



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 41460 DE 2001

(11 DIC. 2001)

Por la cual se ordena la terminación de una investigación

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)

en uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Como resultado de una averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el número 1 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia mediante resolución 2248 de 2000, abrió una investigación por prácticas comerciales restrictivas en contra de Alberto Acuña Aricó, Jaime Barrios Amaya, José Blanco Ricardo, Orlando Borré Arrieta, Benjamín Blanco Martínez y la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, en adelante, "La Sociedad", por la presunta realización de conductas restrictivas de la competencia que podrían ser contrarias a los números 1 y 8 del artículo 47, el número 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, concordante con la ley 155 de 1959 y el artículo 4, los números 1 y 8 del artículo 5 y el número 2 del artículo 6 del decreto 1663 de 1994, al haber suscrito un acta de compromiso y por haber enviado comunicaciones a Humana S.A., relacionadas con las tarifas de las consultas.

En el mismo sentido se ordenó investigar al representante legal de La Sociedad para la época de la firma del acta de compromiso y la fecha de envío de la comunicación de enero 29 de 1999, para determinar si autorizó, ejecutó o toleró conductas contrarias a la libre competencia, de conformidad con los números 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de investigación y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo 099006350-10000 de 2000 la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas. Culminada la etapa probatoria, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO: Tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, mediante oficio de fecha 29 de junio de 2001, se dio traslado del informe motivado a todos los involucrados en la investigación.

Dentro del término legal expresaron:

1 Investigados

1.1 Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar

"1. Antecedentes.

"La Superintendencia de Industria y Comercio, ante queja elevada por Humana S.A., abrió investigación contra los doctores Alberto Acuña Aricó, Jaime Barrios Amaya, Orlando Borré Arrieta, Benjamín Blanco

Por la cual ordena la terminación de una investigación

Martínez y La Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, por posibles prácticas comerciales restrictivas, contenidas en dos (2) actos diferentes: el primero, consistente en un Acta de Compromiso, del 26 de enero de 1995, suscrita por algunos Médicos miembros de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar (Anexo 3) y una comunicación del Dr. Orlando Bustillo, dirigida a Humana S.A. de fecha 27 de marzo de 1995 (Anexo 4), y el segundo consistente en una comunicación de los Drs. Tomas Alberto Morales Alean y Gabriel Florez B, como Presidente y Secretario de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, dirigida a Humana S.A., de fecha enero 29 de 1999.

"La Superintendencia por intermedio de la Delegada para la Promoción de la Competencia, adelantó la correspondiente investigación administrativa, y rinde su informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio al tenor del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, y da traslado a los interesados para que 'expresen opiniones y presenten explicaciones' sobre el mencionado documento, con el cual se cierra la etapa probatoria y da inicio a la etapa de decisión.

"2. El informe.

La Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia en el informe final, y con respecto al que hemos llamado primero de los actos (Acta de Compromiso, del 26 de enero de 1995, -Anexo 3- y la comunicación del Dr. Orlando Bustillo, dirigida a Humana S.A. de fecha 27 de marzo de 1995 - Anexo 4-), se expresa así:

'..por tratarse de hechos ocurridos en 1995 respecto de los cuales no fue posible establecer su prolongación en el tiempo, esta Entidad se encuentra impedida para imponer sanciones por tales conductas, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 38 del código contencioso administrativo.'

"En efecto, señora Superintendente Delegada, la norma a que se refiere su informe es del siguiente tenor:

'Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.'

"El H. Consejo de Estado¹, con base en la doctrina y la jurisprudencia, ha dicho que la caducidad es una 'institución jurídica que limita en el tiempo el ejercicio de una acción, independientemente de consideraciones que no sean el solo transcurso del tiempo. Su verificación es simple, pues el término ni se interrumpe ni se proroga y es la ley la que al señalar el término y el momento de su iniciación, indica el término final e invariable o dies fatalis'.

"Siendo lo anterior cierto e irrefutable, creemos innecesario seguir insistiendo en este punto, ya que por mandato de la ley se ha producido el fenómeno de la caducidad con respecto a los hechos investigados y de ocurrencia en el año de 1995.

"Con respecto al segundo acto, (la comunicación de los Drs. Tomas Alberto Morales Alean y Gabriel Florez B. como Presidente y Secretario de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, dirigida a Humana S.A., de fecha enero 29 de 1999), cabe destacar varios aspectos:

"1. Ella estaba dirigida, fundamentalmente, a solicitarle a Humana S.A. la regulación de los pagos de las facturas de los médicos, pues estaban en moras de 90 y 120 días, y que no estarían en disposición de aceptar formas de pago que estén por fuera de la ley;

¹ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de noviembre 21 de 1991, publicada en Código Contencioso Administrativo Legis, envío N° 32 de mayo de 1995, página 258.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

"2. Solicitar una reunión entre Humana y la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar para 'llegar a convenios o acuerdos que permitan una buena relación entre Humana y la sociedad médica', y

"3. La comunicación establecía un incremento en las tarifas del 16% a partir del 1 de enero de 1999.

"Los actos son reprobables si ellos causan efectos. En el caso de la comunicación suscrita por los doctores Tomás Morales y Gabriel Florez, ésta no causó ningún efecto, por cuanto como lo manifiestan los doctores Alejandro Bustos y María del Rosario Durán, funcionarios de Humana, esta empresa 'nunca contrataba con la sociedad sino con ellos individualmente'.

"Como se dice en el informe, en la pagina 8, 'Del mismo modo, es importante señalar que de acuerdo con el material probatorio recaudado pudo establecerse que era Humana quien determinaba las tarifas para los médicos por los servicios de la consulta'.

"La ley 100, en su literal k) del artículo 156, establece que 'Las entidades promotoras de salud podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias instituciones prestadoras de salud, o contratar con instituciones prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos'.²

"Siendo que la prestación de los servicios, por mandato legal, puede prestarse mediante contrato con profesionales independientes, necesariamente para llegar a ese contrato se requiere un acuerdo de voluntades que gire en torno de las condiciones en que se prestaría ese servicio, dentro de los cuales necesariamente debe estar el precio.

"Pero como lo dice el informe, ese precio se fijaba unilateralmente por Humana, lo cual desvirtúa cualquier acuerdo de voluntades, elemento indispensable en cualquier contrato.

"Ahora bien, el anuncio de un aumento en las tarifas a partir del 1 de enero de 1999, no implica una posición generadora de prácticas comerciales restrictivas. El contrato entre las EPS, en este caso Humana, y los profesionales independientes de la medicina, es un acuerdo de voluntades sujeto a todas las contingencias contractuales. Si se les invita a una reunión para llegar a convenios o acuerdo que regulen la relación contractual, y olímpicamente no se asiste, es el uso de una posición dominante, o por lo menos arrogante.

"La ley 80, en su artículo 5, nos habla de los derechos y deberes de los contratistas, entre los cuales se encuentra el de 'recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato' teniendo en consecuencia 'derecho ... a que se le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida... ' restableciendo 'la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.'

"A nadie escapa los aumentos de los costos de vida al inicio de un año. En febrero de 1999 Humana, ni unilateralmente ni mediante convenio (a cuya cita para llegar a el no asistió) había efectuado variación en los precios que pagaba por consulta desde hacía más de un año, lo que originó la carta anunciando nuevos precios, la cual resultó inocua ante la no contratación de Humana con la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, sino con profesionales individualmente. En este aspecto podemos decir que la carta fue totalmente ineficaz.

² Subrayas fuera de texto original.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

"Pero los médicos si tienen derecho a una remuneración justa, pero sobre todo producto de la concertación y no de la imposición.

"Bueno es resaltar la sentencia de la H. Corte Constitucional, de la cual transcriben importantes apartes.

"En efecto, esa máxima Corporación de la Rama Jurisdiccional, al resolver sobre la inconstitucionalidad del numeral 7º (parcial) del artículo 1º de la Ley 23 de 1981, dijo:

'El trabajo como base del bienestar social y fuente principal del desarrollo constituye un derecho fundamental que involucra a todos los individuos y sectores sociales, dada la trascendencia y repercusiones que tienen las relaciones laborales en la sociedad moderna. Como elemento esencial de la estructura del Estado, goza de la protección especial de este. El principio según el cual, el trabajo es un derecho y una obligación social, permite el establecimiento de condiciones que garantizan el desarrollo de las aptitudes y actividades del hombre. El derecho al trabajo, ha adquirido en el presente una concepción distinta, que se traduce en la obligación del mismo de proporcionar los elementos que permitan a toda persona la realización de un trabajo en condiciones dignas y justas.'

"Y al referirse, la misma sentencia, a la función profesional del médico y de sus honorarios profesionales consignó:

'La función del profesional médico es la de servir al ser humano, cuidar de su salud y propender por la prevención de las enfermedades, así como buscar el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad. Empero, ello no se opone a que éste, en ejercicio de su actividad lícita pueda obtener beneficios personales derivados del ejercicio de su actividad, como son los de percibir honorarios profesionales, con ocasión de la prestación del servicio en forma directa o mediante remuneración por su trabajo subordinado y dependiente a una entidad pública o privada o cuando se trate igualmente de una labor independiente por encontrarse dicho profesional adscrito a una empresa promotora de salud que presta el servicio de seguridad social.'

"Al tratar de la relación laboral y los honorarios de los médicos, dice la sentencia:

'El médico bien puede percibir honorarios en forma directa cuando el paciente contrata sus servicios profesionales, o mediante la remuneración a que tiene derecho como consecuencia de una relación laboral dependiente de una entidad pública o privada; o por su vinculación independiente como médico adscrito a estas mismas entidades.'

"Al referirse al trabajo como un derecho y obligación social expresa la sentencia:

'El trabajo como derecho y obligación social, debe gozar en todas sus modalidades de una especial protección del Estado y que además, la persona tiene derecho al mismo en condiciones dignas y justas, lo que constituye uno de los principios fundamentales de nuestro Estado social de derecho, fundado en el respecto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran. El Estado debe adoptar los mecanismos que permitan asegurar a la persona la existencia de una retribución justa y digna a la altura de la idoneidad, competencia y responsabilidad requerida para el ejercicio cabal de la profesión médica.'

³ Sentencia C-106 de 1997.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

"Y al tratar sobre remuneración del médico en condiciones dignas y justas, consagra:

"No puede pretenderse que a raíz de la expedición de la ley 100 de 1993 y la creación del nuevo Sistema de seguridad Social en Salud, para el caso particular de los profesionales de la medicina, puedan fijarse tarifas por conceptos de servicios profesionales que no estén a la altura de las condiciones dignas y justas y de la delicada labor médica, desarrollada en el ejercicio de la profesión liberal. Así, el nuevo modelo de seguridad social no puede ser óbice para disminuir o compensar de manera irrisoria los emolumentos derivados de la prestación del servicio de la medicina que corresponde cubrir a las entidades prestadoras de salud en desarrollo del servicio público de seguridad social prestado por entidades públicas o privadas. La disposición acusada debe entenderse en el sentido de que el profesional médico tiene derecho, a ser remunerado de tal forma que se le reconozca su derecho fundamental a un trabajo en condiciones dignas y justas, y a que su trabajo no sea en ninguna forma explotado por aquellas entidades a quienes se les permite la intermediación de la prestación del servicio de salud y de seguridad social".

"Esta sentencia, es un claro campanazo al abuso que las EPS vienen cometiendo con el personal médico que les presta sus servicios, bien bajo la modalidad de contrato de trabajo o bien como profesional independiente vinculado mediante contrato de prestación de servicios.

"El hecho de reclamar un pago justo y a tiempo, no puede catalogarse como práctica comercial restrictiva.

"3. Nuestra posición y petición.

"Nuestra posición, con respecto al informe que se nos dio en traslado, es de que debe ser acogido en su integridad en cuanto a que existe caducidad de la acción con respecto al que denominamos primer acto (Acta de Compromiso, del 26 de enero de 1995, -Anexo 3- y la comunicación del Dr. Orlando Bustillo, dirigida a Humana S.A. de fecha 27 de marzo de 1995 -Anexo 4-), por cuanto entre la fecha en que sucedieron los hechos y la actual, han transcurrido más de tres (3) años, lo que según el artículo 38 del C.C.A.

