tales cambios normativos introducidos por el Ministerio fueron la génesis de la violación sistemática de los derechos colectivos trasgredidos. No incorporó las medidas necesarias para garantizar el aseguramiento en salud.

Superintendencia Nacional de Salud: Aprobó el Plan de reorganización presentado por Cafesalud y permitió la entrada en operación de Medimás a pesar de la falta de experiencia en aseguramiento y todas las amenazas que ello representaba para los usuarios. Modificó una circular externa sobre escisión, fusión y creación de EPS para autorizar la cesión de la habilitación y de los usuarios, lo cual no era permitido, desconociendo que tal prohibición estaba dada para proteger a los usuarios.

Saludcoop en Liquidación: A través de su agente liquidadora vulneró los derechos colectivos en la medida que aprobó el reglamento de venta en los términos presentados por sus asesores Lazard. Así mismo, tomó decisiones relevantes dentro del proceso de venta al seleccionar acreditados, el manejo de cuanto de datos, y la declaración como adjudicatario del consorcio.

Cafesalud: Presentó a la Supersalud el Plan de Reorganización Institucional, el cual no se cumplió debidamente por la EPS a la que le cedió su habilitación. Con su decisión amenazó los recursos públicos que deben retornar al sistema de seguridad social y que en un proceso liquidatorio pudieron ser pagados bajo un criterio de proporcionalidad y gradualidad y no todo solo para unos acreedores como sucedió.

PrestNewCO y PrestMed: Desconocieron las obligaciones del reglamento y de los contratos al modificar su estructura societaria y excluir a la compañía con la que acreditaban la suficiencia en la experiencia en gestión en salud.

Además tienen situaciones financieras que dieron lugar a la SuperSociedades a adoptar medidas de control sobre ellas, lo que impide que puedan llevar a cabo la prestación del servicio de salud de manera idónea. Ambas sociedades contribuyeron para que se trasgrediera el límite de integración vertical previsto en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, ya que Medimas privilegio en el giro directo a las empresas que conforman Prestasalud y a Esimed.

“

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.

”

Lazard: El contratista asume plena responsabilidad.

“

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.

”