

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
-SECCIÓN PRIMERA-
-SUB SECCIÓN "A"-

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil diecisiete (2017).

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADA: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD,
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE
SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E
INTERESES COLECTIVOS

Asunto: Resuelve solicitud de medida cautelar de urgencia.

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar de urgencia solicitada por los accionantes.

1. ANTECEDENTES.

1.1. Solicitud de medidas cautelares de urgencia.

Los actores populares actuando en nombre propio, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos contra la NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y LA AGENTE ESPECIAL LIQUIDADORA DE SALUDCOOP EPS, EN LIQUIDACIÓN, en procura que se amparen los siguientes derechos colectivos: i) libre competencia económica; ii) acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuno; iii) patrimonio

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

público; iv) moralidad administrativa; y, v) los derechos de los consumidores y usuarios.

En escrito separado, los accionantes solicitaron el decreto de la siguiente medidas cautelares de urgencia (folio. 1 cdno. medida cautelar):

«(...) solicitamos que se decrete la suspensión del proceso administrativo de enajenación, para que no pueda surtir la fase de cierre, es decir, que no pueda adelantarse la transferencia de la propiedad y el perfeccionamiento de la venta, hasta tanto no se realicen los ajustes necesarios que permitan pluralidad de oferentes, y que se realicen los ajustes necesarios que permitan pluralidad de oferentes, y que estos cumplan con la totalidad de requisitos objetivos que garanticen su idoneidad y experiencia, lo que a su vez se refleje en garantizar la prestación del servicio en condiciones de calidad, eficiencia y oportunidad».

1.2. Hechos en los que se fundamenta la medida cautelar.

La parte actora, indicó como hechos que sustentan la medida cautelar, en síntesis los siguientes:

- Es un hecho notorio relevado de prueba, que solamente uno de los dos oferentes presentó propuesta integral para la totalidad de los componentes de CAFESALUD, constituyendo el objeto de la licitación pública de venta de la EPS.
- De no decretarse de manera inmediata la suspensión del procedimiento administrativo de enajenación, se advierte la inminencia de la consolidación de la vulneración y amenaza de los derechos colectivos accionados.

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

- Para el interés general resulta garantista decretar la medida cautelar, pues la venta de la mayor EPS del país, de la que depende el acceso de más de 5.7 de millones de afiliados al servicio de salud, así como la prestación real y efectiva de un servicio esencial vinculado con la vida de la gente, pesa mucho más que la necesidad de realizar la enajenación de manera inmediata.
- Lo anterior con mayor razón si se tienen en cuenta los serios cuestionamientos sobre el proceso de venta y de selección de comprador, planteados tanto por la Procuraduría General de la Nación como por la presente acción popular.
- Al estar intervenida CAFESALUD por el Estado a través del Ministerio de Salud y de la Superintendencia Nacional de Salud, el proceso de enajenación debe regirse por los principios de la función pública, estos que a todas luces se ven desconocidos en el proceso de enajenación objeto de la presente acción popular.
- De un adecuado proceso de venta depende tanto la prestación continua, efectiva y en condiciones de calidad de un servicio esencial como lo es el servicio de salud y la sostenibilidad financiera del sistema de aseguramiento, el cual puede ponerse en peligro si la mayor EPS no atiende sus responsabilidades financieras, ni presta de manera adecuada el servicio.

Los actores populares dentro del escrito de demanda manifestaron que aunque si bien, hasta el momento solo se ha seleccionado al contratista de la venta, no se ha surtido su perfeccionamiento, motivo por el cual resulta imperiosa la intervención del juez popular para que

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

proteja de manera urgente los derechos colectivos que presuntamente se violaron durante el proceso de enajenación.

