



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 1 9 5 6 DE 2014
(2 8 NOV 2014)

Radicación No. 09-74322

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 60273 del 28 de octubre de 2011³, 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 EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE ANTIOQUIA (en adelante “AESA”), actuó en contravención a lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

Así mismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA, en su calidad de Representante Legal de AESA, incurrió 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.

La actuación tuvo origen en denuncias presentadas por la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES (en adelante “CAPRECOM”) en contra de AESA y las EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO (en adelante “ESE”) que operan en el departamento de Antioquia y otros departamentos, por incurrir en abusos de posición dominante y en acuerdos contrarios a la libre competencia. Particularmente, se señaló que se habrían cometido las conductas descritas en los artículos 4, 5 y 9 del Decreto 1663 de 1994.

SEGUNDO: Que una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia de descargos prevista en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el informe de la investigación (en adelante el “Informe Motivado”), en el cual recomendó sancionar a AESA por considerar que su conducta constituyó una violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el

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

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Folios 637 a 654 del cuaderno Publico No.3 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 1 9 5 6 DE 2014 Hoja No. 2

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 09-74322

artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. Así mismo, recomendó sancionar a LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA, en calidad de persona natural investigada, por considerar que con su conducta incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

TERCERO: Que del Informe Motivado se corrió traslado a AESA y LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA, quienes dentro del término presentaron sus observaciones y comentarios al mismo.

CUARTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 27 de agosto de 2014 se escuchó al Consejo Asesor del Superintendente de Industria y Comercio, el cual recomendó sancionar a los investigados.

QUINTO: Que el 24 de Septiembre de 2014, el Superintendente de Industria y Comercio profirió la Resolución No. 56816, en la que determinó que AESA infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y 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.

El Superintendente de Industria y Comercio encontró plenamente probado dentro del trámite administrativo que AESA influenció a los diferentes hospitales agremiados, dando pautas para las negociaciones con las EPS-S, e incluso participando en tales negociaciones, llegando incluso a acuerdos en nombre de sus asociados. De las pruebas recaudadas se evidenció que la Asociación tenía como objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud, en la medida en que invitó e influenció a sus afiliados para que unificaran las políticas y términos de contratación con las EPS. El Superintendente encontró probadas las conductas anticompetitivas de AESA, comoquiera que se demostró que dicha organización participó directamente en los procesos de negociación de contratación con las EPS a nombre de sus afiliadas, impidiendo que dichas negociaciones pudieran realizarse entre las EPS y las ESE en libre competencia.

Lo anterior permitió acreditar que la participación de AESA 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.

Al Respecto el Despacho señaló en la Resolución:

“Así las cosas, y de acuerdo con los medios de prueba anteriormente referenciados, este Despacho comparte la posición de la Delegatura según la cual AESA influenció y participó en las negociaciones de contratación adelantadas por las ESE del departamento de Antioquia y las EPS, excediendo sus facultades de asociación. Por lo anterior, el Despacho encuentra demostrado que AESA incurrió en las conductas descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, por cuanto, en desarrollo de su actividad, adoptó decisiones y políticas internas que

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 1 9 5 6 DE 2014 Hoja No. 3

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 09-74322

tuvieron por objeto y como efecto restringir y falsear el juego de la libre competencia en el mercado afectado."⁴

En consecuencia, el Superintendente de Industria y Comercio impuso sanciones pecuniarias a AESA por valor de veinte millones de pesos (\$20.000.000) y a LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA por valor de cinco millones de pesos (\$5.000.000).

SEXTO: Que una vez notificada la decisión, y dentro del término legal, AESA y LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA interpusieron recurso de reposición⁵ contra la Resolución No. 56816 de 2014, solicitando su revocación.

Los investigados señalaron en su recurso que en el presente caso operó el fenómeno de la caducidad sancionatoria. Sostuvieron que para que en el presente caso exista una conducta continuada, según ha sido tipificado en la norma, deben tenerse en cuenta únicamente los elementos probatorios de los años 2007 a 2010, por cuanto las pruebas a las que se refiere la Resolución No. 56816 de 2014 correspondientes al año 2012 no serían válidas, al tratarse del Acta de una reunión en la cual no se infringieron las normas de competencia, pues fue convocada por CONFAMA con el fin de tasar el incremento de la UPC, conociendo que el Gobierno Nacional expediría un decreto para tasar dicho incremento.

