



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

RESOLUCIÓN NÚMERO (2587) DE 2013

30 ENE 2013

Radicación: 09-74312

“Por la cual se imponen unas sanciones”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales y, en especial de las previstas en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, y en los numerales 6, 11 y 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 47786 del 6 de septiembre de 2010³, modificada por la Resolución No. 61703 del 10 de noviembre de 2010⁴, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la “Delegatura”) ordenó abrir investigación para determinar si la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y EMPRESAS DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA -ASOHOSVAL- (en adelante “ASOHOSVAL”) actuó en contravención a lo establecido en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

Así mismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL y DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO, Representante Legal de ASOHOSVAL, incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Los hechos que dieron origen a la apertura de investigación, fueron resumidos por la Delegatura en los siguientes términos:

“La actuación se inició con ocasión a la queja presentada por el señor LUIS FERNEY MORENO actuando en nombre y representación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, en la que expresa situaciones sobre una presunta realización de conductas abusivas de una posición dominante y acuerdos contrarios a la libre competencia por parte de la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA (en adelante ASOHOSVAL).”

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

³ Folios del 850 al 871 del cuaderno N° 5 del expediente.

⁴ Folios del 948 al 950 del cuaderno N° 5 del expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Posteriormente, la señora ORIANA CARVAJAL QUITIAN, Gerente General de CALISALUD, pone en conocimiento unos hechos de algunos hospitales del Departamento del Valle con los cuales ha contratado, quienes al parecer ejercieron presión para cambiar los términos de la contratación y pedir porcentajes más altos. Este radicado fue acumulado al expediente N° 9-74312.”

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución de apertura de investigación y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, el día 15 de noviembre de 2011 se celebró la audiencia de conciliación de que trata el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, con el fin de que el quejoso y los investigados conciliaran los intereses particulares. En el curso de la diligencia, la apoderada judicial especial de ASOHOSVAL y de la señora LUZ DEIBY JIMENEZ RENDON, así como el señor LUIS FERNEY MORENO CASTILLO en su calidad de apoderado judicial especial de CAPRECOM, manifestaron no tener ningún interés particular en conciliar, por lo que dicha audiencia se declaró fallida, como consta en el acta que reposa en el expediente⁵.

Posteriormente, el día 25 de abril de 2012, se llevó a cabo la audiencia de conciliación entre ASOHOSVAL y el señor ARMANDO ROJAS FIERRO, actuando como apoderado de la señora LEONELIA OREJUELA ESCOBAR quien ostenta la calidad de Gerente Liquidadora de CALISALUD EPS-S EN LIQUIDACION, quienes manifestaron no tener animo conciliatorio⁶.

TERCERO: Que una vez notificada la resolución de apertura a los investigados y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante las Resoluciones Nos. 66686 del 25 de noviembre de 2010⁷ y 51606 de 30 de agosto de 2012⁸, la Delegatura ordenó la práctica de pruebas.

CUARTO: Que culminada la etapa probatoria, la Delegatura citó a los investigados a la audiencia de descargos prevista por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, a fin de que presentaran de manera verbal los argumentos que pretendieran hacer valer respecto de la investigación⁹.

QUINTO: Que una vez desarrollada la audiencia verbal de que trata el numeral anterior, la Delegatura presentó al Superintendente de Industria y Comercio (en adelante el “Superintendente”) el informe de la investigación (en adelante “Informe Motivado”)¹⁰, en el cual recomendó sancionar a ASOHOSVAL por considerar que su conducta constituyó una violación del artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. A continuación se presenta un resumen del análisis realizado en el Informe Motivado:

Respecto del mercado relevante, la Delegatura señaló que existe un mercado de servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS- para afiliados al

⁵ Folios 993 y 994 del cuaderno N° 5 del expediente.

⁶ Folios 1120 del cuaderno N° 6 del expediente.

⁷ Folios del 1008 al 1011 del cuaderno N° 5 del expediente.

⁸ Folios del 1140 al 1144 del cuaderno N° 6 del expediente.

⁹ Folios 1228 a 1230 del cuaderno N° 6 del expediente.

¹⁰ Folios 1231 a 1255 del cuaderno N° 6 del expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, en el cual los oferentes son las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -IPS- debidamente habilitadas para la prestación de los mismos y los demandantes son las Entidades Promotoras de Salud -EPS-, ya sean del régimen contributivo EPS-C o del régimen subsidiado EPS-S, quienes deben constituir una red para sus afiliados a través de la contratación con las IPS, las cuales pueden ser de naturaleza pública -Empresas Sociales del Estado-ESE-, privadas o mixtas.

La Delegatura determinó que toda vez que las quejas que dieron origen a la actuación administrativa hacían referencia a la contratación de servicios de salud entre las EPS del Régimen Subsidiado y las ESE -servicios POS-S- en el Departamento del Valle del Cauca, no se incluirían dentro del mercado relevante los servicios contratados por las EPS para asegurar afiliados del régimen contributivo.

De acuerdo con lo anterior la Delegatura concluyó que el mercado relevante estaba constituido por *“los servicios de salud incluidos en el POS-Subsidiado, ofrecidos por las IPS (públicas y privadas) y contratados por las EPS-S para la atención de sus afiliados, en el departamento del Valle del Cauca.”*

En cuanto a la conducta investigada, la Delegatura en el Informe Motivado hace referencia en primer lugar a la responsabilidad de las asociaciones a la luz del derecho de la competencia, la cual puede emanar de una actividad directa como agente económico o como representante de los intereses de sus asociados. Bajo este último rol, expone el Informe de la Delegatura, una asociación debe abstenerse de ciertas actividades que puedan representar una extralimitación a sus funciones como lo es, por ejemplo, el intercambio de información privilegiada o relacionada con precios o condiciones de comercialización o negociación.

Seguidamente, la Delegatura analiza específicamente las pruebas que sustentan la conducta endilgada. La primera de ellas se refiere a los estatutos de ASOHOSVAL que expresamente señalan que dicha asociación tiene como misión la de *“ser un órgano que sirva de vocería y reconocimiento de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud asociadas ante los organismos del estado y como instancia de negociación (...)”*. Adicionalmente, en este mismo documento, se evidencia que dentro de los objetivos de la asociación está: *“(...) g. Asesorar y realizar acompañamiento en la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud. (...)”*. En la misma línea, el certificado de existencia y representación de ASOHOSVAL establece como objeto social el de *“(...) G. Asesorar y realizar acompañamiento en la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud (...)”*.

Se citan igualmente en el documento de la Delegatura diversas actas de Junta Directiva de la asociación investigada -Acta de 24 de abril de 2007; Acta de Noviembre 28 de 2007; Acta de 8 de abril de 2008; Acta de 21 de agosto de 2008 y Acta de 20 de enero de 2009-, en donde se hace referencia a condiciones de negociación y contratación de sus asociadas. Así mismo, se citan reuniones extraordinarias y asambleas generales de asociados -Reunión Extraordinaria de Asociados de abril 24 de 2007; Reunión Ordinaria de Asociados de junio 26 de 2007; Asamblea General de Asociados de enero 22 de 2008; Asamblea General de Asociados de abril 1 de 2008; Asamblea General de Asociados de noviembre 13 de 2008-, a partir de las cuales, para la Delegatura, se pudo establecer que

“Por la cual se imponen unas sanciones”

ASOHOSVAL participó en las negociaciones de contratación adelantadas por las ESE del Departamento de Valle del Cauca y las EPS-S.

Agregó que conforme a la declaración de la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL, la Asociación solo realizó un cambio a sus estatutos en lo referente a su función de asesorar y realizar acompañamiento en la negociación y contratación de servicios de salud hasta el año 2010, razón por la cual se considera que se trata de una conducta continuada hasta dicho año.

Concluye la Delegatura que se encuentra plenamente acreditado en el expediente, que ASOHOSVAL unificó las políticas de contratación entre las ESE del Valle del Cauca y las EPS-S, en materia de tarifas y condiciones contractuales, e intervino en la negociación para concertar los términos de los contratos. En consecuencia, recomendó sancionar por infracción al artículo 4° del Decreto 1663 de 1994.

En relación con la responsabilidad del señor DIMAS ANTONIO MARTINEZ TORO, en su calidad de Representante Legal en el momento de los hechos presentados en la investigación y de la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN en su calidad de Directora Ejecutiva, la Delegatura concluyó que como personas naturales investigadas, autorizaron y ejecutaron la conducta anticompetitiva descrita, incurriendo así en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

SEXTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a ASOHOSVAL y a las personas naturales investigadas, quienes dentro del término establecido para que expresaran sus observaciones manifestaron, en síntesis, lo siguiente:

En primer lugar, sostuvieron que la conducta de la asociación y las personas naturales investigadas dentro de los procesos de contratación siempre estuvo encaminada al crecimiento, desarrollo y protección de la estabilidad de las empresas asociadas, sin tomar o pretender situarse en una posición dominante frente a los demás actores del sistema de salud, ni determinar parámetros de contratación.

Agregaron que desde hace varios años, las Empresas Sociales del Estado del Departamento del Valle han contratado los servicios de salud con las diferentes EPS-S buscando proteger el patrimonio institucional, la rentabilidad social y el sostenimiento de la entidad, lo cual se ve reflejado en los servicios que prestan a los usuarios afiliados al régimen de seguridad social.