1.3 Observaciones y consideraciones de la Procuraduría General de la Nación

La parte actora allegó con la solicitud de medida cautelar de urgencia como única prueba, las observaciones y consideraciones realizadas por la Procuraduría General de la Nación el día veintitrés (23) de mayo de 2017 a la Agente Especial Liquidadora de SALUDCOOP EPS en Liquidación,¹ sobre el proceso de venta de CAFESALUD EPS S.A., de las que se desprende en síntesis los siguiente:

- Indicó que la fase de revisión y evaluación de ofertas dentro del proceso de enajenación de CAFESALUD EPS S.A. y ESIMED S.A., inquieta a ese Ministerio Público, por cuanto la adjudicación del contrato puede conllevar a mayores afectaciones en la efectividad y garantía del derecho fundamental a la salud de los afiliados a esa EPS.
- En la fase actual del proceso tan solo se cuenta con dos proponentes que han presentado oferta dentro de los términos previstos y de estas solo una es integral, esto es, 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) el 100% de la acciones de ESIMED.
- 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

¹ Visible a folio 27 del cuaderno de medida cautelar de urgencia.

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

puja económica que favorezca financieramente los recursos del proceso de liquidación de SALUDCOOP y consecuentemente los del Sistema de Salud.

- Es indispensable garantizar que las ofertas presentadas por los distintos proponentes acrediten la experiencia específica requerida para que exista confianza y legitimación.
- La información pública que se tiene hasta la fecha, es que 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 no que cuenten directamente con experiencia en materia de aseguramiento en salud.
- 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, situación que va en contravía de las exigencias que en la mayoría de los casos se requiere en la contratación pública y privada, por cuanto en el proceso de venta de CAFESALUD y ESIMED no se exige que cada uno de los integrantes del consorcio cumpla con la experiencia específica debida e incluso se admite que ninguno de los integrantes del consorcio cuente con la experiencia puntual en materia de aseguramiento en salud, esta última que es equiparable a la experiencia en la prestación de servicios de salud.
- Las Instituciones Prestadoras de Salud que integran el consorcio van a revestir la calidad de prestadoras y así mismo la calidad de aseguradoras, al ser parte de la figura comercial que pueda

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

llegar a ser adjudicatario del contrato de compraventa de CAFESALUD EPS y de ESIMED S.A.

- Se impide la configuración de un esquema de control y equilibrio entre el asegurador y el prestador; para así garantizar el acceso, oportunidad y la calidad en el servicio.
- Se debe restringir la integración vertical en materia de contratación de las Empresas Promotoras de Salud –EPS., por cuanto 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 a este, toda vez, que podría constituirse en una práctica monopolística con consecuencias como el abuso de la «posición dominante».
- Reitera que los recursos producto de esta venta tienen la vocación de ser parte del proceso de liquidación de SALUDCOOP, esta que cuenta con una serie de créditos clasificados de acuerdo con el orden de prelación legal que debe respetarse estrictamente respecto a los derechos de los acreedores participes en la liquidación, dentro de los cuales se encuentran también involucrados derechos de trabajadores, de proveedores y directa e indirectamente del Sistema de Salud.
- Admitir que el pago parcial o total del precio de los activos en venta se efectúe mediante la figura de la compensación, podría conllevar a la vulneración de derechos de acreedores del proceso de liquidación de SALUDCOOP y a la afectación de los recursos del Sistema de Salud.

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

- Afirma que se hace 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 la protección de la competencia, haciéndose necesario que CAFESALUD EPS. S.A. gestione la autorización ante esa Superintendencia para asegurar la efectiva satisfacción de las exigencias legales en materia de protección de la competencia en el proceso de venta. (Sic)
- Es de suma importancia que en el proceso de venta 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
- 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, especialmente los relativos a la pluralidad, idoneidad y a la selección objetiva.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia

De conformidad con los artículos 229² y 234³ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,

² «Artículo 229. procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
 DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
 DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
 MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
 ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

corresponde al magistrado ponente pronunciarse sobre la solicitud de medidas cautelares de urgencia, a efectos de determinar la procedencia o no de las mismas.

2.2. Sobre las medidas cautelares

En los términos del artículo 25 de la Ley 472 de 1998, es posible decretar las medidas cautelares señaladas por la ley, cuando quiera que con las mismas se procure la protección de un derecho o interés colectivo por un daño inminente. Dicho artículo a la letra dice:

«Artículo 25.- Medidas cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá 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. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;*
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;*

del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. *Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio»*

³ *«Artículo 234.- Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.*

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.»