Al respecto afirmaron lo siguiente:

"Esta reunión fue convocada por la misma COMFAMA con el fin de tasar el incremento de la UPC, ya que conocía tanto mi poderdante como la EPS que el Gobierno nacional expediría decreto con el fin de tasar adecuadamente el incremento, hecho que sucedió como se observa en el Decreto 1464 expedido en julio de 2012.

(...)

No entiende esta procuradora de qué manera se violenta la libre competencia, dónde se impidió o se restringió o se falseó el juego de la libre competencia, si la UPC como lo sabían ambos en la época de la reunión iba a ser reglada, su objeto era lícito. Ahora bien, pareciera una cacería de brujas porque no contamos con un sujeto pasivo, COMFAMA no ha sido vulnerada, no se ha quejado, no hay quebrantamiento normativo alguno, entonces tratando de ajustar una investigación, se empatan hechos de años anteriores (2007 a 2010) para enlazarlos con una situación normal acaecía (sic) en el 2012 donde la misma EPS llama a la Asociación investigada para ajustar la UPC de 2012 ante el inminente y real surgimiento de la norma, dónde está la violación de la ley? A eso es lo que nos referimos cuando mencionamos que con la presente pesquisa se viola el PRINCIPIO DE TIPICIDAD INEQUÍVOCA. Cómo con un hecho claro sin discusión jurídica, sin sujeto pasivo, se identifica de actuar ilícito administrativo para enlazarlo como CONDUCTA CONTINUADA?

Es que desvaneciendo como ilícita la conducta de 2012 no hay conducta continuada, y por ende, opera el fenómeno de la CADUCIDAD ya que se trata de hechos de 2007 a 2010

⁴ Resolución No. 56816 de 2014, P. 36.

⁵ Radicado 09-74322-118 del 21 de octubre de 2014.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 09-74322

Ahora, si se quiere mirar desde otra perspectiva, el principio de favorabilidad opera ipso facto por ser un derecho sancionatorio, porque si para abril de 2012 la conducta asumida por el doctor Luis Alberto Martínez era observada como ilícita desde el punto de vista de la libre competencia, hoy que se juzga ésta ya no es censurable debido a que cuatro meses después, aproximadamente, era aceptada y legal como lo plantea el Decreto 1464 de 2012 en su artículo 2º y como se verá más adelante."

Frente a una supuesta ausencia de tipicidad, los recurrentes afirmaron que la Superintendencia no puede afirmar que en el presente caso existe tipicidad con el argumento de que el tipo es genérico, pues la conducta por la que se sancionó a AESA es clara y contiene los verbos concretos *impedir, restringir, falsear el juego de la libre competencia*, y el investigador debe establecer claramente la violación a éstos, cuestión que no ocurrió en este caso.

Finalmente, frente al monto de la sanción los recurrentes señalaron lo siguiente:

"Sin que se hable de reconocimiento de los hechos endilgados, vemos con preocupación que otras asociaciones investigadas, tuvieron sanción muy por debajo de lo resuelto en el acto impugnado, y así a la hora de aplicar correctivos con sanciones como consecuencia de un supuesto actuar ilícito el criterio es el mismo, entidades sin ánimos de lucro que viven de los aportes de las ESE, las cueles (sic) hoy se encuentran a punto de cerrar por el no pago de la (sic) Aseguradoras EPS y por ende, sus prioridades no son ni serán pagar los aportes a la Asociación; este tipo de sanciones, acarrear el cierre de la Entidad gremial que no hace otra cosa que velar por el bienestar de sus asociados."

SÉPTIMO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario decrete pruebas de oficio. En el presente caso, teniendo en cuenta la evidencia que obra en el expediente, no se considera procedente decretar pruebas de oficio.

OCTAVO: Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, este Despacho procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por los investigados, contestando cada uno de los argumentos presentados en los siguientes términos:

8.1. Sobre los argumentos relacionados con la caducidad

AESA y LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA señalaron que habría operado la caducidad de la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de las conductas imputadas en la presente investigación, en la medida en que las conductas imputadas sucedieron en el periodo comprendido entre los años 2007 y 2010. Adicionalmente, sostienen que las pruebas a través de las cuales la Entidad concluyó que se trataba de una conducta continuada y que datan del año 2012, no pueden ser tenidas en cuenta para efectos del cómputo de la caducidad por cuanto las mismas dan cuenta de una reunión cuyo objeto era lícito y por lo tanto no reprochable.

En efecto, los recurrentes afirmaron que la reunión que sostuvo AESA con la EPS COMFAMA el 27 de abril de 2012, señalada en la Resolución No. 56816 de 2014 como la última evidencia de la conducta continuada de AESA, no puede ser tenida en cuenta como prueba al tratarse de una reunión convocada por la misma COMFAMA para tasar

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 09-74322

el incremento de la UPC, ante la supuesta certeza del decreto de un incremento por parte del Gobierno.

En línea con lo anterior, los recurrentes consideraron que en la medida en que COMFAMA no había resultado vulnerada ni se había quejado, no existía violación a la ley alguna pues no se contaba con un sujeto pasivo afectado con la conducta investigada.

Lo anterior fue expuesto en los siguientes términos:

*"No entiende esta procuradora de qué manera se violenta la libre competencia, dónde se impidió o se restringió o se falseó el juego de la libre competencia, si la UPC como lo sabían ambos en la época de la reunión iba a ser reglada, su objeto era lícito. Ahora bien, pareciera una cacería de brujas porque **no contamos con un sujeto pasivo, COMFAMA no ha sido vulnerada, no se ha quejado, no hay quebrantamiento normativo alguno, entonces tratando de ajustar una investigación, se empatan hechos de años anteriores (2007 a 2010) para enlazarlos con una situación normal acaecia (sic) en el 2012** donde la misma EPS llama a la Asociación investigada para ajustar la UPC de 2012 ante el inminente y real surgimiento de la norma, dónde está la violación de la ley? A eso es lo que nos referimos cuando mencionamos que con la presente pesquisa se viola el PRINCIPIO DE TIPICIDAD INEQUÍVOCA. **Cómo con un hecho claro sin discusión jurídica, sin sujeto pasivo, se identifica de actuar ilícito administrativo para enlazarlo como CONDUCTA CONTINUADA?***

Es que desvaneciendo como ilícita la conducta de 2012 no hay conducta continuada, y por ende, opera el fenómeno de la CADUCIDAD ya que se trata de hechos de 2007 a 2010." (Negrilla fuera de texto)

Frente a estos argumentos, el Despacho considera pertinente exponer nuevamente el contenido del Acta que da cuenta de la reunión mencionada, para efectos de reiterar las razones por las cuales la misma constituye una evidencia más de la manera en que AESA había venido falseando la competencia mediante conductas de tracto sucesivo que se habrían seguido presentado al menos hasta el año 2012:

"ACTA DE REUNION COMFAMA EPS-S

FECHA: 27 de abril de 2012

LUGAR: COMFAMA Prado

HORA: 12: 00 m

(...)

"Aumento de la UPC SUBSIDIADA a partir de 01 de enero de 2012.

AESA: Propone que el incremento sea del 3.73% para los mismos servicios que se tenían contratados el año pasado y que las nuevas inclusiones del POS-S se paguen por evento.

COMFAMA: Propone incrementar el 3.64% que corresponde al IPC para salud y revisar cuales inclusiones se pagarían por evento.

Se acuerda entre las partes realizar inicialmente un incremento del 3.64%, el cual se ajustará de conformidad con lo que defina el gobierno nacional según los actos

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 09-74322

administrativos expedidos para tal fin y se haría retroactivo al 01 de enero de 2012. Las inclusiones que se pagaran por evento serán las definidas en los anexos de medicamentos y procedimientos mencionados al principio del acta. (...). (Negrilla fuera de texto)

Como puede observarse del aparte del Acta citada, en esta reunión AESA propone y llega a acuerdos sobre los incrementos en los costos y las condiciones de los servicios contratados **entre todos sus afiliados** y la EPS COMFAMA. En efecto, nótese que en esta oportunidad AESA propone a COMFAMA, en nombre de todos sus afiliados, un incremento del 3.73% en el costo de los servicios contratados para el siguiente año. Así mismo, se observa que el incremento propuesto fue sometido a negociación entre AESA (en nombre de sus afiliados) y COMFAMA, para llegar a un acuerdo final en el que ambas partes determinaron que el mismo sería del 3.64%.

