



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

12483

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2012

Radicación No. 09025348

06 MAR 2012

Por la cual se imponen unas sanciones

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 1340 de 2009, en los numerales 6, 11 y 12 del artículo 3° del Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 14748 del 16 de marzo de 2010², el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante "Delegado") ordenó abrir investigación para determinar si la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y CENTROS DE SALUD DE CALDAS (en adelante "AHCSC"), actuó en contravención de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

Asimismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si el señor GONZALO MEDINA MAYA, representante legal de la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y CENTROS DE SALUD DE CALDAS (AHCSC), incurrió en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, al haber autorizado y/o ejecutado la conducta referida en el aparte anterior.

Los hechos que dieron origen a la apertura de investigación, fueron resumidos en el Informe Motivado en los siguientes términos:

"La actuación se inició con ocasión de la queja presentada por el señor Luis Ferney Moreno actuando en nombre y representación de la caja de previsión social de comunicaciones - CAPRECOM. (en adelante CAPRECOM), en contra de AHCSC, por la presunta realización de acuerdos contrarios a la libre competencia y prácticas comerciales restrictivas en donde se evidencia que las Empresas Sociales del estado ESE acuerdan a través de la Asociación de Hospitales y Centros de Salud de Caldas realizar negociaciones colectivas poniéndose de acuerdo en los porcentajes mínimos de contratación, donde aspiran generalmente a contratar el 60% del 100% del gasto en salud, sin tener en cuenta las condiciones particulares de cada una de ellas como son, tener capacidad resolutoria, propios indicadores de calidad, indicadores de gestión y sus tarifas".

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución de apertura de investigación y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, se citó a Audiencia de Conciliación, para llevarse a cabo el 25 de Junio de 2010. La diligencia se suspendió a solicitud de

¹ Mediante el cual se Deroga el Decreto 3523 de 2009 y el Decreto 1687 de 2010.

² Cuaderno público número 7

Radicación No. 09025348

la parte denunciada con el fin de consultar las posibles formulas conciliatorias con la asamblea general³.

El 7 de julio de 2010 se dejó constancia de no continuación de la audiencia de conciliación, toda vez que no se hizo presente el señor Gonzalo Medina Maya representante legal de AHCSC⁴; sin embargo, el 22 de julio 2010 se continuó con la audiencia en donde los intervinientes de manera libre y voluntaria expusieron sus puntos de vista en relación con los hechos, concluyendo que no hay ánimo conciliatorio⁵.

TERCERO: Que mediante escrito radicado con el número 09-025348-44, de 08 de julio de 2010, el doctor Darío Martínez Santacruz, en su calidad de apoderado de AHCSC, y del señor Gonzalo Medina Maya, solicitó la nulidad de la Resolución No. 14748 de 2010, por considerar que el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, no le aplica a la investigada, toda vez que, a su juicio, los destinatarios de dicha norma son aquellas sociedades o asociaciones conformadas por personas naturales que tengan la calidad de científicos o profesionales o auxiliares de dicho sector, vale decir por investigadores, médicos, enfermeras o auxiliares de enfermería, y no respecto de una asociación de personas jurídicas que tienen calidad de "Empresas sociales del Estado" tal y como lo es la AHCSC.

CUARTO: Que mediante Resolución No. 47776 del 6 de septiembre de 2010, el Delegado resolvió la solicitud de nulidad antes mencionada, indicando lo siguiente:

"(...) el impugnante está utilizando la solicitud de nulidad y su adición como un medio para revivir un término precluido, esto es, el término que tenían los investigados para solicitar y aportar pruebas y rendir las explicaciones que consideraran pertinentes en su defensa, señalado en el artículo tercero de la resolución N° 14748 de 2010, conforme con lo establecido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

En tal sentido, debe tenerse presente que las etapas procesales son preclusivas y no pueden ser revividas, como se pretende en este caso, no es posible volver sobre ella (...)"⁶.

QUINTO: Que mediante la Resolución No. 47785 del 6 de septiembre de 2010⁷, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, teniendo en cuenta que los investigados no solicitaron ni aportaron pruebas, a pesar de haber contado con término para ello, el Delegado decretó las pruebas de oficio que consideró conducentes.

SEXTO: Que mediante Resolución No. 78033 de 28 de diciembre de 2011, se desistió de la práctica de unas pruebas que se habían decretado de oficio de conformidad con el artículo 342 a 344 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que ya existen pruebas en el expediente que pueden determinar la conducta de la AHCSC.

³ Cuaderno público número 7 del expediente.

⁴ Cuaderno público número 7 del expediente.

⁵ Cuaderno No. 7 del expediente.

⁶ Cuaderno No. 7 del expediente.

⁷ Cuaderno No. 7 del expediente.

Radicación No. 09025348

SÉPTIMA: Que culminada la etapa probatoria, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") presentó al Superintendente de Industria y Comercio (en adelante el "Superintendente") el Informe de Investigación^B correspondiente debidamente motivado, en el cual recomendó sancionar a AHCSC y al señor GONZALO MEDINA MAYA, en su calidad de Representante Legal y Director Ejecutivo.

A continuación, se hará una breve descripción del análisis realizado en el citado Informe Motivado:

1. El análisis de la Delegatura empieza con la descripción de la estructura del Sistema General de la Salud en Colombia, para luego entrar a analizar el mercado afectado. Al respecto, la Delegatura concluyó que el mercado afectado está constituido por la contratación de la prestación de servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Subsidiado (en adelante POS-S), por parte de EPS-S ofrecidos por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas, privadas y mixtas (en adelante IPS) y contratados por las Empresas Promotoras de Salud para el Régimen Subsidiado (en adelante EPS) para la atención a sus afiliados, en el departamento de Caldas.
2. Una vez determinado el mercado afectado, la Delegatura analizó la conducta que dio lugar a la apertura de esta investigación, la cual consiste en determinar si AHCSC actuó en contravención de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.
3. El artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, en desarrollo de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, prohíbe a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud afectar negativamente la competencia en el sector salud, en el desarrollo de sus actividades.
4. Con fundamento en las pruebas recaudadas en la investigación, la Delegatura concluyó que AHCSC, en desarrollo de su actividad, adoptó decisiones y políticas internas que por su objeto y por efecto restringieron y falsearon el juego de la libre competencia en el mercado afectado definido, toda vez que participó en las negociaciones de contratación adelantadas por las ESE del departamento de Caldas y las EPS, no solo como asesor de las ESE sino como su representante, es decir que actuó en contravención del artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.
5. La Delegatura encontró demostrado que el señor Gonzalo Medina Maya incurrió en la responsabilidad prevista el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, toda vez que de las pruebas recaudadas en la investigación se estableció que el señor Medina participó en las reuniones de la junta directiva y de las asambleas ordinarias y extraordinarias donde se negociaban las tarifas y las modalidades de contratación.

^B Cuaderno No. 10.

Radicación No. 09025348

OCTAVO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992⁹, modificado por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, se dio traslado a los investigados del Informe Motivado. El señor Gonzalo Medina Maya, en su condición de Director Ejecutivo y Representante Legal de AHSCS, presentó sus observaciones al Informe Motivado el 16 de enero de 2012¹⁰, cuyos argumentos se incluyen a continuación:

1. Manifiesta el señor Medina que su participación en los procesos de negociación fue en condición de empleado de la Asociación, en cumplimiento del mandato estatutario y como tal no hay lugar a declarar su responsabilidad personal.
2. A lo anterior, agrega que la recomendación a sancionar a la entidad y a su representante legal conlleva a la aplicación de una doble sanción por una misma conducta y, que tampoco podría ser sancionado como persona natural, ya que su actividad en los procesos de negociación fue en cumplimiento del mandato contenido en el acuerdo laboral celebrado con la asociación.
3. Adicionalmente, se refiere al artículo 30 de la Ley 1122 de 2007¹¹ para resaltar que las Asociaciones de Empresas Sociales del Estado, tienen como objetivo común el fortalecimiento de la Red Pública Hospitalaria a través del manejo de temas comunes, entre los cuales no se desconoce la contratación de servicios con las EPS del Régimen Subsidiado y Contributivo.
4. Con fundamento en lo anterior, solicita a este Despacho, abstenerse de aplicar cualquier sanción en su condición de Representante Legal o de simple persona Natural.

NOVENO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 del 2011, el 8 de febrero de 2011 se escuchó a los miembros del Consejo Asesor quienes compartieron la sugerencia del Delegado para la Protección de la Competencia.

DÉCIMO: Que agotadas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a las investigaciones por infracción a las normas que protegen la libre competencia, este Despacho procede a resolver el presente caso en los siguientes términos:

10.1. Competencia

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la Ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad *"Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar*

⁹ Modificado por el Decreto 0019 del 10 de enero de 2012.

¹⁰ Cuaderno público número 10, comunicación con radicado 09-025348-00175-0001.

¹¹ El Artículo 30 de la Ley 1122 de 2007, señala lo siguiente: *"Del fortalecimiento de Asociaciones y/o Cooperativas de las ESE. El Gobierno Nacional, departamental y municipal promoverán la creación y el fortalecimiento de asociaciones y/o cooperativas de las ESE, que tengan como objetivo fortalecer la red pública hospitalaria.*

Estas asociaciones y/o cooperativas ofrecerán servicios y/o podrán proveer insumos, siempre y cuando beneficien a las entidades con economía de escala, calidad, oportunidad, eficiencia y transparencia."

Radicación No. 09025348

trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

El numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2012¹², señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica".

Por su parte, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 4 estableció que "[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas."

Asimismo, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido establece que: "La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".

De acuerdo con lo anterior, es claro que a partir de la entrada en vigencia la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad única en materia de competencia salvo las excepciones que expresamente se establecen. No obstante, resulta también importante señalar que en relación con la violación de las normas de protección de la competencia en el sector salud, esta Entidad es competente desde la expedición del Decreto 2221 de 2008, que en su artículo 6 establecía:

"Artículo 6. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá avocar de oficio, o por solicitud de un tercero y de conformidad con el procedimiento establecido para el efecto, el conocimiento de las presuntas infracciones a las normas de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia, incluidas las de abuso de la posición de dominio en el mercado, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud".

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2012¹³, en concordancia con los numerales 8, 11 y 12 del artículo 3 del Decreto 4886 y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992¹⁴, vigentes para el momento de los hechos, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

¹² Mediante el cual se Deroga el Decreto 3523 de 2009 y el Decreto 1687 de 2010.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Modificados por el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Radicación No. 09025348

10.2. MARCO NORMATIVO

De conformidad con la Resolución No. 14748 del 16 de marzo del 2010, se ordenó la apertura de la investigación por la presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 4º. Prohibición a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas, se prohíbe a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud al desarrollar su actividad, el adoptar decisiones o políticas internas que tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito."

10.3. CONDUCTA INVESTIGADA

10.3.1 Mercado afectado

En primer lugar, es preciso señalar que este Despacho comparte el análisis y las conclusiones a las que llegó la Delegatura en el Informe Motivado respecto de la industria de la salud en Colombia y la determinación del mercado afectado, por lo que a continuación se transcribe lo allí esbozado.

"3. La Industria de la Salud

El mercado afectado se debe determinar estableciendo el mercado de producto y el mercado geográfico. En el caso concreto, se entiende que el mercado afectado deberá limitarse al grupo de bienes y servicios más reducido –mercado producto– que se ve afectado por las decisiones y las políticas internas adoptadas por AHCS en relación con la contratación de los servicios de salud entre las (EPS-S) y las (ESE) del departamento de Caldas, así como al área geográfica más estrecha –mercado geográfico– sobre la cual tiene influencia la actividad de la asociación investigada.

3.1. Estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS

De conformidad con el artículo 1 de la Ley 100 de 1993 el Sistema de Seguridad Social Integral "(...) comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios (...)"

La estructura del SGSSS está en cabeza del Ministerio de la Protección Social (MPS)¹⁵, quien tiene como objetivos principales la formulación, adopción y dirección de planes

¹⁵ El artículo 170 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud se haría "bajo la orientación, regulación, supervisión, vigilancia y control del Gobierno

Radicación No. 09025348

programas y políticas en materia de salud, así como la coordinación, ejecución, control y seguimiento de las mismas y del Sistema.

Para lograr estos fines el MPS posee una cuenta adscrita denominada Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y cuenta con entidades públicas adscritas y vinculadas al mismo¹⁶, entre las que se encuentran, la Comisión de Regulación en Salud (CRES), el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) y la Superintendencia Nacional de Salud (SNS), quienes apoyan la consecución de las políticas públicas del Sistema.

Las entidades mencionadas se encargan de regular, supervisar, controlar y vigilar a los agentes que participan del Mercado de Aseguramiento en Salud. Este mercado está compuesto de dos regímenes, el contributivo y el subsidiado. Los agentes que participan en este mercado son las Entidades Promotoras de Salud del régimen contributivo (EPS-C), las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado (EPS-S) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS).

La Figura No. 1, a continuación, ilustra la estructura del SGSS descrita en los párrafos anteriores.

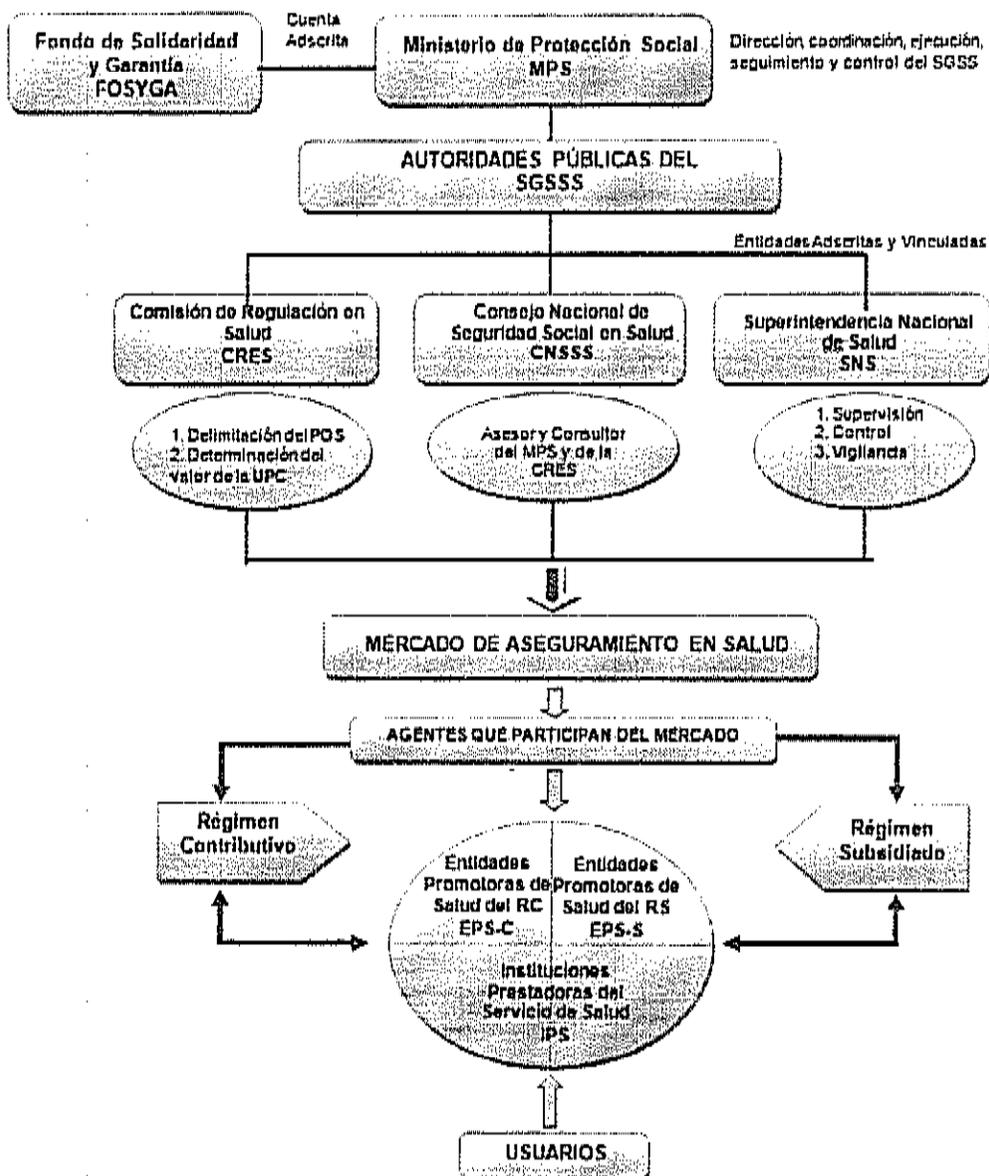
Figura No. 1
Estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud

Nacional y del Ministerio de Salud y atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del Gobierno en la lucha contra las enfermedades y en el mantenimiento y educación, información y fomento de la salud y la salud de conformidad con el plan de desarrollo económico y social y los planes territoriales de que tratan los artículos 13 y 14 de la Ley 60 de 1993".

¹⁶ Entidades adscritas: Instituto Nacional de Cancerología, Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta, Sanatorio de Agua de Dios, Sanatorio de Contratación, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Instituto Nacional de Salud, el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria (CAPRESUB), entre otras.

Entidades vinculadas: Instituto de Seguros Sociales (ISS), Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM), Empresa Territorial para la Salud (ETESA), Promotora de Vacaciones y Recreación Social (PROSOCIAL), entre otras.

Radicación No. 09025348



Fuente: Elaborado por la Delegatura para la Protección de la Competencia con información que reposa en el expediente. 09-021413"

Una vez expuesta la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a continuación la Delegatura definió el mercado presuntamente afectado así como los agentes que en él participan.

"3.2. El mercado afectado

Entre los agentes participantes en el SGSSS, tal como lo establece el Artículo 154 de la Ley 100 de 1993 (y se ilustró en la Figura 1), se encuentran las Entidades Promotoras de Salud (EPS), como responsables de organizar y garantizar la prestación del conjunto de servicios de salud a los que tienen derecho los afiliados dentro del SGSSS, denominado Plan Obligatorio de Salud (POS).

De otra parte, dentro del SGSSS también se encuentran las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), ya sean de naturaleza pública, privada o mixta. En

Radicación No. 09025348

particular, para el caso en el cual la Nación o las entidades territoriales prestan directamente los servicios de salud, el Artículo 194 de la Ley 100 de 1993 establece una categoría particular de IPS pública, denominada Empresa Social del Estado (ESE).

De lo anterior, se desprende la existencia de un mercado de servicios de salud incluidos en el POS para afiliados al SGSSS, en el cual los oferentes son las IPS debidamente habilitadas para la prestación de los mismos y los demandantes son las EPS, quienes deben constituir una red para sus afiliados a través de la contratación con las IPS, ya sean de naturaleza pública (ESE), privada o mixta.

El análisis precedente permite a esta Delegatura concluir que el mercado producto para la presente investigación, está conformado por los servicios de salud incluidos en el POS-S, ofrecidos por las IPS (públicas, privadas y mixtas) y contratados por las EPS-S para la atención de sus afiliados.

Ahora bien, desde el punto de vista geográfico, es necesario identificar la zona en la cual tienen influencia las decisiones y políticas adoptadas por AHCSG en relación con la contratación de los servicios de salud entre las EPS-S y las ESE del departamento de Caldas.

Según la información aportada por AHCSG¹⁷ las ESE pertenecientes a la asociación, son las siguientes:

Tabla No. 2
ESE AFILIADAS AHCSG

ESE	MUNICIPIO
Hospital San Jose	Aguadas
Hospital San Vicente de paúl	Anserma
Hospital San Marcos	Chinchiná
Hospital San Bernardo	Filadelfia
Hospital San Félix	La Dorada
Hospital la Merced	La Merced
Hospital Santa Sofía	Manizales
Hospital Infantil Universitario	Manizales
Hospital San Antonio	Marmato
Hospital San Cayetano	Marquetalia
Hospital San Antonio	Manzanares
Hospital Santa Teresita	Pácora
Hospital San Juan de Dios	Pensilvania
Hospital San Juan de Dios	Riosucio
Hospital San Rafael	Risaralda
Hospital Felipe Suarez	Salamina
Hospital San Lorenzo	Supía

¹⁷ Cuaderno público número 7.

Radicación No. 09025348

<i>Hospital San Simón</i>	<i>Victoria</i>
<i>Hospital San Antonio</i>	<i>Villamaría</i>
<i>Hospital San Jose</i>	<i>Viterbo</i>
<i>Hospital Sagrado Corazón</i>	<i>Norcasia</i>

Fuente: Cuaderno 7, Folio 1778 a 1780.

Lo anterior muestra que existe al menos una ESE en cada municipio de Caldas y que todas ellas se encuentran afiliadas a AHCSC. Así, las decisiones y políticas internas adoptadas por esta asociación, en relación con las condiciones de contratación de los servicios de salud que ofrecen sus afiliadas, afectan cualquier oferta sustituta de dichos servicios por parte de las IPS mixtas y privadas. Así mismo, afectan a las EPS-S, como contratantes de dichas prestaciones. Lo anterior, se ve reforzado por la restricción legal mencionada en la definición del mercado producto, por la cual, las EPS-S deben contratar al menos el 60% de su gasto en salud con la ESE presente en el municipio del afiliado.

Esta Superintendencia logró establecer, de acuerdo con la información aportada el 26 de octubre de 2010 por la AHCSC, que las EPS-S con cobertura en el departamento de Caldas son: CAPRECOM, CAFESALUD, MALLAMAS, ASMET SALUD y SALUDCONDOR¹⁸. A su vez, se encontró que estas empresas han contratado servicios de salud con todas las ESE de AHCSC al menos desde el año 2007 en adelante¹⁹.

La información anteriormente expuesta permite concluir a esta Delegatura que el mercado geográfico para la presente investigación abarca todo el departamento de Caldas.

Por los elementos expuestos y en concordancia con el Informe Motivado, este Despacho considera que el mercado afectado está constituido por la contratación de la prestación de servicios de salud incluidos en el POS-S, por parte de EPS ofrecidos por las IPS (públicas, privadas y mixtas) y contratados por las EPS-S para la atención de sus afiliados, en el departamento de Caldas.

Una vez descrito el mercado afectado que determinó la Delegatura el cual comparte este Despacho, procedemos a realizar la presunta conducta anticompetitiva que dio origen a la investigación de la referencia.

10.3.2. La conducta anticompetitiva Investigada

Conforme con la Resolución de Apertura y el Informe Motivado, la AHCSC es sujeto de la presente investigación por presuntamente restringir la libre competencia, por actuar en contravención de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

¹⁸ Cuaderno público número 7.

¹⁹ Cuaderno público número 7.

Radicación No. 09025348

10.3.2.1. Consideraciones del Despacho en relación con la conducta Investigada

De conformidad con lo establecido en el artículo 333 de la Constitución Política, en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009 y recientemente por el Decreto 4886 de 2011, y con el fin de garantizar la libre y leal Competencia dentro del mercado de los servicios del sector salud, el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, prohíbe a tres posibles actores del sector salud, esto es, (i) asociaciones, (ii) sociedades científicas; (iii) profesionales o auxiliares a que en desarrollo de su actividad adopten decisiones o políticas internas que tengan por objeto o como efecto, lo siguiente:

- 1) Impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud;
- 2) Abusar de una posición de dominio sobre el mismo;
- 3) Impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

Teniendo en cuenta que uno de los destinatarios de la norma en mención son las asociaciones del sector salud y la investigada en el presente caso es una persona jurídica de esa naturaleza, este Despacho considera pertinente previo el análisis del acervo probatorio sobre la existencia de la referida conducta, hacer las siguientes precisiones.

En la medida en que el derecho de asociación y el de derecho a la libre competencia son dos derechos de rango constitucional, la aplicación del régimen de competencia a las asociaciones ha generado diversas opiniones, toda vez que hay quienes consideran que el derecho de competencia no puede convertirse en un limitante al derecho de asociación en tanto tiene la naturaleza de derecho fundamental.

El artículo 38 de la Constitución Política²⁰ garantiza el derecho de libre asociación en las distintas actividades que las personas realizan, es decir, que el derecho de asociación consiste en la libertad con que cuentan todos los ciudadanos para constituir formalmente asociaciones con otros ciudadanos.

Respecto al alcance del derecho de asociación, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"El derecho o libertad de asociación contiene en sí mismo dos aspectos complementarios: uno positivo (el derecho a asociarse), y otro negativo (el derecho a no ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada). Estas dos dimensiones integran la estructura del derecho de asociación que se enmarca dentro de la cláusula general de libertad, y guarda estrecha relación con la garantía de la autonomía de las personas (Art. 16). En ese orden de ideas, el primer aspecto del derecho de asociación,- de carácter positivo, puede ser descrito como la "facultad de toda persona para comprometerse con otras en la realización de un proyecto colectivo, libremente concertado, de carácter social, cultural, político, económico, etc.

²⁰ El artículo 38 de la Constitución Política establece lo siguiente: *Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad."*

Radicación No. 09025348

a través de la conformación de una estructura organizativa, reconocida por el Estado”, con capacidad para ceñirse a los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto y operar en el ámbito jurídico.²¹ (Destacados fuer de texto).

De lo anterior se tiene que si bien es cierto el derecho de asociación está consagrado como derecho fundamental en la Constitución Política, el mismo debe ejercerse conforme a los requisitos y trámites que se requieren para ello y de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente; en otras palabras, no se trata de un de derecho absoluto, sino que por el contrario, debe operar de acuerdo al régimen legal al que está sujeto. En este sentido también resulta relevante señalar que la Corte Constitucional ha precisado que uno de los límites a los que se encuentra sujeto el derecho de asociación es la prohibición de abuso del derecho y el respeto de los derechos de los demás:

“A nivel de la Carta Política, existen restricciones que tienen origen expreso en el texto de la Constitución, tales como, la prohibición de su uso abusivo y el respeto de los derechos ajenos (C.P. art. 95-1). De igual manera, existen otros límites que se originan de la aplicación del denominado bloque de constitucionalidad por vía de interpretación, de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del artículo 93 de la Carta Fundamental, según el cual: “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”²².

Por su parte, el artículo 333 de la Constitución Política como parte del régimen económico constitucional, establece que el derecho a la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades y faculta al Estado para que impida que los agentes del mercado desarrollen conductas que obstruyan o restrinjan la libertad económica o abusen de la posición de dominio que puedan tener.

En relación con el derecho a la libre competencia económica, la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente:

Este carácter relacional de la libre competencia económica también ha servido para que la jurisprudencia constitucional defina las libertades básicas de los participantes en el mercado, que operan como mecanismos para resolver la tensión generada por los intereses opuestos de dichos agentes. Así, a partir de la revisión de la doctrina sobre la materia, la Corte ha dispuesto que estas libertades refiere a “a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad

²¹ Sentencia C-978/10, Referencia: expediente D-8120, Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3.3.1 (parcial) del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006–2010” Demandante: Juan Carlos Moncada Zapata. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá D.C., primero (1°) de diciembre de dos mil diez (2010).

²² Corte Constitucional, Sentencia C-085 de 2004.

Radicación No. 09025348

de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren.²³

De lo expuesto se advierte que las personas podrán asociarse para desarrollar libremente sus actividades, culturales, políticas, sociales, económicas, pero como cualquier otro participante del mercado deberán ceñirse a las excepciones y restricciones que establecen las normas de libre competencia y están sometidas a la inspección, vigilancia y control por parte del Estado, como agentes del mercado²⁴ que son. Así todas las personas podrán ejercer su derecho de asociación sin desconocer el derecho colectivo que protege el derecho a libre competencia, de modo que no afecten el funcionamiento del mercado en el que desarrollan su actividad y, por ende el interés general que en últimas, protege la libre competencia:

"Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades.

Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.

²³ Sentencia C-228/10. Referencia: expediente D-7865. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 (parcial) de la Ley 1340 de 2009 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia". Actor: Darlo Alberto Múnera Toro. Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil diez (2010).

²⁴ La doctrina económica define a los agentes del mercado en los siguientes términos:

"In economic terms, agents are the units who interact with one another. The notion of an agent embraces persons, firms, and other entities such as non-profit organizations and governments. The essential characteristic of an economic agent is not its physical form but rather its status as a decision maker. The concept of an agent as a decision maker carries within it a straightforward answer to the question: How do agents interact? Agents interact through their chosen actions; an action chosen by one agent may affect the constraints, expectations, and/or preferences of other agents".

"En términos económicos, los agentes son unidades que interactúan entre sí. La noción de agente abarca a personas, empresas y otras entidades como las organizaciones sin ánimo de lucro y los gobiernos. La característica esencial de un agente económico no es su forma física, sino su condición de tomador de decisiones. El concepto de agente como tomador de decisiones lleva en sí una respuesta directa a la pregunta: ¿Cómo interactúan los agentes? Los agentes interactúan a través de las acciones que eligen; una acción elegida por un agente puede afectar las limitaciones, expectativas y / o preferencias de otros agentes." (Traducción Libre). MANSKI, Charles F. "Economic Analysis of Social Interactions", NBER Working Paper No. 7580, (Estados Unidos: National Bureau of Economic Research, 2000), 7-6.

Radicación No. 09025348

²⁵. (Subrayado fuera de texto)

Sobre este punto, encontramos que la OECD en el documento en el que se tratan los aspectos competitivos y anticompetitivos de las asociaciones comerciales sostiene que:

"El derecho a la competencia se aplica tanto para las personas naturales como las jurídicas que actúan en una actividad económica o comercial, siendo irrelevante que se trata de una persona con ánimo o sin ánimo de lucro o que sea una persona de naturaleza pública o privada. Por lo tanto, las normas de competencia no aplican solamente respecto de las sociedades de responsabilidad limitada, sociedades, individuos que actúan como empresarios individuales, las empresas estatales y organismos sin fines de lucro organismos sin ánimo de lucro, sino también respecto de las actividades de asociaciones de personas naturales o jurídicas, tales como asociaciones de comercio, asociaciones profesionales. Frecuentemente, las actividades de las asociaciones comerciales o profesionales, por su propia naturaleza, se constituyen mediante contrato o un acuerdo, es decir, el elemento mínimo para la aplicación de las normas de la competencia relativas a las restricciones horizontales se cumplen fácilmente. En algunos casos, las normas de competencia se aplican expresamente a las decisiones de asociaciones, como es el caso en la Unión Europea y en todas aquellas jurisdicciones en las que sus disposiciones sobre cárteles son similares a las de UE, o que tienen disposiciones específicas que regulan las actividades de asociaciones comerciales, como es el caso de Japón²⁶."

En cualquier caso, no sobra señalar que ya de antaño, incluso con anterioridad a la expedición de la Ley 1340, esta Entidad ha considerado que las asociaciones deben respetar las normas de protección de la competencia y lo ha plasmado en diferentes decisiones que, en algunos casos, han sido estudiadas por el Consejo de Estado, confirmándolas. Al respecto, vale la pena citar solo algunos ejemplos:

Por medio de la Resolución No. 29302 de 2000, confirmada por la Resolución No. 0670 de 2001, la Superintendencia sancionó, entre otros, a la Asociación Nacional de Seguridad Privada Capítulos Valle, Cauca y Nariño (ANDEVIP) por haber realizado un acuerdo que tenía como objeto la fijación directa o indirecta de precios. Esta decisión fue confirmada por el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de enero de 2010, expediente No. 2001-00364

En la Resolución No. 25420 de 2002, confirmada por la Resolución No. 35523 de 2002, esta Entidad sancionó a la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustible y Derivados del Petróleo (ADICONAR) por haber realizado actos de influenciación sobre sus afiliados con el fin de que incrementaran los precios del combustible, violando así lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. En dichas decisiones, se concluyó lo siguiente en relación con la aplicación de las normas de competencia:

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-815 de 2001.

²⁶ "Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations" (DAF/COMP(2007)45), 4 de November de 2008.

Radicación No. 09025348

"Bajo este derrotero, debemos precisar que la "actividad económica" como tal, puede desarrollarse de manera organizada, bajo el amparo de una empresa o adoptando la fisionomía y naturaleza de otras personas jurídicas como asociaciones y cooperativas; empero es posible también, en palabras de la propia Corte, que una persona natural pueda ejecutar este tipo de actividades sin que sea de manera organizada. De modo que la actividad económica será libre y podrá desarrollarse por cualquier persona en tanto se mantenga bajo los límites del bien común, independientemente de si busca un ánimo lucrativo o no.

En esa medida, limitar el ejercicio de actividades económicas solamente a las empresas comporta sin lugar a dudas una restricción que la misma Constitución no ha previsto. En consecuencia, nada se opone a que una entidad sin ánimo de lucro pueda llevar a cabo actividades de naturaleza económica, cosa distinta que no pueda hacer un reparto de sus utilidades, pero el derecho como tal de realizar una actividad económica, recuérdese que por mandato constitucional lo tiene toda persona"²⁷.

Finalmente, en la Resolución No. 6839 de 2010, donde la Entidad sancionó por la realización de un acuerdo de precios celebrado por algunos ingenios azucareros, se señaló lo que a continuación se cita, en relación con la aplicabilidad de las normas de competencia respecto de las asociaciones:

"Ahora bien, es pertinente aclarar que esta Superintendencia no censura, por el contrario celebra que los ingenios alcohólicos o el gremio que los representa colaboren con autoridades públicas en la implementación y ejecución de las políticas públicas y cumplimiento de los objetivos fijados por el Gobierno Nacional. Tampoco reprocha esta Superintendencia que una entidad gremial sirva de enlace entre sus asociados y los diferentes estamentos del gobierno, situación que por demás encuentra sustento en la propia Constitución Política, como bien los recuerdan los apoderados en sus observaciones al Informe Motivado.

*Sin embargo, la actividad gremial, como cualquier otra actividad en Colombia, encuentra su límite en el ordenamiento jurídico. En esta línea, dicha actividad gremial debe adelantarse con sujeción a las disposiciones legales vigentes, entre las que se encuentran las normas de protección de la competencia. En esta medida, el pretexto de estar colaborando con una autoridad pública o de estar en ejercicio del derecho constitucional de asociación no convierte una práctica restrictiva de la competencia en lícita"*²⁸. (Subrayado fuera de texto)

Salta a la vista, entonces, que todas las actividades de las asociaciones deben desarrollarse conforme a las normas de protección a la competencia, pues de ninguna manera se encuentran exceptuadas de ello, tal y como ha sido reconocido internacionalmente y por esta Entidad en previas decisiones.

En relación con el régimen de protección de la competencia, es preciso señalar que de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, dicho régimen comprende por un lado el régimen general de protección de la competencia, el cual está constituido por la Ley

²⁷ Resolución No. 25420 de 2002 confirmada por la 35523 de 2002.

²⁸ Resolución No. 6839 de 2010.

Radicación No. 09025348

155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992²⁹, la referida ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, y por otro, los regímenes especiales que contienen disposiciones relativas para algunos sectores o actividades, los cuales prevalecen respecto del general.

Al remitirnos al régimen general de competencia, como al especial del sector salud, encontramos que los dos ratifican que las asociaciones son destinatarias de las normas de competencia. En efecto, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, las normas de competencia se aplicarán respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar su desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.

A su vez, el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994³⁰ dispone que le serán aplicables las normas sobre protección a la competencia "a las actividades de las Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, (...)".

De acuerdo con las disposiciones mencionadas, las normas de competencia en general y de manera particular en el sector salud, son aplicables a todas las personas naturales o jurídicas que participan en el mercado. Esta circunstancia impide que el artículo 4 del Decreto 1663 pueda ser interpretado en el sentido de que el mismo únicamente incluye a las asociaciones conformadas por personas naturales consideradas científicos, profesionales o auxiliares de la salud.

Ahora bien, de la lectura del artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, se observa que no todas las decisiones que adoptan las asociaciones en desarrollo de sus actividades son reprochables a las luz de las normas de competencia, pues de acuerdo con lo establecido en la mencionada norma, para que la decisión o política adoptada sea considerada anticompetitiva, debe tener por objeto o como efecto (i) impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; (ii) abusar de una posición de dominio sobre el mismo; (iii) impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

En ese sentido, esta Entidad en una investigación adelantada por el desconocimiento de la referida disposición, señaló.

"Así, la actividad de las asociaciones es un interés legítimo e incluso deseable a la luz del derecho de la competencia, en tanto, dicha colaboración puede llevar a mejoras en la equidad, la eficiencia, la ecología y la efectividad de la actividad productiva de los asociados, de la misma asociación.

No obstante, algunas de las actividades desarrolladas por esta clase de asociaciones pueden restringir la libre competencia, vulnerar los intereses de los consumidores o de los demás agentes económicos. Por tanto, dichas entidades

²⁹ Modificados por los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010, los cuales fueron derogados por el Decreto 4886 de 2011.

³⁰ Decreto aclarado por medio del Decreto 1613 de 1995.

Radicación No. 09025348

deben abstenerse de adoptar decisiones, implementar normas o recomendaciones o desarrollar otras actividades que puedan tener el potencial para restringir o falsear la libre y leal competencia conforme con lo dispuesto por la Ley 155 de 1959, los artículos 47, 48 y 50 del decreto 2153 de 1992 y las disposiciones relacionadas de la Ley 1340 de 2009³¹.

Las autoridades de competencia, particularmente, han señalado que resulta contrario a la libre competencia que las asociaciones realicen la unificación de las condiciones contractuales que deben aplicar sus afiliados. Al respecto, por ejemplo, la Comisión Nacional de Competencia española, señaló lo siguiente:

"El Consejo valora que según los HP 36, 37, 38, 39, 43, 45, 46, 47, y 51, desde AEDE se trabajó también para elaborar un marco contractual para estandarizar ciertas políticas comerciales, con la intención de que éste fuese aplicado en los contratos a firmar individualmente entre cada editor y cada empresa de press clipping. AEDE por tanto es responsable tanto de haber participado en el diseño para la unificación de las condiciones comerciales que debían regir en los contratos a firmar entre editores y empresas de press clipping, como de haber difundido entre sus asociados el resultado de dicho diseño. (...)

De nuevo, la actuación colectiva sustituyó a la iniciativa individual que sustenta las bases de una leal competencia entre los agentes en un mismo mercado. Consecuentemente el Consejo coincide con la propuesta de la Dirección de Investigación en que AEDE es responsable de una conducta contraria al artículo 1 de la LDC al haber actuado con el objeto de unificar las condiciones de oferta al mercado que sus miembros debían captar clientes en base a sus mejores ofertas comerciales. Se ha renunciado a competir en precios, en su lugar se ha definido un producto estándar, se han establecido unos rangos de tarificación en función de unos rangos de calidad determinados por los propios oferentes, y se ha impedido que la demanda, en un proceso competitivo, jugase su papel en la determinación final de los precios, en función de las distintas ofertas recibidas.³²

Tratándose del sector salud, es importante señalar que ha sido la propia Corte Constitucional la que ha indicado que la libre competencia puede ser restringida por el legislador, pero nunca hasta el punto de llegar a eliminar el derecho por completo:

"Ahora bien, si el legislador decide mantener el modelo de concurrencia de empresas públicas y privadas en la prestación de un servicio público como el de salud, pero lo interviene y regula a fin de obtener objetivos constitucionales, ¿cuál es el límite de esta intervención? ¿hasta dónde puede llegar la imposición de restricciones y controles? Como se dijo arriba, esa intervención no puede ser tan intensa que en realidad llegue a eliminar radicalmente el esquema de mercado libre que mantiene la ley (pues si lo elimina cae en el extremo de estatización de la actividad que impone indemnización a los particulares que lícitamente la ejercían), por lo cual debe respetar ciertos límites que, con base en

³¹ Resolución No. 41687 del 5 de agosto de 2011. Expediente identificado con el radicado 07-032448

³² Comisión Nacional de la Competencia de España RESOLUCIÓN (EXPTE. 2761/07 ASOCIACION EDITORES DIARIOS ESPAÑOLES.

Radicación No. 09025348

la Constitución, han sido señalados por esta Corporación. Estos límites, como se recuerda, indican: i) que tal intervención sólo puede adelantarse mediante ley; ii) que no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) que debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación; iv) que debe obedecer al principio de solidaridad; y, v) que debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”[92] (Negrillas fuera del original)

(...)

“Pero establecida por el legislador, conforme a una opción válida de acuerdo con la Constitución, la posibilidad de que a la prestación de un servicio público, como en este caso el de salud, acudan los particulares, es claro que para dicha participación deben garantizarse las condiciones propias de la libertad de empresa y de la libre competencia, sin que resulte admisible que en el ámbito estrechamente regulado de participación privada se permitan, o peor aún, se establezcan, situaciones que impliquen prácticas restrictivas de la competencia o se orienten a obstruir o a restringir la libertad económica.”[93]

(...)

“La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia.”³³

Así, como lo ha señalado la jurisprudencia, a pesar de que en el sector Salud la legislación establece límites al ejercicio del derecho a la libre competencia, los mismos nunca la eliminan por completo y, en consecuencia, es obligación de los partícipes del mercado actuar en respeto de las normas que protegen la competencia pues, como también se señala, tal respeto propende por la protección del interés público.

Ahora bien, en relación con la contratación de Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) por parte de las Empresas Prestadoras de Salud (EPS), se encuentra que la Ley 100 establece en su artículo 179, que las segundas *“podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos”*, circunstancia que evidencia libertad regulatoria frente a la celebración de los contratos y que confirma que es preciso respetar la libertad individual³⁴, so pena de afectar la leal competencia que debe existir entre los agentes de un mercado.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, la conducta puede presentarse por objeto o por su efecto

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-955 de 2007.

³⁴ No desconoce esta Entidad que el 19 de enero de 2011 entró en vigencia la Ley 1438 de 2011, que autorizó, **de acuerdo con las disposiciones que allí se establecen**, la contratación conjunta en el sector salud; sin embargo, esta Ley no es aplicable al caso concreto por ser de expedición posterior.

Radicación No. 09025348

Será simplemente por objeto cuando la actuación realizada por los investigados se adecúe a los supuestos de la norma presuntamente violada y será por efecto cuando, adicionalmente, con la conducta conlleve a una efectiva restricción de la competencia en el mercado sea porque afecte a los consumidores (por efectos explotativos) o a los competidores (por efectos exclusorios).

Así, una vez analizada la norma que presuntamente contravino la AHCS, este Despacho procede a analizar el acerbo probatorio recaudado en la etapa de instrucción, así como las observaciones presentadas por el señor Gonzalo Medina Maya al Informe Motivado.

10.3.2.3. Análisis de las conductas desarrolladas por AHCS

Luego de revisar las pruebas que obran en el expediente, este Despacho considera probado que la AHCS, en desarrollo de su actividad, adoptó decisiones y políticas internas que por su objeto restringieron y falsearon el juego de la libre competencia en el mercado afectado antes definido, toda vez que se encontró demostrado que la Asociación investigada además de unificar las políticas de contratación adelantada por las ESE del departamento de Caldas y las EPS, participó en las negociaciones de contratación no sólo como asesor de las ESE sino como su representante, tal y como se observa a continuación.

Como bien se señala en el Informe Motivado, del Certificado de Existencia y Representación, expedido por la Cámara de Comercio de Manizales el 20 de abril de 2009, que reposa en el expediente, así como de los estatutos que fueron allegados al mismo, se puede establecer que el objeto de la AHCS es el siguiente:

"La defensa de los intereses de los asociados en lo relacionado con la prestación del servicio de salud, financiación del sector, contratación con las demás entidades que conforman el sistema de seguridad social en salud y en general fijará las políticas o pautas a seguir en el desarrollo de las actividades comunes a los socios de acuerdo con las normas que rigen el sector de la salud a nivel nacional. Además de lo anterior, tendrá como objetivos especiales los siguientes:

(...)

*C. Fijar pautas comunes para contratar la compraventa de servicios con las Entidades públicas y privadas, tanto del régimen contributivo como en el subsidiado sirviendo de enlace entre contratante y contratista*³⁵.
(Destacados fuera de texto)

De las pruebas recaudadas se evidencia que además de que la Asociación tiene por objeto la fijación de pautas y políticas para contratar la compraventa de servicios con las empresas públicas o privadas, en desarrollo de este precepto unificó las políticas de

³⁵ Cuaderno reservado No. 2 del expediente, anexos del acta de visita administrativa llevada a cabo el 20 de abril de 2009 en las instalaciones de la Asociación de Hospitales y Centros de Salud de Caldas. Comunicación No. 9.025348-00012.

Radicación No. 09025348

contratación entre las ESE de Caldas y las EPS, como lo demuestran varias de las actas de las juntas directivas y de asamblea de la AHCSC.

En efecto, de la lectura del Acta No.001³⁶, en la que consta la reunión ordinaria de la Junta Directiva de la AHCSC celebrada el 5 de febrero de 2007, se establece que para la contratación de las EPS, existía una Comisión Negociadora de Contratación, tal y como consta en el aparte de proposiciones y varios.

."Comisión Negociadora para la Contratación con ARS 2007:

Se propone para integrar la comisión negociadora al Doctor Hermilsun Gaviria, Director del Hospital San Antonio de Marmato, Doctor Fernando Salazar Villegas, Director del Hospital San José y al Doctor Cesar Augusto Ramirez Montoya, Director del Hospital San Antonio de Villamaría, Doctor Carlos Andrés Serna Granada, Gerente del Hospital Felipe Suárez de Salamina".

Igualmente, del Acta N° 13 del día 23 de febrero de 2007³⁷, correspondiente a la Asamblea General Ordinaria de la AHCSC, se encuentra que doctor Gonzalo Medina Maya, director ejecutivo de la Asociación, al rendir su informe de gestión, dentro de los logros obtenidos para el 2006, manifestó lo siguiente:

"Para la contratación con las ARS se tuvo algunas dificultades, por la posición dura de las mismas, se logró mantener la contratación como se tenía anteriormente. Para la nueva contratación la Junta Directiva nombró una comisión negociadora".

Adicionalmente, en el numeral relativo a proposiciones y varios se indicó lo siguiente:

"(...) El Doctor Carlos Quintero Álvarez, Gerente de la ESE Hospital La Merced propone a la Asociación hacer una carta de respuesta las EPS Caprecom con respecto a la solicitud que esta está haciendo de desagregar la UPC y enviar esta información a la ESP mencionada".

Se propone a la comisión negociadora para la nueva contratación con las EPS del Régimen Subsidiado que se elabore acta de cada reunión, pues la EPS está omitiendo los convenios a los cuales se ha llegado (...)"³⁸.

El doctor William Arias Betancurt propone que cada IPS envíe un comunicado a la Asociación, otorgando facultades a la comisión negociadora para que actúe en nombre del hospital".

Así mismo, en el Acta N° 15 del día viernes 22 de febrero de 2008, correspondiente también a la Asamblea Ordinaria, se evidencia que el doctor Gonzalo Median Maya,

³⁶ Cuaderno Reservado 2, documentos anexos a la Comunicación con radicado No. 09-025348 -00059-0001 que reposa en el cuaderno público 7

³⁷ Cuaderno Reservado 2, documentos anexos a la Comunicación con radicado No. 09-025348 -00059-0001 que reposa en el cuaderno público 7.

³⁸ Cuaderno Reservado 2, documentos anexos a la Comunicación con radicado No. 09-025348 -00059-0001 que reposa en el cuaderno público 7.

Radicación No. 09025348

director ejecutivo de la Asociación, al presentar el informe de gestión del año 2007, se refirió al tema de la contratación en los siguientes términos:

"(...) Contratación Con EPS-S

La Asociación de Hospitales ha participado a través de los delegados por la Asamblea General en los procesos de negociación con las distintas EPS-S adelantadas en la contratación 01 de abril-30 de septiembre de 2007 y 01 de octubre-31 de marzo de 2008(...)"³⁹.

En el aparte referente a las proposiciones y varios de la mencionada reunión se manifestó lo siguiente:

"(...) Proposiciones y Varios

"El Doctor Fernando Salazar Villegas, Director del Hospital San José propone a la Asociación hacer una carta de respuesta las EPS Caprecom con respecto a la solicitud que esta está haciendo de desagregar la UPC (...)"⁴⁰.

A su vez, en la Asamblea General Extraordinaria llevada a cabo el 22 de septiembre de 2008, que consta en el Acta Número 16, también se trató el tema de la contratación. Al respecto se manifestó lo siguiente:

"(...) Problemática CAPRECOM EPS-S, Hospital San Bernardo de Filadelfia y Hospital San Antonio de Villa María.

"Estos hospitales han tenido varios inconvenientes con Caprecom EPS-S a pesar de que en mesa de trabajo conjunto con la DTSC, la Procuraduría y la Asociación se habían comprometido a trabajar por la integralidad de los servicios. Los usuarios de esta EPS en los dos municipios han manifestado la intensión de que el Hospital sea quien le preste los servicios. Se solicita hacer un pronunciamiento ante esta EPS-S (...)"⁴¹.

De igual manera, en el Acta Número 001, correspondiente a la Asamblea General Extraordinaria de la AHCS, del día 3 de febrero de 2009, se dejó constancia de lo siguiente:

"(...) 2. Discusión nueva contratación del régimen subsidiado

El doctor Gustavo Betancurt López, representante de ASSBASALUD, propone que una de las metas es que a 31 de marzo los contratos ya estén firmados, el Dr. Gonzalo Medina comenta que si esto no se puede cumplir se informe a las EPS que los contratos se prorrogarán con las mismas condiciones hasta tanto se firmen los nuevos.

³⁹ Cuaderno Reservado 2, documentos anexos a la Comunicación con radicado No. 09-025348 -00059-0001 que reposa en el cuaderno público 7.

⁴⁰ Cuaderno Reservado 2, documentos anexos a la Comunicación con radicado No. 09-025348 -00059-0001 que reposa en el cuaderno público 7.

⁴¹ Cuaderno Reservado 2, documentos anexos a la Comunicación con radicado No. 09-025348 -00059-0001 que reposa en el cuaderno público 7.

Radicación No. 09025348

Con respecto a la nueva contratación con Caprecom EPS-S, se debe analizar la contratación por evento (SOAT PLENO), estudiar bien las metas para PyP y la Integralidad.

Se propone invitar a las EPS-S a iniciar las conversaciones desde ahora para la nueva negociación, para lo cual se decide invitar el día lunes 9 de febrero a las 8:00 am a Cafesalud EPS, 10:00 a.m Asmetsalud EPS y a las 2:00 p.m Caprecom EPS.

También se propone se estudie la posibilidad de pedir un porcentaje adicional en la contratación para las poblaciones de difícil acceso como son Marquetalia, Pensilvania, Samana, Victoria, Manzanares, Pacora y Aguadas"⁴²(...).

Otra de las actas en las que se puede evidenciar la conducta indebida de la Asociación es la correspondiente a la Asamblea General Ordinaria, que se sostuvo el 6 de marzo de 2009, Acta Número 017 en la que se consignó lo siguiente:

"Negociación EPS-S

Con la participación como garantes de la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Regional y de la Dirección territorial de Salud de Caldas, en la denominada mesa de salud, la Asociación de Hospitales participó en el proceso de discusión de la contratación celebrada con las distintas EPS-S y cuyo período dio inicio el 01 de abril de 2008 y hasta el 31 de marzo de 2009"⁴³.

También en el Acta Número 018, de 5 de marzo de 2010, consta que en la Asamblea General Ordinaria que se llevó a cabo, se discutió sobre el tema de contratación entre las IPS del Departamento de Caldas y las EPS-S, como lo demuestra el siguiente aparte:

"Con la Participación de la Procuraduría General de la Nación -Procuraduría Regional y de la Dirección territorial de Salud de Caldas, la Asociación de Hospitales participó a través de la mesa de salud en las múltiples reuniones de discusión de la contratación con las distintas EPS-S"⁴⁴.

Además de las actas a las que hemos hecho mención, en el expediente se encuentran comunicaciones y oficios en los que se evidencia que la ACHCS, incurrió en la conducta prevista en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

En efecto, en la comunicación de 12 de abril de 2007⁴⁵, referente a la Propuesta de Contratación I Nivel de Atención y Promoción y Prevención, el señor Gonzalo Medina

⁴²Cuaderno Reservado 1, anexos del acta de visita administrativa llevada a cabo el 20 de abril de 2009 en las instalaciones de la Asociación de Hospitales y Centros de Salud de Caldas. Comunicación No. 9.025348-00012.

⁴³ Cuaderno Reservado 2, documentos anexos a la Comunicación con radicado No. 09-025348 -00059-0001 que reposa en el cuaderno público 7.

⁴⁴ Cuaderno Reservado 2, documentos anexos a la Comunicación con radicado No. 09-025348 -00059-0001 que reposa en el cuaderno público 7.01

⁴⁵ Cuaderno público No. 1

Radicación No. 09025348

Maya, Director Ejecutivo de AHCS, le informó a la Directora de CAPRECOM EPS-S, lo siguiente:

"Dando respuesta a su comunicado 8-3-100-0316 del día 10 de abril del presente año, en donde la EPS-S presenta como propuesta de contratación para el I nivel de atención y Promoción el 50% del valor de la UPC-S; queremos informarle que después de analizada la misma la Asociación de Hospitales y Centros de Salud de Caldas encuentra que esta implica una disminución de 16 puntos respecto a la contratación que venció el 31 de marzo de 2007.

Nuestra propuesta comprende la prestación de servicios en el porcentaje igual al anterior, es decir del 54% de la UPC-S más el 4.01% de Promoción y Prevención, que conforme a la Ley 1122 de 2007 serán ejecutadas a través de las EPS-S.

En conclusión el contrato se suscribirá por el 58.01% del valor de la UPC-S. Como alternativa se propone contratar el primer nivel de atención al 54% de la UPC-S y Promoción y Prevención por evento.

La comisión negociadora queda en espera de su pronunciamiento al respecto".

A su vez, en la comunicación del 18 de abril de 2007⁴⁶, el señor Luis Ovidio Parra Franco, Gerente de ESE Hospital San José, le informa al señor Gildardo Hernández Hincapie, secretario de salud, Municipio de Viterbo, lo siguiente:

"Me permito informarle que en concordancia con el comunicado expedido por la Asociación de Hospitales de Caldas, a partir del día 19 de Abril de 2007 continuaremos atendiendo a los usuarios afiliados al régimen subsidiado en el servicio de Urgencias únicamente, debido a la suspensión de los servicios ambulatorios por no tener relación contractual vigente a la fecha con las EPS-S presentes en el Municipio (Asmetsalud y Caprecom).

También le manifestó que la Asociación está haciendo todos los esfuerzos necesarios para conseguir una contratación digna y favorable a los intereses de los usuarios del Municipio y de la ESE Hospital San José".

En la comunicación de 19 de abril de 2007⁴⁷, remitida por la señora Clara Mercedes Herrera Chavarro, directora territorial de CAPRECOM regional de Caldas al señor Henry Ramírez Montes, se refirió al tema en los siguientes términos:

"En relación al asunto de la referencia me permito informarle que este Despacho en aras de fomentar la continuidad en la prestación de los servicios de salud ha realizado varios acercamientos de negociación con la Asociación de Hospitales de Caldas sin alcanzar un punto de concertación, en el día de ayer ante la ausencia de acuerdo entre las partes se remitió Circular 005 y 006 de la cual anexo copia".

De igual manera, mediante la comunicación de 3 de febrero de 2009⁴⁸, el señor Gonzalo Medina Maya, director ejecutivo de AHCS le informó a Gabriel Zuluaga Montes director (E) de CAPRECOM EPS-S, lo siguiente:

⁴⁶ Cuaderno público No. 1

⁴⁷ Cuaderno público No. 1

Radicación No. 09025348

"(...) la Asociación de Hospitales y Centros de Salud de Caldas, el día 29 de enero de 2009, se aprobó por unanimidad invitar a la EPS que usted dirige a reunión que se efectuará el día 09 de febrero a las 2:00 p.m. en las instalaciones de la Asociación de Hospitales de Caldas, para iniciar las conversaciones para la nueva contratación del régimen subsidiado que se iniciará el 01 de abril del presente año".

En la comunicación de 9 de marzo de 2009, por medio de la cual la señora Angela María Aguirre Zuluaga, directora departamental de Cafesalud EPS del Régimen Subsidiado, le remite a la AHCSC, los modelos de minutas, como se evidencia a continuación:

"Adjunto envío los modelos de minutas de contratos bajo la modalidad de capitación y evento para la contratación de vigencia que empieza el 1 de abril de 2009 con el fin de que sean revisadas por la asociación de hospitales de caldas en su reunión periódica (...) ⁴⁹".

Así mismo, en la comunicación del 27 de marzo de 2009, suscrita por todos los hospitales afiliados a la asociación y dirigida al doctor Gabriel Zuluaga Montes, director regional (e) encargado de la regional, se puso de presente lo siguiente:

"(...) Se reitera en la asamblea extraordinaria de la asociación de hospitales de caldas que la negociación para la contratación entre las ESEs y las EPSs se deben realizar a través de las mesas de salud del departamento de caldas.

Con el fin de no entorpecer la prestación del servicio y a su vez la viabilidad de los hospitales la propuesta nuestra es continuar en las mismas condiciones actuales sin modificación alguna; esto es al 58% de la UPC vigentes para el 2009".

Otro de los documentos que demuestran la infracción en la que incurrió la AHCS, es el acta denominada **"ACTA DE NEGOCIACIÓN CON LAS EPS ASMETSALUD PARA LA CONTRATACIÓN QUE INICIA EL 01 DE ABRIL DE 2009"** firmada por el señor Gonzalo Medina Maya, director ejecutivo de AHCSC y Ana María Gómez, DE ASMETSALUD EPS-S el 9 de febrero 2009, en el cual consta lo siguiente:

"La asociación solicita aumentar el porcentaje de la UPC en un punto para hospitales de difícil acceso como Samana, Pacora, aguadas, Manzanares y Pensilvania, asmetsalud manifiesta que se llevará a consulta esta petición (...) ⁵⁰".

Del análisis conjunto de todos los documentos a los que nos hemos referido, resulta evidente que la AHCSC en desarrollo de su actividad participó en las mesas de salud en donde se negociaban las condiciones de contratación entre las ESE-de caldas y las

⁴⁸ Cuaderno público No. 2, documentos anexos a la Comunicación con radicado No. 09-025348 -00059-0001 que reposa en el cuaderno público 7.

⁴⁹ Cuaderno 2, documentos anexos a la Comunicación con radicado No. 09-025348 -00059-0001 que reposa en el cuaderno público 7.01.

⁵⁰ Cuaderno Reservado 1.

Radicación No. 09025348

EPS, negociaban las tarifas y modalidades de contratación en los servicios de salud de Caldas.

Lo anterior, se ratifica en el Interrogatorio rendido por el señor Gonzalo Media Maya, director ejecutivo y representante legal de AHCS, para el momento de los hechos, el cual fue citado en el Informe Motiva por la Delegatura, como se transcribe a continuación:

"Pregunta: ¿Indique a este despacho si la asociación de Hospitales y centros de salud de Caldas presta o a prestado asesoría o acompañamiento a las ESES afiliadas a ella en lo que tiene que ver con el proceso de contratación con las EPS?"

Respondió: *Si, cuando se presenta una etapa de contratación la asociación hace asamblea General y ellos fijan unas pautas fijan unos parámetros y algunos determinan o fijan que la contratación se hace mediante unos delegados como efectivamente se hizo en varias oportunidades consultando con las EPS si aceptaba lo de los delegados, otras EPS no aceptaban que la república contratara por delegados y en otros casos como hoy viene dándose cada IPS da la discusión con el gerente de la EPS pero recibiendo una pautas generales sobre lo que son términos de contratación la parte de servicios que se ofrecen, en la parte porcentual de algunos servicio que se van a descontar porque las EPS no quieren contratarlos con la respectiva IPS o respecto a las modalidades de contratación o si se hace por evento o si se hace por capitación la contratación. (...)"*

Esta declaración es evidencia del papel de la Asociación dentro de las negociaciones de los contratos, la cual a través de la Dirección Ejecutiva y con la comisión negociadora, definía los lineamientos de la contratación de las ESE.

"Pregunta: ¿Indique al despacho si usted en ejercicio de sus funciones como director ejecutivo y como representante legal de la Asociación de Hospitales y Centros de salud de Caldas ha participado en algún proceso relativo a la contratación de las empresas sociales del estado afiliadas a esta con las EPS del departamento de caldas?"

Respondió: *Mi participación se ha limitado primero a cumplir mandatos de la asamblea general y a cumplir con mi contrato que tengo con la asociación, es decir, yo asisto y/o asistía a las reuniones en calidad de asesor pero no tenía ni he tenido nunca el voto ni la responsabilidad siempre los he acompañado mas desde el punto de vista jurídico que del punto de vista técnico porque le reitero mi profesión no es la de médico ni administrador en salud, soy de abogado y como lo dije inicialmente mi experiencia de 24 años me ha dado ganarme un espacio entre los aseguradores y los mismos prestadores para asesorar procesos pero desde punto de vista netamente jurídico."*

Es de recalcar que, de haber sido el papel de la Asociación la de un mero asesor, no habría sido la promotora de la concertación a la que finalmente se llegó, sino que habría acudido como invitada, sin ser la principal actora a favor de los intereses de las ESE.

Radicación No. 09025348

"Pregunta: ¿pero la asociación como asociación ha tenido la oportunidad de discutir estos temas con sus afiliados?"

Respondió: *Si, ellos se reunían en sus asambleas generales y discutían que era lo más conveniente para algunos hospitales y que era lo más propio para otros, básicamente lo relacionado con modalidad de contratación, si se hacía tipo evento o si se hacía tipo capitación, y también ellos en su medida de acuerdo con las regiones discutían la parte porcentual de mantener lo que tenía hace un momento para la nueva contratación (...).*

Pregunta: ¿Conoce usted si existen consensos o posiciones unificadas entre algunos de los asociados de la Asociación de Hospitales y Centros de Salud de caldas respecto a la contratación con las EPS?"

Respondió: *La verdad es que es muy difícil determinar si hay consenso o disenso porque son mesas de discusión en las que discute diversidad de temas para unos hay una uniformidad porque hacen parte de la misma región con unos perfiles epidemiológicos, una posición geográfica muy similar y han defendido yo diría que no solo el prestador sino el mismo asegurador, he las mesas de salud de discusión ha sido muy trascendente discutir esta parte en cuanto a que se compare si el hospital determinado debe de contratar en las condiciones similares a otro porque tienes una población muy similar y tienen unos rangos o unos rasgos de epidemiológicos muy parecidos, muy similares incluso han sido las mismas EPS, los aseguradores los que han tratado de defender esta posición en el sentido de que cada uniformidad en cuanto a condiciones y tarifas de acuerdo con la región.*

Pregunta: ¿Tiene usted conocimiento de posiciones jurídicas o técnicas tomadas por parte de la asociación de hospitales y centros de salud de caldas sobre la contratación entre las Empresas Sociales del Estado afiliadas y las entidades promotoras de salud?"

Respondió: *Pues la posición jurídica más radical de parte de la asociación a sido es en que los prestadores de servicios de salud al momento de empezar una vigencia contratación tenga asegurado, tenga firmado el contrato de prestación de servicios porque tenemos unas dificultades muy graves y muy grandes con la parte de flujo de recursos frente al cobro de esas cuentas, cuando los hospitales han prestado servicios sin el respaldo de un contrato, refiriéndose a los servicios no de urgencias hay dificultades(...).*

Pregunta: ¿Conoce usted posiciones técnicas o jurídicas que hayan sido tomadas por la asociación de hospitales y centros de salud de caldas con respecto a las tarifas y a la modalidad de contratación de los servicios de salud con las EPS?"

Respondió: *la asociación los asociados de la asociación, los hospitales en las diferentes reuniones que hace la asamblea general si se discuten obviamente condiciones de contratación entre ellos pues obviamente la de tarifas y la de*

Radicación No. 09025348

modalidad de contratación, refiriéndome si les conviene más prestar los servicios por evento o hacerlo por capitación partiendo del principio de que la ley faculta para las dos y habiendo entre los hospitales algún tipo de posición en el sentido de que es conveniente para uno y que es conveniente para otros. (...).

Pregunta: *¿Indique a este despacho que papel cumplía la asociación de hospitales y centros de salud de caldas dentro de estas mesas de negociación?*

Respondió: *La asociación de hospitales era o es uno de los integrantes de la mesa de salud.*

Pregunta: *¿Mesa de salud es diferente a mesa de negociación?*

Respondió: *no, finalmente la mesa de salud término haciendo el papel de mesa de negociación.*

Pregunta: *¿esa mesa de salud podría indicarle al despacho si participa la asociación?*

Respondió: *sí. Es que la mesa de salud la integran la procuraduría general de la nación, la dirección territorial de salud y la asociación de hospitales."*

Así las cosas, este Despacho comparte la conclusión a la que llegó la Delegatura, según la cual la AHCSC adoptó decisiones que tuvieron por objeto unificar las condiciones de contratación que se adelantaba entre las ESE-S y las EPS, en materia de tarifas y condiciones contractuales, e intervino en la negociación para concertar los términos de los contratos.

De acuerdo con las pruebas anteriormente analizadas, se concluye que la AHCSC contravino lo previsto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, toda vez que en desarrollo de su actividad adoptó decisiones y políticas internas que tuvieron por objeto restringir y falsear el juego de la libre competencia en el mercado afectado determinado en el presente trámite.

Por último, observa este Despacho que en la presente investigación también se probó que la conducta tuvo efectos en el mercado afectado, en tanto obran en el expediente diferentes comunicaciones⁵¹ enviadas por parte de los hospitales afiliados a la Asociación en las que indican a la EPS quejosa que no podrán prestarle sus servicios en tanto no se aceptaron las condiciones de contratación fijadas a través de la AHCSC. Resulta relevante citar algunas de dichas comunicaciones:

- Comunicación del 1 de abril de 2009, enviada por el Hospital Departamental San Antonio de Villamaría Caldas E.S.E. a la EPS CAPRECOM:

"Para dar respuesta a su oficio en referencia, me permito comunicarle que la ESE Departamental Hospital San Antonio Villamaría no está en capacidad financiera para aceptar la contrapropuesta de contrato transitoria presentada por ustedes. En

⁵¹ Documentos que obran en los folios 219 a 228 del Cuaderno Público No. 1.

Radicación No. 09025348

consecuencia nos ratificamos en nuestra posición de capitación al 58% con la integralidad de servicios (...)".

- Comunicación del 31 de marzo de 2009, enviada por el Hospital San José Belalcazar Caldas E.S.E. a la EPS CAPRECOM:

"Para dar respuesta a su oficio en referencia, me permito comunicarle que la ESE Departamental Hospital San José de Belalcazar no está en capacidad financiera para aceptar la contrapropuesta de contrato transitoria presentada por ustedes. En consecuencia nos ratificamos en nuestra posición de capitación al 58% con los servicios integrales (...)".

- Comunicación del 31 de marzo de 2009, enviada por el Hospital Departamental San José de Marulanda Caldas E.S.E. a la EPS CAPRECOM:

"En relación con el oficio de la referencia me permito reiterarle la posición fijada por la Asociación de Hospitales y Centros de Salud de Caldas el día viernes 27 de marzo de 2009, donde entre otras cosas se manifiesta que no estamos dispuestos a contratar a un porcentaje menor del que se venía contratando (58% de la UPC)".

- Comunicación del 1 de abril de 2009, enviada por el Hospital San José Aguadas Caldas E.S.E. a la EPS CAPRECOM:

"Dando respuesta al comunicado de la referencia donde nos plantean una propuesta transitoria que permita mantener condiciones del servicio a la población afiliada a su entidad, nos permitimos comunicarle que nuestra propuesta de contratación es la establecida en la negociación con la asociación de hospitales que es manejar la integralidad en la contratación de servicios de salud en las mismas condiciones según contrato de la vigencia anterior (...)".

- Comunicación del 1 de abril de 2009, enviada por el Hospital Departamental San Antonio de Marmato Caldas E.S.E. a la EPS CAPRECOM:

"En respuesta a su propuesta de contratación para la atención de los usuarios del Municipio de Marmato Caldas, nuevamente le reiteramos la posición fijada el día viernes 27 de marzo de 2009, por la Asociación de Hospitales y centro de salud de caldas. (...)".

De acuerdo con los documentos citados, se probó que las ESE afiliadas a la Asociación investigadas aplicaron las condiciones contractuales que habían sido decididas en su seno y, en consecuencia, se negaron a prestar servicios a, por lo menos, una de las EPS que les propuso unas condiciones diferentes. Lo cual, evidencia el efecto de la conducta que se reprocha a AHSCC.

10.3.2.4. La responsabilidad del representante legal

De conformidad con el numeral 16, artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, vigente para la época de los hechos, el Superintendente de Industria y Comercio se encuentra

Radicación No. 09025348

facultado para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el mencionado decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

Resulta necesaria, entonces, la tipificación de la conducta descrita en la norma, para lo cual acudimos a la definición que hace el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, de cada uno de los verbos rectores: autorizar, "Dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo. Permitir, es decir," Dar su consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer algo.⁵², así mismo, el término ejecutar es definido como "poner por obra algo"⁵³, en tanto que el verbo tolerar aparece definido como: "Permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente"⁵⁴.

Como se desprende de las pruebas recaudadas en la investigación, el señor Gonzalo Medina Maya participó en las reuniones de la AHCSA en las que se fijaban las pautas de contratación con las EPS, se negociaban tarifas y las modalidades de contratación, y participó en los procesos de contratación que se adelantaban entre las ESE de Caldas y las EPS.

Tal y como se evidencia del Acta N° 13 del 23 de febrero de 2007⁵⁵, antes transcrita el doctor Gonzalo Medina Maya, al rendir su informe de gestión, se refirió a la contratación con las EPS. Así mismo, en el Acta N° 15 del 22 de febrero de 2008, se evidencia que el doctor Gonzalo Medina Maya, al presentar el informe de gestión de 2007 se refiere nuevamente a la contratación con las EPS-S.

Por otra parte, el acta denominada "ACTA DE NEGOCIACIÓN CON LAS EPS ASMETSALUD PARA LA CONTRATACIÓN QUE INICIA EL 01 DE ABRIL DE 2009" en la que se hace referencia a la participación de la asociación en la mencionada contratación, fue suscrita por el señor Medina. Asimismo, las comunicaciones del 12 de abril de 2007 y del 3 de febrero de 2009, que demuestran la participación de la AHCSA en la negociación de la contratación, fueron suscritas por el señor Medina.

En adición a lo anterior, el mismo señor Medina, al presentar las observaciones al Informe Motivado, acepta que participó en los procesos de negociación, aunque aduce que lo hizo en su calidad de empleado de la Asociación y en cumplimiento del mandato estatutario.

Lo anterior lo ratifica, la diligencia de interrogatorio a la que se hizo referencia en el Informe Motivado, la cual se transcribe a continuación:

⁵² Diccionario de la Real Academia Española.

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=autorizar.

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ Cuaderno Reservado 2, documentos anexos a la Comunicación con radicado No. 09-025348 -00059-0001 que reposa en el cuaderno público 7.

Radicación No. 09025348

"Pregunta: *¿Indique a este despacho si usted a participado en reuniones de junta directiva de la asociación de hospitales y centros de salud de caldas?*

Respondió: *Yo siempre tengo que participar en las reuniones de junta directiva porque mi condición de acuerdo a los estatutos hago el papel de secretario de la misma.*

Pregunta: *¿Indique al despacho a quien reporta el resultado de sus funciones?*

Respondió. *Anualmente la asamblea general ordinaria que se hace durante los tres primeros meses del año yo presento un informe de gestión.*

Pregunta: *¿Indique al despacho si la junta directiva de la asociación de hospitales y centros de salud de caldas ha estado enterada de las reuniones de las mesas de salud y de los temas tratados en las mismas?*

Respondió. *si (...)"*

Pregunta: *¿Indique al despacho si usted ha formulado recomendaciones a las ESEs afiliadas a la asociación en relación con la modalidad o las tarifas de contratación de los servicios de salud?*

Respondió. *No recuerdo, si alguna vez se ha fijado es por lo que ha aprobado la asamblea o aprobado la junta directiva pero no es decir como agente transmisor de una decisión adoptada por un órgano pero no son posiciones personales ni como funcionario de la asociación. (...)"*

Así pues, se encuentra probado que el señor Gonzalo Medina Maya, en su calidad de director ejecutivo y representante legal autorizó, ejecutó y toleró la conducta en la que incurrió la AHCSC.

10.3.2.4. En relación con las observaciones al Informe Motivado presentadas por el señor Gonzalo Medina Maya, en su condición de Directo Ejecutivo y Representante Legal de AHCSC

- a) Su participación en los procesos de negociación fue como empleado de la Asociación y en cumplimiento del mandato estatuario

Al respecto, se debe poner de presente que el cumplimiento de las obligaciones del señor Medina como empleado y representante legal no pueden llevar a la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas ni por acción ni por omisión, so pena de verse sujeto a las sanciones previstas en el numeral 16 artículo 4 del Decreto 2153 de 1982.

- b) La recomendación de sancionar a la Entidad y a la su representante legal conlleva a la aplicación de una doble sanción por una misma conducta

Radicación No. 09025348

Frente a este argumento, relacionado con la prohibición del principio del *non bis in idem*, basta con remitirse a las normas de protección a la competencia, en especial, a las que son objeto de investigación, artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 y el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, para establecer que la norma por la cual se investiga a la ACHCS y la sanción a la que está expuesta es totalmente diferente a la conducta en la que incurrió el señor Media en su calidad de representante legal y la sanción que se le impone por ello. Lo que evidencia que de ninguna manera se aplica una doble sanción por una misma conducta.

- c) De acuerdo con el artículo 30 de la Ley 1122 de 2007, las Asociaciones de Empresas Sociales del Estado tienen como objetivo común el fortalecimiento de la Red Pública Hospitalaria a través del manejo de temas comunes, entre los cuales no se desconoce la contratación de servicios con las EPS del Régimen Subsidiado y Contributivo

La norma que cita el Recurrente es del siguiente tenor:

"Artículo 30. Del fortalecimiento de Asociaciones y/o Cooperativas de las ESE. El Gobierno Nacional, departamental y municipal promoverán la creación y el fortalecimiento de asociaciones y/o cooperativas de las ESE, que tengan como objetivo fortalecer la red pública hospitalaria.

Estas asociaciones y/o cooperativas ofrecerán servicios y/o podrán proveer insumos, siempre y cuando beneficien a las entidades con economía de escala, calidad, oportunidad, eficiencia y transparencia".

Como se deriva del texto normativo, es cierto que la Asociación tiene por objeto el fortalecimiento de la Red Pública Hospitalaria; sin embargo, no se deriva de la misma que dicho fortalecimiento debe realizarse a través del "manejo de temas comunes". En todo caso, lo que no se puede perder de vista, como se ha señalado en la presente decisión, es que todas las actuaciones que realicen las asociaciones deben ser respetuosas del ordenamiento jurídico colombiano y, en consecuencia, deben respetar también las normas sobre protección de la competencia.

10.3.2.5. Dosificación de la Sanción

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, norma vigente para la época de los hechos, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el citado Decreto.

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, vigente para la época de los hechos, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

Radicación No. 09025348

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas de competencia, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que la establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"⁵⁶.

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados, actuación procesal, etc..

En el caso concreto, se ha establecido que la Asociación de Hospitales y Centros de Salud de Caldas AHCSC al haber adoptado decisiones y políticas internas que tuvieron por objeto y efecto restringir y falsear el juego de la libre competencia en el mercado afectado determinado en el presente trámite, infringió lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

En efecto, los hechos probados dan cuenta de que la Asociación en desarrollo de sus estatutos unificó las políticas de contratación que se adelanta entre las ESE-S y las EPS, en materia de tarifas y condiciones contractuales, e intervino en la negociación para concertar los términos de contratación.

La conducta realizada es altamente reprochable en tanto se afectó la competencia del mercado afectado. No obstante, para efectos de la dosificación de la sanción esta Entidad considera necesario tener en cuenta que si bien se encuentra probado que la conducta tuvo efectos restrictivos en el mercado afectado, en tanto las condiciones contractuales unificadas por la AHCSC efectivamente fueron aplicadas por parte de sus asociados, dicha aplicación sólo se encuentra probada respecto de una de las EPS a las que las ESE ofrecen sus servicios. Adicionalmente, no se encuentra

56. Sentencia C - 125 de 2003 Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 11(parcial) y el párrafo segundo (parcial) del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Referencia: Expediente D-4059.

RESOLUCIÓN NÚMERO 12483 DE 2012 Hoja N°. 33

Radicación No. 09025348

demostrado que la Asociación o sus afiliados hubieran obtenido algún beneficio de la actuación cuestionada.

Asimismo y como circunstancias encaminadas a disminuir el monto de la sanción, se encuentra que la AHCSC no ha sido sancionada por la infracción a normas de protección de la competencia, que con anterioridad a la expedición de la presente decisión modificaron sus estatutos y que el Investigado, durante el trámite de la actuación, ayudo a esclarecer los hechos investigados.

Según se ha establecido, la AHCSC trasgredió con su conducta lo dispuesto en artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 y se comprobó que su conducta se concreto por objeto y por efecto, por lo que este Despacho considera la necesidad de imponer una multa a AHCSC de cinco millones de pesos moneda corriente (\$ 5.000.000).

En relación con la sanción a la que está sujeto el señor GONZALO MEDINA MAYA, director ejecutivo y representante legal de la AHCSC, por haber autorizado, tolerado y ejecutado la conducta anticompetitiva en la que incurrió la mencionada asociación, debe tenerse en cuenta que el mismo ha observado las solicitudes y requerimientos realizados dentro de la presente investigación, y que no se demostró el beneficio que obtuvo el señor Medina con la conducta. Asimismo, se debe considerar que no se trata de una conducta reiterada.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra procedente imponer una multa por valor de seiscientos mil pesos moneda corriente (\$600.000), al señor GONZALO MEDINA MAYA, por haber tolerado, autorizado y ejecutado la conducta contraria a la libre Competencia imputada prescindiendo de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4o del Decreto 213 del 1992

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y CENTROS DE SALUD DE CALDAS AHCSC, infringió lo dispuesto en el artículo 4 de Decreto 1663 de 1994.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer sanción pecuniaria a la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y CENTROS DE SALUD DE CALDAS AHCSC identificad con NIT 810 002330-3 por la suma de Cinco Millones de Pesos Moneda Corriente (\$ 5.000.000).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, cuenta corriente N° 062-75438-7, formato de recaudo nacional, código de referencia para pago 03. En el recibo deberá indicarse el número de expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de esta Resolución.

Radicación No. 09025348

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que el señor GONZALO MEDIA MAYA, identificado con cédula de ciudadanía 10.229.471 de Manizales, quien se desempeña como director ejecutivo y representante legal de la AHSC, toleró, autorizó y ejecutó la conducta contraria a la libre competencia imputada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer sanción pecuniaria al señor GONZALO MEDIA MAYA por valor de Seiscientos Mil Pesos Moneda Corriente (\$600.000).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, cuenta corriente N° 062-75438-7, formato de recaudo nacional, código de referencia para pago 03. En el recibo deberá indicarse el número de expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de esta Resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO QUINTO: Ordenar a la Asociación sancionada, en aplicación del artículo 156 del Decreto 0019 del 10 de enero de 2012⁵⁷, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión realice la publicación del siguiente texto:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y CENTROS DE SALUD DE CALDAS AHSC, informa que:

Mediante Resolución (incluir número de resolución) expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y CENTROS DE SALUD DE CALDAS AHSC; al haber adoptado decisiones y políticas internas que tuvieron por objeto y efecto restringir y falsear el juego de la libre competencia en el mercado afectado determinado en el presente trámite, infringió lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

⁵⁷ Modificó el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009

RESOLUCIÓN NÚMERO SA-12483 DE 2012 Hoja N°. 35

Radicación No. 09025348

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación.

ARTÍCULO SEXTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente Resolución al señor GONZALO MEDIA MAYA, en su calidad de representante legal de la AHCSC y como persona natural investigada, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes a la misma.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Comunicar el presente acto administrativo al doctor LUIS FERNEY MORENO, en su calidad de apoderado de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, como quejosa en la referida investigación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

06 MAR 2012

El Superintendente de Industria y Comercio


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Elaboró: Nataly Zopó
Revisó: Carolina Salazar

Notificar:

Doctor
GONZALO MEDIA MAYA
Director Ejecutivo de la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y CENTROS DE SALUD DE CALDAS AHCSC
Carrera 26 No. 49-46 Edificio Palacino
Manizales -Caldas

Comunicar:

LUIS FERNEY MORENO
Apoderado de Caja de Previsión Social de Comunicaciones
CAPRECOM
Carrera 3 A No. 63-4

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2012 Hoja N°. 36

Radicación No. 09025348

Bogotá D.C.
Tel: 4933716