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
 DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
 DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
 MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
 ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

c) *Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*

d) *Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.*

PARÁGRAFO 1o. El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

PARÁGRAFO 2o. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado”.

A su turno, los artículos 290, 230, 231 y 234 de la Ley 1437 de 2011 disponen:

«Artículo 229.- Procedencia de medidas cautelares. *En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.*

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. *Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:*

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

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.

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
 DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
 DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
 MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
 ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

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.

ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso."

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

De manera concreta, sobre las medidas cautelares de urgencia, el artículo 234 *ibidem* indica:

“Artículo 234.- Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.”

El ordenamiento jurídico establece unos requisitos y un trámite especial que permite a los demandados tener la posibilidad de oponerse a las medidas cautelares, previo a que se provea sobre estas, sin embargo, por excepción, la ley determinó que se puede decretar una medida cautelar sin previo traslado a los demandados cuando: *i).*- se cumplan los requisitos para su adopción y *ii).*- se evidencie su urgencia; en estos casos se está frente a las denominadas medidas cautelares de urgencia.

El tener la connotación de «urgencia», no implica que las cautelas no deban cumplir con los requisitos esenciales de las medidas, por lo que su procedencia debe atender los requisitos de las medidas cautelares ordinarias, como así lo indicó el H. Consejo de Estado:

*«Las medidas cautelares de urgencia, previstas en el artículo 234, suponen que se hallen “cumplidos los requisitos para su adopción”, es decir, los requisitos generales para decretarlas, que fija el artículo 231».*⁴

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se pronunció sobre la procedencia de las medidas cautelares en el siguiente sentido.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto de fecha diez (10) de abril de 2014, Exp.: 110010325000201400360-00. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

CA

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

«El artículo 25 de la Ley 472 de 1998 contempla la posibilidad de que el juez de las acciones populares, de oficio o a petición de parte, decrete las medidas previas que estime pertinentes para "...prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado"; medidas que podrán ser decretadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso.

Es importante señalar que acorde con la finalidad protectora de los derechos e intereses colectivos de la Ley 472 de 1998, las medidas previas buscan hacer efectiva dicha protección, cuando de esperarse a la culminación del proceso, las medidas que se adopten en el fallo podrían resultar ineficaces, es decir, buscan conjurar de manera previa al fallo, un peligro o vulneración que se está presentando o que se percibe como de inminente ocurrencia y que no da tiempo a esperar por un fallo definitivo.

Entonces, el objetivo pretendido con las medidas previas, es el de evitar que el daño se concrete o que de estarse produciendo, no se prolongue por un término mayor. Ello al tenor también del art. 17 de la Ley en cita: (...)

Dichas medidas no son taxativas, pues en las acciones populares, a la letra del art. 25 de la Ley en cita, el juez puede decretar las que estime pertinentes. Es así como al analizar las precisas circunstancias del caso en estudio, el juez determinara si es o no necesaria la adopción de medidas previas a las definitivas del fallo.

En el caso concreto, el actor solicita que como medida previa "se disponga que el impuesto de alumbrado público se cobre con las tarifas estipuladas en el Acuerdo 022 de 2.004", ello con miras a evitar un daño contingente.

*Al respecto, considera esta Sala de decisión que **para establecer si es viable decretar la medida previa solicitada por el actor, es necesario indagar si el daño contingente señalado por la parte actora se evidencia de forma manifiesta, si los fundamentos fácticos tienen un principio de prueba sobre su ocurrencia y, si la medida solicitada tiene el efecto útil de "prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado", como lo exige el artículo 25 de la ley 472 de 1998.** Lo anterior por cuanto la procedencia de la medida cautelar pende de la demostración o de la inminencia a un daño, para*

67

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

prevenirlo, o de la causación actual de un daño, para hacerlo cesar.