"Igualmente, en cuanto al denominado segundo acto (la comunicación de los Drs. Tomas Alberto Morales Alean y Gabriel Florez B, como Presidente y Secretario de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, dirigida a Humana S. A., de fecha enero 29 de 1999), también debe ser acogido pero no sólo por los motivos en él expuesto, sino por lo aquí alegado en especial con las directrices marcadas por la Corte Constitucional en la sentencia parcialmente transcrita."

1.2 Personas naturales investigadas

Los señores Alberto Acuña Aricó, Jaime Barrios Amaya, José Blanco Ricardo, Orlando Borré Arrieta y Benjamín Blanco Martínez no presentaron alegatos finales al informe motivado del cual se les corrió traslado oportunamente.

2 Humana S.A.

"1. Acuerdos de precios. Número 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1.992, concordante con la Ley 155 de 1959 y el número 1 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1.994.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

'Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.'

"a. Supuestos normativos:

"Primer supuesto de la norma: Existencia de un acuerdo.-

En el informe, señala su Despacho encontrar probado el supuesto contenido en la norma en relación con la existencia del acuerdo, ya que el acta aparece suscrita por los miembros de la sociedad.

"Segundo supuesto de la norma: Que tenga como objeto o como efecto la fijación directa de precios.-

"Señala el informe que en la investigación no se encuentra probado éste supuesto normativo, en la medida que el acuerdo no tuvo por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. Para el efecto se consideró fundamentalmente el acta de compromiso de enero 26 de 1.995, en la cual no figura que los socios hayan convenido el valor de la tarifa a cobrar a las entidades de seguro y/o de medicina prepagada.

"b. En cuanto tiene que ver con la inexistencia del segundo supuesto normativo, no coincidimos con la apreciación de su Despacho, ya que su existencia la consideramos ampliamente probada.

En efecto, como consecuencia de los acuerdos adoptados por la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, y a los que se refiere el literal a) del presente numeral, esta sociedad además de haber impuesto un directorio médico abierto, fijó directamente los precios v/o tarifas que cobraron sus médicos asociados.

"A esos aspectos se refiere la comunicación de fecha 7 de febrero de 1.995, dirigida por la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar a Humana S.A., y que fue remitida a la Superintendencia de Industria y Comercio con destino al expediente, mediante nuestra comunicación radicada el 17 de abril de 2.001 con el número 99006350-00010027.

"Señala la mencionada comunicación:

'En vista que hasta la fecha no hemos tenido objeción alguna por parte de ustedes a nuestra comunicación de enero 18 de 1.995, la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar ha dado por hecho la aceptación de la inclusión por parte de su compañía de todos los miembros de esta sociedad en sus cuadros médicos, a partir del primero de marzo de 1. 995. Estamos enviándoles las tarifas médico-quirúrgicas vigentes de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, que regirán a partir del 1º de marzo de 1. 995. -'

"Conforme con la comunicación acabada de transcribir resultó que:

"i) La Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar unilateralmente instituyó la conformación del cuadro médico abierto. Esa es la consecuencia al haber facultado, a la totalidad de sus miembros para atender los usuarios de Humana S.A., sin reparar en la existencia o no de contrato entre esa compañía de medicina prepagada y cada uno de los profesionales.

ii) Ante la inexistencia de acuerdo con cada uno de los profesionales, la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar se atribuyó la facultad de establecer unilateralmente las tarifas que sus

Por la cual ordena la terminación de una investigación

asociados cobrarían por los servicios prestados a las personas afiliadas a Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada.

"No de otra manera se explica que los profesionales vinculados a la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar prestaran sus servicios a los afiliados de Humana S.A., aún en los casos en los cuales no existió vínculo contractual alguno, y que dichos servicios fueran objeto de cobro mediante factura, y que los diferentes profesionales, ajeno a cualquier coincidencia, consideraban tarifas idénticas.

"Con estas características, en el expediente obran algunas de las facturas presentadas por los doctores Tomas Morales Alean v Orlando Borre Arrieta.

"c. En consecuencia con lo anterior, se observa claramente que el acuerdo de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar tuvo como efecto la fijación directa de precios, encontrándose probados los supuestos de la norma que tipifican infracción al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, concordante con la Ley 155 de 1959 y el número 1 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1.994.

"2. Acuerdos para abstenerse de producir un bien o servicio. Número 8 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1.992, concordante con la Ley 155 de 1959 y el número 8 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1.994.

'Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.'

"a. Sobre el particular se destaca en el informe de su Despacho, que los supuestos de la norma para considerar la ocurrencia de una infracción a la norma citada, se encuentran probados. Esta conclusión se hizo en relación con la existencia de un acuerdo que tuvo por objeto abstenerse de producir un servicio.

"La norma citada establece que partiendo de la existencia de un acuerdo, este constituye una infracción en cuanto tenga por objeto o tenga como efecto abstenerse de producir un servicio.

"b. Con fundamento en las declaraciones de parte obrantes en el expediente, en el informe de su Despacho, se señala que:

'No obstante y para el caso concreto, no fue posible establecer que la decisión de abstenerse de prestar el servicio haya tenido efectiva aplicación, y mucho menos que como consecuencia de la misma el sector salud haya visto restringida la actividad de los médicos gineco-obstetras.'

"Posteriormente concluye el mismo informe que:

'Así las cosas, el efecto de la conducta no se encuentra comprobado, razón por la cual no es posible establecer la prolongación en el tiempo de la decisión adoptada.'

"c. Respetuosamente disentimos de la apreciación y conclusión a la que se hizo referencia en el literal anterior.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

"En efecto, el acuerdo tomado al interior de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar no solamente tuvo como objeto abstenerse de producir un servicio, sino que ese también fue su efecto, aplicado plena y efectivamente por los miembros de esa sociedad.

"Sobre el particular, ha de considerarse la comunicación de fecha 17 de marzo de 1.995, dirigida por la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar a Humana S.A., y que fue remitida a la Superintendencia de Industria y Comercio con destino al expediente, mediante nuestra comunicación radicada el 17 de abril de 2.001 con el número 99006350-00010027.

"Se señala en la mencionada comunicación que:

'En respuesta a su atenta nota, me permito informarles que la Asamblea General de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar en su reunión de ayer marzo 16, 1.995 aprobó por unanimidad suspender la prestación de servicios por parte de los miembros de ésta sociedad a partir de hoy marzo 17, 1.995 hasta cuando se llegue a un satisfactorio acuerdo en las negociaciones que con ustedes estamos llevando a cabo.' (subrayado fuera de texto)

"En ese mismo sentido, el doctor Orlando Bustillo mediante su comunicación de fecha 17 de marzo de 1.995, le señaló a Humana S.A. que:

'En vista de que la Asamblea General de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar en su reunión de ayer, resolvió que todos sus miembros suspendiéramos nuestros servicios a su compañía, y en acato de tal disposición, les estoy devolviendo la autorización de servicios y el Bono de Atención No 947362 de la Sra. Miroslaba Guzmán de Bendeck portadora del Carnet de afiliación N° 09-1-2-00002-0018-02.

Esta paciente y su esposo Sr. Neyib Bendeck fueron advertidos de tal situación y avisados de que mis servicios para ella solamente podía ser como paciente particular, cosa que aceptaron. Por la circunstancia anterior Humana S.A. queda exonerada de la obligación económica para conmigo y mis honorarios han sido establecidos de acuerdo a la ya vigente tarifa de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar.' (subrayado fuera de texto)

"Esta comunicación fue remitida a la Superintendencia de Industria y Comercio con destino al expediente, mediante nuestra comunicación radicada el 17 de abril de 2.001 con el número 99006350-00010027.

"d. Visto lo anterior, se observa claramente que el acuerdo de la Sociedad de obstetricia y Ginecología de Bolívar, no solamente tuvo como objeto abstenerse de producir un servicio, sino que efectivamente éste también fue su efecto.

"En consecuencia se encuentra probada la ocurrencia de los supuestos de la norma que tipifican la infracción al numeral 8 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, concordante con el número 8 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1.994.

"3. Prohibición general en el sector salud. Artículo 4 del Decreto 1663 de 1.994.

Sobre el particular resultan pertinentes los mismos comentarios efectuados en el numeral precedente, en relación con los acuerdos para abstenerse de producir un bien o servicio; solamente resta señalar que coincidimos plenamente con el informe de su Despacho, en cuanto a que se configura el supuesto contenido en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1.994.

"4. Caducidad.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

"a. Señala el informe de su Despacho que, una vez establecidas las infracciones al numeral 8 del artículo 47 del Decreto 2153, concordante con el número 8 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1.994, así como al artículo 4 del Decreto 1663 de 1.994, se debe tener en cuenta que tales conductas se originaron en un acuerdo suscrito entre los miembros de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar para el 26 de enero de 1.995, y que por no haber sido posible establecer su prolongación en el tiempo, habría operado el fenómeno de la caducidad establecido en el artículo 38 del C. C. A.

"En este punto radica nuestra principal discrepancia con el informe de su Despacho, toda vez que considerando los hechos en su conjunto, resulta que el acuerdo al que llegó la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar el día 26 de enero de 1.995 fue tan solo un componente, de todos aquellos que se encontraron íntimamente concatenados, y que en conjunto integraron la maniobra a través de la cual, la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar impuso a Humana S.A., desde el año de 1.995 hasta inicios del año de 1.999, no solo la implantación del Directorio Médico Abierto para los médicos vinculados a dicha sociedad, sino que también impuso las tarifas comunes con las cuales deberían ser remunerados los servicios de estos profesionales.

"Esta conducta además de reprochable resulta sancionable en cuanto se extendió por el tiempo, conforme a continuación se expone.

"b. Ya en el año de 1.994 la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar empezó a interesarse en tomar un papel activo en las relaciones de sus afiliados con las compañías de medicina prepagada y afines. Uno de los aspectos en que primariamente le interesó participar a la sociedad, fue la implementación del directorio médico abierto.

"Exteriorizando dicho interés, la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar remitió a Humana S.A. la comunicación con fecha 1º de diciembre de 1.994 (remitida por Humana S.A. a la Superintendencia de Industria y Comercio con destino al expediente, mediante nuestra comunicación radicada el 17 de abril de 2.001 con el número 99006350-00010027), en la que sobre el particular se señala que:

'En nuestras Asambleas Generales hemos venido estudiando las conveniencias reciprocas entre nuestro gremio y las compañías que han ingresado en el mercado de la salud ofreciendo servicios hospitalarios, médicos, quirúrgicos y paramédicos, incluyendo honorarios profesionales.

(...).

'Como primera medida creemos que todos los Gineco-obstetras de esta sociedad, únicos capacitados y autorizados para ejercer la especialidad, deben ser adscritos a todas las compañías de seguros de hospitalización y cirugía, así como a las compañías de medicina prepagada.- (...)

Por todo lo anterior les invitamos a que nos sentemos a conversar lo relacionado con el ejercicio de nuestra especialidad, a la mayor brevedad posible.- (...)' (Subrayado fuera de texto)

"Posteriormente, el día 26 de enero de 1.995 la Asamblea General de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar adoptó las decisiones contenidas en el 'Acta de Compromiso' de esa fecha, conforme con la cual:

'Las condiciones para que las compañías de seguros y/o medicina prepagada sean aceptadas por la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, son:

Por la cual ordena la terminación de una investigación

a) *Incluir absolutamente a todos los miembros de la Sociedad en los cuadros de atención médica que ofrecen a sus usuarios para la prestación de servicios en la especialidad.*

b) *Aceptar y pagar el valor de las tarifas que esta sociedad acuerde para atender a los usuarios de dichas compañías.-'*

"Días después, mediante la comunicación de fecha 7 de febrero de 1.995 ya mencionada en este escrito, la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar le señaló a Humana S.A que daba por hecho la aceptación de inclusión por parte de la Compañía de todos los miembros de esa Sociedad en sus cuadros médicos, a partir del 1º de enero de 1.995.

"Posteriormente, la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar en reunión de su Asamblea General, acordó por unanimidad que a partir del 17 de marzo de 1.995, los miembros de esa sociedad suspenderían la prestación de servicios que venían prestando a Humana S.A.

"Dicha decisión fue informada a Humana S.A. mediante la comunicación de esa fecha, la cual hace parte del expediente.

"La suspensión del servicio fue real y efectiva, incluso fueron devueltas autorizaciones de servicio, conforme se ha probado dentro del expediente. El servicio fue reanudado en el mes de agosto de 1.995 cuando Humana S.A. se sometió a las exigencias de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar.

"Desde ese momento, finales de 1.995, y hasta inicios del año de 1.999, sin que existiera contrato suscrito entre la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar y Humana S.A., esta última debió irrestrictamente aceptar: i) la prestación de los servicios de esa especialización, por parte de la totalidad de los profesionales vinculados a la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar (directorio médico abierto), y, ii) pagar por los servicios a los profesionales, las tarifas dispuestas por esa sociedad.

"Así, durante este amplio periodo, los profesionales vinculados a la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, sin considerar si tenían o no contrato para la prestación de sus servicios con Humana S.A., atendieron sus usuarios y cobrando las tarifas que les indicaba la mencionada Sociedad, presentaban sus facturas directamente a Humana S.A.

"A partir del mes de enero de 1.999, como reacción de la comunicación de fecha 29 de enero de 1.999 de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, Humana S.A. no solo se abstuvo de participar en la reunión a la que se le conminaba, sino que en rechazo de las tarifas que esa sociedad señalaba en la misma comunicación, inició la celebración de contratos para la prestación de servicios, con algunos de los médicos Gineco-obstetras, individualmente considerados, iniciando el desmonte de las dos prácticas impuestas por la sociedad desde 1.995, vale decir: i) Cuadro médico abierto, y, ii) Tarifas uniformes para sus miembros.

"De esta manera culminó la serie de acciones que encontrándose íntimamente relacionadas, en conjunto integraron la conducta compleja y continuada, conforme la cual, la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar incurrió en infracciones tanto a los numerales 1 y 8 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, concordante con la Ley 155 de 1959 y el número 1 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1.994, como del artículo 4 del Decreto 1663 de 1.994, sin que pueda predicarse a su favor la ocurrencia del fenómeno de la caducidad, pues se repite, la conducta reprochable por parte de la mencionada Sociedad, se prolongó hasta el mes de enero de 1.999.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

"c. En cuanto a la actuación de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, y su participación activa en el establecimiento de las tarifas y del cuadro médico abierto durante el periodo comprendido entre 1.995 y 1999, los interrogatorios de parte recopilados en el expediente, resultan de interés, por lo cual a continuación los presentamos brevemente, señalando lo que a nuestro juicio constituyen aspectos relevantes:

- " Doctor Tomas A. Morales Alean.

"Señala que las funciones de la Sociedad son de tipo netamente científico, no obstante en el Acta N° 1 de la Junta Directiva de esa Sociedad, que reposa en el expediente (folio 17- pestaña 'Actas Pruebas'), se señala en el punto N° 3 que uno de los objetivos gremiales de la Sociedad es la 'Revisión de los contratos y tarifas vigentes con las EPS.'

"En cuanto tiene que ver con las tarifas, el Dr. Morales inicialmente menciona en su interrogatorio que, son impuestas por las compañías de medicina prepagada (Respuesta a la pregunta N° 6); posteriormente, señala que para el periodo comprendido entre 1.996 y 1999, las tarifas normalmente eran objeto del acuerdo al que llegara la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar con Humana S.A. (respuesta a las preguntas 8, 9 y 10).

- " Doctor Alberto José Acuña.

"Coincide con el anterior al esclarecer que directamente, como persona natural, no pactó con Humana S.A., las tarifas con las cuales se remuneraron sus servicios.

"En la determinación de tarifas con las empresas de medicina prepagada, señala el papel protagónico de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, y a renglón seguido menciona que en el caso de Humana S.A., durante más de 5 años las tarifas son o fueron impuestas unilateralmente por la compañía de medicina prepagada.

- " Doctor Benjamín Blanco Martínez.

"Destaca que para el año de 1.998, no tenía tarifas establecidas. Para el año de 1.999, menciona en su interrogatorio, que se habló de tarifas, de la necesidad de unificarlas con las demás empresas del sector y que la Junta Directiva de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar era la encargada de ese propósito.

- " Doctor Orlando Borre Arrieta.

"Señala que no obstante no haber tenido contrato para la prestación de sus servicios profesionales con Humana S.A., prestaba los mencionados servicios a sus afiliados, y que por tales, cobraba las tarifas acordadas entre Humana S.A. y la comisión que para el efecto nombraba la Sociedad.

"No obstante señalar que en las solicitudes de servicios formuladas por Humana S.A. se establecían las tarifas, no probó dicha afirmación, entre otras cosas porque no es cierto, y en cambio, aportó algunas de las facturas que presentó a Humana S.A. por dichos servicios, y en las cuales se establecía las tarifas que, ajeno a cualquier coincidencia, guardan identidad en el valor de la tarifa, con otras facturas obrantes en el expediente, presentadas por otros profesionales de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar.

"En los anteriores términos confiamos habernos referido suficientemente tanto al informe realizado por su Despacho, como a los hechos objeto de averiguación, considerando que la actuación de la Sociedad

Por la cual ordena la terminación de una investigación

de Ginecología de Bolívar durante el periodo comprendido entre 1.995 y 1.999, es objeto de reproche y en consecuencia, la mencionada sociedad sujeto de las sanciones pertinentes, por haber incurrido en infracciones tanto a los numerales 1 y 8 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, concordante con la Ley 155 de 1959 y el número 1 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1.994, como del artículo 4 del Decreto 1663 de 1.994, sin que pueda establecerse la ocurrencia del fenómeno de la caducidad, pues se repite, la conducta reprochable por parte de la mencionada Sociedad, se prolongó hasta el mes de enero de 1.999."

CUARTO: Habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

1. Hechos investigados

Los hechos que serán objeto de pronunciamiento pueden resumirse de la siguiente manera:

Los doctores Tomás Morales, presidente de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar y Gabriel Florez, secretario de la misma, mediante comunicación del 29 de enero de 1999, informaron a Humana S.A "que a partir del 1 de enero de 1999, las facturas por servicios médicos especializados tendrán un incremento de acuerdo a la ley del 16%, quedando la consulta a \$31.320 y el valor U.V.R. a \$6.380". Atendiendo esta comunicación, la denuncia presentada por Humana S.A. retomó unos antecedentes de sus relaciones comerciales con los médicos socios de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar ocurridos para el año de 1995.

En esa época, los socios suscribieron un "acta de compromiso" en la cual se manifestaba lo siguiente:

"Ningún miembro de esta Sociedad prestará servicios profesionales a las compañías de seguros y/o medicina prepagada que no hayan sido aceptadas por la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar. Las condiciones para que las compañías de seguro y/o medicina prepagada sean aceptadas por la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, son: a) Incluir absolutamente a todos los miembros de la sociedad en los cuadros de atención médica que ofrecen a sus usuarios para la prestación de servicios en la especialidad, b) aceptar y pagar el valor de las tarifas que esta sociedad acuerde para atender a los usuarios de dichas compañías".

El presidente de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar envió una comunicación a Humana S.A., en ese mismo año, informando que los miembros de La Sociedad habían aprobado suspender la prestación del servicio a partir del 17 de marzo de 1995 hasta cuando se llegara a un satisfactorio acuerdo en las negociaciones que se llevaban a cabo con Humana S.A.

2 Adecuación normativa

2.1 Actos de influenciación

Para que se configure la infracción consagrada en el número 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992,⁴ concordante con el número 2 del artículo 6 del decreto 1663 de 1994,⁵ se debe cumplir con los elementos mínimos establecidos en cada precepto. Para el caso en estudio, es indispensable probar como mínimo la existencia de dos empresas independientes, la influencia de una en la otra y que dicha

⁴ Se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos: influenciación a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajarlos.

⁵ Se consideran contrarios a la libre competencia en el mercado de los servicios de salud, influenciación a un competidor para que incremente los precios de sus servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios o tarifas.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

influencia se realice con el propósito que el sujeto pasivo del acto (el influenciado) incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajarlos. Con todo, en el presente caso no logró demostrarse la presencia de tales supuestos. Veamos:

2.1.1 Dos empresas independientes

Como se mencionó, el supuesto en estudio requiere la existencia de dos o más empresas. Es decir, como mínimo de dos sujetos, uno quien realiza la conducta restrictiva (sujeto activo) y otro, que recibe conducta o es destinatario de la misma (sujeto pasivo). Por lo mismo, debe existir entre los dos agentes una total independencia, no existiendo ningún tipo de control económico o administrativo entre ellos. De lo contrario estaríamos en presencia de un mismo agente económico.

La noción de empresa contenida en el artículo 25 del código mercantil se refiere a la actividad económica que en forma organizada se desarrolla en los campos de producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o prestación de servicios. En esta perspectiva, se resalta la función instrumental del establecimiento de comercio como medio utilizado para el desarrollo de la empresa.⁶

Conforme con lo anterior, ha sostenido la doctrina⁷ que la noción de empresa debe estar soportada en tres (3) perfiles fundamentales; "...a) el subjetivo o empresario; b) el objetivo o actividad económica organizada para producir, transformar, comercializar, administrar o custodiar bienes o para prestar servicios a la comunidad; y c) el funcional o conjunto de bienes que el empresario destina y organiza para desarrollar o realizar dicha actividad económica. Los tres elementos jurídicamente identificados han de coexistir siempre en razón de que son estructurales de la empresa. Si falta alguno, o todos tres no están coordinados y armonizados, la configuración de la empresa resulta imposible porque el trinomio es indisociable." (subrayado nuestro)

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido por el mismo estatuto mercantil, son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles,⁸ y por consiguiente, que cumplan con las obligaciones dispuestas a todo comerciante.⁹ El Código define de manera expresa una serie de actos como no mercantiles,¹⁰ entre los cuales se encuentran "la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales."¹¹

⁶ Tomado de la obra "Introducción al Derecho Comercial" del Dr. Gabino Pinzón, Editorial Temis, 1985, página 150.

⁷ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Editorial Legis primera edición 1997, página 209 y 210.

⁸ Código de Comercio, artículo 10.

⁹ De acuerdo con el artículo 19 del Código de Comercio, "Es obligación de todo comerciante:

"1. Matricularse en el registro mercantil;

"2. Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad;

"3. Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales;

"4 Conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades;

"5 Derogado L.222/95;

"6 Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal".

¹⁰ Código de Comercio, artículo 23, número 5.

¹¹ A pesar de que ni el código civil ni el código de comercio definen lo que debe entenderse por "profesiones liberales", del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, confrontando los conceptos de "profesión y de "arte liberal" y de acuerdo con la concepción tradicional que se ha tenido de aquel concepto, puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico. C.E., Sec. Primera, Sent. Mayo 16/91, Exp.1323. M.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

Tenemos, entonces, que los servicios que presta un médico en forma independiente, sin la concurrencia de los elementos a que se hiciera alusión (subjetivo, objetivo y funcional), no le confieren el carácter de empresa.

Al respecto, se ha dicho¹² que, *"la actividad económica organizada no se trata de ninguna actividad cultural, deportiva, profesional, etc., que no tenga por fin inmediato o principal la satisfacción de necesidades o conveniencias de la vida económica, en alguna o algunas de sus manifestaciones. Lo cual quiere decir, desde luego, que en su desarrollo deben utilizarse elementos o medios económicamente útiles o apreciables en dinero. Y tratándose de la prestación de servicios, estos no pueden ser sino servicios propios de una actividad económica, como tantos que se prestan, que se diversifican y multiplican permanentemente, a medida que crece y se diversifica la vida económica en todos sus campos y manifestaciones."*

En el caso *sub examine*, los médicos miembros de la Sociedad de Ginecología y Obstetricia del Bolívar, individualmente considerados, no pueden ser tratados como empresa, debido a que la actividad económica organizada no se cumple.¹³

No podrían considerarse ni siquiera empresa unipersonal, ya que para ello, la persona natural que la vaya a conformar debe reunir las calidades requeridas para ejercer el comercio¹⁴ y como vemos, los médicos, por ejercer una profesión liberal, que son actos no mercantiles, no tienen esa calidad.

¹² PINZÓN, Gabino. Introducción al Derecho Comercial, Editorial Temis, 1985, página 151.

¹³ Sobre el punto se ha dicho que, *"La actividad económica organizada para la prestación de servicios es ciertamente una empresa. Pero los servicios a que alude el legislador no son otros que los clasificados por los tratados de economía en el sector terciario, como los de energía eléctrica, suministro de agua o calefacción, transportes, almacenaje, comunicaciones, bancarios, de vigilancia, de seguros, de inversión por cuenta ajena, de intermediación, de administración de bienes, de construcción, reparación o montaje por cuenta ajena, de publicidad, de informática, de custodia de valores, etc. Los demás servicios entre los cuales se mencionan los profesionales, artesanales, domésticos, etc., no son mercantiles."*

"Cuestión diferente es que varios profesionales constituyen una sociedad comercial cuyo objeto, además de la prestación de los servicios inherentes a la abogacía, la medicina, la arquitectura, la ingeniería, etc., comprenda alguno o algunos de los actos reputados por la ley como mercantiles o que en desarrollo del objeto mercantil se realicen habitualmente actos mercantiles; o cuando para la prestación de servicios puramente profesionales se suministran otros servicios de equipos electrónicos, por máquinas o manuales, o de alojamiento y manutención, y otros análogos que en ningún caso, puedan equipararse a servicios de una profesión liberal. (José Ignacio Narváez García, Introducción al Derecho Mercantil, Editorial Legis 5ª Edición, 1986, páginas 128 y 129).

¹⁴ De acuerdo con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 222 de 1995, *"Mediante la Empresa Unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil. La Empresa Unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica."*

"Parágrafo. Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados."

Requisitos de formación. La Empresa Unipersonal se creará mediante documento escrito en el cual se expresará:

1. Nombre, documento de identidad, domicilio y dirección del empresario; (subrayado nuestro)
2. Denominación o razón social de la empresa, seguida de la expresión "Empresa Unipersonal", o de su sigla E.U., so pena de que el empresario responda ilimitadamente.
3. El domicilio.
4. El término de duración, si éste no fuere indefinido.
5. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la empresa podrá realizar cualquier acto lícito de comercio.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

En efecto, no se estableció que ninguno de ellos desarrollara una actividad económica en forma organizada, ni que para tal propósito dispusieran de un conjunto de bienes que comportaran un verdadero patrimonio de empresa.¹⁵ Por lo tanto, no fue posible demostrar que los médicos de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, individualmente, cumplieran a cabalidad los presupuestos de empresa.

En consecuencia, tampoco pueden ser considerados, individualmente los médicos como empresa unipersonal. La empresa unipersonal no podrá utilizarse para el ejercicio de profesiones liberales. Estas se consideran no mercantiles a la luz del numeral 5 artículo 23 del código de comercio.¹⁶

Así las cosas y atendiendo que no es posible establecer la existencia de dos empresas, una que sea sujeto activo y otra que sea sujeto pasivo, por substracción de materia no se analizarán los demás elementos configurativos de la norma, pues no se cumple el presupuesto inicial.

Por tanto, este Despacho no encuentra probada la infracción al número 2 artículo 48 del decreto 2153 de 1992, concordante con el número 2 del artículo 6 del decreto 1663 de 1994.

2.2 Acuerdos anticompetitivos

2.2.1 Acuerdo de precios

Para que se configure la infracción consagrada en el número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992,¹⁷ concordante con la ley 155 de 1959¹⁸ y el número 1 del artículo 5 del decreto 1663 de 1994,¹⁹ es indispensable probar la existencia de un acuerdo, que éste se dé entre dos ó más empresas y que tenga por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. (el subrayado es nuestro)

6. El monto del capital haciendo una descripción pormenorizada de los bienes aportados, con estimación de su valor. El empresario responderá por el valor asignado a los bienes en el documento constitutivo.

Cuando los activos destinados a la empresa comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la empresa deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes.

7. El número de cuotas de igual valor nominal en que se dividirá el capital de la empresa.

8. La forma de administración y el nombre, documento de identidad y las facultades de sus administradores. A falta de estipulaciones se entenderá que los administradores podrán adelantar todos los actos comprendidos dentro de las actividades previstas.

Delegada totalmente la administración y mientras se mantenga dicha delegación, el empresario no podrá realizar actos y contratos a nombre de la Empresa Unipersonal.

Parágrafo. Las Cámaras de Comercio se abstendrán de inscribir el documento mediante el cual se constituya la empresa unipersonal, cuando se omita alguno de los requisitos previstos en este artículo o cuando a la diligencia de registro no concorra personalmente el constituyente o su representante o apoderado.

¹⁵ Código de Comercio, artículo 515: Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. (El subrayado es nuestro)

¹⁶ Francisco reyes Villamizar. Reforma régimen de sociedades y concursos. Editorial Temis 1999, página 259.

¹⁷ Se consideran contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

¹⁸ Artículo 1: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

¹⁹ Se consideran contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud, entre otros, los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios o tarifas.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

a. La existencia de un acuerdo

Según el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, se entiende por acuerdo todo contrato, convenio, concertación; práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.²⁰ (el subrayado es nuestro)

Como se desprende del contenido de la norma es indispensable que exista el consenso o acuerdo de voluntades de dos ó más empresas, bajo cualquiera de las modalidades que la norma prevé.

Bajo esa premisa, y una vez analizado que los médicos individualmente considerados no tienen el carácter de empresa, tal y como se establecerá en el punto 2.1.1. de este proveído, el presunto acuerdo de precios denunciado ante esta Entidad, llevado a cabo entre los socios de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, a través del acta del 26 de enero de 1995 y la comunicación de 29 de enero de 2000, no se ajusta a las exigencias de la norma.

• Comunicación del 29 de enero de 1999

A la investigación fue aportada la comunicación del 29 de enero de 1999, a través de la cual los doctores Tomás Morales, presidente de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar y Gabriel Flórez, secretario de la misma, comunicaron a Humana S.A. *"que a partir del 1 de enero de 1999, las facturas por servicios médicos especializados tendrán un incremento de acuerdo a la ley del 16%, quedando la consulta a \$31.320 y el valor U.V.R. a \$6.380"*.

Sin embargo, este Despacho no encontró elementos probatorios suficientes que permitieran concluir la existencia de un acuerdo entre los miembros de la Sociedad para fijar una tarifa por consulta. Debido, principalmente, a que el carácter de empresa no se predica de los socios, como para inferir la existencia del acuerdo, supuesto indispensable para la configuración de la conducta. Por consiguiente, no se encuentra probado el supuesto contenido en la norma, y en consecuencia tampoco la existencia de un acuerdo por parte de los investigados.

• Acta de compromiso de 26 de enero de 1995

Reposa en el expediente copia del "acta de compromiso" en la cual los miembros de la Sociedad acordaron lo siguiente: *"Ningún miembro de esta Sociedad prestará servicios profesionales a las compañías de seguros y/o medicina prepagada que no hayan sido aceptadas por la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar. Las condiciones para que las compañías de seguro y/o medicina prepagada sean aceptadas por la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, son: a) Incluir absolutamente a todos los miembros de la sociedad en los cuadros de atención médica que ofrecen a sus usuarios para la prestación de servicios en la especialidad, b) aceptar y pagar el valor de las tarifas que esta sociedad acuerde para atender a los usuarios de dichas compañías"*.

Así, al estar suscrita el acta por los miembros de la sociedad, presuntamente se observaba la participación de dos o más voluntades, que para el caso serían las de los médicos miembros de la sociedad.

²⁰ Artículo 28 del código civil. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

En todo caso conviene agregar que la voluntad de los médicos se encuentra inmersa, en el presente caso, en la del ente societario que conforman. Por ello, no existe tampoco una pluralidad de sujetos respecto de los cuales pueda predicarse una confluencia de voluntades.

Por no encontrarse probado el supuesto inicial, la existencia de dos empresas, entre las cuales se haya celebrado un acuerdo, no se analizarán los demás elementos configurativos de la norma.

Por tanto, este Despacho no encuentra probada la infracción al número 1 artículo 47 del decreto 2153 de 1992, concordante con el número 1 artículo 5 del decreto 1663 de 1994.

2.2.2 Acuerdo para abstenerse de producir

Para que se configure la infracción consagrada en el número 8 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992,²¹ concordante con la ley 155 de 1959²² y el número 8 del artículo 5 del decreto 1663 de 1994,²³ es indispensable probar la existencia de un acuerdo, que éste se de entre dos ó más empresas y que tenga por objeto o como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción. (el subrayado es nuestro)

Las consideraciones expuestas en relación al punto 2.2.1 del presente escrito resultan aplicables en la misma medida a este tipo de acuerdo.

2.3 Prohibición general en el sector salud

Según el artículo 4 del decreto 1663 de 1994,²⁴ se prohíbe a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud 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, así como impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

Al no comprobarse la ilegalidad de la conducta por la configuración de los supuestos contenidos en el número 1 y 8 del artículo 47, el número 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, concordante con la ley 155 de 1959 y el número 1 y 8 del artículo 5, el número 2 del artículo 6 del decreto 1663 de 1994, no se configura el supuesto contenido en el artículo 4 del decreto 1663 de 1994.

²¹ Se consideran contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.

²² Artículo 1 del decreto 2153 de 1992.- Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

²³ Artículo 5 del decreto 1663 de 1994.- Se consideran contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud, entre otros, los acuerdos entre competidores que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de distribuir o vender un bien o de ofrecer o prestar un determinado servicio de salud, interrumpirlo, o afectar los niveles de prestación del mismo.

²⁴ Artículo 4 del decreto 1663 de 1994.- Prohibiciones a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares: se prohíbe a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud a desarrollar 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.

Por la cual ordena la terminación de una investigación

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por Alberto Acuña Aricó, Jaime Barrios Amaya, José Blanco Ricardo, Orlando Borré Arrieta, Benjamín Blanco Martínez y la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar no infringió lo previsto en el número 1 y 8 del artículo 47, el número 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, concordante con la ley 155 de 1959 y el artículo 4, el número 1 y 8 del artículo 5 y el número 2 del artículo 6 del decreto 1663 de 1994.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a Alberto Acuña Aricó, Jaime Barrios Amaya, José Blanco Ricardo, Orlando Borré Arrieta, Benjamín Blanco Martínez y a Guillermo Vergara, presidente de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **11 DIC. 2001**

La Superintendente de Industria y Comercio, (e)


MÓNICA MURCIA PAEZ

Por la cual ordena la terminación de una investigación

Notifíquese:

Doctor

- ✓ GUILLERMO VERGARA SAGBINI 5304 ✓
- ✓ ALBERTO ACUÑA ARICÓ 5305 ✓
- ✓ JAIME BARRIOS AMAYA 5306 ✓
- ✓ JOSÉ BLANCO RICARDO 07 ✓
- ✓ ORLANDO BORRÉ ARRIETA 08 ✓
- ✓ BENJAMÍN BLANCO MARTÍNEZ 09 ✓

SOCIEDAD DE OBSTETRICIA Y GINECOLOGÍA DE BOLÍVAR

Centro Médico Santa Isabel

Urbanización La Heroica - Casa No.1 - Avenida Pedro de Heredia

Cartagena D.T. y C - Bolívar

Comuníquese:

Doctora

- ✓ ROSARIO DURÁN MARTÍNEZ ✓

Gerente General (E)

HUMANA

Calle 93 No. 20-17

Ciudad

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL AD-HOC
CERTIFICA**

Que fue remitido despacho comisorio No. S 305 a 309 y 304
Dirigido a la alcaldia municipal de Cartagena - 307

El día _____
con el fin de notificar el contenido de la presente
Resolución conforme a lo dispuesto en el código
contencioso administrativo.