Esta conducta por sí misma es evidencia de que para el año 2012 AESA continuaba direccionando las condiciones de contratación con las EPS, excediendo así su papel legítimo como agremiación y falseando la libre competencia en el mercado.

En virtud de lo anterior, no pueden ser de recibo los argumentos expuestos en el recurso de reposición en el sentido de que la negociación y fijación del incremento pactado se realizó como anticipación de la tasación que habría de decretar el Gobierno Nacional, pues tal y como ha sido decantado por esta Superintendencia, las asociaciones o gremios deben abstenerse de convertirse en centros de decisión colectiva para sus asociados o determinar las condiciones contractuales o precios que deben tener los asociados frente a terceros. De tal suerte, el hecho de que la negociación y determinación del incremento por parte de AESA y COMFAMA se hubiese realizado con el supuesto conocimiento previo de que el Gobierno Nacional lo tasaría mediante decreto próximamente, no es excusa para dicha conducta, atendiendo el deber legal de las asociaciones de abstenerse de decidir, recomendar o sugerir a sus asociados cualquier tipo de precio.

En el sentido expuesto, estando probado que en la reunión anteriormente referida AESA, en nombre de sus afiliados, negoció y acordó con una EPS el valor del incremento del valor de los servicios prestados por las ESE afiliadas, es claro que la conducta anticompetitiva imputada a AESA ha continuado por lo menos hasta la fecha en que se celebró dicha reunión, esto es, el 27 de abril de 2012. En estos términos, la conducta tiene una naturaleza continuada que permite que el término para que ocurra el fenómeno extintivo de la competencia del Estado para imponer sanciones administrativas pueda contarse a partir de la fecha de dicha reunión, al ser ésta el último acto del comportamiento investigado del que obra evidencia en el expediente.

En efecto, la fecha desde la que se empieza a contar el término de caducidad, como se dijo en el Acto de sanción y se establece también en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, varía dependiendo del tipo de conductas investigadas; es decir, si trata de conductas de ejecución continuada o de ejecución instantánea. En el primer evento, que es aplicable al presente caso, y se presenta cuando hay una *“pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los*

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 09-74322

*elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable*⁶, el término de caducidad debe empezar a contarse desde el momento en que cesa la conducta y no cuando la misma empieza.

Así las cosas, al encontrarse demostrado que se trata de una conducta de carácter continuado o de tracto sucesivo, es a partir del último acto demostrado en el proceso que se debe contar el término de caducidad de la facultad sancionatoria, tal como lo ha precisado en diferentes oportunidades el Consejo de Estado. Al respecto, en Sentencia de enero de 2003, el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

*"[...] La caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la actora no tuvo lugar en el presente caso por cuanto se trató de una conducta permanente o continuada, de suerte que los tres (3) años previstos en el artículo 38 del C.C.A. para que ocurra ese fenómeno extintivo de la competencia del Estado para imponer sanciones administrativas debía contarse a partir del último acto del comportamiento investigado (...)"*⁷

En el mismo sentido, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia de 9 de diciembre de 2004, señaló lo siguiente sobre las conductas continuadas y el término de caducidad sancionatoria:

"Al existir identidad entre los hechos debatidos y el estudio jurídico sobre la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria, la Sala en esta oportunidad reitera lo expuesto en la sentencia proferida dentro del proceso 13353, de fecha 18 de septiembre de 2003, Consejera 'Ponente: Dra. LIGIA LÓPEZ DIAZ, actor: PABLO FRANCISCO ALBIR SOTOMAYOR, mediante la cual se revocó la sentencia de primera instancia y se negaron las súplicas de la demanda, así: "El término de caducidad de la potestad sancionatoria de la Administración empieza a contarse desde la fecha en la cual se produzca la conducta reprochable. La falta se estructura cuando concurren los elementos fácticos que la tipifican, es decir, cuando se realiza el hecho previsto como infracción por las normas. En el presente caso, la Superintendencia Bancaria impuso la sanción al representante legal de PORVENIR S.A., por considerar que la entidad realizó actividades por fuera del objeto social exclusivo de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, concretamente, por administrar recursos provenientes de entidades territoriales destinados al cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus correspondientes bonos pensionales y de las cuotas partes que les corresponden. Contrario a lo señalado por el Tribunal, el acto que fue sancionado no fue la suscripción de contratos para la administración de tales recursos, sino la administración en sí misma, que es su objeto y que fue la actividad desarrollada por la Administradora de pensiones, lo que implica que se trata de una conducta permanente o continuada, toda vez que comprende todas las actividades v operaciones para ese fin. Por tanto, la fecha que debe tenerse en cuenta para iniciar la contabilización de los tres años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo será aquella en la cual cesó la conducta v no la de su iniciación. En el presente caso, la conducta cesó el 30 de mayo de 1999, fecha en la cual se excluyeron los recursos recibidos con ocasión de los contratos suscritos con los municipios de Medellín y Silvana. NOTA DE RELATORIA: Se reitera lo expuesto en la sentencia del 18 de