Respecto de las conductas imputadas, afirmaron que en ningún momento restringieron la libre competencia en el mercado de la salud, añadiendo que, de hecho, quien en definitiva tiene el poder dominante dentro del Sistema de Salud son las EPS-S contratantes, que son las que determinan las reglas en cuanto a tarifas o porcentajes a contratar, las modalidades de contratación, formas de pago, fechas, entre otras, las cuales deben ser obligatoriamente adoptadas por los contratistas, que en este caso son las Empresas Sociales del Estado.

Igualmente, en el escrito presentado se hace referencia a que no puede considerarse como un acto contrario a la competencia el hecho que la asociación haya solicitado a

“Por la cual se imponen unas sanciones”

las EPS que cumplan con la ley en cuanto a la fecha de suscripción de los contratos, las diferentes formas de contratación, el valor de la UPC, el número de afiliados de acuerdo a la base de datos suministrada por el municipio, así como por poner en conocimiento de las autoridades competentes los incumplimientos de las EPS, porque estos son actos propios de la libre asociación.

También manifestaron que el hecho que los hospitales se asocien buscando su supervivencia en el sistema, y que ASOHOSVAL y sus directivas hayan apoyado, asesorado y orientado a sus asociados a realizar la contratación dentro del marco de la constitución y la ley, no quiere decir que se encuentren en una posición dominante dentro del mercado de la salud. En este sentido, citaron la Sentencia C – 432 de 2010 de la Corte Constitucional, agregando que ASOHOSVAL no dispone del poder y fuerza económica en el mercado que se mencionan en dicha sentencia, ya que precisamente son los prestadores que ASOHOSVAL asocia quienes presentan debilidad económica en el sistema.

Adicional al anterior argumento, afirmaron que con el fin de *“evitar cruzar la línea de configurar una práctica restrictiva del mercado”*, la asociación presentó a la Asamblea de Asociados del año 2010 la modificación de sus estatutos, eliminando la función de asesorar y realizar acompañamiento en la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud. También se comprometió a no permitir que las actuaciones de la asociación, sus directivos y sus asociados sean restrictivas de la libre competencia, al paso que recomendó a sus asociados la importancia de contratar personal idóneo para que asesore al Gerente en las decisiones de contratación y talento humano que puedan poner en riesgo la estabilidad financiera de la entidad.

Otro de los aspectos desarrollados en el escrito de observaciones, se refiere a que las actuaciones de la asociación no causaron detrimento económico a los agentes del sistema, ya que estos realizaron sus contrataciones dentro de los términos estimados. De hecho, en muchos casos se prestaron servicios que no tenían respaldo contractual, a riesgo de que estos no fueran reconocidos. En el mismo sentido, sostuvieron que las actividades desarrolladas por ASOHOSVAL están encaminadas a que sus entidades asociadas sean competitivas y sostenibles y cumplan con los fines del estado que les fueron encomendados, como es la prestación de servicios de salud con calidad y oportunidad.

Finalmente concluyen que aunque es cierto que sus conductas aparentan estar enmarcadas dentro de las prohibidas por las normas que regulan la competencia, es cierto también que cada una de estas actuaciones se realizaron bajo el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, pues obraron con lealtad, sinceridad y jamás actuaron a espaldas de CAPRECOM, ya que en ningún momento se plasmó la voluntad de uno solo y las negociaciones siempre fueron bilaterales y en ausencia de intereses propios.

SÉPTIMO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 29 de enero de 2013 se escuchó al Consejo Asesor.

OCTAVO: Que surtidas adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, procede el Despacho a resolver el presente caso en los siguientes términos:

"Por la cual se imponen unas sanciones"

8.1. COMPETENCIA

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la Ley a esta Superintendencia, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad *"[v]elar 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 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 2011¹¹, 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 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 de 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 establecieron. 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"*.

¹¹ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con los numerales 11 y 12 del artículo 3 del mismo Decreto y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

8.2. MARCO NORMATIVO

De conformidad con la Resolución No. 47786 de 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:

*“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.”*
(Negrilla fuera de texto).

8.3. CONDUCTA INVESTIGADA

8.3.1. El mercado relevante

En primer lugar, resulta fundamental para este Despacho identificar el mercado en el cual participaba o tenía influencia ASOHOSVAL, el cual constituirá el mercado afectado con la conducta en este caso.

La descripción del mercado relevante permite establecer los bienes o servicios respecto de los cuales recae una restricción de la competencia, así como el ámbito geográfico que comprende el mercado afectado. En ese sentido, la identificación del mercado relevante impone determinar tanto el mercado de producto, como el mercado geográfico.

Para este Despacho, y de conformidad con la descripción del mercado relevante realizado por la Delegatura, el mercado producto corresponde a los bienes y servicios que pudieron verse afectados por las conductas y políticas internas de ASOHOSVAL respecto a la contratación de los servicios de salud entre las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado (EPS-S) y las Empresas Sociales del Estado (ESE) del departamento del Valle del Cauca. Por su parte, el mercado geográfico se limitará al área geográfica más estrecha sobre la cual tiene influencia la actividad desarrollada por la asociación investigada.

A continuación se presenta una descripción de la industria de la salud en Colombia y un recuento de la descripción del mercado relevante, según fue esbozado por la Delegatura en el Informe Motivado:

“Por la cual se imponen unas sanciones”

8.3.1.1. El 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 (...)”.

El SGSSS está en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social (en adelante “MSPS”)¹², y tiene como objetivos principales la formulación, adopción y dirección de planes, 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 MSPS posee una cuenta adscrita denominada Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- y cuenta con entidades públicas adscritas y vinculadas al mismo¹³, 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 en el Mercado de Aseguramiento en Salud.

Este mercado está compuesto por dos regímenes: el contributivo y el subsidiado. El régimen contributivo es definido por la Ley 100 de 1993 como el “conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador”¹⁴. Por su parte, el régimen subsidiado es definido como el “conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley”¹⁵.

En este mercado participan las Entidades Promotoras de Salud¹⁶ del régimen contributivo (EPS-C) y del régimen subsidiado (EPS-S), las cuales tienen la

¹² El artículo 170 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la dirección del SGSSS se haría “bajo la orientación, regulación, supervisión, vigilancia y control del Gobierno 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”.

¹³ El listado completo de las instituciones adscritas y vinculadas al Ministerio de Salud y Protección Social, puede ser consultado en la página web:

<http://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Lists/Entidades%20Adscritas%20y%20Vinculadas/AllItems.aspx>

¹⁴ Artículo 202 de la Ley 100 de 1993.

¹⁵ Artículo 211 de la Ley 100 de 1993.

¹⁶ De acuerdo con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud son “...las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de

"Por la cual se imponen unas sanciones"

responsabilidad 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)¹⁷.

Asimismo, en el SGSSS también participan las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS)¹⁸, las cuales pueden ser de naturaleza pública, privada o mixta. En 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)¹⁹

La siguiente gráfica elaborada por la Delegatura, muestra la estructura general del sistema:

sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley." Las funciones, campo de acción y requisitos de constitución de las EPS, están establecidos, respectivamente, en los artículos 178, 179 y 180 de la Ley 100 de 1993. Los tipos, los ingresos y las prohibiciones de las EPS están señaladas, en su orden, en los artículos 181, 182 y 183 de la misma norma.

¹⁷**Ley 100 de 1993. Artículo 156.** "Características básicas del sistema general de seguridad social en salud. El sistema general de seguridad social en salud tendrá las siguientes características:
(...)

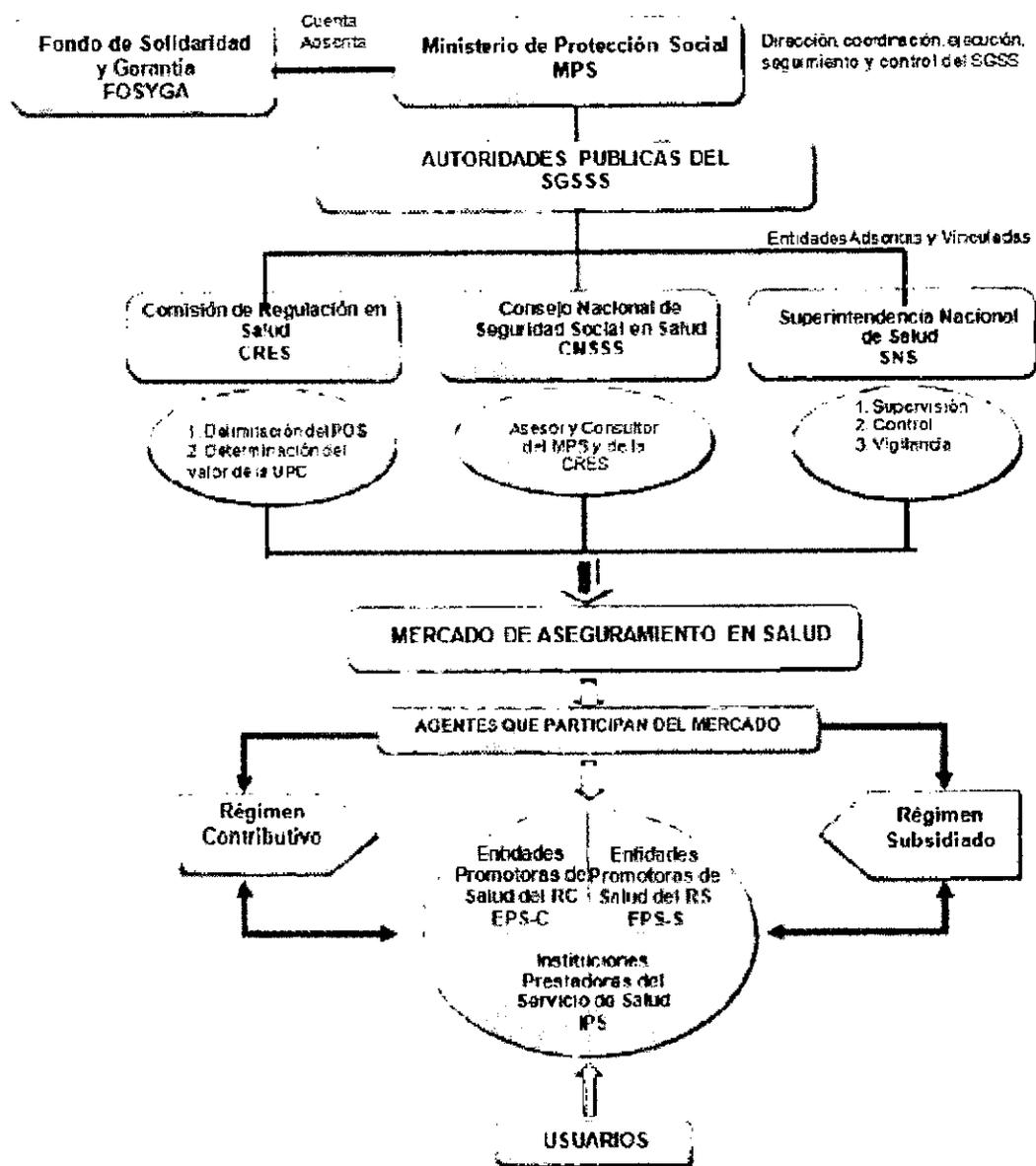
c) Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el **plan obligatorio de salud.**"

¹⁸"**Institución Prestadora de Servicios:** Es todo establecimiento organizado para la prestación de los servicios de salud". Decreto 2753 de 1997. Artículo 1°.

¹⁹**Ley 100 de 1993. Artículo 194.-Naturaleza empresas sociales del Estado.** "La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo."

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud



Fuente: Elaboración SIC con información que reposa en el expediente

8.3.1.2. El mercado afectado

De la anterior descripción del SGSSS 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.

Pese a la diferenciación existente por ley entre las ESE y las IPS de naturaleza mixta o privada, los servicios de salud ofrecidos por estas últimas, tienen las mismas características esenciales que aquellos prestados por las ESE, en la medida en que estas cuentan con la habilitación exigida por ley para ser prestadores. Por lo tanto,

“Por la cual se imponen unas sanciones”

los servicios prestados por la red privada y mixta de IPS son sustitutos de aquellos ofrecidos por las ESE.

Para el caso particular del departamento del Valle del Cauca, según datos actualizados para el año 2012 de la Secretaría de Salud Departamental, existen un total de 1080 IPS habilitadas, de las cuales 60 son públicas, 1019 son privadas (94.4%) y una es de naturaleza mixta. La distribución de las IPS en el Departamento del Valle del Cauca se ilustra en la tabla a continuación:

Tabla No. 1
IPS Departamento Valle del Cauca

MUNICIPIO	IPS			Total
	Mixta	Privada	Pública	
ALCALÁ			1	1
ANDALUCÍA		1	1	2
ANSERMANUEVO			1	1
ARGELIA			1	1
BOLÍVAR			1	1
BUENAVENTURA		40	3	43
BUGALAGRANDE		1	1	2
CAICEDONIA		4	1	5
CALI	1	702	12	715
CALIMA			1	1
CANDELARIA		8	1	9
CARTAGO		28	2	30
DAGUA		6	1	7
EL ÁGUILA			1	1
EL CAIRO			1	1
EL CERRITO		8	1	9
EL DOVIO			1	1
FLORIDA		5	1	6
GINEBRA		3	1	4
GUACARÍ		8	1	9
GUADALAJARA DE BUGA		36	1	37
JAMUNDÍ		22	2	24
LA CUMBRE			1	1
LA UNIÓN		1	1	2
LA VICTORIA			1	1
OBANDO			1	1
PALMIRA		68	2	70
PRADERA		5	1	6
RESTREPO		3	1	4
RIOFRÍO			1	1
ROLDANILLO		5	1	6
SAN PEDRO			1	1
SEVILLA		1	2	3

“Por la cual se imponen unas sanciones”

MUNICIPIO	IPS			Total
	Mixta	Privada	Publica	
TORO			1	1
TRUJILLO		1	1	2
TULUÁ		43	2	45
ULLOA			1	1
VERSALLES			1	1
VIJES			1	1
YOTOCO			1	1
YUMBO		13	1	14
ZARZAL		7	1	8
Total general	1	1019	60	1080

Fuente: Elaboración SIC con base en información de la Secretaría de Salud del Valle del Cauca

Como puede observarse, si bien el número de IPS privadas supera por un amplio margen al número de ESE en el departamento del Valle del Cauca, en 18 de los 42 municipios que conforman el departamento (43%), la ESE presente es la única institución habilitada para la prestación de servicios de salud, lo que refleja una restricción en la oferta de IPS alternativas a las ESE y por lo tanto, una limitación que deben afrontar las EPS-S al momento de realizar la respectiva contratación con los prestadores de servicios de salud por la falta de IPS alternativas.

Partiendo de lo anterior, es necesario advertir que existe una restricción adicional de carácter normativo para las EPS-S, proveniente del artículo 16 de la Ley 1122 de 2007, el cual les impone la obligación de contratar un mínimo del 60% de su gasto en salud con las ESE del municipio de residencia del afiliado. El mencionado artículo señala lo siguiente:

“(…) Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente capacidad resolutive. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta por ciento (60%) (...).”

De acuerdo con la anterior disposición legal, las EPS del régimen subsidiado deben acatar una obligación de contratación mínima con las IPS del Estado, lo cual no ocurre para el caso de las EPS del régimen contributivo, que pueden contratar y conformar su red de servicios de salud con plena libertad.

Ahora, teniendo en cuenta que las quejas que dieron origen a la presente actuación hacen referencia a la contratación de servicios de salud entre las EPS-S y las ESE (servicios POS-S), no se incluirán dentro del mercado producto los servicios contratados por las EPS para asegurar afiliados del régimen contributivo.

El análisis precedente permite concluir a este Despacho, en línea con lo expuesto por la Delegatura, 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.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Por su parte, para determinar el mercado geográfico, es necesario identificar la zona en la cual tienen influencia las conductas y políticas adoptadas por ASOHOSVAL en relación con la contratación de los servicios de salud entre las EPS-S y las ESE. Para estos efectos, a continuación se señalan las ESE pertenecientes a la asociación y su ubicación²⁰:

Tabla No. 2
ESE afiliadas a ASOHOSVAL

MUNICIPIO	NOMBRE DEL PRESTADOR
Alcalá	Hospital San Vicente de Paul
Andalucía	Hospital San Vicente Ferrer
Ansermanuevo	Hospital Santa Ana De Los Caballeros
Argelia	Hospital Pío XII
Bolívar	Hospital Santa Ana
Buenaventura	Hospital Departamental de Buenaventura
	Hospital Luis Ablanque de la Plata
	Hospital San Agustín
Bugalagrande	Hospital San Bernabé
Caicedonia	Hospital Santander
Cali	Hospital Departamental Mario Correa Renjifo
	Hospital Departamental Psiquiátrico Universitario del Valle
	Hospital Isaías Duarte Cancino
	Hospital Universitario del Valle Evaristo Garcia
	Red de Salud del Suroriente - Hospital Carlos Carmona
Calima	Hospital San Jorge
Candelaria	Hospital Local de Candelaria
Cartago	IPS del Municipio de Cartago
Dagua	Hospital Local José Rufino Vivas
El Águila	Hospital San Rafael
El Cairo	Hospital Santa Catalina
El Cerrito	Hospital San Rafael
El Dovio	Hospital Santa Lucía
Florida	Hospital Benjamín Barney Gasca
Ginebra	Hospital del Rosario
Guacarí	Hospital San Roque
Guadalajara de Buga	Hospital Divino Niño
Jamundí	Hospital Piloto Jamundí
La Cumbre	Hospital Santa Margarita
La Unión	Hospital Gonzalo Contreras
La Victoria	Hospital Nuestra Señora de los Santos
Obando	Hospital Local de Obando
Palmira	Hospital Raúl Orejuela Bueno
	Hospital San Vicente de Paul

²⁰ Información aportada por ASOHOSVAL obrante a folios 129 y 130 de cuaderno reservado N° 3 del expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

MUNICIPIO	NOMBRE DEL PRESTADOR
Pradera	Hospital San Roque
Restrepo	Hospital San Jose
Riofrio	Hospital Kennedy
Roldanillo	Hospital Departamental San Antonio
San Pedro	Hospital Local Ulpiano Tascón Quintero
Sevilla	Hospital Departamental Centenario de Sevilla
Toro	Hospital Sagrada Familia
Trujillo	Hospital Santa Cruz
Tuluá	Hospital Departamental Tomas Uribe Uribe Hospital Rubén Cruz Vélez
Ulloa	Pedro Sáenz Diaz
Versalles	Hospital San Nicolás
Vijes	Hospital Local de Vijes
Yotoco	Hospital Local de Yotoco
Yumbo	Hospital La Buena Esperanza

Fuente: Folios 129 y 130 del cuaderno reservado N° 3 del expediente

De lo anterior se desprende que la mayoría de las ESE del departamento se encuentran afiliadas a ASOHOSVAL, a excepción de la ESE del municipio de Zarzal y algunas ESE de Cali. 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. Asimismo, afectan a las EPS-S, como contratantes de dichas prestaciones. Lo anterior se ve reforzado por la restricción legal mencionada previamente, por la cual las EPS-S deben contratar al menos 60% de su gasto en salud con las ESE presentes en el municipio del afiliado.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que las actividades de la asociación se circunscriben específicamente para la mayoría de las ESE del Valle del Cauca, el mercado afectado se limitará a este departamento.

Por los elementos expuestos y compartiendo de manera integral la descripción del mercado afectado realizado por la Delegatura, este Despacho considera que el mercado afectado está constituido 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, en el departamento del Valle del Cauca.

8.3.2. La conducta anticompetitiva investigada

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

8.3.2.1. 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

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Decreto 1663 de 1994, prohíbe a tres posibles actores del sector salud, esto es, (i) asociaciones; (ii) sociedades científicas; y (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 al análisis del acervo probatorio sobre la existencia de la referida conducta, hacer las siguientes precisiones.

8.3.2.1.1. Derecho de Asociación y Libre Competencia.

En la medida en que el derecho de asociación y el 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 Política²¹ garantiza el derecho de libre asociación en las distintas actividades que las personas realizan. En esencia, 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 este 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. 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**”²² (Negrilla fuera de texto)*

²¹“Artículo 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.”

²² Corte Constitucional. Sentencia C-978 de 2010.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

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 derecho absoluto, sino que por el contrario, debe operar de acuerdo al régimen legal a que esté 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 2º del artículo 93 de la Carta Fundamental, según el cual: “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”²³. (Negrilla fuera de texto)

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 refieran 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 estiman oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren”²⁴. (Negrilla fuera de texto)

De lo expuesto se advierte que las personas podrán asociarse para desarrollar libremente sus actividades culturales, políticas, sociales y 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

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

inspección, vigilancia y control por parte del Estado como agentes del mercado que son²⁵. Así, todas las personas podrán ejercer su derecho de asociación sin desconocer el derecho colectivo que protege el derecho a la 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 condiciones 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.”²⁶ (Negrilla fuera de texto)

Sobre este punto, encontramos que la OECD en el documento en 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

²⁵ La doctrina económica define a los agentes del mercado en los siguientes términos:

“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 una firma 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.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

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 Japón²⁷

En cualquier caso, no sobra señalar que ya de antaño, incluso con anterioridad a la expedición de la Ley 1340 de 2009, esta Entidad ha considerado que las asociaciones deben respetar las normas de protección de la competencia y así 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 algunos ejemplos:

Por medio de 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:

“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 persona²⁸

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

²⁷ “Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations” (DAF/COMP(2007)45), 4 de noviembre de 2008.

²⁸ Resolución No. 25420 de 2002 confirmada por la 35523 de 2002.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

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 lo 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 lícita²⁹ (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, como se señaló en el Informe Motivado, la actuación de las asociaciones o gremios debe ser respetuosa de los límites que establece el derecho de la competencia y, en consecuencia, deben abstenerse de convertirse en centros de decisión colectiva para sus asociados. Así bien, podrían considerarse como restrictivas de la competencia actuaciones de las asociaciones encaminadas a determinar la publicidad, los estándares técnicos, compartir información que por su naturaleza debería ser reservada entre competidores, o determinar las condiciones contractuales que deben tener los asociados frente a terceros o entre ellos.

Adicionalmente, las asociaciones deben ser particularmente cuidadosas en relación con la información o decisiones que toman frente a los precios o tarifas que imponen sus afiliados a terceros. Al respecto, deben abstenerse de establecer los criterios de negociación que apliquen sus afiliados, así como de decidir, recomendar o sugerir a sus asociados cualquier tipo de precio, lista de precios, lista de descuentos o promociones, en razón a que dichos actos pueden llegar a facilitar acuerdos o actos restrictivos de la competencia³⁰, o incluso constituir por sí solos un acuerdo restrictivo de la competencia.

De esta manera, es claro que no pueden confundirse las actividades de protección y vocería de las asociaciones frente a los agentes asociados que participan en un sector determinado, con el estímulo para la unificación de criterios de competencia encaminados a establecer condiciones artificiales de mercado. Por lo tanto, las asociaciones no deben recomendar, sugerir o constituirse en un nodo para decidir conjuntamente el contenido de las prestaciones de contratos uniformes, en vista que dichas decisiones, sugerencias o recomendaciones, pueden llegar a ser restrictivas de la competencia, afectar los consumidores y la eficiencia económica.

Sobre este último punto, las autoridades de competencia 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:

²⁹ Resolución No 6839 de 2010.

³⁰ Resolución No. 46111 de 2011.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

“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 pressclipping. 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 pressclipping, 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 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.”³¹

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 previamente por esta Entidad e internacionalmente.

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 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992³², 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 aplican 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 1994³³ 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 salud, las asociaciones científicas o

³¹ Comisión Nacional de la Competencia de España. Resolución (Expte. 2761/07 Asociación Editores Diarios Españoles.

³² Modificados por los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010, los cuales fueron derogados por el Decreto 4886 de 2011.

³³ Decreto aclarado por medio del Decreto 1613 de 1995.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales 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. En este sentido, esta Entidad, en una investigación adelantada por el desconocimiento de la referida disposición señaló:

“Así, la actividad de las asociaciones se configura como 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 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 2009.”³⁴

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 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)*
(Negrilla fuera de texto)

(...)

³⁴ Resolución 41687 de 2011. Expediente identificado con el radicado 07-032448.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

“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) (Negrilla fuera de texto)

(...)

“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.”³⁵

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 individual³⁶, so pena de afectar la libre y 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 en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, la conducta puede presentarse por objeto o por efecto. 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, 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 y posteriormente a los consumidores (por efectos exclusorios).

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-955 de 2007.

³⁶ 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.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

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

8.3.2.1.2. Análisis de las conductas desarrolladas por ASOHOSVAL

Luego de revisar las pruebas que obran en el expediente, este Despacho considera probado que ASOHOSVAL, 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 adelantadas por las ESE del departamento del Valle del Cauca con respecto a 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.

Tal como lo puso de presente la Delegatura en el Informe Motivado, ASOHOSVAL participó activamente en la negociación de las contrataciones entre las ESE del Valle del Cauca asociadas y las EPS, en cumplimiento de su misión y objetivos, los cuales establecían como política interna la de acompañamiento en la negociación colectiva ante las EPS en beneficio de sus asociados, las IPS.

En efecto, el artículo 5 de los Estatutos de ASOHOSVAL disponía que ésta tenía como misión ser un órgano que actúe como instancia de negociación. Así lo señalaba la misión de la asociación en los siguientes términos:

“ARTÍCULO QUINTO: MISIÓN: Ser un órgano que sirva de vocería y reconocimiento de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud asociadas ante los organismos del estado y como instancia de negociación y búsqueda de financiación ante entidades públicas y privadas de nivel internacional, nacional, regional y/o local, garantizando el mejoramiento continuo de la red prestadora de servicios de salud promoviendo la eficiencia, rentabilidad y crecimiento de las instituciones. (...)”³⁷ (Negrilla fuera de texto)

De igual manera, en el artículo 8 del mismo documento se señalaba que uno de los objetivos de ASOHOSVAL es el acompañamiento a las IPS en la negociación y contratación de servicios de salud con las EPS:

*“ARTÍCULO OCTAVO: OBJETIVOS: En desarrollo del objeto descrito, ASOHOSVAL tiene como fin cumplir el logro de los siguientes objetivos:
(...)
g. Asesorar y realizar acompañamiento en la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud. (...)”³⁸ (Negrilla fuera de texto)*

Por su parte, el certificado de existencia y representación legal de ASOHOSVAL señala que uno de sus objetivos tendientes a desarrollar su objeto social es el de:

³⁷ Folio 131 del cuaderno N° 1 del expediente.

³⁸ *Ibíd.*

“Por la cual se imponen unas sanciones”

“(...) G. Asesorar y realizar acompañamiento en la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud (...)”³⁹

Bajo este contexto, se encontró evidencia de que las políticas internas anteriormente referenciadas se materializaron en las negociaciones contractuales adelantadas por las ESE del Valle del Cauca con las EPS, lo cual demuestra que ASOHOSVAL excedió su papel como asesor para convertirse en vocero de sus asociados, desconociendo de esta forma las normas del derecho de competencia.

En efecto, de las pruebas recaudadas se evidencia que la Asociación unificó las políticas de contratación de las ESE del departamento del Valle del Cauca para con las EPS, y participó en las negociaciones de contratación, como lo demuestran varias de las actas de juntas directivas y de asamblea de ASOHOSVAL.

Así, las siguientes actas de Junta Directiva de ASOHOSVAL dan cuenta de la participación de la asociación en las negociaciones con las EPS. Nótese que las mencionadas actas señalan que para ASOHOSVAL existía la necesidad de asistir a las reuniones de negociación en nombre de los gerentes de los hospitales asociados, al paso que proponía posiciones respecto a la negociación con EPS.

➤ **Acta de Junta Directiva del 24 de abril de 2007⁴⁰:**

“(...) 5. Necesidad de Asistencias a las reuniones de negociación con los poderes de los gerentes de los hospitales.

*8. se propone como fecha límite el 7 de mayo comprometiéndose la Asociación a enviar la comunicación oficial de las EPS's subsidiada (sic).
(...)”*

➤ **Acta de Junta Directiva del 8 de abril de 2008⁴¹: (tareas)**

“(...) 1- Se solicita a la Dirección Ejecutiva Enviar a los hospitales asociados la posición de Asohosval respecto a la negociación con EPS-s.

3- La Dirección Ejecutiva solicitará a los asociados información de la contratación con las EPS-s.

4. La Dra. Olga Lucia Aguilar y la Dra. Luz Deiby presentará distribución de hospitales para acompañamiento. (...)”

Adicionalmente, las siguientes actas de Reunión Ordinaria y Asamblea General de Asociados de ASOHOSVAL dan cuenta de que la asociación investigada no solo acompañó la negociación de la contratación entre las ESE y las EPS, sino que lideró tal actividad al negociar directamente con las EPS en representación de las ESE. Asimismo se evidencia que ASOHOSVAL envió comunicaciones a las EPS en donde se manifiesta la voluntad de los asociados de negociar gremialmente (en bloque) a través de ASOHOSVAL:

³⁹Folios del 71 al 74 del cuaderno N° 1 del expediente.

⁴⁰Folios 80 y 81 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁴¹ Folios 91 al 92 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

➤ **Acta de Reunión Ordinaria de Asociados de junio 26 de 2007⁴²:**

“(…) La Dra. Luz Deiby comenta que los grupos que han negociado con el acompañamiento de Asohosval han obtenido mejor porcentaje de la negociación, es así como algunos firmaron con Calisalud con el porcentaje igual al del año anterior, mientras que se logró un porcentaje mayor la semana pasada. **En este momento se está negociando con Cafesalud** aunque ya han firmado el 60% de los gerentes de hospitales que tienen esta población (…).”(Negrilla fuera de texto)

➤ **Acta de Asamblea General de Asociados de enero 22 de 2008⁴³:**

“(…) **CONTRATACIÓN OTRAS ENTIDADES:** Reunión con Fudaprogreso para establecer oferta a hospitales para el cumplimiento de la Ley 909 y Decreto 1227. Se obtuvo precio favorable si los hospitales contratan a través de Asohosval (…).”

➤ **Acta de Asamblea General de Asociados de abril 1 de 2008⁴⁴:**

“(…) Comenta la visita que algunos gerentes y la junta directiva de la asociación le hicieron a Calisalud y la gerente de dicha EPS's no quiso atenderlos, adicionalmente en una reunión con la Directora Ejecutiva y la gerente de Calisalud se dejaron unos criterios de negociación posteriormente la Gerente de la EPS's, se reúne con los gerentes individualmente y desmejora los acuerdos en detrimento de los hospitales.

La Asamblea aprueba que se envíe comunicación a la Dra. Oriana Gerente de Calisalud donde se manifieste la voluntad de los asociados **de negociar gremialmente** (…).”(Negrilla fuera de texto)

Con respecto a lo anterior, la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ, representante legal y Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL reconoció en interrogatorio de parte rendido ante esta Entidad que el enfoque según el cual la asociación participaba en las negociaciones efectivamente se dio, aunque éste fue por desconocimiento de temas administrativos y otras razones:

“Pregunta: ¿Quiero precisar en ese punto en el tema de los estatutos y dentro de los estatutos en uno de los objetivos que se tenía y es el numeral G “Asesorar y realizar acompañamiento en la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud “ puede decirme que ha pasado en ese tema?

Responde: No eso ya no está en nuestros objetivos.

Pregunta: ¿cuándo se dio esa reforma a ese numeral?

Responde: esa reforma se dio en el año 2010 en la reforma de los estatutos del 2010, porque le explico, **el origen del régimen subsidiado llevó a que en la asociación requiriera ese enfoque**, por qué? porque no se conocía, porque veníamos de tener directores de hospitales no gerentes, porque habían muchos

⁴²Folios del 106 al 109 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁴³Folios del 112 al 113 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁴⁴Folios del 113 al 116 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

temas administrativos que no se conocían y ahí es cuando la asociación se crea y decide orientarlo así, pero después entendimos que eso ya no es lo que requieren los hospitales por todas las individualidades que hay, y así como no podemos pretender que un hospital tenga x negociación porque nosotros realmente no sabríamos si eso es sostenible y beneficioso para esa institución”.⁴⁵

En adición a lo anterior, en el expediente existe evidencia que demuestra que las propuestas para contratar realizadas por las EPS se examinaban de manera conjunta por los gerentes de las ESE en reuniones propiciadas por ASOHOSVAL. El fragmento de Acta de Junta Directiva que se presenta a continuación da cuenta de lo anterior:

➤ **Acta de Junta Directiva de enero 20 de 2009⁴⁶:**

Se trataron algunos temas como:

“(…)

6. Reunión con la EPS-S Cafesalud con los hospitales de Ulloa y El Águila Diciembre 29 para el tema de nueva contratación, pagos y liquidación de contrato. La reunión quedó postergada con el grupo directivo para enero 7 de 2009 (...)

7. Estudio del Contrato de Calisalud con el Asesor Jurídico, se enviaron recomendaciones a los Asociados. Diciembre 30;

8. Enero 5 de 2009 Asesoría al Gerente del Hospital de Andalucía para el análisis del contrato ofrecido a su entidad por parte de Calisalud EPS-S.

9. Enero 6 de 2009 Asesoría al Gerente del Hospital Local de Yotoco para el análisis del contrato ofrecido a su entidad por parte de Calisalud EPS-S

*10. Enero 7 de 2009 Reunión con Hospitales que contratan con la EPS-S Calisalud **para analizar en conjunto la propuesta**. Se envió informe a los Asociados de esta reunión.*

11. Enero 13 de 2009 Acompañamiento a hospitales de Nivel 2 y 3 en el inicio de negociación de recursos de Oferta con la Secretaria Departamental de Salud. Se envió informe a los Asociados.

*12. Enero 14 de 2009 **Reunión con Gerentes que contratan con Emssanar EPS-S para analizar la propuesta**. Se envió información a los Asociados (...)*
(Negrilla fuera de texto)

De hecho, se encontró evidencia de que ASOHOSVAL advierte a sus asociados que la mejor estrategia para obtener mejores condiciones en la contratación con las EPS era mediante la negociación conjunta y no individual. Los apartes del documento dirigido a los gerentes de los hospitales asociados y titulado “RECOMENDACIONES

⁴⁵ Folios 1154 al 1156 y 1212 al 1223 del cuaderno N° 6 del expediente.

⁴⁶ Folios 95 al 99 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

CONTRATACIÓN RÉGIMEN SUBSIDIADO⁴⁷ que se transcriben a continuación dan cuenta de lo anterior:

"En aras de mantener políticas asociativas y ser coherentes en la defensa de los intereses de la red, repasamos los puntos que sugerimos tengan en cuenta en las negociaciones y contrataron (sic) para la futura vigencia:

1. *Integralidad de servicios*
2. *Si el contrato es capitado: pago anticipado (no sujeción al pago previo del Ente Territorial"*
3. *Si se hace referencia a población, debe tomarse en cuenta población asignada a la EPS – S por parte del municipio, no la población carnetizada. (esta referente solo se aceptaría en una base mínima del 95% de la asignada)*
4. *UPC plena*
5. **Valor a contratar mínimo 55% UPC Plena (sin demanda inducida)**
6. *Intereses moratorios*
7. *PYP matriz concertada. Metas mínimas alcanzables*
8. *Si la población es muy poca como el caso de Desplazados es preferible contratar por evento a tarifa Soat vigente.*

(...)

ADICIONALMENTE SE HA DEMOSTRADO QUE QUIENES PERMANECEN EN UNA POSICIÓN DE NEGOCIACIÓN CONJUNTA HAN CONTRATADO MEJOR QUE LOS HOSPITALES QUE SE INDIVIDUALIZAN. ASÍ MISMO SABEMOS QUE LA ESTRATEGIA DE LAS EPS-S ES NO RECIBIR LA ASOCIACIÓN Y LAS NEGOCIACIONES CONJUNTAS." (Negrilla fuera de texto)

Por otra parte, también encontró el Despacho que a través de ASOHOSVAL se elaboraron minutas en donde se establecían condiciones conjuntas para la negociación de los contratos, tal como se observa en los documentos que se relacionan a continuación:

➤ **Acta de Reunión Extraordinaria de Asociados de abril 24 de 2007⁴⁸:**

"(...) El Dr. Dimas Antonio presenta a los asistentes los puntos a tratar sobre la contratación y estos son discutidos así:

1- Se envía o no la minuta a las EPS subsidiada?

Los asistentes manifiestan que la minuta es el primer paso de la negociación por lo tanto, estas se deben enviar a cada EPS subsidiada, desde la Asociación se

⁴⁷Folios 175 y 176 del cuaderno N° 1 del expediente.

⁴⁸Folios del 103 al 105 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

enviará una general a las diferentes EPS subsidiadas y los gerentes a su vez enviarán la minuta diligenciada a la EPS subsidiada correspondiente, enviando una copia a la Asociación."

➤ **Acta de Asamblea General de Asociados de noviembre 13 de 2008⁴⁹:**

"(...)

PROPOSICIONES Y VARIOS

Nuevamente se acuerda entre los participantes que la Minuta para negociar con las EPS-S sea avalada por Asohosval, que la contratación sea colectiva. Y que incluyan las reglas claras consagradas en el Dcto 4747-07, UPC única, Bases de datos y procesos de Inspección, Vigilancia y Control (...)"

Respecto a las referidas minutas, también obra en el expediente un documento titulado "OBSERVACIONES A LAS MINUTAS DE CALISALUD (PYP, RECUPERACIÓN DE SALUD) ENVIADAS POR EL HOSPITAL DE YOTOCO"⁵⁰ dirigido a todos los hospitales asociados a ASOHOSVAL que contratan con la EPS CALISALUD, en el que se reprocha a un hospital porque el texto de su minuta no estaba conforme a las pautas establecidas desde la asociación. En el documento se señala lo siguiente:

"Leído el documento del asunto se encuentra que: El texto suministrado a nosotros por parte del Hospital de Yotoco, no corresponde, las bases mínimas contenidas en contrataciones anteriores".

(...)

Insistimos en la inconveniencia de esta minuta así planteada por lo que les solicitamos lean cuidadosamente estas observaciones y absolver toda duda antes de firmar. Inclusive quienes ya han firmado deben establecer lo inconveniente de este contrato frente a la estabilidad de su institución.

Resaltamos nuestra disposición de apoyo para los eventos de la firma. Sobra recordar la inconveniencia de prestar servicios sin contratos firmados. (...)"

En línea con lo anterior, se encontró evidencia de que ASOHOSVAL propiciaba la determinación de los porcentajes de contratación de sus hospitales afiliados con las EPS. Al respecto, el Acta de Junta Directiva del 28 de noviembre de 2007 señala lo siguiente:

"(...) 3. ACOMPAÑAMIENTO Y REPRESENTACIÓN DE LOS ASOCIADOS

- *Reunión con Calisalud el 7 de noviembre con la presencia del Dr. Dimas A. Martínez, se solicitó en esta reunión la revisión del porcentaje de contratación, se estudiará la posibilidad de contratar al 55% de la UPC vigente.*

⁴⁹ Folios del 119 al 120 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁵⁰ Folios 173 al 174 del cuaderno N° 1 del expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

- *Se realizó el 1 de Noviembre reunión con Coosalud donde propusieron que los hospitales generaran valor agregado en sus contratos y que la contratación del primer nivel sería al 53%. Los Asociados aún no han respondido si aceptan o no dicha propuesta. (...)*

Así bien, del contenido de las actas de las reuniones de ASOHOSVAL que obran dentro del expediente, se concluye que esta Asociación asesoraba a los diferentes hospitales y daba pautas para la negociación con las EPS-S. Lo anterior permite acreditar que la participación de la Asociación en la negociación de la contratación entre las ESE y las EPS-S era una participación activa, que trascendió el campo del mero asesoramiento, dado que era quien lideraba su desarrollo, proponiendo ofertas y acuerdos para la contratación.

Así mismo, se evidenció que la conducta por la cual se investigó a ASOHOSVAL fue de carácter continuado en el tiempo, por lo menos hasta el día 16 de abril de 2010, fecha en que se realizaron las modificaciones a sus estatutos suprimiendo las funciones de negociación en contratación.

Así las cosas, y de acuerdo con los medios de prueba anteriormente referenciados, este Despacho comparte la decisión de la Delegatura según la cual ASOHOSVAL participó en las negociaciones de contratación adelantadas por las ESE del departamento del Valle del Cauca y las EPS, excediendo sus facultades de asociación. Por lo anterior, el Despacho encuentra demostrado que ASOHOSVAL incurrió en la conducta descrita en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, por cuanto, en desarrollo de su actividad, adoptó decisiones y políticas internas que tuvieron por objeto y como efecto restringir y falsear el juego de la libre competencia en el mercado afectado.

8.4. FRENTE A LAS OBSERVACIONES DE LOS INVESTIGADOS

En el escrito de observaciones al Informe Motivado, los investigados plantearon que la conducta de ASOHOSVAL para el presente caso se limitó a haber *“solicitado a las EPS que cumplan con la ley en cuanto a la fecha de suscripción de los contratos, las diferentes formas de contratación, el valor de la UPC, el número de afiliados de acuerdo a la base de datos suministrada por el municipio la misma EPS, y en muchas oportunidades poner en conocimiento de las autoridades competentes sus incumplimientos”*.

Sin embargo, pese a lo manifestado, las actas de las reuniones de ASOHOSVAL que obran en el expediente dan cuenta de la intervención de la Asociación en materia de contratación entre las ESE y las EPS, así como de la adopción de decisiones y políticas internas dirigidas a determinar conjuntamente las condiciones contractuales por intermediación de su Presidente y su Directora Ejecutiva. Esto, de acuerdo con los artículos 5 y 6 de los Estatutos de ASOHOSVAL, los cuales establecían la misión y funciones de la Asociación, en especial, servir como “instancia de negociación” de las ESE asociadas ante las EPS-S.

Con respecto al argumento esgrimido en relación a que la conducta ejecutada fue realizada bajo el principio de la buena fe, este Despacho considera necesario hacer una breve referencia a dicho principio.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

La buena fe es un principio de rango constitucional, que reviste de contenido ético las relaciones entre particulares y las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas, del cual derivan deberes tales como la honestidad, claridad, lealtad, solidaridad, probidad, equilibrio, reciprocidad, entre otros.

Asimismo, la Corte Constitucional ha indicado que el principio de buena fe debe ser tenido en cuenta por los jueces como fundamento de sus fallos y como elemento de interpretación, sin que ello implique que la aplicación del principio de buena fe pueda reemplazar el contenido del derecho aplicable:

*“El juez debe siempre tener como fundamento de su fallo las disposiciones jurídicas relativas al caso; **el principio de buena fe no puede reemplazar el derecho aplicable**, aunque sí debe ser una guía en la lectura, interpretación y aplicación del mismo, puesto que los deberes de lealtad, claridad, equilibrio, solidaridad y colaboración, entre otros, están implícitos en cualquier relación contractual –aunque con un contenido específico de acuerdo a la naturaleza de la misma–, de manera que aunque las partes no los mencionen en las cláusulas contractuales, sus actuaciones deben realizarse y ser valoradas teniendo en cuenta dichos postulados. En otras palabras, el principio de buena fe obliga a que las partes, además de cumplir lo estipulado en el contrato y exigido expresamente por el ordenamiento, asuman comportamientos que honren los deberes que se deriven de la naturaleza de la obligación contractual y de la finalidad por ellas buscada al realizar el contrato, lo cual puede conducir a un resultado diferente del obtenido de una interpretación literal simplista y superficial, pero que, sin duda alguna, será acorde con los postulados de un Estado social de derecho inspirado en principios de justicia material y privilegio de lo sustancial sobre lo formal.”⁵¹ (Negrilla fuera de texto)*

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso advertir que la aplicación de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas no tiene como requisito *sine qua non* que los agentes económicos obren de “buena o mala fe”, pues precisamente la redacción y para el caso sub examine del artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, rechaza las conductas que tengan por objeto o tengan como efecto “*impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud*”. Es decir, no se requiere la intencionalidad en la conducta desplegada por los agentes económicos; basta simplemente demostrar la potencialidad de causar un daño -objeto- o la realización efectiva de la conducta -efecto-, independientemente del aspecto volitivo, de carácter doloso o culposo que hubiese podido tener el sujeto.

Así bien, en la presente actuación administrativa no se ha señalado que la actuación de los investigados hubiese sido dolosa; no obstante, tal circunstancia no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas que comprenden el régimen de protección de la libre competencia económica, pues como se desprende del contenido del pronunciamiento de la Corte Constitucional citado, el principio de buena fe no reemplaza las normas vigentes.

Por las razones expuestas, este Despacho debe desvirtuar el argumento aducido por los investigados en relación a que sus actuaciones se realizaron de conformidad con el principio de buena fe y por lo tanto no deberían ser castigadas. En este sentido, es

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia T-537 de 2009.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

también importante señalar que la buena fe no se constituye simplemente por la creencia de haber actuado de manera regular, sino que se requiere adicionalmente haber adoptado un comportamiento diligente “*que revista de certeza la apariencia en la que se funda su creencia*”⁵², actuación que en este caso tampoco se observó de parte de los investigados.

De igual manera, es deber sostener que en la investigación no se vulneraron disposiciones relativas al debido proceso y al derecho de defensa, pues se realizó en el marco del ejercicio de las funciones que han sido asignadas a esta Superintendencia. Adicionalmente, el principio de buena fe no exime de responsabilidad a los agentes del mercado frente al cumplimiento de las normas que protegen la libre competencia. Lo anterior va ligado al principio legal según el cual la ignorancia de la ley no puede servir de excusa para justificar su incumplimiento⁵³.

Acerca de la relación entre la ignorancia de la ley y la buena fe, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

“a) Presunción de inocencia (art. 29). El sentido de dicha presunción es éste: Si a una persona se le imputa una conducta jurídicamente ilícita, quien hace la imputación es quien debe probarla. Ahora bien: el artículo 9 demandado no releva de esa prueba. Lo que establece es algo bien distinto: que si a una persona se le atribuye una conducta ilícita y se prueba que en realidad la observó, no es admisible la excusa de que ignoraba la norma que hace ilícita la conducta. Cosa bien distinta es que el agente haya incurrido en la hipótesis de la conducta ilícita sin que le haya sido dado evitarla (conozca o no la norma que contempla el supuesto). Se trataría allí de un caso fortuito o de una fuerza mayor, perfectamente diferenciables de la ignorancia de la ley, y con efectos jurídicos significativamente distintos.

*b) Presunción de buena fe. Lo que dispone el artículo 83 de la Constitución, es que en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, se presume que aquéllos no actúan movidos por propósitos de engaño o dolo, y que si alguien asevera que es ése el caso, debe probar su aserto. Tan próxima se encuentra esta presunción a la de inocencia que son virtualmente inescindibles. Por tanto es pertinente, con respecto a ella, el argumento anteriormente expuesto, a saber: que si alguien aduce que ignoraba que su conducta torticera fuera censurada por el derecho, la eficacia de tal argumento está jurídicamente descartada.”*⁵⁴

De conformidad con lo anterior, la presunción de buena fe no implica que el incumplimiento de las normas deba ser pasado por alto por las autoridades. Por lo tanto, el argumento de los investigados en este sentido carece de fundamento, toda vez que en el presente caso fue posible comprobar un incumplimiento de las normas jurídicas que comprenden el régimen de la libre competencia para el sector de la salud, por lo que dicho incumplimiento debe ser sancionado.

⁵² NEME, Martha Lucía. “Buena fe subjetiva y objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de distinción de tales conceptos”. Universidad Externado, Revista de Derecho Privado No. 17 de 2009, Pág. 62.

⁵³ Artículo 9 del Código Civil.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-651/97.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

8.5 RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES INVESTIGADAS

De conformidad con el numeral 12 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para “[i]mponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio. (...)”.

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”. Así mismo, el término ejecutar es definido como “poner por obra algo”, en tanto que el verbo tolerar aparece definido como “Permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente”.⁵⁵

Así, para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción a las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a que pertenecen. De tal suerte que la responsabilidad de los administradores presupone la de la empresa.

Cabe resaltar en este punto que la responsabilidad personal a que alude la norma citada, emana de un hecho – acción u omisión – del administrador. La precisión efectuada reviste especial importancia si se tiene en cuenta que la norma en mención no exige que la persona natural que resulte incurso en el comportamiento descrito ejecute directamente el acto.

Sobre el particular, y una vez comprobada la infracción al artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 por parte de ASOHOSVAL, este Despacho procede a determinar si el señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO, quien tenía la calidad de representante legal durante el periodo de los hechos objeto de la investigación y la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, en su calidad de Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL, habrían autorizado, ejecutado o cuando menos tolerado la ejecución de dicha conducta.

8.5.1. Responsabilidad de DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO

De acuerdo con el interrogatorio de parte rendido ante esta Entidad por el señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO el día 5 de septiembre de 2012, se estableció que durante el periodo investigado ejerció el cargo de Presidente de Junta Directiva y representante legal de ASOHOSVAL:

“(...) Pregunta: Dr. Dimas, quiero que le precise al Despacho de qué época a qué época fue usted representante legal de la Asociación de Hospitales y Empresas Sociales del Estado del departamento del Valle, ASOHOSVAL?”

⁵⁵Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Respuesta: *Bueno, eso es una dignidad que hemos tenido en dos periodos, dos periodos, pero el que corresponde a la diligencia creo que corresponde al año 2007 a 2009, específicamente.*

Pregunta: *¿2007 al 2009?*

Respuesta: *Aja*

Pregunta: *¿Antes había sido también representante legal de esta asociación?*

Respuesta: *Antes no, no fui propiamente presidente estaba en la vicepresidencia, en la vicepresidencia por que hace muchos años estoy vinculado a la asociación, prácticamente desde que empezamos el periplo como gerente de hospital público en el año 1997 ya hacíamos parte de una asociación que era incipiente en ese entonces. Eso queda en el 94 constituida legalmente en el 95 y a partir del 97 hemos estado vinculado de alguna manera a ella. (...)*

Frente a la participación del señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO en la adopción de las decisiones y políticas internas de ASOHOSVAL que tuvieron por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud, el Despacho encontró prueba suficiente que da cuenta de su participación en la conducta aquí imputada.

En efecto, y tal como se demostró en el Informe Motivado realizado por la Delegatura, el señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO, representante legal de ASOHOSVAL durante el periodo de los hechos objeto de la investigación, toleró y autorizó las conductas anticompetitivas atribuidas y probadas respecto de la asociación que representaba.

Lo anterior, por cuanto quedó demostrado que el señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO presidió las reuniones ordinarias y extraordinarias de Junta Directiva y las Asambleas Generales de Asociados de ASOHOSVAL relacionadas en el numeral 8.3.2.1.2. anterior⁵⁶, cuyas actas dan cuenta de que ASOHOSVAL participó activamente en las negociaciones de contratación adelantadas por las ESE del departamento del Valle del Cauca y las EPS, lo cual, como se expuso en detalle, excede las facultades de las asociaciones y se configura como una violación a las normas que protegen la libre competencia.

En este sentido, revisadas las Actas de las reuniones anteriormente mencionadas⁵⁷, se pudo establecer que en su totalidad se encuentran firmadas por el señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO como Presidente, lo cual permite acreditar fehacientemente su asistencia y participación en las mismas.

⁵⁶ Junta Directiva del 24 de abril de 2007; Reunión Extraordinaria de Asociados de abril 24 de 2007; Reunión Ordinaria de Asociados de junio 26 de 2007; Asamblea General de Asociados de enero 22 de 2008; Asamblea General de Asociados de abril 1 de 2008; Junta Directiva del 8 de abril de 2008; Asamblea General de Asociados de noviembre 13 de 2008; Junta Directiva de enero 20 de 2009.

⁵⁷ Obrantes en el expediente de folios 75 a 120 del Cuaderno Reservado No. 3 del expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Así las cosas, para este Despacho la responsabilidad a cargo del representante legal de ASOHOSVAL para la época de las conductas investigadas es clara, en tanto está demostrado que el investigado no solo participó en las reuniones anteriormente mencionadas, sino que las presidió como Presidente de la Junta Directiva. Por consiguiente, es claro que el señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO tuvo conocimiento de los temas allí tratados, lo cual significa que toleró y autorizó las conductas anticompetitivas endilgadas a la asociación que en su momento representaba.

Por lo tanto, el señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO incurrió en la responsabilidad consagrada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por autorizar y tolerar las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada, proscritas en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

8.5.2. Responsabilidad de LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN

De acuerdo con el interrogatorio de parte rendido ante esta Entidad por la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN el día 5 de septiembre de 2012, se estableció que durante el periodo investigado ejerció el cargo de Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL:

“(...) Pregunta: Señale los cargos que usted ha ocupado en la Asociación de Hospitales del Valle del Cauca.

Respuesta: Desde el año 2007 soy la Directora Ejecutiva de la Asociación de Hospitales, no sé si también deba decirle que en algún momento pertencí a la Junta Directiva cuando era gerente de un hospital, cuando fui gerente del Hospital Local de Candelaria desde el año 2003 al 2006, en el año 2005 fui miembro de la Junta Directiva de la Asociación. Yo me desvinculo en el 2006 del hospital y en el año 2007 me llaman para que cubriera el cargo de Dirección Ejecutiva de la Asociación mientras hacían el concurso. Al concurso que pude participar y desde allí soy la Directora Ejecutiva. Pero la Asociación solamente en este año el 30 de mayo cambió sus Estatutos y el Director Ejecutivo pasó a ser el representante legal. Antes era el Presidente de la Junta Directiva quien era el representante legal. Hoy ya es la Directora Ejecutiva y el 25 de julio de 2012 me eligieron como Directora Ejecutiva por dos años.(...)”

Como contraprestación al ejercicio del cargo de Dirección Ejecutiva, la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN recibía una remuneración, a diferencia del señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO cuyo cargo como representante legal era ad honórem y no tenía remuneración. Así lo señaló el señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO en interrogatorio de parte rendido ante esta Entidad:

“Pregunta: ¿El director ejecutivo sí tiene remuneración?”

Respuesta: El director ejecutivo tiene remuneración, y en una reforma estatutaria se convirtió en el representante legal, precisamente porque en algunas circunstancias, no se tiene el tiempo, no se tiene la disponibilidad, para poder actuar en esa representación legal, entonces en la reforma estatutaria que se hizo, al tenor de esta normatividad que el sector es permanentemente cambiante,

“Por la cual se imponen unas sanciones”

entonces se da la responsabilidad ya no en cabeza de un presidente de la junta, sino en cabeza del director ejecutivo como actualmente es.⁵⁸

Frente a la participación de la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN en la adopción y ejecución de las decisiones y políticas internas de ASOHOSVAL que tuvieron por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud, el Despacho encontró prueba suficiente que da cuenta de su participación en la conducta aquí imputada.

En efecto, para este Despacho existe evidencia suficiente que señala que la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL durante el periodo de los hechos objeto de la investigación, toleró y ejecutó las conductas anticompetitivas atribuidas y probadas respecto de la asociación en la que trabajaba.

Lo anterior, por cuanto quedó demostrado que la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN asistió y participó en las reuniones ordinarias y extraordinarias de Junta Directiva y las Asambleas Generales de Asociados de ASOHOSVAL relacionadas en el numeral 8.3.2.1.2. anterior⁵⁹, cuyas actas dan cuenta de que ASOHOSVAL participó activamente en las negociaciones de contratación adelantadas por las ESE del departamento del Valle del Cauca y las EPS, lo cual, como se expuso en detalle, excede las facultades de las asociaciones y se configura como una violación a las normas que protegen la libre competencia.

Al respecto la investigada afirmó lo siguiente en el interrogatorio rendido ante esta Entidad:

“Pregunta: ¿Doctora usted participa en todas las reuniones de juntas directiva de la asociación?”

Responde: “Sí, lo tengo por estatutos, a excepción de los casos que van a elegir director ejecutivo porque yo me retiro o que la junta directiva quiera decir un tema que no esté presente la Directora Ejecutiva, pero por estatutos tengo que estar presente en todas las juntas directivas”.

En adición a lo anterior, en el expediente reposa evidencia que indica que la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN no solo asistió y participó en las reuniones anteriormente mencionadas, sino que además se encargó de ejecutar las decisiones que se tomaron en dichas reuniones, pues ésta es su función de conformidad con los Estatutos de la asociación:

***“ARTÍCULO TRIGÉSIMO OCTAVO: DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA:
DEFINICIÓN: La Asociación de Hospitales contará con una Dirección Ejecutiva quien se encargará de operativizar las decisiones de la Junta Directiva.”***

⁵⁸ Interrogatorio de parte rendido ante esta Entidad por el señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO el día 5 de septiembre de 2012. Obrante a folio 1158 del Cuaderno 6 del Expediente.

⁵⁹ Junta Directiva del 24 de abril de 2007; Reunión Extraordinaria de Asociados de abril 24 de 2007; Reunión Ordinaria de Asociados de junio 26 de 2007; Asamblea General de Asociados de enero 22 de 2008; Asamblea General de Asociados de abril 1 de 2008; Junta Directiva del 8 de abril de 2008; Asamblea General de Asociados de noviembre 13 de 2008; Junta Directiva de enero 20 de 2009.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Así lo confirmó la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN en los siguientes términos al ser preguntada sobre el particular en el interrogatorio rendido ante esta Entidad el 5 de septiembre de 2012:

“Pregunta: ¿Qué funciones tenía el cargo de Director Ejecutivo de la Asociación antes del 30 de mayo de este año cuando hubo la reforma? (...)

Respuesta: Fundamentalmente en el tema de funciones, la principal es digamos la operativización de las decisiones que se toman en Junta Directiva y Asamblea, además de encargarse del funcionamiento interno de la organización, vinculación de personal y hacer todas las gestiones administrativas(...).”

De igual manera, el representante legal de ASOHOSVAL manifestó en el interrogatorio rendido ante esta Entidad que la operativización de las acciones de la Junta Directiva está en cabeza de la Dirección Ejecutiva:

“Pregunta: Dr. Dimas, en su época, ¿Quién le daba los direccionamientos de las políticas que debía seguir la Asociación, para temas de capacitación, asesoramiento?”

Respuesta: Bueno, la operativización de las acciones de la Junta Directiva está en cabeza de la Dirección Ejecutiva. La Dirección Ejecutiva se encarga de recibir de la Junta Directiva los lineamientos generales, lineamientos que son recibidos a expensas del mandato de la Asamblea frente a la Junta. Entonces la Asamblea elige a unos representantes y les da el aval para que los representen en todas las instancias. Las reuniones de Junta toman unas políticas basadas en los momentos normativos, entonces si la norma estableció por ejemplo la necesidad de hacer un seguimiento al comité de conciliación, entonces lo que hacemos es sacar una directriz que conduzca a sacar una circular o nota informativa por parte de nuestra asesora jurídica, para que todos sepamos en qué estado debe estar el comité de conciliación (...).”

Adicionalmente, en el expediente obran comunicaciones firmadas por la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, en las que, en su calidad de Directora Ejecutiva, realizaba recomendaciones a las ESE adscritas a ASOHOSVAL en relación a la negociación de la contratación en el Régimen Subsidiado con las EPS. Particularmente, llama la atención del Despacho el aparte de la comunicación que se transcribe a continuación, en la cual la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN manifiesta a las ESE las ventajas de negociar conjuntamente:

“En aras de mantener políticas asociativas y ser coherentes en la defensa de los intereses de la red, repasamos los puntos que sugerimos tengan en cuenta en las negociaciones y contrataron (sic) para la futura vigencia:

1. Integralidad de servicios
2. Si el contrato es capitado: pago anticipado (no sujeción al pago previo del Entre Territorial”
3. Si se hace referencia a población, debe tomarse en cuenta población asignada a la EPS – S por parte del municipio, no la población carnetizada. (esta referente solo se aceptaría en una base mínima del 95% de la asignada)
4. UPC plena
5. Valor a contratar mínimo 55% UPC Plena (sin demanda inducida)
6. Intereses moratorios
7. PYP matriz concertada. Metas mínimas alcanzables

“Por la cual se imponen unas sanciones”

8. Si la población es muy poca como el caso de Desplazados es preferible contratar por evento a tarifa Soat vigente. (...)

ADICIONALMENTE SE HA DEMOSTRADO QUE QUIENES PERMANECEN EN UNA POSICIÓN DE NEGOCIACIÓN CONJUNTA HAN CONTRATADO MEJOR QUE LOS HOSPITALES QUE SE INDIVIDUALIZAN. ASÍ MISMO SABEMOS QUE LA ESTRATEGIA DE LAS EPS-S ES NO RECIBIR LA ASOCIACIÓN Y LAS NEGOCIACIONES CONJUNTAS.” (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, para este Despacho la responsabilidad a cargo de la Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL para la época de las conductas investigadas es clara, en tanto está demostrado que la investigada no solo participó en las reuniones anteriormente mencionadas, sino que se encargó de ejecutar las decisiones y políticas que en ellas se adoptaban. Por consiguiente, es claro que la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN toleró y ejecutó las conductas anticompetitivas endilgadas a ASOHOSVAL.

Por lo tanto, la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN incurrió en la responsabilidad consagrada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por tolerar y ejecutar las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada, proscritas en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

NOVENO: EL MONTO DE LA SANCIÓN

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 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”⁶⁰

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.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

En el caso concreto, se ha establecido que ASOHOSVAL 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.

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 reconocer que tanto la entidad infractora como su representante legal y Directora Ejecutiva para la época de los hechos, han observado las solicitudes y requerimientos realizados dentro de la presente investigación. Adicionalmente, de las pruebas contenidas en el expediente, no se encuentra demostrado en cifras que la Asociación o sus afiliados hubieran obtenido algún beneficio de la conducta cuestionada.

Asimismo, y como circunstancias encaminadas a disminuir el monto de la sanción, se encuentra que ASOHOSVAL no ha sido sancionada o al menos requerida en actuaciones de averiguaciones preliminares o investigaciones en lo que atañe a la infracción del régimen de competencia, que es una asociación sin ánimo de lucro y que el cargo de representante legal no recibe remuneración alguna.

Finalmente, esta Superintendencia reconoce que con anterioridad a la expedición de la presente decisión, ASOHOSVAL modificó sus estatutos, eliminando la función de asesorar y realizar acompañamiento en la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud.

9.1. Para la asociación infractora

De acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia.

Ahora bien, según se ha establecido, ASOHOSVAL transgredió con su comportamiento lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. No obstante lo anterior, este Despacho no es ajeno a la conducta procesal desarrollada por la parte investigada dentro del trámite y su naturaleza jurídica asociativa.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho considera la necesidad de imponer a ASOHOSVAL una multa de cinco millones de pesos moneda corriente (\$5.000.000).

9.2. Para el Representante Legal y la Directora ejecutiva

El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, 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 protección de la competencia, multas de hasta dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra procedente imponer una multa por valor de seiscientos mil pesos moneda corriente (\$600.000) al señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO y a la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN por haber tolerado, autorizado o ejecutado la conducta contraria a la libre competencia imputada.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA -ASOHOSVAL- contravino lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER una sanción pecuniaria a la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA -ASOHOSVAL-, identificada con el NIT 821002486-3 por valor 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 No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del 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 ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago acá 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 DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.311.738 de Florida, quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de ASOHOSVAL, actuó en contravención de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO CUARTO: IMPONER una sanción pecuniaria al señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO 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 No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente

2587 20-1-2013

RESOLUCIÓN NÚMERO 2587 DE 2013 Hoja N°. 40

“Por la cual se imponen unas sanciones”

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 ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago acá 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: DECLARAR que la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.945.763 de Cali de Florida, quien se desempeñaba para la época de los hechos como Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL, actuó en contravención de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO SEXTO: IMPONER una sanción pecuniaria a la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN 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 No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del 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 ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago acá 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 SÉPTIMO: ORDENAR a la Asociación sancionada, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, 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 EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA -ASOHOSVAL- informa que:

Mediante Resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA -ASOHOSVAL-, el señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO y la señora LUZ DEIBY

“Por la cual se imponen unas sanciones”

JIMÉNEZ RENDÓN, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 1663 de 1994.

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009.”

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia.

ARTICULO OCTAVO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA -ASOHOSVAL-, al señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO y la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN; entregándoles copia de la misma e informándoles 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 cinco (5) días siguientes a la misma.

Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **30 ENE 2013**

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Andrés Pérez
Revisó: Felipe Serrano
Aprobó: Felipe Serrano

NOTIFICACIONES:

Doctora

MYRIAM OYOLA

C.C. N° 41.593.794 de Bogotá

T.P. N° 60.619 del C.S. de la J.

Avenida Vásquez Cobo No. 26N-18 de Cali, Valle del Cauca.

Teléfono: 6683477

Apoderada

ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA -ASOHOSVAL-.

DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO

LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN