



PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Bogotá D.C., 23 MAY 2017

00208

Doctora  
**Ángela María Echeverri Ramírez**  
**Agente Especial Liquidadora**  
**SaludCoop EPS en Liquidación**  
[gerencialiquidacion@saludcoop.coop](mailto:gerencialiquidacion@saludcoop.coop)  
Ciudad

**Referencia:** Observaciones y consideraciones sobre la revisión y evaluación de ofertas dentro del proceso de venta de **CAFESALUD EPS. S.A.** y de **ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A ESIMED – S.A**

Respetada doctora Echeverri:

La Procuraduría General de la Nación, en búsqueda de contribuir con los fines esenciales el Estado y en desarrollo de la función de vigilancia superior con fines preventivos, acogiendo el principio de oportunidad establecido en la Resolución 132 de 2014 y conociendo la importancia de la garantía y materialización del derecho fundamental a la Salud y la protección a los recursos del Sistema de Salud, ha realizado un análisis a la fase actual del proceso de venta de **CAFESALUD EPS. S.A.** y de **ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A ESIMED – S.A** con un equipo interdisciplinario compuesto por las Procuradurías Delegadas para Asuntos Civiles y Laborales; de Salud, Protección Social y Trabajo Decente y, de Vigilancia Preventiva de la Función Pública.

De este análisis, se presentan las siguientes observaciones esenciales y de necesaria observancia al momento de adjudicar el contrato respectivo producto del presente proceso de venta:



## PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

### **1. Consideraciones sobre la adjudicación**

La fase actual de revisión y evaluación de ofertas, dentro del proceso de venta de Cafesalud EPS S.A. y Esimed S.A., presenta una serie de situaciones de conocimiento público que han generado inquietudes a este Ministerio Público en cuanto a la adjudicación del contrato en estas condiciones, que pueden conllevar a mayores afectaciones en la efectividad y garantía del derecho fundamental a la salud de los hoy afiliados a esta EPS, así como otras afectaciones a los recursos del Sistema de Salud y a los acreedores del proceso de liquidación de Saludcoop.

#### **1.1. Propuesta única integral**

De la información conocida por este Ministerio Público, en concordancia con aquella reservada que rige el proceso de venta, se colige que en la fase actual del proceso tan sólo se cuenta con dos proponentes que han presentado oferta dentro de los términos previstos.

En todo caso, genera preocupación que tan sólo una de esas ofertas es integral, es decir, pretende adquirir lo relativo a: i) acciones de una NewCo que administre el régimen contributivo, ii) acciones de una NewCo que administre el régimen subsidiado y, iii) 100% de las acciones de Esimed.

Esta situación conlleva a que exista un único proponente integral, es decir, en la fase actual sólo se cuenta con una única propuesta que pretende adquirir la totalidad de los activos de Saludcoop en liquidación objeto del presente proceso de venta.

Igualmente, preocupa que esta única propuesta no refleja la pluralidad de oferentes, la sana competencia que debe darse para acceder a la mejor alternativa posible en el mercado, ni la materialización de una puja económica que favorezca financieramente los recursos del proceso de liquidación de Saludcoop y consecuentemente los del Sistema de Salud.

#### **1.2. Carencia de experiencia de aseguramiento**

En términos generales, frente al proceso de venta en comento, es indispensable garantizar que las ofertas presentadas por los distintos



## PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

proponentes acrediten la experiencia específica requerida para que exista confianza y legitimación para el desarrollo de la actividad de aseguramiento en salud de la mejor forma posible.

Para el Ministerio Público, la idoneidad de un proponente también depende de la experiencia relacionada acreditada. En este aspecto, es necesario advertir que de la información pública que se tiene hasta la fecha, 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.

Esta situación conlleva a observar que el consorcio al no constituir una nueva persona jurídica, sustenta su propuesta a partir de la experiencia, condiciones y requisitos de cada uno de sus integrantes y como es sabido, tanto en la contratación pública como en la privada, en la mayoría de los casos se exige que cada uno de los integrantes del consorcio cumplan con la idoneidad debida para acceder a la contratación en concurso, lo cual se fundamenta principalmente en la experiencia específica que se debe acreditar, aspecto que se extraña en el proceso actual de venta de Cafesalud EPS S.A. y Esimed S.A. No se exige que cada uno de los integrantes del consorcio cumpla con la experiencia específica debida, incluso se admite que ninguno cuente con la experiencia puntual en materia de aseguramiento en salud.

Para la Procuraduría General de la Nación, no es equiparable la experiencia en la prestación de servicios de salud a la experiencia en materia de aseguramiento en salud, siendo esta última la necesaria para este proceso de venta en curso.

### **1.3. Imposibilidad de ser prestador y asegurado en materia de salud.**

En concordancia con lo expuesto en el numeral anterior, el consorcio que se ha presentado como único oferente integral, y teniendo en cuenta que no constituye una nueva persona jurídica, funge bajo una ficción jurídica que le otorga capacidad para contratar y actuar, bajo la realidad de que los integrantes del mismo subsisten como personas jurídicas que tienen su propia naturaleza y objeto.



## PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En este orden de ideas, las Instituciones Prestadoras de Salud que integran el consorcio van a revestir la calidad de prestadoras y asimismo la calidad de aseguradoras al ser parte de la figura consorcial que pueda llegar a ser adjudicatario del contrato de compraventa de Cafesalud EPS S.A. y de Esimed S.A.

Este órgano de Control, considera pertinente procurar la no traslación del aseguramiento del riesgo al prestador, tal como lo dispone la Corte Constitucional en la Sentencia C-197 de 2012 en los siguientes términos:

“En un comienzo, de conformidad con el artículo 179 de la ley 100, la contratación por capitación no estaba limitada a ningún nivel de complejidad. Sin embargo, debido a las consecuencias que ello trajo en términos de calidad del servicio y traslado del riesgo, desde el año 1997, el Gobierno y el Congreso han venido implementando medidas para limitar los servicios y las condiciones bajo las cuales las EPS e IPS pueden celebrar estos contratos, con el ánimo de evitar (i) que las EPS trasladen a las IPS sus responsabilidades en materia de gestión del riesgo y, por esta vía, (ii) que los pacientes no reciban los servicios requeridos de forma oportuna, especialmente cuando las IPS los remiten a otras instituciones o profesionales con quienes subcontratan, o adoptan prácticas ilegales destinadas a desincentivar la demanda de servicios”.

Esta prohibición busca esquemas de control y equilibrio entre el asegurador y el prestador para que bajo un modelo eficiente y transparente se garantice el acceso, la oportunidad y la calidad en el servicio, lo que conlleva a la garantía y efectividad del derecho fundamental a la salud.

### **1.4. Integración vertical**

En concordancia con lo expuesto en el numeral anterior, el Ministerio Público considera que es de orden constitucional restringir la integración vertical en materia de contratación de las Empresas Promotoras de Salud – EPS, pues si bien los procesos de integración vertical responden en la mayoría de los casos a la finalidad de ser eficientes en la entrega final de los bienes y servicios al usuario, no necesariamente le trae beneficios, pues por el contrario podría



## PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

constituirse en una práctica monopolística con consecuencias como el abuso de la "posición dominante".

Igualmente, en la práctica se puede observar como la integración vertical de las EPS, no siempre ha sido útil para lograr los fines constitucionales en materia de salud, ya que las mencionadas entidades al utilizar sus propias IPS y evitando la contratación con otras instituciones tanto públicas como privadas han excedido su capacidad de atención, colmando los centros hospitalarios y disminuyendo la calidad de la misma.

Por lo anterior, es conveniente tener en cuenta lo preceptuado en la Ley 1122 de 2007 artículo 15:

*"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.*

*Desde 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."*



## PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

### **1.5. Inviabilidad de la compensación en el pago de Cafesalud EPS S.A. y Esimed S.A.**

De la información pública conocida en torno al proceso de venta objeto del presente análisis, se resalta la calidad del oferente integral al ser conformado por varios de los acreedores actuales de Cafesalud EPS S.A.

En este orden de ideas se reitera que los recursos producto de esta venta, tienen la vocación de ser parte del proceso de liquidación de Saludcoop, la cual cuenta con una serie de créditos clasificados de acuerdo con el orden de prelación legal que debe respetarse estrictamente en respeto a los derechos de los acreedores participes en dicha liquidación, dentro de los cuales se encuentran también involucrados derechos de trabajadores, de proveedores y directa e indirectamente del Sistema de Salud.

De esta manera, los recursos producto de la venta de Cafesalud EPS S.A. y Esimed S.A. deben ser destinados a garantizar el pago de las obligaciones inmersas en el proceso de liquidación de Saludcoop y a retornar en lo pertinente al Sistema de Salud colombiano.

El Ministerio Público no comparte que se aplique la compensación en la oferta de adquisición por uno de los Interesados acreditados en la venta de Cafesalud S.A. y Esimed S.A.

Para la Procuraduría General de la Nación, en ningún caso podría, eventualmente, aceptarse dicha alternativa para la compra de los activos, pasivos y contratos materia de la negociación, puesto que no solo existe prohibición expresa, si no que ello afectaría la percepción esperada y necesaria de flujos de liquidez tan necesarios en el proceso de liquidación de Saludcoop; finalmente, dicha compensación tornaría en privilegiadas dichas acreencias, sin sustento legal, en desmedro de acreencias con mejor derecho.

Si bien es cierto, la figura de la compensación es una forma general de extinción de las obligaciones, no puede obviarse que existen normas especiales que establecen salvedades, como ocurre en el caso específico de la negociación que genera las observaciones del Ministerio Público.



## PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En este sentido, la Ley 1753 de 2015 en el artículo 68 que regula la salvaguarda de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud indica:

“Medidas especiales. Sin perjuicio de lo previsto en las demás normas que regulen la toma de posesión y ante la ocurrencia de cualquiera de las causales previstas en el artículo 114° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar o autorizar a las entidades vigiladas, la adopción individual o conjunta de las medidas de que trata el artículo 113° del mismo Estatuto, con el fin de salvaguardar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las medidas especiales que se ordenen se regirán por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, incluido el artículo 291° y siguientes de ese estatuto, en lo que resulte pertinente a las medidas especiales; el Decreto número 2555 de 2010; las disposiciones aplicables del Sector Salud y las normas que los sustituyan, modifiquen o complementen. El Gobierno Nacional reglamentará la forma de armonizar las medidas especiales o preventivas de la toma de posesión para su adecuada implementación en el Sector Salud.”

Ahora bien, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en el artículo 301 numeral 2, dispone:

“Compensación. Con el fin de asegurar la igualdad de los acreedores en el proceso liquidatorio, no procederá la compensación de obligaciones de la intervenida para con terceros que a su vez sean deudores de ella”.

De esta manera se considera, que admitir que el pago parcial o total del precio de los activos en venta se efectúe mediante la figura de la compensación, puede conllevar a la vulneración de derechos de acreedores del proceso de liquidación de Saludcoop y la afectación a los recursos del Sistema de Salud.



## PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

### **1.6. Cumplimiento de las exigencias legales en materia de protección a la competencia**

Es imperativo que el proceso de liquidación cumpla con el trámite ante la Superintendencia de Industria y Comercio para garantizar el Cumplimiento de las exigencias legales sobre protección de la competencia (Ley 1340 de 2009).

Para el Ministerio Público es determinante que Cafesalud EPS S.A. gestione, si es que no lo ha hecho, la autorización ante la Superintendencia de Industria y Comercio para asegurar la efectiva satisfacción de las exigencias legales en materia de protección de la competencia en el proceso de venta.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1340 de 2009 (régimen legal de protección de la competencia), "(...) Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico".

Dicho artículo, y en particular el aparte de él que extiende su campo de aplicación a todos los sectores económicos, fue declarado constitucional en la sentencia C- 172 del 19 de marzo de 2014 (M.P Jorge Iván Palacios Palacios), y además debe interpretarse en armonía con el artículo 6º, ibídem, que erige a la Superintendencia de Industria y Comercio como la autoridad nacional en materia de competencia.

Ahora bien, de acuerdo con lo prescrito en el ya referido artículo 2º de la Ley en mención, "Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas (...) y el régimen de integraciones empresariales".

Ninguno de esos asuntos ha sido objeto de desarrollo en normas especiales del sector salud (El Gobierno Nacional no ha reglamentado la materia, aunque el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 lo instruyó para que lo hiciera dentro de un término de seis (6) a la entrada en vigencia de la Ley), luego es claro que en este último campo es de aplicación imperativa la Ley 1340 de 2009 en mención.





## PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Y, precisamente, el artículo 9º, ibídem, establece la exigencia de que las empresas que busquen integrarse, sea cual fuera el vehículo o forma jurídica a utilizar (fusión, escisión, transformación, venta de activos, pasivos y contratos, etc.), reunidas las exigencias de los numerales 1) y 2) allí referidos (en términos de volumen de ingresos, activos, o participación de las empresas en el mercado relevante), informen a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que estas pretendan llevar a cabo, para que tal autoridad, según las condiciones particulares del negocio, le imparta autorización (automática, plena y motivada, o condicionada).

El requisito en mención es, pues, de imperativo cumplimiento para asegurar la legalidad del proceso de enajenación de Cafesalud EPS S.A.. Así quedó consignado, además, en el numeral 6.8.1 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".

### **2. Garantía de la calidad en la prestación del servicio de salud:**

Para la Procuraduría es de suma importancia que en el proceso de venta en cuestión, se garantice en todo momento la calidad en la prestación de los servicios de salud, con base en la normatividad vigente y la reiterada jurisprudencia, brindando condiciones de Accesibilidad, Oportunidad, Seguridad, Pertinencia y Continuidad, de conformidad con lo establecido en el Decreto Único Reglamentario de Salud, Artículo 2.5.1.2.1, relacionado con el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Asimismo, es importante tener en cuenta la Sentencia T 022 de 2014, donde la H. Corte Constitucional se ha manifestado indicando que:

"En ese orden de ideas y por la importancia que reviste la prestación del servicio público de salud de manera ininterrumpida, esta Corporación ha considerado que la continuidad debe ser un derecho fundamental, que debe primar en todos aquellos casos en los que la suspensión del servicio amenace de manera seria y grave la vida, la salud, la integridad y la dignidad de los



## PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

pacientes, pues "(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados. (..)"

### **3. Otros aspectos analizados**

Dentro de los análisis efectuados por este equipo interdisciplinario, conviene tener en cuenta otros aspectos que pueden ser objeto de revisión a efectos de generar mejoras al proceso de venta desde las condiciones de la fase actual, a saber:

#### **3.1. Mecanismos para el manejo del conflicto de intereses**

El Ministerio Público no encuentra en el proceso mecanismos para el manejo de los conflictos de interés que pudieren suscitarse en el trámite de enajenación de activos, por lo que no existiría claridad relacionada con la metodología a utilizar frente a la información de público conocimiento respecto de estas posibles situaciones con las firmas precalificadas.

Es importante resaltar lo establecido en el Decreto 780 de 2016:

"Artículo 2.5.2.1.1.9. Conflictos de interés y prácticas no autorizadas. Las Entidades Promotoras de Salud, sus directores y representantes legales, deberán abstenerse en general de realizar cualquier operación que pueda conducir a prácticas no autorizadas o dar lugar a conflictos de interés entre ellas o sus accionistas, socios, aportantes o administradores, o vinculados, en relación con los recursos que administren y adoptarán las medidas necesarias para evitar que tales conflictos se presenten en la práctica.

Se entiende por conflicto de interés la situación en virtud de la cual una persona en razón de su actividad, se enfrenta a distintas alternativas de conducta con relación a intereses incompatibles, ninguno de los cuales puede privilegiar en atención a sus obligaciones legales o contractuales."



## PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

### **3.2. Activos sobrantes**

Ante la situación actual, de contar con dos proponentes y sólo con uno integral, existe la posibilidad de que se llegue a materializar en el actual proceso una venta parcial. En este escenario, es importante para el ente de control, que en caso de que la venta no sea por todos los activos en venta, se precise el manejo de aquellos sobrantes para la obtención del mayor beneficio posible en función del proceso de liquidación, pero esencialmente se garantice la continuidad del servicio de salud especialmente de los afiliados al régimen subsidiado.

### **3.3. Proceso fallido de venta**

Ante la situación actual de proponentes y ofertas presentadas, según la información pública que conoce esta Procuraduría, se advierte la necesidad del establecimiento de mecanismos alternos en caso de que este proceso sea fallido, en aras de garantizar no sólo la obtención del mayor valor posible de la venta, en beneficio de la protección de los recursos del Sistema de Salud, sino también la superación inmediata de las falencias que ostenta la prestación actual de los servicios por parte de Cafesalud EPS.

En conclusión, a juicio del Ministerio Público las condiciones de la fase actual respecto de los proponentes y ofertas en el proceso de venta de Cafesalud EPS S.A. y Esimed S.A, no garantizan con suficiencia los postulados fundamentales enunciados con anterioridad, especialmente los relativos a la pluralidad, a la idoneidad y a la selección objetiva, los cuales en nuestro criterio, también deben observarse en la contratación privada, más aun cuando la misma versa sobre un servicio público, la garantía de un derecho fundamental y la protección de recursos de la salud de los colombianos.

Por lo expuesto, se exhorta a la Agente Especial Liquidadora de Saludcopp EPS en Liquidación, a que adelante los análisis correspondientes y adopte los ajustes pertinentes tendientes a que este proceso de venta responda a principios de contratación precitados, y con ello se garantice un servicio continuo, idóneo, oportuno y de calidad para los millones de colombianos hoy afiliados a Cafesalud EPS S.A.



PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Asimismo, se resalta que la calidad de garante del derecho fundamental a la salud que se ostenta al dirigir este proceso de venta, impone obligaciones esenciales como la garantía del derecho fundamental a la salud y la protección a los recursos del Sistema de Salud, pero especialmente una gran responsabilidad de garantizar y mejorar el servicio de todos los afiliados actuales a Cafesalud EPS.

Atentamente,

**FERNANDO CARRILLO FLÓREZ**  
Procurador General de la Nación