⁶ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 2 de julio de 1999, Rdo. 20019384. Consejero Ponente Daniel Manrique Guzmán.

⁷ Consejo de Estado, Sentencia de enero de 2003, expediente No. 7909, Magistrado Ponente Dr. Manuel Urueta Ayola.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 09-74322

septiembre de 2003 Expediente 13353 Ponente Dra. Ligia López Díaz (Negrilla fuera de texto)

En conclusión, estando probado que el último acto del comportamiento investigado del que obra evidencia en el expediente es la reunión celebrada el 27 de abril de 2012, es desde esta fecha que inicia el conteo del término de caducidad.

De otra parte, los recurrentes sostienen que con la mencionada reunión del 27 de abril de 2012, en la que AESA negoció y acordó con una EPS el valor del incremento del costo de los servicios prestados por sus afiliados, no se quebrantaron las normas de protección de la competencia en la medida en que dicha EPS no resultó vulnerada ni presentó queja alguna. Frente a este argumento, este Despacho debe enfatizar a los recurrentes que el derecho a la libre competencia ampara, como su propio nombre lo indica, al proceso competitivo en sí mismo y no a participantes del mercado en particular, como erróneamente lo considera AESA. Dicho esto, lo que hay que observar respecto de la mencionada reunión es que la asociación negoció y fijó una tarifa a la EPS aludida en nombre de sus asociados, y no que dicha EPS incurriera en unos daños económicos causados por los investigados.

En este sentido, la conducta investigada en la presente actuación -esto es, el exceso de las facultades legales de AESA al influir y participar en negociaciones en nombre de sus afiliados- por sí misma ya constituye un acto ilegal. Así lo indica el artículo 4 de Decreto 1663 de 1994, el cual prohíbe a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud, cuando desarrollen su actividad, 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. Nótese que la norma en cuestión en ningún momento habla de daño económico a terceros y menos aún como condición necesaria para probar la existencia de ilegalidad del mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, este Despacho considera pertinente resaltar que aún en el evento en que se aceptara que las pruebas que evidencian que la conducta de AESA se extendieron al menos hasta la fecha de la reunión con COMFAMA realizada el 27 de abril de 2012, no son válidas (lo cual no es cierto como se explicó anteriormente), de todos modos la caducidad no habría operado, pues tal y como lo manifestaron los mismos investigados, los hechos reprochados habrían cesado en el año 2010, por lo que la facultad de la SIC para sancionarlos caducaría en el año 2015, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009⁸, que estableció en 5 años el término de caducidad para la autoridad de protección de la competencia.

En efecto, en el expediente obran pruebas de la conducta anticompetitiva realizada por AESA de los años 2007 a 2010, las cuales fueron ampliamente descritas en la Resolución No. 56816 de 2014 ahora recurrida. De hecho, tal y como puede observarse a continuación, los mismos investigados manifestaron en su recurso que

⁸ **Ley 1340 de 2009. Artículo 27. Caducidad de la Facultad Sancionatoria.** La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 09-74322

siendo lícita la reunión realizada en el año 2012, operaría el fenómeno de la caducidad ya que los hechos investigados acaecieron de 2007 a 2010:

"Es que desvaneciendo como ilícita la conducta de 2012 no hay conducta continuada, y por ende, opera el fenómeno de la CADUCIDAD ya que se trata de hechos de 2007 a 2010"

En este orden de ideas, si en gracia de discusión se descartaran las pruebas que datan del año 2012 referidas anteriormente, el conteo del término de caducidad de 5 años iniciaría en la fecha del último acto aceptado por los investigados (2010) y terminaría en el año 2015, eliminando la posibilidad de que opere dicho fenómeno jurídico. Cabe advertir que el término de caducidad es el establecido en la Ley 1340 de 2009 y no el previsto en el Decreto 01 de 1984, en razón a que el último acto de la conducta del que obra evidencia en el expediente (27 de abril de 2012), o incluso los hechos correspondientes al año 2010 aceptados por los investigados, se realizaron en vigencia de la Ley 1340 de 2009, que estableció un término de 5 años para que la SIC imponga sanciones por la violación del régimen de protección de la competencia. Por consiguiente, si se aceptara que el último hecho constitutivo de la conducta imputada a AESA se ejecutó en el año 2010 como lo afirman los recurrentes, en todo caso la SIC no habría perdido la facultad para imponer una sanción pues la misma caducaría hasta el año 2015.

8.2. Sobre los argumentos relacionados con la tipicidad

Los recurrentes afirmaron en el recurso de reposición que no hay tipicidad en las conductas sancionadas por la SIC mediante la Resolución No. 56816 de 2014, en tanto que no se adecuaron claramente a los verbos rectores del artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. Al respecto señalaron lo siguiente:

"DE LA TIPICIDAD

Dice el acto sancionador que se trata de cláusulas generales, pero hay verbos concretos: IMPEDIR, RESTRINGIR, FALSEAR EL JUEGO DE LA LIBRE COMPETENCIA, donde el investigador debe establecer claramente la violación a éstas, su actuar en ese sentido, y eso (sic) lo que nosotros llamamos ausencia de tipicidad.

No puede este órgano de manera caprichosa advertir que si hay tipicidad con el argumento de que el tipo es genérico, afirmación de que además de ser contraria a la ley no es cierta, porque si hay una conducta clara y expresa sancionable como se resalta en precedencia, y además porque de no ser así sería imposible su imputación (...)"

Sobre el particular, debe reiterarse a los recurrentes que no obstante la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la tipificación en derecho sancionatorio debe ser genérica al no poder establecerse en detalle, en la Resolución No. 56816 de 2014 quedaron plenamente establecidas de manera clara y concreta las conductas realizadas por AESA, que resultaron contrarias a la libre competencia y que infringieron lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

En efecto, en el acto administrativo recurrido quedó establecido que en su calidad de asociación del sector salud, AESA adoptó decisiones o políticas internas que tuvieron por objeto o como efecto **impedir, restringir o falsear el juego de la libre**

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 09-74322

competencia dentro del mercado de los servicios de salud, configurándose la infracción prevista en los artículos 4 del Decreto 1663 de 1994 y 1 de la Ley 155 de 1959.

Contrario a lo afirmado por los recurrentes en cuanto a que la Resolución No. 56816 de 2014 no tuvo en cuenta el principio de tipicidad por no haber establecido claramente la ejecución de las conductas descritas en el artículo 4 del Decreto 1663, este Despacho recuerda a los investigados que en el acto administrativo recurrido fue explicada en detalle la manera en que las actuaciones de asociaciones como las realizadas por AESA impiden, restringen o falsean el juego de la libre competencia, por cuanto establecen condiciones artificiales de mercado, facilitan acuerdos o actos restrictivos de la competencia, o incluso constituyen por sí mismas un acuerdo restrictivo de la competencia. Así mismo, se estableció que con conductas como fijar precios, imponer lineamientos y participar activamente en negociaciones que deberían adelantar independientemente sus agremiadas, las asociaciones exceden las facultades permitidas en virtud del derecho de asociación y falsean la libre competencia.

En la Resolución No. 56816 de 2014 se precisó que de conformidad con las normas de protección de la competencia y los lineamientos de organizaciones internacionales como la OCDE, son consideradas como restrictivas de la competencia actuaciones de las asociaciones en las que se limita, restringe y falsea la competencia que debe existir entre sus agremiados, al convertirse en centros de decisión colectivos, afectando el funcionamiento del mercado en el que desarrollan su actividad y, por ende el interés general que en últimas, protege la libre competencia.

En virtud de lo anterior, 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. Así mismo, se considera que 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, por esto, 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.

Es así como con las pruebas obrantes en el expediente, esta Superintendencia estableció en la Resolución No. 56816 de 2014 que AESA influenció a sus hospitales agremiados para que unificaran las políticas y términos de contratación con las EPS, e incluso participó en negociaciones y fijación de tarifas, llegando a acuerdos en nombre de sus asociados con las EPS. En tal virtud, nótese que no se presentó violación alguna del principio de tipicidad como lo afirman los recurrentes, en tanto que, tal y como se explicó en precedencia, en dicho acto administrativo fueron señaladas clara y concretamente las razones por las cuales AESA infringió los artículos 4 del Decreto 1663 de 1994 y 1 de la Ley 155 de 1959.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 09-74322

8.3. Sobre los argumentos relacionados con la dosificación de la multa

Los recurrentes señalaron que la multa impuesta podría comportar el cierre de la entidad gremial en tanto que AESA, en su calidad de entidad sin ánimo de lucro, subsiste por los aportes de las ESE, las cuales hoy se encuentran a punto de cerrar por el no pago de las EPS y por ende, sus prioridades no son ni serán pagar los aportes a la asociación. Adicionalmente señalaron que en actuaciones similares, otras asociaciones tuvieron sanciones muy por debajo de las impuestas en el acto impugnado.

Frente a la anterior solicitud, este Despacho considera que si bien la conducta investigada es altamente reprochable, la sanción impuesta a AESA resultó mínima si se tiene en cuenta que corresponde solamente al 0.03% de la multa máxima aplicable. Adicionalmente, al momento de calcular el monto de la multa esta Entidad reconoció que AESA es una entidad sin ánimo de lucro cuyo ingreso principal son los aportes de sus asociados.

No obstante lo anterior, este Despacho reconocerá la petición subsidiaria planteada por AESA respecto del monto de la sanción impuesta, y considerando su situación actual, decide disminuir la sanción impuesta a AESA y a su Director Ejecutivo en un 50%. Lo anterior, teniendo en cuenta además que tal y como lo afirman los recurrentes, en otras oportunidades las sanciones impuestas a otras asociaciones en situación similar han sido bajas.

En tal virtud, este Despacho determina disminuir la multa impuesta a AESA a NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$9.856.000), equivalentes a DIECISÉIS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (16 SMMLV) y al y al 0.015% de la multa máxima aplicable.

Por su parte, este Despacho determina disminuir la multa impuesta a LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA a DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.464.000), equivalentes a CUATRO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (4 SMMLV).

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR el Artículo 1 de la Resolución No. 56816 de 2014, el cual quedará así:

"ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SÓCIALES DEL ESTADO DE ANTIOQUIA – AESA, identificada con el NIT 811009660-4, contravino lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

En consecuencia, **IMPONER** una sanción pecuniaria a la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE ANTIOQUIA – AESA, identificada con el NIT 811009660-4 por valor de NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 1 9 5 6 DE 2014 Hoja No. 12

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 09-74322

MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$9.856.000), equivalentes a DIECISÉIS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (16 SMMLV).

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 Recaudo 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 SEGUNDO: MODIFICAR el Artículo 2 de la Resolución No. 56816 de 2014, el cual quedará así:

"ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.683.485, en su calidad de Director Ejecutivo de AESA, 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.

En consecuencia, **IMPONER** una sanción pecuniaria a LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.683.485, por valor de DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.464.000), equivalentes a CUATRO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (4 SMMLV).

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 Recaudo 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: CONFIRMAR en todas sus partes restantes la Resolución No. 56816 de 2014.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE

RESOLUCIÓN NÚMERO 71956 DE 2014 Hoja No. 13

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 09-74322

ANTIOQUIA – AESA y a LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los **28 NOV 2014**

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Andrés Pérez Orduz
Revisó: Felipe Serrano Pinilla
Aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo

NOTIFICACIONES:

ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE ANTIOQUIA – AESA
NIT 811009660-4
Apoderada
ADRIANA ACERO CORREA
T.P. 78007 del C.S. de la J.
Carrera 48 No. 24-104 Av. Los Libertadores
MEDELLÍN – COLOMBIA

LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA
C.C.: No. 71.683.485
Apoderada
ADRIANA ACERO CORREA
T.P. 78007 del C.S. de la J.
Carrera 48 No. 24-104 Av. Los Libertadores
MEDELLÍN – COLOMBIA