*Al respecto, considera la Sala que en este momento, en el cual aún no se ha trabado la relación jurídico procesal, con la notificación de la demanda a los demandados, **no es posible concluir con base en los hechos planteados en la demanda y con fundamento en las pruebas aportadas con ésta, las cuales en su mayoría no se encuentran en estado de valoración, que exista un daño contingente que se pueda conjurar con que la medida previa pedida en la demanda»** (Negrilla fuera de texto).*

Así, el máximo Tribunal de lo Contencioso ha resaltado la necesidad de la prueba de la inminencia del riesgo como presupuesto para adoptar una medida cautelar. De manera concreta el Alto Tribunal consideró:

*«El decreto de una de tales medidas, o de otras distintas a éstas pero que resulten procedentes para prevenir un daño inminente a los derechos e intereses colectivos o para hacer cesar el que se hubiere causado a aquellos, **debe soportarse lógicamente en elementos de prueba idóneos y válidos que sean demostrativos de tales circunstancias; es precisamente la existencia de tales elementos de juicio lo que permitirá motivar debidamente la decisión del juez cuando disponga una medida cautelar para la protección de tales derechos»**⁵ (Subraya y negrillas del Despacho).*

Bajo ese marco normativo y jurisprudencial, procede el Despacho a analizar si en el presente caso, están acreditados los requisitos para la adopción de la medida cautelar de urgencia solicitada; reiterando que del análisis de la jurisprudencia citada se extrae que para decretar una medida cautelar, es necesario que la inminencia del daño esté plenamente probada, de manera que se justifique que la protección de los derechos colectivos se ordene previo a la sentencia.

⁵ Exp. núm. 2003-00201, Consejero Ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

- Análisis del caso concreto

La parte actora sustentó la solicitud de medida cautelar de urgencia indicando que en el proceso de venta de CAFESALUD EPS. S.A. solo uno de los oferentes presentó propuesta integral para la totalidad de los componentes de la EPS CAFESALUD, situación está que *prima facie*, no podría constituir la adopción de una cautela dentro del proceso de enajenación de la referida entidad.

Sin embargo, no escapa a la vista de esta autoridad judicial las observaciones y consideraciones que realizó la Procuraduría General de la Nación⁶ 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., dentro de los cuales se resalta: a) la presunta falta de experiencia en materia de aseguramiento en salud de las entidades que conforman el consorcio PRESTASALUD; y b) la aparente imposibilidad de ejercer control y equilibrio entre el asegurador y el prestador del servicio de salud, por cuanto al no constituirse una nueva persona jurídica, la concesión tendría la doble capacidad de contratar y actuar en tanto, los integrantes de esta, subsisten como personas jurídicas que tienen su propia naturaleza y objeto.

En este caso, al tratarse no solo de la 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.

⁶ EXPEDIENTE. Cuaderno de medida cautelar. folios 27 y siguientes.

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

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, 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.

Precisa el Despacho que la suspensión temporal del proceso de enajenación de CAFESALUD EPS. S.A., no implica que esta entidad deje de prestar de manera real y efectiva el servicio de salud a todos sus afiliados y el desarrollo de su objeto social.

Por lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO.- **DECRÉTESE** la medida cautelar de urgencia solicitada por la parte actora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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.

PROCESO No.: 25000-23-41-000-2017-00885-00
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROBLEDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

TERCERO.- SE ABSTIENE esta autoridad judicial de fijar caución de que trata el inciso final del artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, por tratarse el caso *sub lite* de un medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos.

CUARTO.- CÓRRASE traslado de la solicitud de medida cautelar a la NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD, LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, AL AGENTE ESPECIAL LIQUIDADOR DE SALUDCOOP EPS, EN LIQUIDACIÓN Y A LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO por el término de cinco (5) días, para que se pronuncien sobre la misma, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

QUINTO.- ADVIÉRTASELE a CAFESALUD E.P.S. S.A. que las decisiones adoptadas en esta providencia, no implican la no prestación real y efectiva el servicio de salud a sus afiliados y todos aquellos que competen a su objeto social.

SEXTO.- COMUNÍQUESE inmediatamente esta decisión a las demandadas, quienes deberán dar inmediato cumplimiento a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada